

**PROBLEMÁTICA DE LA DETERMINACIÓN DE LA
INJERENCIA COMO FUENTE DE LA POSICION DE
GARANTE. ESPECIAL REFERENCIA A LA
CAUSALIDAD**

Maira Alejandra Itatí Chávez. DNI 34093856

PROBLEMÁTICA DE LA DETERMINACIÓN DE LA INJERENCIA

COMO FUENTE DE LA POSICION DE GARANTE.

ESPECIAL REFERENCIA A LA CAUSALIDAD.

Maira Alejandra Itatí Chávez¹

El presente trabajo tiene por objeto desarrollar conceptual y dogmáticamente lo concerniente a la problemática que se plantea en el ámbito más conflictivo de los delitos de omisión impropia, esto es, la posición de garante, de la cual deriva la injerencia, la cual, junto a la relación de familia o comunidad de vida, comunidad de riesgo, asunción voluntaria y ámbito de dominio entre otras, constituyen las fuentes de las cuales abrega directamente la Posición de Garante en el Derecho Penal, también identificada también como conducta precedente.

En esta última fuente aludiré durante el desarrollo del presente. Parte de la doctrina alemana, como Armin Kaufmann, señala que la posición de garante, relevante para los delitos de omisión impropia, impone al sujeto un deber de protección de bienes jurídicos. Entonces, quien se encuentra en esa posición tiene el deber de impedir la lesión de bienes jurídicos, siendo que la tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones: 1) protección de determinados bienes jurídicos, por imperativo legal, o 2) supervisión de determinadas fuentes de peligro, circunstancias a las que haré referencia más adelante, previa genérica alusión a la cuestión.

Antes de ingresar de lleno al análisis de lo mencionado precedentemente, voy a efectuar un detallado introductorio que nos dará el panorama actual de la cuestión, tanto a nivel de lo que opinan la doctrina nacional y extranjera, como así también la normativa positiva en lo atinente a éste tipo de delitos, cuestionados por inconstitucionales en algunos ordenamientos jurídicos.

¹ Abogada, Procuradora y Escribana Pública Nacional egresada de la Universidad Nacional del Nordeste. Maestrando en Ciencias Penales en la misma Universidad.

LOS DELITOS DE OMISIÓN: REFERENCIA GENÉRICA DE LA CUESTIÓN

Los delitos de Omisión, no necesariamente deben ser considerados por los textos punitivos como tipos legales específicos o taxativos, en su parte general o especial, sino que se los entiende como una modalidad eventual de comisión, distinguiéndose a su vez, en base a diversos criterios de diferenciación, entre los llamados Propios, claramente descriptos por la ley sustantiva, o los Impropios o de Comisión por Omisión (que aquí nos ocupa), a saber: aquellos que derivan del análisis de determinados tipos, que exigen al autor cierta conducta *ex ante*, y que éste incumple, ya sea desarrollando un comportamiento diferente al esperado, o directamente, omitiendo actuar de conformidad a lo que la norma esperaba de él (el clásico ejemplo de la madre que deja de proveer leche de sus pechos a su bebé lactante); en definitiva, ello es indiferente, de modo genérico y a los efectos prácticos, dado que el resultado lesivo se configura de idéntica manera en uno u otro sentido. Ahora bien, tal distinción obedece a la idea de establecer, con nitidez meridiana, qué es lo que la norma solicita a cada una de ellas: en las omisiones propias, se exige cierta acción de salvamento en base a criterios preestablecidos de solidaridad, propios de la vida en común o en sociedad, mientras que en las impropias, se requiere del autor, eventualmente, la evitación del resultado que, precisamente, la norma busca impedir.

A dichos efectos, el jurista ibérico, Jesús María Silva Sánchez², sostiene: “Dentro de las omisiones, tampoco es posible olvidar la significativa diferencia político-criminal existente entre omisiones puras como las de socorro y denuncia (o impedir determinados delitos), y los supuestos de comisión por omisión (“omisiones impropias” en la terminología dominante alemana). Si en ambos casos se trata de la no-realización de una prestación positiva de salvaguarda, es, sin duda, diversa la fundamentación material de la exigencia de tal prestación. En las omisiones puras mencionadas, se halla la vigencia de un principio solidarístico; en las otras, se advierte al pronto la existencia de una

²Silva Sánchez, Jesús María (1986). El delito de omisión: concepto y sistema. Editorial Bosch

base funcional específica. De ahí que también la exigibilidad, de admitirse su operatividad en la esfera típica, deba entenderse de modo necesariamente diferente en uno y otro caso.

Otros autores, como Marco Antonio Terragni³, sostiene la opinión de que “la omisión es una idea que nace con la norma. Según nosotros lo entendemos, la acción y la omisión que interesan para elaborar una Teoría del Delito no son conceptos naturales: la significación de ellas depende de la regulación legal, de la estructura de cada tipo. En el desarrollo de ese sistema, comenzar con el elemento Acción tiene como meta descartar la imputación objetiva cuando existen causas internas o externas que impiden al hombre manifestarse como tal. En ese orden, la valoración jurídica alcanza no sólo a la conducta que tuvo manifestación en movimientos externamente apreciables, sino también a la que se concretó en forma de inactividad. Se descarta su relevancia de la misma manera. Así, si un hombre no hubiese podido, por ser el instrumento de fuerza física irresistible o por hallarse en estado de inconsciencia, realizar la conducta ordenada, no es válido considerar transpuesto el primer escalón de la Teoría del Delito, que permite ingresar al examen de las notas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Una teoría tradicional afirma que en los delitos de comisión impropia el sujeto infringe los deberes contenidos en dos normas: una que prohíbe y otra que ordena. La desobediencia de una norma prohibitiva se produce como consecuencia de omitir la impuesta por otro precepto.

Se trata de delitos que, por lo general, no se hallan tipificados como de comisión por omisión. El intérprete debe recurrir a un tipo prohibitivo, que tiene por finalidad dar protección al mismo bien jurídico, que resulta lesionado también por la omisión. Para considerar que la conducta omisiva es adecuada al tipo, un dato decisivo es la equivalencia de la omisión con el actuar positivo, tal como lo determina el parágrafo 13 del Código penal alemán (*que exige no sólo correspondencia entre la realización del tipo mediante un hacer y omitir, sino además, que el sujeto responda como deber jurídico, que tal resultado*

³ Terragni, Marco Antonio (1997). Revista, Colección Jurídica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

dañoso no se perfeccione). Dicha omisión debe corresponder a la realización del tipo penal mediante un hacer; de hecho, si ello no sucediese, la condena violaría el principio de legalidad, de raigambre constitucional.

Sólo se podrá castigar, entonces, si es posible encontrar la norma jurídica que obligue a garantizar que no se produzca el resultado y que haga equiparable, por ejemplo, la conducta de matar y la de no impedir la muerte. Debe estar contenida en la ley.

En la República Argentina, si entre los comportamientos fácticos matar y no hacer nada para imposibilitar la muerte faltase correspondencia, se violaría el principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional si se castigase el segundo, pues el Código penal alude al que "matere a otro", texto que para Zaffaroni⁴ no puede ser entendido literalmente como abarcando "no impedir la muerte"; en cambio Marcelo Sancinetti⁵ considera que dichas omisiones no tipificadas no son inconstitucionales, acudiendo a un argumento teleológico y no meramente gramatical, cuando la ley se refiere a matar o causar la muerte no lo hace en sentido naturalístico, sino normativo, es decir, causar un resultado puede interpretarse como tener la culpa de que se produzca un resultado.

Es esencial advertir acerca del riesgo que corren las garantías constitucionales, observadas desde la perspectiva enunciada; sin perjuicio de considerar que el más elevado criterio de los jueces, dado el caso concreto, zanjará la cuestión.

La doctrina que sostiene la equiparación considera que las acciones indicadas por los verbos que se hallan en las figuras delictivas no remiten a una realidad puramente naturalística, sino a una realidad dotada de significado social.

Así cuando jurídicamente decimos que alguien ha matado, no queremos expresar con ello que haya realizado una acción positiva de la que, como

⁴ Zaffaroni, Eugenio; Alagia Alejandro, Slokar Alejandro (2000). Derecho penal, Parte general. Ediar.

⁵ Sancinetti, Marcelo A. (2009). Causalidad, riesgo e imputación. Hammurabi.

consecuencia, derivase la muerte, sino que la muerte de otro es imputable objetivamente a su conducta, tanto si el autor ha producido efectivamente el resultado dañoso, cuanto si, pese a ocupar una posición de garante, desde la que asumía la tutela del bien, ha dejado que se produzca.

No obstante lo precedentemente expuesto, no es posible disipar la sensación de que así se produce una suerte de creación libre del Derecho. Se deja en manos de los jueces definir los presupuestos de la equivalencia de la omisión con la acción, con peligro de que se viole la prohibición constitucional de acudir a la Analogía, prohibida a todas luces en el Derecho Penal contemporáneo.

Tiene absoluta razón Stratenwerth cuando opina que la constitucionalidad de la sanción de los delitos impropios de omisión ofrece serios reparos, reservas que no se eliminan a través de una regulación como la del parágrafo 13 del código penal alemán. Acierta al decir que no han ayudado a reducir las objeciones constitucionales los intentos fracasados que se realizan para precisar en mayor medida la regulación legal: el hecho de que ciertos comportamientos considerados como merecedores de pena tuvieran que permanecer impunes no justificará ninguna lesión del principio fundamental del Estado de Derecho, mucho más cuando la falta de límites claros en la ley determina que, en la práctica del marco jurídico al que el prestigioso jurista teutón se refiere, se tienda a dar a la punibilidad de los delitos impropios de omisión una extensión intolerable. Según su razonamiento, la imposición de pena se tendrá que limitar, por lo menos, a aquellos casos en los que la equivalencia de la omisión con la acción positiva surge como incuestionable.

Existiendo un riesgo tan considerable de que quede anulado uno de los principios cardinales que resguardan la libertad individual, la interpretación debe ser no sólo cuidadosa sino decididamente restrictiva.

Cuando el hecho se materializa por la omisión en que incurre el sujeto responsable de la preservación del bien jurídico, para considerarlo penalmente autor, se requiere acudir a pautas valorativas particulares. Estas están dirigidas a establecer cuáles son las características objetivas del autor a que se refiere el

tipo en esta especial hipótesis.

Solamente la conducta está determinada de manera expresa en el texto de la ley, en tanto que saber quién puede ser sujeto activo se infiere de pautas provenientes de otros ámbitos ajenos a la mera descripción legal del hecho punible. En otras palabras, falta la determinación expresa del círculo de autores por omisión impropia.

En el caso del homicidio básico, el art. 79 del Código Penal Argentino no dispone que el hecho deba cometerlo alguien que tenga características especiales; sino puede ser la obra de cualquiera: "El que matare a otro", expresa la ley.

Pero cuando este delito se realiza mediante una omisión que tenga correspondencia con la realización del tipo penal mediante un hacer, sólo puede ser sujeto activo quien "debe responder jurídicamente para que el resultado no acontezca", siempre utilizando como fuente el contenido del párrafo 13 del código germánico. Es claro que esa persona no tiene el deber de evitar el resultado, sino el deber de evitación; es decir, de hacer lo que esté a su alcance para que no ocurra. Lo prohibido no es el resultado positivo sino no omitir, quien tiene el deber jurídico, la conducta necesaria y posible para que no tenga lugar el efecto típico.

Lo realmente decisivo en la materia es encontrar la norma que restringe el ámbito de la autoría, porque si el agente no debiese reunir requisitos especiales, el hecho que protagonizase sería de simple comisión.

Sólo a quien reúne los requisitos especiales es posible formularle la imputación objetiva. Lo convierte en sujeto activo del delito de omisión impropia el hecho de que él tiene la responsabilidad, impuesta por el Derecho, de hacer lo posible para evitar la consecuencia. Es lo que se conoce como la POSICIÓN DE GARANTE.

Las dificultades comienzan cuando se trata de establecer de qué manera se constituye jurídicamente la obligación de asegurar la indemnidad del bien.

A la luz del texto legal alemán, utilizado para el análisis inicial e

introducción de la problemática que abordo en el presente, sería superfluo insistir en que la búsqueda de las fuentes debe hacerse en el ámbito del Derecho; no en el de la moral.

Ello implicaría, prima facie, efectuar una interpretación superficial, hasta insignificante de la cuestión (cuando no perogrullesca), pues muchos estarán convencidos que las fronteras entre el Derecho (en su condición de heterónimo, exigible su cumplimiento a todos) y la Moral (autónoma, por ende, no exigible a nivel jurídico), están ya definidas. No obstante, la advertencia no es sobreabundante en relación al tema: resulta notorio que si se exagera requiriendo una mayor solidaridad, se puede caer fácilmente en posturas de base puramente ética, que ponen en riesgo los derechos individuales.

La Escuela de Kiel, por su parte, reemplazó el enunciado del deber de actuar configurando en su lugar un tipo de autor. El Proyecto de Código Penal alemán de 1936 establecía: "Será punible por su omisión quien según el sano sentimiento del pueblo aparezca como autor."

De este modo, se equipararía la omisión a la producción activa de un resultado, cuando el sujeto cumpliera ("según el sano sentimiento del pueblo"), con las prescripciones de un tipo de autor que subyace y da sentido al tipo penal. Peligrosísimo e intolerable, propio de los regímenes totalitarios (fascistas, y su antítesis, el Comunismo) que prevalecieron en la Europa de la Primera Post Guerra, y que diera lugar al tristemente célebre Derecho Penal de Autor.

Salvando las distancias, la búsqueda de una persona a quien imputarle el incumplimiento de un deber impuesto por la convivencia social, o por la comunidad de vida o de peligro, tiene una cierta aproximación a éste tipo de Derecho Penal, dejando subyacente la seria perspectiva de soslayar, por esa vía, el principio "nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali."

La doctrina no es concordante acerca de si debe la ley enumerar las fuentes de la obligación exigible al sujeto. Una vertiente sostiene que es conveniente hacerlo en homenaje a la precisión y la postura antagónica piensa que una casuística semejante no arroja mayor luz al tema, por los problemas de

interpretación que así pueden multiplicarse y entorpecer la solución. En el proceso de reforma del Código penal alemán se advirtieron las vacilaciones: El Proyecto Oficial de 1958 traía el detalle, el Proyecto Alternativo también, y el artículo finalmente sancionado lo dejó de lado.

El Anteproyecto argentino de 1960 aludía "a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado" (art. 10). El Proyecto de 1973, al que "le incumbía el deber jurídico de cuidar que ese resultado no se produjera o cuando el riesgo que originara el resultado se hubiera creado con su comportamiento precedente." (Art. 14).

El de 1979 consignaba que el "deber de obrar incumbe a quien tenga una obligación especial de cuidado, protección o vigilancia derivada: a) de la ley; b) de un contrato; c) de una actuación precedente que comporte la asunción unilateral de alguna de aquellas obligaciones; d) de una actuación precedente que haya creado el riesgo inminente de que ocurriera el resultado." (Art.10).

Ahora bien, se puede plantear la alternativa fáctica de que la ley haga silencio acerca de la determinación de los casos en los cuáles surge el deber de obrar, de modo que ello dificulte la identificación de las fuentes. Para dicha eventualidad, la doctrina ha hallado varias respuestas:

En algunos casos opta por una caracterización genérica, que alude a la confianza que generó la persona quien luego deja de actuar en salvaguarda del bien. Así se dice que tiene la obligación jurídica de obrar para impedir una lesión a bienes jurídicos ajenos quien haya asumido una posición especial que le impone su defensa o quien haya creado una fuente de peligros para ellos o aumentado los riesgos ya existentes; todo ello con el fin de evitar que pueda producirse una lesión teniendo en cuenta que los afectados están imposibilitados de protegerse a sí mismos, o disminuyeron o eliminaron sus precauciones, o suprimieron un aparato de seguridad ya existente, o renunciaron a otras medidas de resguardo, confiados en que aquél sobre quien ahora recae la obligación intervendrá activamente para impedir la lesión.

Para otra corriente no importa tanto la determinación de la fuente, sino la existencia de una relación lo suficientemente estrecha entre el omitente y el bien jurídico amenazado, como para obligarlo a actuar en su guarda; la principal crítica a esta posición científica es que la misma adolece de precisión, dejando además, de lado, la necesidad de que el deber de responder esté jurídicamente impuesto y no derivado de un simple poder de hecho.

De hecho, la búsqueda de pautas de naturaleza axiológica ha llevado a incriminar una variedad de situaciones, que pueden extenderse por analogía hasta el infinito, (similares a los efectos de la nunca tan bien ponderada Doctrina de la Equivalencia de las Condiciones, o de la *Condictio Sine Qua Non*), con el consiguiente peligro que ello acarrea para la indemnidad de los derechos individuales, tal como hemos advertido en los epígrafes precedentes.

Sin perjuicio de lo expuesto, es verdad que la búsqueda de la fuente jurídica del deber de obrar debe dejar de lado aspectos puramente formales.

En este sentido, incluir entre las vertientes el contrato no habilita a indagar, por ejemplo, si el mismo es válido o nulo. Esta advertencia la formulan Stratenwerth y Hans Welzel insistiendo este último en la importancia del asumir fáctico y no en la eficacia jurídico-civil del acuerdo; lo que en realidad interesa es que se haya asumido la obligación, jurídicamente impuesta, de garantizar la intangibilidad del bien jurídico.

Las fuentes, según Stratenwerth y Bustos Ramírez, pueden ser de variada naturaleza: La ley, el contrato, el hecho anterior que pone en peligro el bien jurídico (injerencia), las relaciones especiales de comunidad, la asunción de una función de protección y la supervigilancia de fuentes de peligro que están en el propio ámbito de dominio o que se proyecta sobre el actuar de terceros.

Esta enumeración genérica es sólo un intento de clasificación, pues lo que realmente importa es que debe existir una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico que debe proteger, de manera tal que en sus manos esté el control de la situación.

En relación a la cuestión nuclear de la Imputación Objetiva, tema central

si los hay, y dando por sentado que la misma se formula a aquél que tiene el dominio del riesgo, como concepto de señorío unificador y superador de anticuados problemas, insolubles para aquellos sostenedores de la Tesis Causal, debemos preestablecer la correspondencia del comportamiento activo con la omisión, necesitando, para ello, invertir las exigencias: no es la ejecución, sino el no evitar el resultado, lo que fundamenta la imputación objetiva.

Acerca del dolo, para que éste se configure en la comisión impropia (comisión por omisión), el sujeto debe conocer el poder final de su hecho, como así también que se encuentra en posición de garante. La finalidad radica en que el sujeto, conforme a su voluntad, ordena los medios de que dispone para proceder a NO EJECUTAR las acciones mandadas, acciones que posibilitarían el resguardo del bien jurídico confiado a su custodia.

Así como se programa una actuación positiva, también se proyecta una conducta omisiva. Para que haya comisión por omisión dolosa tiene que existir el propósito de que el resultado acontezca y ello pone en duda la posibilidad de que la tipicidad culposa se realice mediante omisión impropia.

El conocimiento de las circunstancias que fundan el deber de actuar pertenece al dolo y el error en que el sujeto caiga será un error de tipo, en tanto que no podrá formularse el juicio de culpabilidad en caso de que incurra en un error invencible de prohibición; es decir, sobre la existencia y alcances del deber jurídico mismo.

En definitiva, SE CONFIGURA EL DOLO, cuando el omitente, en forma voluntaria, no procura impedir el resultado, conociendo que está en situación de garantizar que él no se produzca.

Ahora bien, en relación a la culpa, y en virtud de lo sostenido ut supra, una primera aproximación al tema descartaría la posibilidad de delitos de comisión por omisión culposos, pues en los tipos culposos el efecto acontece por deficiente utilización de los medios que hubiesen permitido evitarlo (en el Derecho argentino, a través de la fórmula con la que se legisla genéricamente la misma, a saber: imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o inobservancia de los deberes y reglamentos del cargo).

En este caso la resolución del hecho culposo se regiría por las reglas comunes. Sin embargo es posible hacer las siguientes consideraciones:

La existencia de culpa en la producción de un resultado por omitir el deber de cuidado puede derivarse del incumplimiento de una norma conminatoria. Así, la protección del bien jurídico o su defensa frente a peligros, constituirá a veces el deber principal derivado de un contrato, como los servicios de un guía de montaña, de ciertos instructores deportivos o de enfermeras. Los obligados causan la muerte o lesiones (comisión) cuando dejan de realizar los actos que de ellos se esperan (omisión), sin que esos resultados lo hayan querido o ratificado (ausencia de dolo).

Discute la doctrina si la modalidad delictiva objeto del presente trabajo debe ubicarse o considerarse como materia de estudio de la Parte General o Especial del Derecho Penal.

Si nos atenemos a la ubicación dentro del texto sustantivo alemán del párrafo 13, debemos responder que pertenece a la Parte General. Sin embargo, es imposible que todos los delitos puedan ser objeto de comisión por omisión. Obsérvese que la norma de mención, sólo alude a los delitos de resultado.

Esta comprobación haría pensar en la posibilidad de que fuesen tipificados estos hechos, pero a la dificultad insalvable de imaginar todas las hipótesis factibles se agregaría la desaparición de la categoría, puesto que la tipificación los privaría de su naturaleza característica y los convertiría en otra categoría más de los delitos propios de omisión, ya contemplados en los diversos códigos.

Manteniéndolos en la ineludible dependencia de un tipo ya existente, la posibilidad de comisión por omisión depende de los particulares contenidos de cada una de las figuras delictivas.

Los casos en que sería factible son: Homicidio y Lesiones; Abandono de Personas, la Estafa y algunas formas asimilables entre los Delitos contra la Propiedad, así como la Malversación de Caudales Públicos en la hipótesis del art. 262 del Código penal argentino.

LA INJERENCIA: NOCIÓN GENERAL

Luego de esta necesaria y esclarecedora introducción al tema que aquí me ocupa, con pautas generales de Derecho Nacional y Comparado que nos ilustran acerca de las particularidades y dificultades que acarrea, pasaré a desarrollar la cuestión de la Posición de Garante por Injerencia o Conducta Precedente.

El interrogante que se plantea a todas luces, es si la omisión de salvamento de quien sea garante por injerencia puede suponer la imputación de un delito doloso, en comisión por omisión (homicidio y lesiones, dado el caso.)

Ello partiendo de la base de que la posición de garante es uno de los elementos del tipo objetivo imprescindibles para poder imputar los delitos referidos en el párrafo anterior, en su forma omisiva.

También evaluaré si es posible, o no, que la conducta precedente, fundante de la posición de garante por injerencia, se trate de una conducta lícita, o si necesariamente debe implicar un peligro no permitido.

Importa destacar que, si bien en muchos países del mundo la doctrina que equipara acción y omisión es hoy casi indiscutida y el debate acerca de la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión (también llamados de omisión impropia) se encuentra zanjado, este no es el caso de la Argentina, donde la mayoría de la doctrina nacional postula que imputar la autoría de un tipo penal a una persona que, encontrándose en posición de garante, omite evitar el resultado típico, es inconstitucional, por resultar contrario a los principios de legalidad y prohibición de analogía.

Sin perjuicio de ello, sostendré la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión, en el entendimiento de que solo depende de la técnica legislativa empleada el que se describa de una manera u otra forma la conducta por medio de la cual se configura un tipo penal y que la redacción empleada en el Código Penal argentino vigente no impide tal interpretación.

Como ya apuntara oportunamente, las fuentes de la posición de garante

son las siguientes: relación de familia o comunidad de vida, comunidad de riesgo, asunción voluntaria, ámbito de dominio y conducta precedente o injerencia.

En esta última fuente de la posición de garante enfocaré mi análisis en los apartados siguientes.

El jurista germano Armin Kaufmann⁶, señala que la posición de garante, relevante para los delitos de omisión impropia, impone al sujeto un deber de protección de bienes jurídicos. Entonces, quien se encuentra en esa posición tiene el deber de impedir la lesión de bienes jurídicos, siendo que la tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones: por un lado, el sujeto puede tener el mandato de protección de un bien jurídico determinado respecto de cualquier peligro, venga de donde venga. Esta imposición de tareas prevalece en aquellas posiciones de garante que están reconocidas directamente en un precepto jurídico, así como en aquellas basadas en la asunción fáctica de deberes contractuales.

Por otro lado, el sujeto puede tener el mandato de supervisión de determinada fuente de peligros, no importando qué bienes jurídicos se amenazan desde esta fuente.

La misión del garante tiene por contenido poner coto a la concreta fuente de peligros y, de modo secundario, proteger aquéllos bienes jurídicos amenazados por esta fuente de peligro. Desde la perspectiva del bien jurídico concreto, la función protectora del garante se reduce a una sola dirección de ataque: a aquella que amenaza el bien jurídico desde la fuente a la que debe controlar.

De esta manera, se plantea la misión de salvamento en los supuestos de injerencia, de dominio y de relaciones de confianza especiales. Claus Roxin también adopta un modelo bipartito de posiciones de garante, en la línea de Kaufmann y también de Schünemann, distinguiendo entre los garantes de protección, que tienen el deber de salvaguarda o custodia (evitar que alguien o algo resulte dañado), y los garantes de supervisión o control, que tienen el

⁶ Kaufmann, Armin (2006). Dogmatica de los delitos de omisión. Marcial Pons.

deber de vigilancia, aseguramiento y salvamento (evitar que algo o alguien –fuente de peligro- dañe a otro).

INJERENCIA COMO FUENTE DE LA POSICION DE GARANTE

Formulada en el primer tercio del siglo XIX, primeramente para casos particulares, esta categoría sirvió durante mucho tiempo de tapa huecos, en los casos en que si bien la omisión parecía merecedora de pena, no era posible apoyar un deber de actuar ni en la ley ni en el contrato. Hoy, está reconocido en todo caso el principio de que una conducta que genera un peligro puede obligar, dentro de ciertos límites, a conjurar el peligro creado por el mismo sujeto.

Cuando ya se ha llegado a un efecto dañoso en un bien jurídico (Frister⁷ da el ejemplo de que en la cabeza de un transeúnte ya ha caído una pieza del tejado que se hallaba floja), el conjurar ulteriores peligros que resultan de eso deja de ser la injerencia en una esfera de dominio ajena. Un deber de salvamento que vaya más allá de repeler peligros que se hallan en el propio ámbito de dominio puede ser legitimado no como contracara de una atribución de dominio actual, sino solo como consecuencia de una conducta previa creadora del peligro.

La posibilidad de que surja una posición de garante a partir de la llamada injerencia, está ampliamente reconocida, pero es problemática, y está discutida la cuestión de cuáles son las exigencias que cabe hacer a la conducta previa generadora de peligro.

En la doctrina alemana, la injerencia ha sido discutida arduamente en cuanto a las precisiones que debe presentar para no prestar a confusión e ilimitar cualquier conducta precedente como posición de garantía. Desde 1828, Stübel ha discutido que elementos debe caracterizar a la injerencia para considerarlo creador de posición de garante; él sostuvo que si una persona coloca a otra en situación de peligro de la que solo él puede brindarle una ayuda, se crea para el causante el deber de evitar el resultado que puede llegar a

⁷ Frister, Helmut (2016). Derecho Penal, parte general. Hammurabi.

producirse, lo cual motiva el adeudo por comisión por omisión; a su vez, esta conducta precedente debía ser antijurídica.

El garante por injerencia puede ser definido como “el que mediante un hacer precedente (injerente) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente”⁸.

La posición de garante proveniente del actuar precedente, que también se denomina injerencia, ha sido reconocida por la jurisprudencia y la doctrina dominante, pese a que tanto su existencia como su fundamentación y su configuración en los detalles son “exasperantemente discutidas”, ya que de por sí esta fuente es amplia, pero en ningún caso debe convertirse en fundamento de responsabilidad penal para cualquier conducta precedente que realicemos en la vida diaria. Es por ello que, la doctrina dominante establece como limitación para determinar la posición de garante por injerencia el que la conducta precedente debe ser peligrosa en sí para la producción del resultado⁹.

El ejemplo más importante en la práctica es la causación de un accidente de tráfico vial. Quien atropella imprudentemente (sin dolo) a otro, se da a la fuga y con eso pone en peligro su vida tiene, según la Teoría de la Injerencia, una posición de garante que le obliga a evitar la muerte de la persona víctima del accidente. No obstante, se defienden las siguientes posiciones:

— Solo el atropello imprudente, pero no el fortuito, puede servir de base a una posición de garante por injerencia, por lo que en caso de culpa respondería de un delito doloso contra la vida en comisión por omisión, si, a pesar de que pudo haberlo evitado permite que muera el accidentado.

— El atropello fortuito y el culposo constituyen un hacer precedente en el

⁸ Gimbernat Ordeig, Enrique (2019). Estudios sobre el delito de omisión. Editorial B de F.

⁹ Wessels, AT, 1996, n.m. 725.

sentido de la teoría de la injerencia.

— Ni el atropello fortuito ni el imprudente son aptos para fundamentar la posición de garante.

En consecuencia, tiene que llevarlo al hospital o salvarlo de alguna otra manera. Si omite hacerlo y como consecuencia de ello la víctima muere, puede ser castigado por homicidio (doloso o imprudente) por omisión.

Bacigalupo¹⁰ se pregunta acerca de los fundamentos que proporciona la ley para determinar la posición de garante emergente de un acto anterior en que se pone en peligro un bien jurídico: considera que los intentos llevados a cabo por la dogmática para fundar la posición de garante por injerencia no han sido hasta ahora claros ni suficientes. En este sentido, entre los fundamentos esbozados, es posible mencionar los siguientes: a) una norma general según la cual no está permitido causar un mal a la sociedad que no se habría producido sin la existencia del sujeto; b) la circunstancia de que la prohibición de causar un daño contiene al mismo tiempo el mandato de apartar el peligro creado por la propia acción precedente; c) la concepción popular que determina al autor o la interpretación según el común sentir; d) la consecuencia de una perturbación del orden primario de protección.

El ya referido Strattenwerth señala que no se ha logrado “fundamentar de un modo sencillo y convincente la fuerza vinculante de la injerencia de otra manera que no sea apelar a que convence inmediatamente”.

En la doctrina se reconoce de forma totalmente preponderante (con distintas modificaciones) la posibilidad de una posición de garante derivada de un actuar precedente. Sin embargo, todas las fundamentaciones dadas para ello han sido y siguen siendo discutidas.

TESIS QUE ADMITE LA INJERENCIA COMO FUENTE DE LA POSICION DE GARANTE

¹⁰ Bacigalupo, Enrique (1999). Manual de Derecho Penal, parte general. Hammurabi.

La mayoría de los autores considera casi evidente la afirmación de que se debe responder como garante de la eliminación de los peligros creados por uno mismo. (Bacigalupo, Strattenwerth).

Según Roxin¹¹, si hay que prevenir o evitar en principio la causación de peligros para bienes jurídicos ajenos, no se puede entender por qué no habría igualmente que evitar, tras la producción de tal peligro, su desarrollo posterior hasta un resultado típico. Para este autor, la tesis contraria crea una inexplicable contradicción en la valoración, pues si uno responde del peligro del comienzo como autor, con más razón tendrá que ser responsable de evitar el resultado en caso de que siga operando y aumentando el peligro que se produce por su conducta anterior. No tiene sentido hacer responsable penalmente a alguien solo por el impulso inicial y no por la evitable prosecución de un curso causal que conduce a la realización de un tipo.

Para ilustrar su postura, ensaya el siguiente ejemplo: si para proteger la vida de los transeúntes se ha de cuidar que no les caiga en la cabeza ninguna teja suelta de la casa propia, para el caso de que tal accidente suceda, se ha de proteger la vida de los transeúntes, al menos llevándolos al hospital, o atendiéndolos de alguna otra forma.

A esto, Jeschek¹², sostiene que no basta con la creación de peligros, es decir, no es una simple causación, para ello el autor alemán pone límites: 1) el peligro causado debe haber sido próximo a la causación del resultado, 2) tiene que haber sido objetivamente antijurídico, 3) y debe haber vulnerado una norma protectora de bienes jurídicos.

El motivo normativo determinante de la posición de garante por injerencia es que si se tiene que responder jurídicamente de impedir un curso causal, ello ha de valer por cada fase de su desarrollo. Así, cuando el injerente, mediante su actuar precedente, deja desprotegida a la víctima, nace la posición

¹¹ Roxin, Claus (1997). Derecho Penal, parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Civitas.

¹² Jescheck, Hans-Heinrich (1993). Tratado de Derecho Penal, parte general. Editorial Comares.

de garante por injerencia con su correspondiente deber de salvamento. Entonces, se consideran equiparables a la comisión aquellos casos en que se podría haber parado un curso causal puesto en marcha por un actuar precedente, pero se omite hacerlo.

Se trata de casos en que alguien, a consideración de una acción previa peligrosa, omite impedir las lesiones o la muerte de una persona, por lo que se equipara esa omisión al hecho comisivo. Comisión por omisión de homicidio o lesiones, en virtud de la posición de garante por injerencia. Roxin considera al respecto que es especialmente necesaria la posibilidad de atenuación de la pena en los delitos de omisión. Pero aboga expresamente porque se trate de una atenuación facultativa, dado que entiende que no en todos los casos de “dominio del hecho social” el merecimiento de pena del omitir es menor que el del hacer activo.

Stratenwerth¹³ propone una solución diferente, entendiendo que un comportamiento precedente no antijurídico acarrea el deber de garantía imponiendo la limitación de previsibilidad, que el peligro generado por el autor se conecte con el hecho de manera adecuada, es decir, si este sabía con anticipación cuales eran las consecuencias hubiera podido tener desde el principio un mayor cuidado en su actuar.

Maurach¹⁴, es partidario de un criterio bastante más amplio, para él cualquier conducta precedente es generador de posición de garante, siendo indiferente si éste es lícito o ilícito.

TESIS QUE NIEGA LA INJERENCIA COMO FUENTE DE LA POSICION DE GARANTE

Una considerable opinión minoritaria rechaza que haya una posición de

¹³ Strantenwerth, Günter (2016). Derecho Penal, parte general I, el hecho punible. Hammurabi

¹⁴ Maurach, Reinhart. Gössel, Karl. Zipf, Heinz (1995). Derecho Penal, parte general. Editorial Astrea.

garante basada en el actuar precedente, es la denominada teoría de la anti-injerencia que tiene como líder y portavoz a Schünemann¹⁵, quien niega que el hacer precedente pueda convertir al injerente en garante y, con ello, en autor o participe de un delito de comisión por omisión, puesto que, una vez que ha tenido lugar el hacer precedente el injerente se encuentra frente al ulterior acontecimiento, ontológicamente, igual que cualquier persona, por lo que las sucesivas etapas del proceso causal se le pueden imputar a su esfera de dominio sobre la base de acto desencadenante.

Este autor discute que el injerente (por ejemplo, tras una causación culpable de un accidente), aún tenga el dominio sobre la fuente de peligro y destaca que tiene, como cualquier ciudadano, solo una posibilidad de evitar el resultado y con ello un dominio potencial, pero no real sobre el acontecimiento. Por lo que solo se le podría imputar una omisión de auxilio agravada como lo propone el Código Penal Español.

También discute este autor la necesidad político-criminal de una punición de la injerencia igual a la comisiva. Schünemann no ve entre la falta de atención antes del accidente y la posterior inactividad ninguna relación teleológica que permita sumar unas lesiones u homicidio imprudente a una omisión de auxilio para convertirlas en un delito de la más grave criminalidad.

Considera que en caso de hechos previos dolosos, los delitos cualificados por el resultado pueden satisfacer también la necesidad intensificada de pena.

Por último, sostiene que para fundamentar la responsabilidad por el resultado ya no es necesaria la posición de garante por injerencia, pues la totalidad de los casos punibles quedan captados a título de acción.

Para este autor, la necesidad político criminal de responsabilidad por injerencia no puede alimentarse con el simple deseo de imputar el resultado,

¹⁵ Schunemann, Bernd (1994). Sobre el estado actual de dogmatica de los delitos de omisión en Alemania, traducción de Silvina Bacigalupo, en Omisión e Imputación objetiva, Jornadas Hispano-Alemandas de Derecho Penal en Homenaje al profesor Claus Roxin. Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales Madrid.

sino que se funda en la percepción de que para estos casos no basta con imputar una imprudencia, siendo que recurrir al marco penal concebido para el delito doloso de comisión (por omisión) parece axiológicamente inadecuado. Por lo tanto, considera que como la responsabilidad por injerencia, debido a la falta de igualdad con la comisión, no puede someterse al tipo de homicidio y que no existe en el Código un precepto hecho a su medida, la punición solo puede realizarse mediante las figuras de homicidio imprudente u omisión de auxilio. Manifiesta que no hay ningún precepto (en el Código Penal alemán) para los casos de injerencia y plantea que debería regulárselo como una cualificación del delito de omisión de auxilio.

Entre quienes siempre se han resistido a la responsabilidad por injerencia también encontramos a Landsberg, Frank y Welzel. Después de la guerra, Welzel ha impedido la amenazante internalización de la responsabilidad por injerencia en la conciencia de la ciencia penal alemana. Brammsen defiende una opinión opuesta, en la medida en que rechaza una posición de garante por la conducta precedente pero incardina la situación de injerencia en el sistema de los delitos comisivos.

Por tanto, admite un homicidio doloso por comisión si el causante imprudente del accidente omite dolosamente la evitación del resultado. Para el dolo comisivo es suficiente, según él, que se añada este como dolo superviniente durante la ejecución del hecho. Apela para ello a Edmund Mezger: "La esencia del dolo superviniente consiste en que la realización del tipo objetivo del delito fue comenzada sin culpabilidad o imprudentemente, pero antes de la causación definitiva el autor cobra conciencia de la antijuridicidad de su conducta y pese a todo lleva el hecho hasta el final". Ahora bien, se afirma que la crítica de Brammsen, que equipara la injerencia con un delito comisivo, va demasiado lejos pues la decisión de omitir una actuación posterior (el salvamento de la víctima) fundamenta lógicamente un dolo omisivo, siendo que la admisión de un dolo comisivo solo sería posible como dolo superviniente, categoría rechazada por el Derecho Penal moderno.

Respecto de la injerencia, Kaufmann señala que al igual que en las demás fundamentaciones de la posición de garante, en la del hacer precedente,

se ha cristalizado como derecho consuetudinario una dogmática fallida. Considera que es objetable que quepa basar un mandato de impedir un resultado únicamente en la acción precedente. Y entiende que de la sola concurrencia del mandato de impedir el resultado no cabe extraer conclusión alguna sobre la equiparación con el delito comisivo.

LA INJERENCIA: ¿MERA CAUSALIDAD?

La gran mayoría de la doctrina penal consideró que basta con una mera relación de causalidad para determinar a la injerencia como generadora de la posición de garantía, lo cual, desde mi punto de vista resulta altamente excesivo y peligroso en un Estado cuidadoso de las garantías constitucionales, puesto que sería extender ilimitadamente y asignar a cualquier omitente el rótulo de garante. Piénsese en el ejemplo del automovilista que atropella a un peatón sería garante por conducta precedente porque si suprimimos mental e hipotéticamente la conducta previa del conductor el resultado lesiones hubiera desaparecido, al igual que la esposa del automovilista que le pidió al marido que buscara un remedio de la farmacia puesto que ella se ha olvidado de comprarlo; se daría una cadena causal infinita de intervinientes en la que se daría el absurdo de que todos serían garantes por conducta precedente.

Zaffaroni¹⁶, en la doctrina nacional admite la simple relación de causalidad para imputar posición de garante por injerencia rechazando la teoría de la imputación objetiva, bastándole la causalidad natural entre acción y resultado en los delitos de resultado a nivel de tipicidad objetiva, más no en el aspecto subjetivo del tipo penal en el que se hace imposible manejar los cursos causales desde la perspectiva del autor, es decir, en este nivel de análisis el dolo solo sirve para calificar la omisión como dolosa o culposa.

Roxin¹⁷ en cambio sostiene que la solución a esta problemática vendría de la mano de la teoría de la imputación objetiva. En efecto, el límite para

¹⁶ Zaffaroni, Alagia y Slokar. Ob. Cit.

¹⁷ Roxin, Claus (2001). Injerencia e imputación objetiva en Nuevas formulaciones en las ciencias penales, homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner.

admitir al hecho precedente como caso de injerencia sería para el alemán la teoría de la imputación objetiva, por lo que, debe verificarse en primer lugar que ese hecho precedente sea en todos los casos un riesgo jurídicamente reprobado, y que además se haya realizado en el resultado.

Por ello, no se presentaría la injerencia en el caso del actuar bajo riesgo permitido, principio de confianza, ello sería encuadrable en el delito de omisión de auxilio¹⁸. Tampoco habría posición de garante por injerencia, si el peligro provocado por el comportamiento precedente queda únicamente en el ámbito de la responsabilidad de la persona puesta en peligro.

El profesor alemán niega también la injerencia cuando falta una relación de fin de protección entre el comportamiento precedente y el resultado inminente.

Al respecto la praxis se ha manifestado claramente en el sentido de que la utilización del vehículo en forma completamente adecuada al derecho de tránsito no fundamenta un deber de garante cuando ella conduce a la lesión de otro participante en el tránsito, pero si el automovilista causa el accidente mediante una conducta contraria al cuidado y no auxilia a la víctima conociendo su lesión responderá según las circunstancias del caso por lesiones dolosas u homicidio doloso en grado de consumación o tentativa¹⁹. Esto en gran medida está fuera de discusión. El BGH alemán entiende que la posición de garante por injerencia se deriva de conductas precedentes peligrosas contrarias a deber. Ésta es su jurisprudencia constante desde 1955. Pero sigue siendo dudosa y oscura la cuestión de si la contrariedad a deber de la conducta previa es realmente la circunstancia decisiva para el deber de garante o si aquí hay que tener en cuenta otros puntos de vista.

La doctrina propone diversos criterios. Así, por ejemplo, se sostiene que

¹⁸ Artículo 108 Código Penal Argentino: "Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o invalida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad".

¹⁹ BGHSt, NSTZ, 1992.

será decisivo establecer “si el autor ha sobrepasado su ámbito general de actuación a costa de otras personas”, si ha creado el peligro “por una conducta previa que incrementa el riesgo por encima del actuar cotidiano” o si objetivamente ha llevado a cabo la acción del correspondiente delito de comisión.

Todas estas propuestas desembocan en la idea de que lo que fundamenta el deber de garante tiene que ser un riesgo no cubierto por intereses de rango superior. Aún no es posible develar en toda su significación las consecuencias de esta línea de pensamiento.

Bacigalupo sostiene que es preciso que la conducta precedente sea contraria al deber. Es decir que esta posición de garante queda limitada por el peligro permitido en el tráfico. La adecuación a derecho de la conducta precedente impide que de ella pueda deducirse un deber de garantía.

Entonces, la cuestión a resolver es, ¿Cómo debe ser el hecho precedente para que convierta al autor en garante? ¿Debe ser al menos ilícito o necesita ser antijurídico?

Además de la obligación legal de impedir el resultado, el omitente, en función de las circunstancias, tiene que responder que el resultado no vaya a producirse.

Es decir, que la posición de garante requiere que el autor haya creado un peligro adicional al permitido para la fuente que el mismo debe custodiar y encausar, o sea que se encuentra bajo su dominio para que su omisión sea equivalente a una acción, de lo contrario no habrá posición de garante.

Se mantiene dentro del riesgo permitido también un conductor que causa un accidente que no haya cometido ninguna infracción del cuidado debido. Así lo entendió también el BGH alemán para todos los otros casos de actuaciones conforme al deber de cuidado, en el funcionamiento de máquinas, en trabajos de construcción, etc. De la vereda de enfrente encontramos a Ghunter Jakobs²⁰, quien deduce del comportamiento arriesgado permitido, una

²⁰ Jakobs, Günther (1997). Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la

posición de garante, si se dan dos presupuestos: que consista en un riesgo especial (un riesgo más alto que el de los comportamientos cotidianos ineludibles) y que el sujeto puesto en peligro haya tomado las medidas de seguridad que a él le atañen por su lado.

Como indicio de la existencia de un peligro especial menciona la responsabilidad civil por la puesta en peligro y la existencia de un seguro obligatorio. Entonces, según su análisis, incluso el conductor que conduce con el cuidado debido que se ve envuelto en un accidente puede ser en principio garante del salvamento del accidentado.

Al respecto, se ha respondido a Jakobs que no debería deducirse, sin más, de los preceptos de responsabilidad civil, una responsabilidad jurídico penal reforzada. Asimismo, se ha afirmado en contra de esta diferenciación propuesta por Jakobs que en el caso de que alguien, pese a su comportamiento totalmente intachable, se vea envuelto en un accidente, es difícil que en el momento pueda juzgar la eventual culpa de otro implicado en el accidente y su dimensión concreta. De forma que la consecuencia de una solución diferenciadora —basada en un riesgo especial o en los recaudos tomados o no por el sujeto pasivo—generaría una gran inseguridad jurídica.

En conclusión anticipada, dentro de las restricciones a la posición de garante por injerencia, Roxin enumera: que la acción previa no sea objetivamente imputable al causante, que el peligro provocado por la acción previa sea exclusiva responsabilidad del sujeto puesto en peligro, que la creación del peligro esté justificada por legítima defensa o estado de necesidad y que la acción previa se mantenga dentro del riesgo permitido.

En relación a éste último supuesto, Stratenwerth opina que está muy discutida la cuestión de si la conducta previa debe tener determinada calificación jurídica, en particular si tiene que ser contraria a deber o ilícita, con independencia de la puesta en peligro.

En lo que respecta a si una acción justificada constituye un hacer precedente se mantienen dos soluciones contrapuestas, para unos, quien deja

imputación. Marcial Pons.

morir a quien previamente ha lesionado justificadamente responde de un delito contra la vida en comisión por omisión²¹; para otros, solo de una omisión propia del deber de socorro²². Al principio, ni la jurisprudencia ni la doctrina conocían tal distinción: se suponía que bastaba no solo la creación no culpable de un peligro, sino incluso un comportamiento lícito (Maurach y Welp). Hoy, en cambio, aquella cuestión se contesta predominantemente de modo afirmativo (Jescheck, Rudolphi y Schröder).

En cuanto a las causas de justificación, luego de haber pasado en limpio la imputación objetiva, Roxin propone que se excluyan las conductas previas que hayan sido producto de una legítima defensa –me defendiendo del agresor lesionándolo, y luego no hago nada para socorrerlo pudiendo evitar su muerte-, respondería el que se defiende por omisión de auxilio por incumplir mínimos deberes de solidaridad y no por homicidio doloso por omisión.

Tanto Roxin como Stratenwerth se pronuncian con respecto al estado de necesidad justificante, alegando que todo hecho precedente debe ser antijurídico, lo cual cede en esta causa de justificación correspondiendo el deber de reparar civilmente el daño provocado. Otro sector de la doctrina nacional²³ entiende que la limitación debe realizarse solo con respecto al estado de necesidad ofensivo, no existiendo motivos para considerar conducta precedente a aquella realizada bajo un estado de necesidad defensivo.

No obstante, sostiene Frister²⁴, una conducta objetivamente justificada fundamenta excepcionalmente una posición de garante por injerencia, si la justificación se deriva solo del deber de solidaridad entre seres humanos. Quien, para conjurar un estado de necesidad, recurre a bienes jurídicos ajenos, tiene que ocuparse al menor de que por esa injerencia no surjan otros menoscabos para el bien jurídico. Por ello, está obligado como garante a conjurar ulteriores peligros que resulten de menoscabos al bien jurídico justificado. Si, por ejemplo, un caminante que se halla de excursión, para protegerse de una tormenta

²¹ Maurach AT, 1971, p.609

²² Jiménez de Asua, III, 1965, p.426.

²³ Molina, Javier Gonzalo (2014). Delitos de omisión impropia. Rubinzal Culzoni.

²⁴ Frister, Helmut. Ob. Cit.

desatada, entra por la fuerza a una casa que se halla cerrada, rompiendo un vidrio de la ventana, en estado de necesidad justificante, tendrá que sellar la ventana rota en forma provisional, tanto como pueda, o, si no, ocuparse de que no surjan ulteriores daños. Si omite tomar esas medidas de protección posibles, y en razón de ello causa dolosamente otro daño de la cabaña o de su inventario, será punible por daño en las cosas por omisión.

Por otro lado, en los casos en que se presenten en el caso factico los elementos objetivos de la causa de justificación pero esté ausente el elemento subjetivo el hecho objetivamente estaría justificado, no así subjetivamente dado que el autor no advirtió que actuaba en estado de necesidad justificante, legítima defensa. Esta cuestión es discutida por la doctrina penal encontrándose tres posiciones que buscan dar solución: 1) quienes consideran que la conducta no está justificada aplicándose la pena por el delito consumado, 2) quienes proponen castigar la conducta como tentativa inidónea, 3) los que consideran, como Zaffaroni que el sujeto esta directamente justificado, y que la falta de representación no influye en nada.

CONCLUSIÓN FINAL.

En el presente trabajo solo he esbozado tan solo una pequeña parte de la amplia discusión dogmatica que genera este tan apasionante tema.

Entiendo como susceptibles de equiparación a la comisión, aquellos casos en que se podría haber detenido un curso causal puesto en marcha en virtud de un accionar precedente, y sin embargo, se omite hacerlo. En consecuencia, en los casos en que un sujeto (a consideración de una acción previa y peligrosa que le es atribuible a título de imputación), omite impedir las lesiones o la muerte de otra persona, puede ser imputado por las lesiones o la propia muerte provocadas en comisión por omisión.

Esto, en virtud de que se encuentra en posición de garante respecto de los bienes jurídicos que se vieron en peligro por su conducta precedente (injerencia), si bien en parte son válidas algunas de las críticas efectuadas a la posición mayoritaria que acepta la posición de garante por injerencia, en cuanto

a que los fundamentos de esa fuente de garantía no son del todo claros. Lo cierto es que los cuestionamientos que recibe no alcanzan para desvirtuar el principal fundamento de esa posición de garantía que es la obligación de eliminar los peligros creados por uno mismo, y es en esa cuestión en particular en que he intentado explicar la relación que debe existir entre la conducta precedente y el resultado, es decir, he planteado los problemas y distinciones de los juristas del derecho penal en cuanto a la relación de causalidad e imputación objetiva.

Los casos de injerencia constituyen el contrapunto de los delitos cualificados por el resultado: éstos son la combinación de una acción dolosa y realización imprudente del resultado, mientras que la responsabilidad por injerencia se caracteriza por la realización imprudente del resultado y la no evitación dolosa.

Ello así, quien realiza una conducta riesgosa, superando los límites del peligro permitido, debe impedir la lesión al bien jurídico que su conducta puede producir, mediante el empleo de acciones de salvamento; de lo contrario, podrá imputársele el resultado dañoso, bajo la forma de homicidio o lesiones dolosas, en virtud de la omisión de salvamento.

Todo ello, siempre en atención a las particularidades y especificaciones de cada caso concreto, que es, lo que en definitiva, el Derecho debe interpretar y aplicar a través del prisma del Juzgador y su Sana Crítica Racional.

Bibliografía

- Frister, Helmut (2016). Derecho Penal, parte general. Hammurabi.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (2019). Estudios sobre el delito de omisión. Editorial B de F.
- Jakobs, Günther (1997). Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

- Jescheck, Hans-Heinrich (1993). Tratado de Derecho Penal, parte general. Editorial Comares.
- Kaufmann, Armin (2006). Dogmatica de los delitos de omisión. Marcial Pons.
- Maurach, Reinhart. Gössel, Karl. Zipf, Heinz (1995). Derecho Penal, parte general. Editorial Astrea.
- Molina, Javier Gonzalo (2014). Delitos de omisión impropia. Rubinzal Culzoni.
- Roxin, Claus (1997). Derecho Penal, parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Civitas.
- Roxin, Claus (2001). Injerencia e imputación objetiva en Nuevas formulaciones en las ciencias penales, homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner.
- Sancinetti, Marcelo A. (2009). Causalidad, riesgo e imputación. Hammurabi.
- Schunemann, Bernd (1994). Sobre el estado actual de dogmatica de los delitos de omisión en Alemania, traducción de Silvina Bacigalupo, en Omisión e Imputación objetiva, Jornadas Hispano-Alemandas de Derecho Penal en Homenaje al profesor Claus Roxin. Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales Madrid.
- Silva Sánchez, Jesús María (1986). El delito de omisión: concepto y sistema. Editorial Bosch
- Strantenwerth, Günter (2016). Derecho Penal, parte general I, el hecho punible. Hammurabi
- Terragni, Marco Antonio (1997). Revista, Colección Jurídica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.
- Zaffaroni, Eugenio; Alagia Alejandro, Slokar Alejandro (2000). Derecho penal, Parte general. Ediar.