

Una mirada analítica de la posición de garante en el delito de omisión impropia

UNCAus – Cursos y posgrados

“Profundización en delitos de omisión” –

Cursado On line. Aprobado por Resolución 083/20

Juan Santos Perez

SUMARIO: 1. Introducción 2. Omisión 2.1. Clases de Omisión 2.1.1. La omisión simple o propia 2.1.2. La Omisión propia 3. Mandato y Prohibición 4. Omisión Impropia y Posición de Garante 4.1. Teorías de la posición de garante 4.1.1. Primera Teoría Formal de las Fuentes 4.1.2 Segunda Teoría de las Funciones 5. Imputación Objetiva 6. Autoría y participación en la Omisión. 6.1. Autoría. 6.2. Coautoría. 7. Conclusión

1. Introducción

Abordar el estudio del delito de omisión exige tener presente ciertos aspectos referentes a la punibilidad de la omisión (impropia) en general. (PERDOMO TORRES, 2001) Teniendo en cuenta esta afirmación y la diversidad de ideologías muchas serán las fundamentaciones de cada posición.

Cabe destacar que hablamos de un tipo de delito completamente distinto en cuanto a su esencia, toda vez que su naturaleza presenta características propias distintivas,

señalamos esto habida cuenta que al momento de describir a los delitos, entendemos que éstos comprenden todas aquellas acciones activas o pasivas. Sin embargo el tema que nos ocupa forma parte de delitos de acción y delitos que carecen de acción. En este último plano es donde se encuentra la omisión.

Terragni nos hace preguntarnos si la omisión es real o es una idea generada por la norma. (TERRAGNI, 1997). Proyectamos este trabajo para dilucidar su concepto, lugar y función dentro del sistema penal.

2. OMISIÓN

Como lo hemos afirmado en párrafos anteriores al iniciar el estudio del concepto de “Omisión” nos encontraremos con varias concepciones. Debemos tomar como punto de partida, que el ordenamiento positivo argentino carece de una previsión expresa, para conseguir una noción debemos recurrir al Código penal alemán (TERRAGNI, 1997), en dónde encontramos que Comisión por omisión es:

- 1. Quien omite evitar un resultado perteneciente al tipo de una ley penal, es punible conforme a esta ley sólo cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no aconteciera y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.*
- 2. La pena puede disminuirse conforme al art. 49 párrafo 1º.¹*

FEUERBACH, en el siglo pasado, entendía configurado el injusto cuando una persona podía, esto es, tenía derecho a exigir de otro la exteriorización de una conducta o exigir de otro un hacer determinado para impedir la realización de un resultado que lesionara un bien jurídicamente protegido. Esta, llamémosle acción debida, provendría, según el autor, de dos fuentes: LA LEY Y EL CONTRATO. El concepto de acción esperada será luego utilizado por MEZGER, COMO UN ELEMENTO FUNDAMENTAL en la explicación de la omisión típica. El mismo tratadista utilizará el argumento a su juicio decisivo, de que EL NUCLEO CENTRAL DE LA OMISION ESTA EN EL DEBER DE IMPEDIR UN

¹ Begehen durch Unterlassen. Wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes geh ört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtilch dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nich eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entpricht.

RESULTADO. MAURACH, plantea el problema de comprensión surgido en la dogmática jurídico penal alemana, respecto de este injusto: Así resalta dos cuestiones fundamentales: la deficiente diferenciación entre la causalidad de la acción omitida para la producción del resultado y el deber de actuar específico impuesto por la norma de mandato, luego la función indiciaria del ilícito ha sido extendido demasiado, especialmente en los delitos de omisión (TERRAGNI, 1997).

Armin Kaufmann, sin duda uno de los tratadistas que con mayor grado de reflexión incursionó en el terreno de la omisión, vislumbró que era oportuno considerar un concepto general de este tipo de conducta que pueda presentarse tanto de manera activa como pasiva, la cual pudiera relacionarse de manera directa con la noción de prohibición o mandato. Asimismo, sobre este punto el autor afirma que no existe diferencia en la noción de mandato de actuar, ya que se aplica tanto a la omisión propia como impropia. El planteo está en que ambos se dirigen a evitar un resultado lesivo garantizando la indemnidad del bien jurídico (TERRAGNI, 1997).

Por otra parte hay concepciones negativas y positivas que abordan el concepto de “omisión”, la primera sostiene, como único elemento de éste, un “no-hacer”, (BELING) aunque existe una corriente en este pensamiento que advierte que no es el único, sino el primer elemento, completándose con la idea de posibilidad. De esta manera, para Beling, la “omisión en sí” (reine Unterlassung) es inactividad corporal voluntaria, contención de los nervios motores que es dominada por la voluntad. Para Silva este es un concepto negativo-intransitivo (SILVA SÁNCHEZ, 2010). Posteriormente, la doctrina complementa este concepto de omisión agregando el requisito de la “posibilidad” y es así que se dice que la omisión es “no hacer algo (posible)”. (GÓMEZ TOLEDO, 2009).

Se ha señalado a V. Liszt como el primer autor que definió a la omisión como un no hacer algo determinado, este autor señala: “...solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto posible de parte de una persona”. (Liszt, 1927, pág. 304).

Las segundas, es decir las concepciones positivas le atribuyen a la omisión un “contenido de sentido trascendente al mero no hacer algo”. (SILVA SÁNCHEZ, 2010). Esta línea de pensamiento tiene una bifurcación en dos grandes grupos. Aquellos para los cuales la “positividad” de la omisión radicaría en un “ser de otro modo”, es decir, “por una forma diferente del ser, por una forma distinta de objetivación de la

voluntad, con independencia de expectativa y de juicios de terceros.” (GÓMEZ TOLEDO, 2009). Atribuyendole a esta “positividad” el carácter Ontológico.

El segundo grupo lo conforman quienes sostienen que la “positividad” de la omisión se encuentra en un plano normativo, es decir, en el marco de un sistema de normas para los cuales la omisión no consiste solamente en no hacer una acción posible sino que además esa acción debe haber sido esperada o exigida de alguna forma. (GÓMEZ TOLEDO, 2009) para reforzar esta idea se suele remarcar a Liszt que señala que *“solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para un acto posible de parte de una persona”*. (VON LISZT, 1927, pág. 304)

Si tomamos como punto de partida el pensamiento de estos autores no encontraremos coincidencias que sean significativas, muy por el contrario, se distancian en cuanto a los criterios que hacen al fundamento y esencia de la omisión. Tal premisa se observa muy marcadamente en una cuestión central sobre la cual se desarrolla mas tarde toda la teoría: Esto es, hay un concepto general de acción que abarca la omisión o, por el contrario, la idea de acción propia del delito comisivo no nos es de utilidad al analizarla en el terreno omisivo.

2.1. Clases de Omisión

Para la conceptualización de ambos tipos de omisión, tradicionalmente la doctrina ha recurrido a un criterio formal y externo como criterio de distinción. Este criterio es el de si el delito de omisión tiene o no una regulación legal (GÓMEZ TOLEDO, 2009).

2.1.1. La omisión simple o propia

La primera clasificación ha sido denominada por la doctrina como “delito de omisión propia” y es definida como *“la no-ejecución de la actividad ordenada por la norma; la acción típica estribará simplemente en que el “autor” no ha sido activo en la dirección ordenada”*. (GÓMEZ TOLEDO, 2009).

Aquí nos encontramos por un lado con una conducta, pues se trata de una desobediencia, y por el otro lado una norma imperativa que ordena un determinado comportamiento, el ejemplo mas clarificante de esta idea nos la el

Código penal en el último Capítulo del Título “*Delitos contra las personas*”, que legisla respecto a la omisión de auxilio “*Será reprimido (...) el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida 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.*” (art. 108 C.P.). Lo que se sanciona en la omisión de auxilio respecto de la persona que se encuentra en peligro es la infracción del deber de auxilio a su respecto. Portilla Contreras considera que lo que se incorpora tanto en el derecho español como en el argentino es el concepto de solidaridad (atención al necesitado de ayuda por la existencia de un riesgo grave) respecto a terceros. (GRISSETTI, Ricardo Alberto O. - ROMERO VILLANUEVA, Horacio, 2018).

Se habla de delito de omisión, por el hecho de que la norma no impone una prohibición, sino un mandato que se dirige a proteger el bien jurídico solidaridad humana en supuestos de peligro para los bienes vida e integridad personal. (GRISSETTI, Ricardo Alberto O. - ROMERO VILLANUEVA, Horacio, 2018).

2.1.2. La Omisión Impropia

El delito de omisión impropio es el que se compone por un no hacer (no-realización de la acción ordenada por la ley por medio de una norma imperativa) y por un determinado resultado, que se imputará al autor de la omisión en virtud de una norma o por una equivalencia estructural y normativa entre acción y omisión (GÓMEZ TOLEDO, 2009). “*Una de las características más sobresalientes en esta clase de delitos es que consisten en la producción de un determinado efecto jurídico, es por esta razón que se le denomina de peligro concreto, ya que generalmente se vulnera una norma prohibitiva...*” (BLANCO, 1981).

Es decir que no se vulnera una norma prohibitiva sino que una preceptiva que ordena la realización de una determinada acción que evite la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico. Lo que sucede es que por la gravedad del resultado producido y la existencia de una posición de garante, se imputa ese resultado al omitente como si lo hubiese causado activamente él mismo, pero reconociendo que no lo ha causado directamente. Por tanto, puede decirse que en el tipo legal se contiene un mandato y una prohibición. (GÓMEZ TOLEDO, 2009).

3. MANDATO Y PROHIBICIÓN

Dentro del ordenamiento jurídico existen normas de mandato cuya desobediencia es considerada una omisión, en virtud de la cual el omitente recibe una sanción, denominada delito de omisión. Estas normas de mandato se encuentran prácticamente en todas las legislaciones, manteniendo una estrecha relación con el sistema político social existente en cada lugar.

En tal sentido, R. MAURACH, sostiene que en un régimen liberal individualista las normas imperativas son escasas, sin duda alguna. Esta observación puede ser corroborada en no pocos países que ponen énfasis en este tipo de ideología política. Contrariamente a lo anterior, en los países cuyo régimen político y social se sostiene sobre bases de solidaridad, dichas normas se incrementan notablemente. Así, por ejemplo, en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, el código penal argentino contiene una figura de omisión tipificada en los artículos 106 y 108, de cuyos contenidos podemos inferir que el mandato contenido en las mismas se fundamenta en razón de solidaridad y colaboración entre los miembros de la sociedad, lo cual patentiza el desapego de nuestra legislación en relación con la antigua concepción liberal individualista. Por ejemplo, las leyes antes citadas de nuestro Código Penal trasuntan el principio de solidaridad que subyace e inspira la norma de mandato en la parte que sanciona a *“quien encontrando una persona herida o inválida amenazada de un peligro cualquiera omite prestarle el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso a la autoridad”*.

Viene al caso señalar que en los delitos de omisión pura o propia se sanciona la infracción de normas jurídicas de mandato. Al respecto la doctrina es coincidente en señalar que el tipo objetivo de dichas normas se estructura sobre los siguientes requisitos: (ARBULOVA VALVERDE, 2010)

- a) la situación generadora del deber de actuar: sin duda, la base de la imputación normativa propia de las omisiones, consiste en una necesidad de auxilio que debe estar descrita en el mismo tipo penal.
- b) La no realización de la acción mandada: los tipos omisivos definen cual es la acción esperada y sobre la base de ese presupuesto se debe evaluar el comportamiento diverso o la directa inactividad del omitente para la configuración de la conducta ilícita.

- c) La posibilidad real de cumplir con el mandato de auxilio: nadie puede ser responsable por omisión por aquello que, de un modo u otro, no pudo hacer o no tenía las posibilidades de llevarlo a ejecución.

Por otra parte, el tipo subjetivo de la omisión, requiere que el sujeto conozca los elementos mencionados en el tipo objetivo omisivo. (ARBULOVA VALVERDE, 2010).

En los delitos de omisión impropia la norma de prohibición alcanza toda su fuerza vinculante, en función de quien está obligado a evitar un resultado disvalioso para el derecho penal es asimismo garante de que no se produzca, cuyo resultado se imputa a determinado sujeto en función de que se abstuvo de actuar, de realizar una acción que estaba obligado a hacer por la estrecha relación que lo une al bien jurídico.

Posición de Garante en los delitos de omisión impropia: Recordemos que lo que la doctrina ha denominado posición de garante en los delitos de omisión impropia se encuadra en la posición en que se encuentran aquellas personas que están obligadas -en virtud de una ley, por contrato, por el obrar precedente o, por el deber de vigilancia de fuentes de peligros- a evitar un resultado lesivo para el bien jurídico protegido por la norma, es decir, lo prohibido es no realizar la conducta que le es posible hacer a fin de no incursionar en una conducta típica. Únicamente 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, jurídicamente impuesta, de hacer lo posible para evitar la consecuencia. (ARBULOVA VALVERDE, 2010)

Si la ley no menciona específicamente en qué casos surge el deber de obrar, ¿como se pueden identificar las fuentes?. Al respecto, 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 intervendría activamente para impedir la lesión.

Para otra corriente doctrinaria 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.

Sin embargo, esta forma de encarar el tema carece de precisión y deja de lado la necesidad de que el deber de responder esté jurídicamente impuesto y no derivado de un simple poder de hecho. Además, la búsqueda de pautas de naturaleza axiológica ha llevado a incriminar una variedad de situaciones que pueden extenderse ilimitadamente, con el consiguiente riesgo para los derechos individuales. (ARBULOVA VALVERDE, 2010)

Gran parte de la doctrina es conteste en que la causalidad entre la acción típica del omitente y el resultado debe ser valorativamente considerado, conforme a la teoría de la imputación objetiva, lo cual nos conduce a la imperiosa necesidad de analizar dicha teoría a la luz de la concepción que al respecto sustentan Roxin y Jakobs. La mencionada teoría nace en 1970 cuando Roxin en el libro de Homenaje a Honig plantea su vinculación con el criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico. En efecto, el autor en cuestión, a quien se considera el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al “principio de riesgo”, sintetiza la teoría de la imputación objetiva, del siguiente modo, “un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra si sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción , cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo. (ROXIN C. , 2002).

Siguiendo el postulado de Roxin, se trata de que la imputación del tipo objetivo presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no encubierto por el riesgo permitido. A este autor le importó, ante todo, confrontar, a través de una perspectiva objetiva de la imputación, la incorporación del dolo al tipo del ilícito. En tal sentido, escribió: “*la tarea de la dogmática consiste en la introducción de criterios de imputación generales y objetivos determinados normativamente*”.

Según la teoría de la imputación objetiva, la delimitación debe sujetarse a si el resultado ocasionado ha sido alcanzado por la realización de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido. En tal sentido, en el comienzo de su

exposición sobre la imputación objetiva, escribió que “*debe aclararse como tiene que obtenerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado para que a fin de que el resultado pueda imputarse a un sujeto del delito determinado como su acción*”. (ROXIN C. , 2002).

La teoría en cuestión se comprende con más precisión si ella es aplicada a una característica de la acción, a saber, el ser peligrosa con relación al resultado . En este sentido, si la causación del resultado concreto depende del azar y está fuera del dominio del autor, entonces no existirá desde un principio, una acción dirigida a causar el resultado . Por lo demás, el punto de vista del dominio del suceso causal no es extraño a la dogmática jurídico penal.

Basándose en las premisas anteriormente expuestas, Roxín propuso una serie de criterios normativos, cuyo denominador común está en el “principio de riesgo”, según el cual, partiendo del resultado, el tema estaba en determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado. (ROXIN C. , 2002)

Los criterios propuestos por Roxín para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado son los siguientes:

a) *La disminución del riesgo* : Criterio mediante el cual puede negarse la imputación objetiva en los casos de desviación de un resultado grave, que haya llevado a producir uno leve.

b) *La creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante o no permitido (o creación de un riesgo prohibido)*: Según este criterio se procede negar la imputación objetiva cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico.

c) *Aumento del riesgo permitido*: En este caso procede negar la imputación objetiva cuando la conducta del autor no ha significado una elevación del riesgo permitido porque el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida .

d) *Esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma*: Este criterio permite solucionar aquellos casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que origina un resultado lesivo, éste no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma, es decir si el resultado no era aquel que la norma quería evitar. (ARBULOVA VALVERDE, 2010)

En esta línea de pensamiento, para Jakobs la teoría de la imputación objetiva cumple un papel fundamental que permite determinar los ámbitos de

responsabilidad dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuando una conducta tiene carácter delictivo. La teoría de la imputación objetiva se divide para Jakobs en dos niveles: a) La calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento y, b) La constatación en el ámbito de los delitos de resultado de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado). En el primer nivel de la imputación objetiva, la imputación de comportamientos, Jakobs, propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de establecerse el juicio de tipicidad: (JACOBS, 20202)

a) *El riesgo permitido*: Parte de una definición claramente normativa del “riesgo” desligada de probabilidades estadísticas de lesión. El riesgo permitido se define como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente status quo de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica; dicho de otro modo, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación. (ARBULOVA VALVERDE, 2010)

b) *Principio de confianza*: Determina cuando existe con ocasión del desarrollo de una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también interviene en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuando se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.

c) *Prohibición de regreso*: Con ella pretende Jacobs enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. La prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamiento imprudente como dolosos, con base a criterios objetivo-normativos. De este modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible.

d) *Actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima*: Mediante esta institución Jakobs propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. En este punto, la teoría de la imputación objetiva implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad.

Siguiendo el hilo conductor de nuestro trabajo, diremos que uno de los problemas principales que plantea la teoría de la imputación objetiva, según los postulados de

Roxin, está dada por la presencia de elementos subjetivos en el tipo objetivo. Así, la crítica a la teoría de la imputación objetiva se basa en la premisa de que los tipos objetivos y subjetivos deben ser estrictamente diferenciados y que para esta diferenciación existen criterios unívocos (ROXIN C. , 2002).

En esta línea de pensamiento, un sector de la doctrina siguiendo criterios dogmáticos plantea que, cuando el autor ha realizado determinadas circunstancias fundamentadoras de riesgo con conocimiento y conscientemente, es posible afirmar que ha creado un riesgo no permitido y realizado el tipo objetivo de un homicidio, lesión, etc. Partiendo de esa premisa es completamente legítimo sostener que también determinados factores subjetivos resulten significativos para la imputación objetiva. (ARBULOVA VALVERDE, 2010).

4. OMISIÓN IMPROPIA: POSICIÓN DE GARANTE

Viene al caso abordar el concepto que la doctrina ha denominado “*posición de garante en los delitos de omisión impropia*”. La idea de este instituto, hunde sus raíces en el derecho canónico, que sostenía: “*qui peut et n’empêche, pêche*” (quien puede y no impide peca). Este principio es recogido por el derecho Italiano, quien lo reformula diciendo que no *impedir un resultado que se tenía el deber de evitar equivale a causarlo* (ROMAGNOLI).

En la posición de garante existe un relación estrecha entre el omitente y el bien jurídico afectado, es decir cuando existe un especial deber jurídico del autor que los obliga especialmente a que no se produzca el resultado. (MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2000).

Hablamos que existe una relación estrecha, porque el sujeto que omite tiene deberes que le han sido impuestos, según la situación que ocupe o por la relación con ciertos bienes jurídicos.

Siguiendo el hilo conductor, debemos dejar bien en claro que solamente el sujeto que reúne los requisitos enunciados en el párrafo anterior, es posible atribuirle la imputación objetiva, en otras palabras se transforma en sujeto activo del delito de omisión impropia como consecuencia del hecho que sobre él recae la responsabilidad, jurídicamente impuesta, de hacer lo posible para evitar la consecuencia. A esta situación es a la que se ha denominado como “posición de garante”.

Superado el tema de determinar su concepción, debemos enfrentar de qué manera se constituye jurídicamente la obligación de asegurar la indemnidad del bien, es decir cómo surge el deber de obrar.

Pues bien, este deber posee varios orígenes, en algunos casos se alude a la confianza que generó la persona quien luego deja de actuar en salvaguarda del bien, por lo cual tiene la obligación jurídica de obrar para impedir una lesión a bienes jurídicos ajenos; otro caso se presenta cuando se asume 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 intervendría activamente para impedir la lesión. (TERRAGNI, 1997).

4.1. Teorías de la posición de garante

Siguiendo el orden de ideas vinculadas con la posición de garante en los delitos de omisión impropia viene al caso mencionar las teorías en la posición de garantía. En tal sentido, debemos destacar que, en razón en las limitaciones propias del tema bajo estudio nos referiremos a las dos teorías mas relevantes en la materia:

4.1.1. Teoría Formal de las Fuentes

Teoría que se le atribuye al doctrinario Feuerbach. En su obra, del año 1803, este autor de algún modo –pero, con otras terminologías- expresaba que se puede ser garante, y que una persona no está obligado por ese tipo de delito de omisión siempre que existe una norma jurídica, o una norma entre las partes, conociéndose esto como ley y contrato –únicos dos supuestos para ese momento-, en el carácter de fuentes generadoras de la posición de garantía. Asimismo, sostuvo la necesidad que existan esas fuentes para que se genere la obligación especial; y que, en caso de violación a las disposiciones de las mismas, y se produce el resultado típico, ahí se podría vincular la omisión con el resultado (Curso Profundizado en delito de Omisión, 2020).

Luego, en el año 1828, el doctrinario Alemán Stübel hizo referencia al hecho precedente. Lo que hizo este autor es nombrar ejemplos de lo que se llamaría a

partir de ese tiempo, hecho precedente o injerencia, o supuestos generadores de la posición de garantía.

Dicho esto, debe aclararse que la Teoría formal de las fuentes fue la primera que existió, completándose con la propuesta de Stübel. Y que fue una fuente que no estuvo desarrollada en su máxima expresión, sino que ese alcance recién se obtuvo con las teorías que, a posterior, surgirían de parte de Schünemann o Arman Kaufmann. (Curso Profundizado en delito de Omisión, 2020).

Esta teoría formal de las fuentes tuvo gran aceptación de parte de autores argentinos y españoles, como ser: Eusebio Gómez, Sebastián Soler, Sebastián Núñez, Fontan Balestra, Carlos Nino, Raúl Zaffaroni, Gladys Romero, Carlos Creus, Esteban Rigui, Alberto Fernández, Jiménez de Asúa, entre otros.

A continuación se explican las disposiciones que forman parte de la teoría formal de las fuentes:

La Ley

Feuerbach partía de la base que se solo se podía tomar como garante aquella persona en cuanto una norma jurídica, una ley lo disponga, lo obligue especialmente a realizar una conducta, o a velar por un bien jurídico específico cuando existiera un contrato, lo cual significa ley para las partes, cuando una persona se obligue específicamente por ese contrato. Después se agregó el hecho precedente.

La crítica que se le hizo a esta teoría formal es que pecaba por exceso y por defecto. Es decir, si consideramos esos dos criterios que señalamos al inicio, se pondrían en tela de juicio tanto el valor justicia, como el principio de legalidad en la forma de ley cierta. Muchas veces esa teoría formal no comprendía casos que deberían estar comprendidos, y muchas veces incluían casos que no tenían por qué ser considerados supuestos de garante. (Curso Profundizado en delito de Omisión, 2020)

Ejemplo: Si cualquier ley fuera fuente generadora de posición de garantía, tendríamos que ver el amplísimo campo del ordenamiento jurídico, y seguramente en alguna parte, alguna norma nos va a colocar en posición de garante en relación a cualquier bien jurídico. El extremo sería que forman parte de ese concepto de ley en sentido amplio hasta las ordenanzas municipales. Entonces, cuando se dice ley no se dice solamente ley emanada del Congreso Nacional en nuestro sistema constitucional argentino, sino cualquier sistema de garante. Entonces, la principal

crítica tiene que ver con que, si cualquier norma jurídica viene a establecer posición de garantía, será una exageración.

Contratos

Este supuesto es el segundo de la teoría formal de Feuerbach el cual significa el compromiso existente entre las partes. Ejemplo clásico es el del profesor de natación contratado en un club para evitar que se ahoguen personas menores de edad que están en la piscina; el caso de la niñera a quien se le encarga el cuidado del niño o niña, mientras el papá y la mamá salen de casa. (Curso Profundizado en delito de Omisión, 2020)

Entonces, de esta fuente es que lo importante no es esa cuestión formal, sino que haya asumido voluntariamente una función de protección de determinados bienes jurídicos. Por eso, en la realidad, se ha remplazado esta categoría del contrato por lo que se llama la asunción voluntaria de una función de protección del bien jurídico. Lo importante no es la formalidad del contrato, sino que lo esencial de la posición de garantía en las teorías modernas, es el hecho de confirmar que la persona cuando asumió voluntariamente esa función de protección de determinado bien jurídico, y que ha provocado la neutralización de cursos naturales de salvamento. Esto se ve claramente en el ejemplo del caso del médico de la mujer embarazada.

Hecho Precedente

Stübbel consideró como garante a quien, aunque no esté dispuesto en una ley o contrato con una conducta previa, ha colocado a la persona en una situación de peligro, o al bien jurídico en una situación de peligro. De modo que, al haber causado esa situación de peligro, tiene que hacerse cargo de evitar que se produzca una lesión o afectación mayor a ese bien jurídico aunque no hubiera sido garante previamente, produciéndose que, luego, convierta en garante. El ejemplo típico en estos casos es el conductor de un autor que atropella al ciclista, y el ciclista no muere pero queda herido de gravedad.

Autores del Derecho Penal Argentino, como ser, Sebastián Soler o Carlos Nino, aceptaron esta teoría formal. Y que, cuando hablaban del hecho precedente, citaron el caso del médico que provoca una herida para operar al paciente, teniendo que abrir una herida para extraer apéndice. El hecho de abrir la herida es el hecho precedente que lo coloca en situación de garante. Es decir, si bien el médico es

garante, no es por el hecho precedente de abrir la herida sino por la asunción voluntaria del hecho visto con anterioridad. En este ejemplo, lo que hacía el médico es no cerrar la herida correctamente, o no curarla correctamente y eso llevaba a la muerte o lesión más grave; y ahí se discutía si debía ser considerado garante. Este caso fue traído de la doctrina Alemana de parte del autor Metzger. (Curso Profundizado en delito de Omisión, 2020)

Esta teoría formal de las fuentes –Ley, Contrato y Hecho Precedente- tuvo gran repercusión en los Códigos Penales de España, no así el Código Penal Alemán, que si bien tiene una cláusula de equiparación, no describe las posiciones de garantía. Pero el Código Español, que tiene esa cláusula de equiparación si describe la posición de garante, y hace referencia a la ley, contrato y el hecho precedente.

Las Relaciones Jurídicas Especiales

Como la teoría formal nació con dos supuestos, y luego se sumó hecho presente. Finalmente, se agregó una cuarta fuente generadora de posición de garantía, que es lo que se llamó “Las Relaciones Jurídicas Especiales”.

Esto surgió de parte del autor Alemán Spangenberg, quien manifestó que, además, de los casos que hemos visto se debe considerar como fuente generadora de garantía las llamadas relaciones jurídicas especiales. Ejemplo de ello fue el caso del sobrino con la tía; o el caso de los concubinos, para muchos, pero para nosotros hoy en día si debe considerarse como posición de garantía. Pero hay autores como Jacobs que siguen negándose a que el concubinato sea fuente de posición de garantía. (Curso Profundizado en delito de Omisión, 2020)

Este autor alemán que agregó esta fuente, con buenas intenciones de tratar de incluir desde el criterio axiológico, casos que tendrían que estar incluidos, propone este cuarto supuesto. El problema es hasta donde llegan las relaciones jurídicas especiales, como el caso de los hermanos que conviven, si uno se está muriendo, el otro tendría que llamar a la ambulancia; y si no lo hace, deberíamos imputar esa omisión porque le causó la muerte. Esto se fue extendiendo que es lo que suele pasar en el ámbito de las posiciones de garantía.

4.1.2. Teoría de las Funciones

Esta teoría fue naturalizada por el autor Alemán Armin Kaufmann, en el año 1959. Hasta el día de hoy, sigue teniendo gran evolución en el marco de los delitos de omisión impropia en la posición de garantía.

Este autor, en su obra “la dogmática de los delitos de omisión” explicó, además de consideraciones de delitos de omisión en general, especialmente lo que hace sobre las fuentes generadores de posición de garante. Las clasificó en dos grupos: 1º- hay garante o posición de garante de determinados bien jurídicos; 2º- hay garante de cierta fuente de peligro.

Es decir, la posición de garantía puede surgir por la obligación de proteger determinado bien jurídico o por la obligación de proteger los peligros que surjan de una cierta fuente de peligro a cargo del sujeto. (Curso Profundizado en delito de Omisión, 2020)

Como nota característica de esta teoría, Kaufmann no modificó en relación a la teoría formal, porque en el primer grupo, posición de garante de determinado bien jurídico, habla de la ley de relaciones contractuales relaciones ley –contrato. Y, en el segundo grupo, habla de injerencia - hecho precedente, ámbito social de dominio, y relaciones de confianza especiales que, como hemos visto, eran categorías que ya se venían proponiendo en la dogmática penal como complemento de la teoría formal.

El gran mérito de Kaufmann fue haber clasificado en dos grandes grupos: garante de protección de cierto bien jurídico; garante de ciertas fuentes de peligro. La diferencia es: el garante de un bien jurídico significa que tiene la obligación de proteger a determinado bien jurídico de cualquier peligro que venga de cualquier parte, de un tercero, de la naturaleza. En este sentido, uno es garante de los hijos. O, el profesor de natación sería garante de todas las personas que estén en la piscina que no se ahoguen o no sufran lesiones. En cambio, en el segundo grupo uno puede ser garante de cierta fuente de peligro, y en este sentido, va a tener que cuidar a cualquier bien jurídico que ponga en peligro a su fuente de peligro a su cargo. Por ejemplo, un animal peligroso. (Curso Profundizado en delito de Omisión, 2020)

Kaufmann fue el primer autor en proponer que, para solucionar el tema de la posición de garantía, tendrían que estar descriptas en la parte especial de cada tipo penal. Algo así como tenemos en la Argentina en el artículo 106 del Código Penal. Es necesario que en cada figura se encuentre escrita la omisión impropia en la parte

especial. Y que, además, se describan las posiciones de garante dentro de cada figura.

Como propuesta Kaufmann sostuvo que debe determinarse las posiciones de garantía en la parte especial en relación a cada figura penal y a qué bienes jurídicos. (Curso Profundizado en delito de Omisión, 2020)

Esta tesis tuvo aceptación de parte del autor Bacigalupo. Asimismo, sigue en vigencia en las doctrinas Jescheck -en Alemania-, y Zaffaroni en Argentina. Por el contrario, tuvo críticas de parte de Shünemann quien dijo que no explicó los fundamentos de criterio común de imputación. Es decir, no explicó suficientemente o de manera satisfactoria porque de esos casos que él dice que tiene que ser de garante, porqué le van a imputar la omisión de evitar un resultado como si lo hubiera causado. También se le ha criticado la imprecisión, porque si toma todas las categorías de la teoría formal, es decir, él toma esas mismas categorías de ley, contrato, hecho precedente, y le agrega las otras dos que ya estaban también proponiéndose en la dogmática penal; de modo que también se le podría criticar algo de imprecisión.

5. IMPUTACIÓN OBJETIVA

Los orígenes de la idea de “imputación” podemos remontarla, en un primer momento a Samuel Pufendorf, quien esbozó la llamada “teoría de la imputación”.

Este autor hace propia el adagio: *«Quaelibet actio ad normam moralem dirigibilis, quam penes aliquem est fieri vel non fieri, potest ipsi imputari. Et contra: Id quod neque in se neque in sua causa penes aliquem fuit, non potest ipsi imputari»*. — «Una actio (cualquiera), que pueda guiarse por una norma moral y cuyo acontecer o no acontecer está al alcance de la persona, puede ser imputada a esa persona. Y, a la inversa, no puede imputarse a una persona aquello que ni considerado en sí mismo ni en su causa está a su alcance». (HRUSCHKA, 2003).

Al desarrollar su análisis, Pufendorf explica la teoría de la imputación a través de axiomas, y realiza una diferenciación entre imputación ordinaria e imputación extraordinaria, dónde desarrolla por primera vez, por de pronto, el concepto de imputación (imputatio). Sobre esto afirma: *«Possunt... imputari non ea tantum quae pro praesenti tempore ut fiant vel non fiant in nostra sunt potestate, sed etiam, quorum perficiendorum facultas nobis antea adfuit, nostra autem culpa est amissa; seu quae pro praesenti quidem statu sunt impossibilia alicui, ut tamen ipse in culpa fuerit, quo minus ea jam praestare possit. Sic illi, qui se eo coniecit sua culpa, puta per petulantiam aut inutilem curiositatem, ubi*

adhibita diligentia debita providere poterat fore ut vis sibi adferretur, possunt imputari actiones istae malae, ad quas in eo statu fuit adactus». — «No solamente pueden ser imputados aquellos sucesos respecto a los cuales esté a nuestro alcance en el momento presente el que acontezcan o no, sino también aquellos cuya producción estuvo en un momento anterior en nuestro radio de acción, en caso de que hayamos perdido esa posibilidad por nuestra propia culpa. Lo mismo sirve para aquellas cosas cuya realización le resulta imposible a una persona en su estado actual en el caso de que ella haya tenido la culpa de no poder ya realizarlas. Piénsese, así, en una persona que, por ejemplo, por petulancia o pura curiosidad, se pone a sí misma por culpa propia en una situación de coacción, cuando, de haber utilizado el cuidado pertinente, podría prever que acabaría en tal situación; a esa persona pueden imputarse los sucesos indeseados (acciones istae malae) a los que sea vea forzado en esa situación».

Es evidente que aquí PUFENDORF diferencia y pone en relación dos formas de la capacidad de dejar que algo suceda o no. Ahí está, por una parte, la capacidad que tengo en el momento presente y en mi situación presente; se me imputa todo lo que aquí y ahora puedo evitar o dejar que suceda. Sin embargo, también hay que pensar en una capacidad que no tengo en el momento presente y en mi situación actual, pero que podría haber tenido si no me hubiera despojado a mí mismo contrariamente a lo que me incumbía, de mis posibilidades o, debe añadirse, si no hubiera omitido, contrariamente a lo que me incumbía, hacerme con posibilidades todavía inexistentes. Se me imputa todo lo que aquí y ahora no puedo efectivamente evitar o dejar que suceda, pero que podría haber evitado o haber dejado suceder, dando por supuesto que, de acuerdo con lo que me incumbía, hubiera conservado mis posibilidades o hubiera abierto posibilidades todavía inexistentes. (HRUSCHKA, 2003).

La diferente entre las dos formas de imputación queda clara en un ejemplo que el mismo PUFENDORF podría haber tenido presente en el pasaje citado. Si B rompe un vidrio ajeno sin haber sido empujado a ello, se le imputará de modo ordinario el suceso como una acción de daños. En cambio, si A con violencia física irresistible hace que el codo de B golpee el vidrio, queda excluida la posibilidad de imputar el suceso ordinariamente a B como una acción de daños. Sin embargo, todavía es posible una imputación extraordinaria. Esta última tiene lugar, a pesar de la circunstancia de que B mismo ha sido víctima de un uso de la violencia, en el caso de que deba hacerse responsable a B de la situación en la que, mediante violencia, se ha hecho golpear su codo contra el vidrio, por ejemplo, porque «por petulancia o pura curiosidad», se ha metido en una pelea. PUFENDORF fue el primero en establecer de modo general esta diferencia entre imputación ordinaria y extraordinaria. Esta última sigue mereciendo nuestra atención, pues todavía hoy las

grandes líneas trazadas por PUFENDORF apenas se toman en consideración. (HRUSCHKA, 2003).

6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA OMISIÓN

Antes de abordar el estudio, resulta oportuno señalar, que no hay acuerdo en la doctrina respecto a la determinación de la autoría y participación, la solución dependerá de cada autor.

Las diferencias que encontraremos en cada pensamiento tienen cierta importancia práctica, porque ellas marcan que el caso sea resuelto de una manera o de otra. En la práctica, se podría señalar que la determinación de una categoría en otra es innecesaria, teniendo en cuenta que, el Código Penal de la Nación impone la misma pena para ambos casos, sin embargo, hay ciertos grupos de casos donde, además, de la importancia puramente teórica, podría existir una diferencia práctica pensando en la respuesta penal, por ejemplo: la madre que planea acabar con la vida de su hijo, ahogándolo en la bañera, su esposo, el papá del niño está de acuerdo, acordaron deshacerse del niño, entonces el papá no hace nada, es decir, él no ahoga al niño, pero tampoco evita que la madre lo haga. También puede suceder la variante inversa, el que ejecuta el hecho es el padre, y la madre pudiendo evitarlo no lo hace, con este ejemplo salta a la luz cual es el quid de la cuestión, y nos hace preguntarnos *¿cómo resolvemos el primer caso? ¿La madre sería autora de un homicidio, además, agravado por el vínculo?, y ¿qué correspondería hacer con el padre?* Pues él omite, y además, omite en posición de garante, entonces *¿qué sería, autor, coautor, participe, cómplice?* Estas son las preguntas que los autores buscan responder. Al respecto no hay acuerdo.

Ya adentrándonos en el análisis, diremos que los delitos de omisión impropia, son aquellos en los cuáles existen una o más personas que poseen una especial posición de garante respecto de un bien jurídico, de manera tal que en ciertas y determinadas circunstancias éstos tienen el deber legal –obligación– de evitar una lesión a aquél. A continuación enunciaremos algunos de los elementos comunes: a) Una situación generadora de un deber de actuar; B) La no realización de una acción que cumpla con ese deber; c) La posibilidad física real (efectiva) de quien omite, de haber realizado la acción mandada (este esquema agota el tipo objetivo de los llamados delitos propios de omisión, en lo que se sigue, se enumeran los elementos que completan el esquema del delito de omisión impropia; d) La posición de garante –estrecha relación entre el omitente y el bien jurídico en

peligro; e) La producción del resultado; f) Una relación causal hipotética entre la omisión y el resultado.

6.1. AUTORIA

En los delitos dolosos de comisión existe un consenso generalizado de que es autor aquel que tiene el dominio del hecho, ya sea porque domina la acción (autor), o tiene un dominio de la voluntad (autor mediato); ya sea que exista un dominio funcional (coautor). Este basamento no resulta aplicable a los delitos de omisión impropia habida cuenta que, estos deben ser entendidos como delitos de infracción de deber, tal como lo denomina Roxín.

6.2. COAUTORIA

En referencia a este tema, debemos señalar que no es tarea sencilla determinar la posibilidad de admitir la existencia de la coautoría en los delitos de omisión impropia. Sobre todo si tenemos presente el concepto unitario para esta clasificación de delitos de Armin Kaufman, quien diferenciaba tres situaciones: a) cuando existen varios omitentes con un deber común de infracción de deber; b) cuando concurren un sujeto actuante y un omitente sin que exista entre ellos ni un deber común ni una división funcional; c) y cuando concurren un sujeto activo y sujeto omitente, ambos con igual posición de garante. (BOGETTI, Hugo Alfredo - AUAT, Jazmín Maria, Universidad Buenas Aires)

a) Referido al primer supuesto, por qué negar que resulte totalmente posible la coautoría por omisión donde existe un deber común. En este sentido si dos o mas personas revisten la misma calidad de garantes y ante un curso causal dañino del bien jurídico al que deben proteger, se ponen de acuerdo para no evitar ese curso causal, podemos a nuestro juicio, endilgarles ese resultado dañoso en carácter de coautores. Roxin da un ejemplo en este sentido: *“si dos guías de montaña asumen contractualmente el deber de guiar conjuntamente a un grupo de alpinistas y si conciben y ejecutan el plan de dejarlos en la estacada en un lugar peligroso, son, en función de que tipo sea aplicable, coautores de abandono, homicidio o lesiones”*. (ROXIN C. , 2000, pág. 501-502)

b) Distinta es la situación que puede ocurrir cuando el resultado es consecuencia de la intervención de un sujeto activo y otro omisivo. En principio corresponde negar la coautoría por cuanto esta requiere criterios de imputación unitarios para

los diversos intervinientes, dado que hacer y omitir por lo general están sujetos a conceptos de autor distintos. (BOGETTI, Hugo Alfredo - AUAT, Jazmín Maria, Universidad Buenas Aires).

Roxin brinda el ejemplo de un socorrista que contempla impávido como un sujeto empuja a quien no sabe nadar un lugar en que el agua cubre, ciertamente ambos son autores (de un hecho comisivo y de un delito de omisión), pero no coautores. *“Y esto no cabe despacharlo considerando que se trata de una consecuencia doctrinaria a partir de la tesis de los tipos de omisión, pues esta solución se deriva de la contemplación directa de la esencia de la coautoría, la cual solo puede fundamentarse o en el dominio común en división de trabajo o en el quebrantamiento de un deber común, requisitos que en el caso no se dan”*. (ROXIN C. , 2000, pág. 501-502).

c) Otra es el escenario que contempla la tercera variante planteada. La cual a nuestro criterio, deberá encuadrarse en los de infracción de deber comisivos. Es que existen distintos supuestos en donde la misma descripción típica comprende acciones y omisiones. Un ejemplo de esto es el tipo del 173 inc. 7 del CP que atrapa acciones y omisiones, las equipara en función del propósito del autor que se encuentra en una determinada situación. También en el prevaricato de las partes, art. 271 del CP se puede perjudicar la causa que le estuviere confiada, de modo que las acciones y las omisiones están confundidas en un mismo concepto (el legislador ha decidido que da lo mismo contestar mal una demanda, que dejar vencer el termino y no contestarla). (BOGETTI, Hugo Alfredo - AUAT, Jazmín Maria, Universidad Buenas Aires).

6. CONCLUSIONES

La complejidad material de este tipo de injusto llevó tanto a la dogmática penal como a la jurisprudencia, a buscar soluciones conceptuales acordes con la teoría del delito. La cuestión más compleja la constituye, sin duda alguna, los llamados delitos de omisión impropia por su falta de tipificación estricta. Un sector doctrinario ha intentado solucionar esta problemática, llevando a un nivel típico estas acciones pasivas. De ocurrir esto, los delitos impropios de omisión se convertirían en delitos propios de omisión, dando por finalizada la cuestión que a muchos preocupa, referida al cumplimiento de una legalidad estricta. Sin embargo esta técnica legislativa resultaría en principio deficiente.

Como podrá advertirse, el legislador no solo definió normas de prohibición en el Código Penal Argentino, sino que también estableció que el delito se lleva a cabo por “omisión”; que es cuando el individuo no hace algo que la norma implícita le manda hacer. Por ejemplo, no prestar auxilio –artículo 108; no reprimir o perseguir delincuentes –art. 274-, etc.

Ahora bien, encontramos que el delito de omisión presenta dos variantes: 1°) propia –Cualquiera puede ser autor, con sólo no realizar la acción exigida por ley; 2°) impropia –solo puede ser autor aquél que está en situación de garante, es decir, que tiene la obligación de cuidar o garantizar el cuidado del bien jurídicamente tutelado por la ley-.

También es necesario precisar que cierta parte de la doctrina considera que nuestro Código Penal Argentino se llamó al silencio, y que a raíz de ello, surgieron debates dogmáticos y constitucionales para tratar a los delitos de omisión propia e impropia como delitos activos. En esta discusión, se pone en tela de juicio la legitimidad de la posición de garante.

Se sabe que la cuestión constitucional en los delitos de omisión impropia aún no se resolvió por la doctrina, ya que existen opiniones dispares por el solo hecho de que el Código Penal no lo regula, y por no imponer lo que se conoce como “cláusula de equivalencia”, como si la poseen otros ordenamientos legales, ejemplo: Alemán, Español, etc.

A mi forma de pensar, y para evitar la división en la doctrina sobre este tema, se debería realizar un criterio de distinción entre delitos activos y omisivos en relación a la causalidad. En consonancia al catedrático Gonzalo Molina, “si existe entre las conductas del supuesto autor del hecho, alguna que sea la causa del resultado típico, habrá que fijar la atención en ella, en búsqueda de un delito activo. Esa conducta (activa) será la determinante del resultado a los efectos de esta distinción, siempre y cuando se trate de una acción típica, antijurídica y culpable realizada con dolo o culpa. Ello implica que la conducta debería superar el análisis de la teoría de la imputación objetiva y de todas las observaciones que puedan realizarse a nivel de antijuridicidad y culpabilidad. Por ejemplo, aunque la conducta (activa) sea típica, podría estar justificada. En ese caso, debería descartarse la posibilidad del delito activo, y quedaría como remanente la búsqueda de una conducta omisiva”; que en aplicación al caso concreto, una conducta omisiva impropia en el marco de la posición de garante.

Como solución a la problemática en análisis, resulta necesario que se instrumente un sistema seguro de determinación de la posición de garante para su correcta imputación penal.

La dogmática que no admite los delitos omisivos no escritos, debe comprender que, si bien los textos regulan acciones activas que derivan en un resultado lesivo, esos resultados se pueden causar por omisiones de quien tiene la obligación de cuidar o garantizar el cuidado debido, conservación o reparación del bien jurídicamente tutelado por determinada ley. De ahí que se ha partido de la teoría que modificó los textos penales de que la comisión de un delito puede realizarse a través de la no evitación del resultado.

De esta interpretación, se entiende que como no todos los delitos pueden ser de omisión impropia, se aplica la teoría de la posición de garante, la cual puede definirse a través del cumplimiento del tipo objetivo quien es el autor de un delito doloso, o culposo. De este modo tiene su génesis la obligación del sujeto activo que se encuentre en ese estadio de evitar el resultado típico mediante la protección del bien jurídico. Como lo sostiene la doctrina, incluso el Dr. Gonzalo Molina, la no evitación del resultado sería equiparable a la conducta activa de producir el daño.

Por lo antedicho nos quedamos con el criterio de KAUFMANN Y WELZEL. Así los delitos de omisión pura, están expresamente tipificados en la ley como hechos omisivos, los de omisión impropia se estructuran sobre la base de tipos de acción que no los contemplan de manera expresa, con un círculo estrecho de omitentes que, como quedo dicho, tiene una relación especial con el bien jurídico que deben proteger, tutelar o defender contra cualquier lesión o peligro.

Bibliografía

TERRAGNI, M. A. (1997). Omisión Impropia y Posición de Garante. *Revista jurídica Argentina, la Ley*, 1121 y s.s.

PERDOMO TORRES, J. F. (2001). La problemática de la posición del garante en los delitos de comisión por omisión. *Facultad de Derecho, edition 1, volume 1, number 234*.

MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2000). *Derecho penal, Parte General, citado por Gustavo Romagnoli en Delitos de Omisión Impropia o Comisión por omisión*. Valencia: Tirand Lo Blanch Libros.

ROMAGNOLI, G. A. (s.f.). *Delitos de Omisión Impropia o Comisión por omisión*. San Miguel de Tucumán: Bibliotex.

BELING, L. v. (s.f.). *citado por Silva Sánchez, "El delito omisivo. Concepto y sistema"*.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2010). *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Buenos Aires: IB de F.

GÓMEZ TOLEDO, P. (2009). EL DELITO DE OMISION IMPROPIA. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. *Universidad de Chile Facultad de Derecho Departamento de Ciencias Penales*.

Liszt, V. (1927, pág. 304). *Tratado de Derecho Penal, 2º Edición en español*.

VON LISZT, F. (1927, pág. 304). *Tratado de derecho penal, 2 tomo, 2a edición*.

GRISETTI, Ricardo Alberto O. - ROMERO VILLANUEVA, Horacio. (2018). *Código Penal de la Nación comentado y anotado: parte especial. Tomo I cita de Portilla Contreras, De la omisión del deber de socorro, cit., p. 359, cit. por Basílico, ob. cit.* Buenos Aires: La Ley.

BLANCO, R. (1981). *El delito de Omisión, memoria de prueba*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

HRUSCHKA, J. (2003). LA IMPUTACIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA EN PUFENDORF Sobre la historia y el significado de la

diferencia entre actio libera in se y actio libera in sua causa. *REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA*, 2.a Época N° 12, págs. 213-252.

BOGETTI, Hugo Alfredo - AUAT, Jazmín Maria. (Universidad Buenas Aires). *DELITOS DE OMISION IMPROPIA AUTORIA Y PARTICIPACION EN LOS DELTIOS DE OMISION IMPROPIA* .

ROXIN, C. (2000, pág. 501-502). *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, citado por Hugo Alfredo BOGETTI y Jazmín Maria AUAT. Madrid: Ed. Marcial Pons.

ARBULOVA VALVERDE, A. (2010). La teoría de la imputación objetiva en el derecho penal . *DOCTRINA DE DERECHO PENAL*.

ROXIN, C. (2002). *La imputación al tipo objetivo. En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición, citado por Allan Arburola Valverde* . Bolivia: Editorial Jurídica Bolivariana.

JACOBS, G. (20202). *Los pormenores del tipo objetivo mediante la acción. En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. Primera edición, en Arburola Valverde*. Bolivia: Editorial Jurídica Bolivariana.

Curso Profundizado en delito de Omisión, U. C.-A. (2020). Obtenido de <https://moodle.cursos.uncaus.edu.ar/course/view.php?id=36>