

## **Tema 1. “El delito de peligro”.**

**Título de la Ponencia:** *“Delito de omisión de auxilio ¿un delito de peligro desvinculado totalmente del resultado?”*

**Autor:** Gonzalo Javier Molina.

Profesor de Derecho Penal. Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes).

**TE.:** 03722-431739

03722-15407761.

**Dirección:** Lisandro de la Torre N° 140. Resistencia. Chaco. (C.P. 3500).

gonzalomoar@yahoo.com.ar

*“Delito de omisión de auxilio: ¿Un delito de peligro desvinculado totalmente del resultado?”.*

### **I. Introducción al tema.**

Es opinión casi unánime en la ciencia penal, que uno de los principios constitucionales que limitan la legislación penal, es el denominado principio constitucional de lesividad. Según este principio, el Derecho penal pretende proteger bienes jurídicos, y no únicamente un mandato sin sentido de la norma penal.

En palabras de Zaffaroni: “El principio de lesividad impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro.”<sup>1</sup>

A partir de allí, se exige que toda figura penal, para ser tal, debe contener la prohibición de una conducta que implique directamente una lesión, o al menos una puesta en peligro de un bien jurídico protegido penalmente. A su vez, se clasifican los delitos de peligro en figuras de peligro abstracto y peligro concreto.

En los últimos años, una desmedida utilización de estas figuras ha llevado a una inflación del sistema penal que ha puesto en alerta precisamente este principio de lesividad.

En este trabajo pretendemos analizar específicamente una figura de peligro (el delito de omisión de auxilio, previsto en el art. 108 C.P.) que contiene además otra característica especial. Esta figura tiene la particularidad de ser una figura de peligro, y además una figura de omisión (simple).

Las consecuencias que se extraigan del presente trabajo para la figura específica de la omisión de auxilio pueden ser trasladadas a otras figuras similares de omisión simple<sup>2</sup>. A través del problema que aquí se trata se podrá advertir también la ubicación de la figura de omisión de auxilio como un delito de peligro abstracto o de peligro concreto y la forma en que sus elementos objetivos deben ser analizados.

El tema a analizarse se podría resumir en la siguiente pregunta: ¿el delito de omisión de auxilio, exige para su consumación, que la acción mandada tenga aptitud para evitar un daño efectivo al objeto de protección del bien jurídico? ¿O basta simplemente con el no cumplimiento de la conducta para tenerlo por consumado e imponer la pena?.

Una gran cantidad de casos de esta figura penal se podrían resolver de manera diferente, de acuerdo a la respuesta que se considere correcta.

La idea de que los delitos de omisión simple son necesariamente delitos de pura actividad, muchas veces lleva a pensar que basta que en el caso concreto, el sujeto no cumpla con la acción mandada para que se considere consumada la figura. Sin embargo, puede ocurrir que la acción mandada ante una situación de peligro, sea absolutamente imposible de realización como una acción realmente salvadora, o incluso puede ocurrir que esa acción esperada sea totalmente inconducente para salvar el objeto de bien jurídico en peligro.

## **II. La tipicidad objetiva en los delitos de omisión simple.**

En la doctrina penal existe un acuerdo casi absoluto en cuanto a la construcción de los tipos penales de omisión propia. Estos estarían conformados por tres elementos: 1) Situación típica generadora de un deber de actuar; 2) No realización de la acción mandada; 3) Posibilidad material de realizar la acción.

A su vez, los delitos de omisión impropia tienen –según lo entiende la doctrina mayoritaria actualmente- seis elementos. Serían los mismos tres de los delitos de omisión impropia, más los elementos relacionados con el resultado y la situación especial del autor.

De esta manera, los delitos de omisión impropia tendrían los siguientes elementos: 1) Situación típica generadora de un deber de actuar; 2) No realización de la acción mandada; 3) Posibilidad material de realizar la acción; 4) Producción del resultado típico; 5) Nexo de evitación y 6) Posición de garante.

Pretendemos discutir aquí, cómo debe ser el análisis de los elementos objetivos de los delitos de omisión propia, especialmente los elementos del delito de omisión de auxilio, previsto en el art. 108 del código penal argentino.

Esos tres elementos mencionados, ¿deben ser analizados solamente desde una perspectiva ex –ante?, ¿o su análisis debe ser ex –post?.

Las conclusiones de esta cuestión, no tienen una finalidad puramente teórica, sino que, por el contrario, traen consecuencias prácticas muy importantes.

De la toma de posición sobre este aspecto, dependerán los alcances de la figura, que generalmente se considera como un delito de peligro, aunque sin precisar exactamente qué grado de peligro debe existir en el caso concreto.

## **III. ¿Análisis objetivo o subjetivo?**

Para que el problema sea más fácilmente perceptible, daremos dos ejemplos, relacionados con el elemento N° 2 (no realización de la acción mandada). El problema también se puede tratar con el tercer elemento (posibilidad material de realizar la acción).

**Caso 1:** el sujeto “B” se está ahogando en el río. “A”, (una persona que pasa por el lugar) tiene la posibilidad de salvarlo, arrojándole un salvavidas. Para ello, dispone de varios tipos de chalecos salvavidas:

-el N° 1 que tiene capacidad para salvar personas de hasta 50 Kgs.;

-el N° 2 que tiene capacidad para salvar a personas de hasta 90 Kgs.; y

-el N° 3 que salvaría a personas de hasta 120 Kgs..

En rigor de verdad, no había ninguna indicación claramente visible que señale la capacidad de salvar de cada uno de los chalecos. La capacidad de salvamento surgía de una pequeña etiqueta que tenían los chalecos en su parte interior.

Ante la urgencia, “A” le arroja el primer salvavidas que tiene a mano (el N° 2), y corre a avisar a la patrulla naval de rescate. El salvavidas llega a manos de la víctima, pero ésta termina ahogándose porque pesaba 104 Kgs.. Se comprueba que si en el mismo momento que “A” arrojó el salvavidas N° 2, hubiera arrojado el N° 3, “B” se hubiera salvado.

En nuestro ejemplo, si decimos que el análisis de los elementos objetivos debe ser ex –post, no puede considerarse que “A” realizó la acción mandada, aunque haya estado en un error imposible de superar por la urgencia de las circunstancias. La acción debida en el caso para él, era arrojarle a la víctima el salvavidas N° 3, es decir: la mejor conducta de salvamento, objetivamente considerada. La circunstancia de desconocer en el caso concreto cuál es la conducta más apta para el salvamento del bien jurídico, no puede excluir el elemento objetivo que se debe exigir en esta instancia con todo el rigor que exige el análisis de la tipicidad objetiva. Conducta debida es la mejor conducta de salvamento, independientemente de las creencias del autor en la situación concreta.

Indudablemente, el error en que ha incurrido el autor en nuestro caso tendrá efectos atenuantes sobre su responsabilidad penal; pero esos efectos se deberán analizar recién al momento de analizar la tipicidad subjetiva del autor (dolo).

Concretamente, el error del autor en nuestro ejemplo excluirá el dolo, pero la conducta será objetivamente típica<sup>3</sup>, al menos en lo que se refiere a la existencia de este segundo elemento.

Para quienes sostengan que los elementos objetivos de los delitos de omisión propia deben analizarse desde una perspectiva puramente ex –ante, la respuesta podría ser que no se configura el segundo elemento en su faz objetiva (no realización de la acción mandada), por lo cual la conducta ya sería objetivamente atípica. Esto es así, porque desde una perspectiva ex –ante, se puede afirmar que cualquier persona prudente hubiera hecho lo que hizo nuestro autor. Cualquiera hubiera incurrido en el mismo error.

Si desde una perspectiva ex –ante, la conducta realizada aparecía como la conducta esperada por parte de cualquier persona que actuara con un mínimo de prudencia, entonces, el sujeto ha realizado la acción debida y no se configura este segundo elemento (no realización de la acción mandada).

De todas maneras, para ambas teorías, la conducta sería atípica. Para la primera (posición ex –post) porque le faltaría el dolo, y para la segunda (posición ex –ante) porque faltaría la tipicidad objetiva.

En este primer ejemplo, las soluciones coincidirían en la falta de tipicidad de la conducta, aunque una se refiera al aspecto objetivo, y la otra al subjetivo.

Asimismo, podría pensarse en un caso inverso:

## **Caso 2:**

Un médico desea la muerte de una persona que le pidió su ayuda<sup>4</sup>. Según la ciencia médica, debe suministrarle 10 dosis de un medicamento que le salvará la vida. Para matarlo, decide aplicarle solamente 5 dosis. De esta forma, haría creer a las personas que estaban presentes, que estaría prestando ayuda a la víctima. Misteriosamente, las 5 dosis del medicamento hicieron efecto en el cuerpo de la víctima que logra sobrevivir, pese a las intenciones del autor.

En este caso, el error del autor es inverso al caso anterior. Ahora realmente salva, sin querer hacerlo.

Veamos cómo debería resolverse el caso, de acuerdo a las dos posiciones que analizamos.

En primer lugar, para una posición que analizara estos elementos desde una perspectiva ex –post. Según esta teoría, como el análisis objetivo exige la concurrencia de los elementos que analizamos desde la óptica puramente objetiva, independientemente del pensamiento y las intenciones del autor –que en este caso pueden ser muy disvaliosas- debemos decir que no existe el elemento “no realización de la acción mandada”. El autor realiza la acción mandada: aplicar el medicamento suficiente para salvar a la persona que se estaba muriendo. Por ello no puede haber delito de omisión consumado; sólo podría haber responsabilidad por tentativa inidónea del respectivo delito de omisión.

En este caso, en cambio, una teoría que analizara los elementos de la omisión de auxilio desde una perspectiva ex ante, debería sostener que el médico no realizó la acción mandada, y como además tenía dolo, debería responder por delito consumado de omisión de auxilio, pese a haber realizado una conducta que salvó la vida del paciente.

Si el elemento objetivo “no realización de la acción mandada” se exige sólo desde una perspectiva ex –ante, deberíamos decir que en este caso, desde esa óptica sí existió este elemento, ya que era razonable pensar que quien aplicaba la dosis insuficiente, no estaba realizando la acción mandada. Como además se configura el dolo, la conclusión debería ser que este sujeto cometió una conducta típica de omisión de auxilio (art. 108 C.P.).

Esta solución (considerar que el delito de omisión de auxilio está consumado) es una solución que muchos autores de la doctrina penal argentina estarían dispuestos a aceptar. El problema es que esta solución implica una visión “subjetivista” del ilícito; y no todos esos autores aceptarían –seguramente- todas las consecuencias de una visión subjetivista del ilícito penal.

La mayoría de la doctrina penal actualmente propone una visión dualista del ilícito, conformado por elementos objetivos y elementos subjetivos. Para que se configure el injusto, deben darse tanto los primeros como los segundos. Si faltara alguno de ellos no habrá ilícito consumado.

Entiendo que para una concepción del delito que en el ámbito del ilícito penal valore elementos objetivos y subjetivos, el análisis de los elementos que se denominan “objetivos” debe hacerse desde una perspectiva puramente ex –post como todo elemento objetivo. Por ello, para nuestro primer caso (Caso 1), si desde una perspectiva ex –post era posible evitar el resultado típico, se dará por configurado este segundo elemento, independientemente de que el autor haya pensado otra cosa.<sup>5</sup>

De manera que en estos delitos, el análisis de los elementos de la tipicidad, en primer lugar debe ser puramente objetivo. Luego se analizará la tipicidad subjetiva, es decir las representaciones del autor al momento de actuar<sup>6</sup>.

Al menos este debería ser el análisis lógico en un sistema dualista del ilícito, que requiere en el ámbito del injusto, elementos objetivos y elementos subjetivos.

Distinta sería la solución para un esquema de teoría del delito que sólo exija elementos objetivos en el ilícito, o que sólo exija elementos subjetivos.

#### **IV. La posición de Silva Sánchez**

Un autor como Silva Sánchez<sup>7</sup>, sostiene que los elementos objetivos de la tipicidad en los delitos omisivos deben analizarse desde una perspectiva puramente ex ante y no ex post. Él sostiene expresamente:

“Por acción indicada hay que entender una conducta que, desde una perspectiva ex ante, se estima objetivamente apropiada –más aún, necesaria- para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una prestación positiva.”<sup>8</sup>

Agrega luego el mismo autor:

“La adopción del criterio objetivo ex -ante como medio de determinación de la presencia de una omisión penal obliga a rechazar las perspectivas ex post, de orientación, en principio, causalista, y subjetiva ex ante, defendida en el marco del finalismo. Ambas se revelan inadecuadas para la delimitación del concepto de realización típica omisiva. Lo anterior implica que debe negarse la existencia de una omisión en sentido jurídico-penal en los casos en que ya el juicio objetivo ex ante pone de relieve que la conducta que no se realiza no es apropiada para la evitación del resultado sino que, a lo más, puede dificultar su producción o retrasarla por un período de tiempo de escasa consideración.”<sup>9</sup>

Personalmente coincido con la propuesta de analizar el elemento objetivo desde una perspectiva puramente ex ante como lo propone Silva Sánchez. Pero también considero correcta la visión del subjetivismo en el ámbito del ilícito, lo que es precisamente criticado por Silva.

Entrando más en profundidad en el análisis del tema, el autor citado sostiene luego:

“La influencia del causalismo determina entonces que no se distinga con la debida claridad entre juicio sobre la acción indicada y juicio de imputación del resultado. Así, se estima que las omisiones llamadas propias infringen sólo un deber de actuar porque se castigan aunque, pese a la omisión, no se produzca el resultado lesivo del bien jurídico. El enjuiciamiento de la situación parte, pues aquí, de una perspectiva ex ante. En cambio, las omisiones impropias infringen un deber de evitar el resultado, porque su producción va vinculada a la aparición de un resultado lesivo que podría haber sido evitado. La perspectiva a adoptar aquí es la denominada ex post. De este modo, se llega a señalar que, si ex post se descubre que ninguna acción del sujeto habría evitado el resultado, no existe siquiera una omisión de evitación del resultado. Esto es, sin embargo, incorrecto. En efecto, si el juicio ex ante afirma la posibilidad de evitar el resultado y no se actúa, existe ya una omisión –impropia dado el caso- que nada puede borrar. El juicio ex post de imposibilidad de evitación tiene como único efecto la no imputación del resultado, es decir, el castigo por tentativa en lugar de por delito consumado. Pero una omisión existe desde el momento en

que consta que el sujeto no ha realizado una conducta que ex ante aparecía como apropiada y necesaria para la evitación del resultado. En el plano de la acción indicada, de la naturaleza del deber, no tiene, pues, sentido establecer diferencia alguna entre omisiones.

En contra de tal diferenciación pueden esgrimirse, como mínimo, dos argumentos. Por un lado, desde la perspectiva de un derecho penal protector de bienes jurídicos, carece de sentido la imposición de deberes de actuar que no tengan por finalidad la evitación de resultado lesivos de dichos bienes.”<sup>10</sup>

Entiendo que este es el centro de la discusión. La idea que interpreta que los delitos de simple omisión serían asimilables a los delitos de pura actividad o de peligro abstracto –desentendidos totalmente del resultado- sería incorrecta. Para esta concepción, sólo en los delitos de omisión impropia debería exigirse objetivamente, la comprobación de su vinculación con un resultado. En cambio para los delitos de simple omisión, bastaría con el mero no hacer.

Este es el error principal de esta concepción. Porque incluso en los delitos activos de peligro (incluso en los de peligro abstracto) se exige alguna vinculación con la eventual producción del resultado. Actualmente, un autor como Zaffaroni sostiene que:

“Es corriente la clasificación de los tipos penales en orden a la lesión al bien jurídico en tipos de lesión y tipos de peligro, subdividiendo estos últimos en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. La multiplicación de los tipos de peligro abstracto llamó poderosamente la atención de la doctrina sobre ellos. Para caracterizarlos se apela a dos criterios: para unos, consisten en tipos en los que el peligro se presume *juris et de jure*; para otros se trata de tipos en los que basta que haya un peligro de peligro (o riesgo de riesgo). Ninguno de ambos criterios es constitucionalmente aceptable. En el derecho penal no se admiten presunciones *jure et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. Por eso Binding los caracterizaba como delitos de desobediencia, lo que hoy reaparece con el reconocimiento de que no pasan de ser meras desobediencias a la administración. En cuanto al peligro de peligro, basta pensar en las consecuencias que acarrea en caso de tentativa: serían supuestos de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), o sea de clara tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y **por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real.** El recurso de entender por peligro abstracto el que sólo existió juzgado ex ante, y por peligro concreto el que existió valorado ex post, no es satisfactorio, dado que en cierto sentido todo peligro es abstracto ex ante y es concreto ex post.”<sup>11</sup>

Es por ello que actualmente incluso en los delitos de pura omisión, aunque sean equiparables a los delitos de peligro (aún de peligro abstracto) es necesario que se compruebe objetivamente –esto significa desde una perspectiva ex post- que la realización de la acción mandada hubiera evitado el resultado. Incluso es necesario que se compruebe desde esa misma perspectiva que al sujeto le era posible realizar la acción debida como mejor acción de salvamento.

Considerar que el delito de omisión está consumado cuando se comprueban sólo desde una perspectiva ex ante los elementos de la figura de omisión simple, sería penar desentendiéndonos por completo de los postulados del principio de lesividad. Sería penar la mera desobediencia sin sentido<sup>12</sup>.

En este sentido, Zaffaroni refiriéndose al principio de lesividad y los delitos de peligro, termina señalando:

“En cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y, en caso negativo, no es admisible la tipicidad objetiva.”<sup>13</sup>

Una teoría dualista del ilícito no puede justificar la imposición de una pena como delito de omisión simple consumado cuando ex post se comprueba que la acción que estaba mandando realizar no servía de ninguna manera para ayudar al salvamento del objeto de protección.

Sólo tendría sentido imponer una pena en estos casos, si olvidamos el tanpreciado principio de lesividad que exige que para la punición de una conducta u omisión, debería haber una concreta afectación – o al menos, puesta en peligro- de un objeto (físico) de protección de bien jurídico. Por ejemplo: sólo se podría penar al quien no arrojó el salvavidas, si había alguna posibilidad de que con ese salvavidas la víctima se salvase del ahogamiento.

Salvo que se entienda que el principio de lesividad no debe ser entendido tal como lo propone la doctrina mayoritaria, sino como “lesividad a la norma”, según lo entiende actualmente, por ejemplo, Sancinetti.<sup>14</sup>

En consecuencia, para una teoría dualista del ilícito, el análisis de los elementos objetivos necesariamente debe ser ex post. Un análisis ex ante no es otra cosa que un análisis subjetivo: qué se representó el autor al momento de actuar. Pero esto es precisamente el criterio que se debe utilizar al momento de ver el elemento subjetivo<sup>15</sup>.

De lo contrario, si sólo se analizaran los elementos objetivos desde una perspectiva ex ante, más los elementos subjetivos, sólo tendríamos un solo nivel de análisis: el subjetivo. Y esto es lo que caracteriza precisamente al monismo subjetivo en el ámbito del injusto penal: los elementos de la tipicidad y de la antijuricidad se estudian sólo desde una óptica subjetiva, los elementos objetivos no inciden en absoluto.

Por cierto, puedo estar de acuerdo con las conclusiones a las que llegaría una concepción subjetivista del ilícito. Lo que no se puede aceptar es que una tesis dualista del ilícito– como por ejemplo, la que sostiene Silva Sánchez, y la mayoría de la doctrina penal actual- llegue a resultados exclusivos del subjetivismo. Si las soluciones del subjetivismo les parecen más acertadas desde una concepción de estricta justicia<sup>16</sup>, deberían sincerarse y exigir en el ilícito solamente elementos subjetivos. Lo contrario contradice la más elemental lógica en la estructura de la teoría del delito, especialmente en el ámbito del ilícito penal.

## V. El problema de la “repetición” del análisis de los elementos.

Suponiendo que sea correcta la propuesta que aquí se efectúa: que los elementos objetivos de todo delito de omisión (propia e impropia) deben analizarse siempre desde una perspectiva ex post, habremos de enfrentarnos con un aparente conflicto.

Como se ha expuesto, en el caso de los delitos de omisión impropia, a los tres primeros elementos se les deben sumar tres más: resultado típico, nexo de evitación y posición de garante. La cuestión es: si analizamos entonces tanto la “no realización de la acción mandada”, como la “posibilidad material de realizar la acción” desde una perspectiva ex post, entonces ¿no estaríamos repitiendo el mismo análisis cuando verificamos el nexo de evitación –que también deberá hacerse desde una perspectiva ex post?

Por dar un ejemplo: el sujeto no arroja el salvavidas que estaba a su alcance para salvar al que se estaba ahogando. La víctima muere. Sin embargo se comprueba luego que, aunque se lo hubiese lanzado, aquél igual hubiera muerto, porque el salvavidas estaba fallado. También se comprueba que el “omitente” no tenía en el caso, otra opción de salvar.

En este caso, si analizamos el tercer elemento –como aquí se propone- desde una perspectiva puramente ex post, deberíamos decir que el sujeto no tuvo la “posibilidad material de realizar la acción” aunque desde una perspectiva ex ante hubiera parecido que sí.

Pero entonces, ¿qué le dejamos para el elemento “nexo de evitación”? Se podría haber pensado que en el caso estudiado, lo que no existe es precisamente ese elemento. Entonces, si ya descartamos la tipicidad objetiva porque no se da el tercer elemento que lo analizamos también desde una perspectiva ex post, parecería no quedar nada para el análisis del elemento “nexo de evitación”.

Algo al respecto plantea Struensee, cuando señala:

“La posibilidad individual de realizar la acción posible en concreto se sigue situando aún como requisito independiente, junto a la denominada causalidad de la omisión. Pero en el ámbito objetivo, la cuestión de la causalidad de la omisión es idéntica a la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción. La denominada causalidad de la omisión –adaptando la teoría de la equivalencia- se indaga sobre la base de una hipótesis: ¿habría evitado el

resultado típico la acción posible para el obligado?. Con lo cual se pone de manifiesto que es absurdo considerar como requisitos cumulativos (distintos) la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción y la de la causalidad de la omisión.”<sup>17</sup>

Sin embargo, creo que la propuesta de interpretación de los elementos objetivos desde la perspectiva ex post que aquí se hace, puede superar esta objeción. Veamos.

Sigue teniendo sentido, en el ámbito de los delitos de omisión impropia (asimilables a los delitos de lesión, o de resultado en el ámbito de los delitos activos) seguir exigiendo el elemento “nexo de evitación” y analizar los primeros también desde una perspectiva ex post. Esto es así, por una razón metodológica elemental. Si analizamos aquéllos primeros elementos desde una perspectiva ex ante, entonces, la vinculación entre la omisión (entendida como el mero incumplimiento de la norma) y el resultado que se hace con el análisis del elemento “nexo de evitación”, estaría reservada sólo a los delitos de omisión impropia.

En cambio con la propuesta que aquí se formula, se analiza en cierta medida también la vinculación entre la omisión y el resultado en todos los delitos de omisión simple. De esta forma, se otorga alguna incidencia al resultado también en los delitos de simple omisión. Y esto no está mal. Al menos no para una concepción dualista del ilícito que exija elementos objetivos y subjetivos en este ámbito del delito, y a la vez esté limitada por el principio constitucional de lesividad.

Se podrá decir que se convierten los delitos de peligro (como la omisión de auxilio) en delitos de resultado (o de cuasi-resultado). Lo cierto es que ésta es la única manera de respetar el principio de lesividad también en el ámbito de los delitos de omisión, entendiendo lesividad como la necesaria lesión o puesta en peligro de un objeto de protección de bien jurídico. Lo contrario implicaría aceptar la imposición de penas por el mero incumplimiento de una norma penal sin sentido.

---

<sup>1</sup> “Derecho Penal. Parte general. p. 468. Edit. Ediar.

<sup>2</sup> Generalmente, las figuras de omisión simple son delitos de peligro, ya que en ellas no hace falta la producción de un resultado típico. Basta para su realización con el no cumplimiento de la acción mandada teniendo la capacidad de realizarla.

<sup>3</sup> Luego se verá que si el error del autor es invencible, se excluye responsabilidad penal a título de dolo y también a título culposo. Si el error fuera vencible, se excluirá sólo la responsabilidad penal dolosa, pero subsistirá la posibilidad de penar a título de culpa (imprudencia) siempre que estuviera prevista esta forma de tipicidad para la figura penal que estemos tratando. Si en nuestro caso imputáramos un homicidio por omisión (esto sólo sería posible, si nuestro omitente además fuera garante) podría pensarse al sujeto por homicidio culposo. Si lo que se imputa es la simple omisión de auxilio (art. 108 C.P. argentino) por falta de dolo, la conducta sería impune, ya que no existe una figura de omisión de auxilio culposo. Por lo demás, la solución es valorativamente aceptable en el ejemplo, considerando que la persona (sin ser garante) actuó con la voluntad de salvar.

<sup>4</sup> Deberíamos suponer además, que el médico no es garante de ese paciente, para seguir pensando en la figura de omisión simple, y no en una figura de omisión impropia.

<sup>5</sup> Smolianski, al referirse a este elemento, sostiene: “Si bien es sumamente difícil establecerlo en los casos concretos, lo que se requiere no es la evitación del resultado lesivo –obviamente, a lo imposible nadie está obligado-, sino el intento serio por conjurarlo” Manual de Derecho Penal. Parte general, p. 213.

Debemos aclarar que si en el caso, la evitación es imposible, ni siquiera se requiere el “intento serio por conjurarlo”. Si la evitación es imposible –vista desde una perspectiva ex –post- la conducta será objetivamente atípica. El error del autor tal vez pueda fundamentar en el caso una punición por tentativa inidónea, pero no se podrá tratar el caso como objetivamente típico del delito omisivo.

<sup>6</sup> La existencia del dolo –a nivel de tipicidad subjetiva- podría fundamentar la punición por tentativa o tentativa inidónea.

<sup>7</sup> Silva Sánchez, “El delito de omisión. Concepto y sistema. 361/372.

<sup>8</sup> Silva Sánchez, “El delito de omisión. Concepto y sistema”, p. 361.

<sup>9</sup> Silva Sánchez, ob. cit. p. 362.

<sup>10</sup> Ob. cit. p. 363.

<sup>11</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho Penal. Parte General”, p. 469. (El resaltado me pertenece).

<sup>12</sup> Silva Sánchez, en una parte de su trabajo, cita a Schöne: “Este autor (Schöne) parte de considerar que en los tipos de omisión impropia se da un deber de evitación del resultado. Consiguientemente, y a los efectos de situar en los tipos de omisión de socorro y omisión de denuncia una regulación central de la omisión de evitación de lesiones de bienes jurídicos, trata de hallar en éstos ese mismo deber. Su conclusión opuesta a la que acabamos de exponer, reza expresamente así: también en el tipo de la omisión de socorro –y lo mismo en el de la omisión de denuncia- se da un mandato de realización de acciones ex ante adecuadas para la evitación de la lesión. ...el planteamiento de Schöne parte de rechazar los argumentos usualmente expresados a favor de la tesis de que el tipo de omisión de socorro contiene un mandato de actividad. ...en conclusión, el tipo de omisión de socorro contiene, a su juicio, un mandato de evitación del resultado. Aunque, ciertamente, para quedar exento de responsabilidad, basta con esforzarse seriamente por la evitación, aunque ésta no se consiga. El intento de cumplimiento es, pues, a estos efectos, suficiente.” (Ob. cit., p. 364).

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 469.

<sup>14</sup> Sancinetti, Marcelo en “El pensamiento de la ilustración y el llamado del principio de lesividad”. Lección doctoral pronunciada en el acto de investidura del título “Doctor Honoris Causa” por la Universidad de la Cuenca del Plata.. 26/3/10. Inédito.

Allí sostiene Sancinetti: “Por supuesto que uno podría admitir un principio de *lesividad*, y en ese “sentido reformado” yo soy un representante del “principio de lesividad”, si se parte del dato de que lo que puede proteger la pena *no* es la incolumidad del bien, pues el bien, precisamente, ya está dañado con la acción delictiva a castigar especialmente en caso de consumación, sino que lo que la pena ha de proteger es *la confianza general de la comunidad en que las normas fundamentales del contrato social siguen rigiendo*”

<sup>15</sup> Ver Molina, Gonzalo J. “Reflexiones sobre la perspectiva de análisis de los elementos objetivos en la legítima defensa”, en Revista de Derecho Penal, 2006-2, p. 361 y ss.

<sup>16</sup> Particularmente creo que es así.

<sup>17</sup> Struensee, Eberhard, Prólogo a “Dogmática de los delitos de omisión.” de Armin Kaufmann,

Como el mismo Struensee trata de explicarlo, cuando se refiere al problema de la causalidad de la omisión, se está refiriendo a lo que conocemos como “nexo de evitación”, con lo cual la superposición que plantea es la misma a la que hacemos referencia en el texto.

## Bibliografía.

### **Bacigalupo, Enrique.**

- *Delitos impropios de omisión*. Edit. Temis. Bogotá. 1983.

- *La regulación de las conductas omisivas en el nuevo código penal*. En Buompadre, Jorge, (director y coordinador), Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez, Bs. As., 1997, p. 21 y Edit. Abeledo Perrot.

- *Manual de derecho penal*. Edit. Temis, Bogotá. 1996.

- *Principios constitucionales de derecho penal*. Edit. Hammurabi, Bs. As., 1999.

### **Barboza, Julio.**

- *Norma y realidad de los delitos de omisión*. En *Del actual pensamiento jurídico argentino*, Ediciones Arayú, Bs. As., 1955, pág. 251.

### **Bellati, Carlos A.**

- *El delito de omisión*. En J.A., 2000-II. p.1058.

### **Cuadrado Ruiz, María Ángeles.**

- “*La comisión por omisión como problema dogmático*”. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo L, 1997. Ministerio de Justicia, Madrid.

### **De Luca, Javier A.**

- *Omisión impropia, legalidad y congruencia*. En Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Edit. Lexis Nexis, Mayo de 2008, p. 743.

### **Etcheberry, Alfredo.**

- *¿Hacia el fin de los delitos de omisión?*. En Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat T.I. p. 879, Edit. Edisofer, Madrid, 2008.

### **Ferrajoli, Luigi.**

- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid. Tercera edición. 1998.

### **Fissore, Gustavo.**

- *La omisión en el Derecho Penal*. Edit. Nova Tesis, Rosario. 2003.

### **Giacomini, Ernesto D. T.**

- *Las infracciones de omisión vistas por el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal En Zeus*, Colección jurisprudencial, Tomo 42, sept./ dic. 1986, Rosario, pág. D 07.

### **Gimbernat Ordeig, Enrique.**

- *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*. En *Estudios de derecho penal*. Edit. Tecnos, Madrid, 1990. p. 140.



---

-*Causalidad, omisión e imprudencia*. En *Ensayos penales*. Edit. Tecnos, 1999, Madrid. p.189. También en *El Derecho penal hoy*. Homenaje al prof. David Baigún. Edit. Del Puerto. Bs. As. 1995. p. 187.

- *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*. En *Ensayos penales*. Edit. Tecnos, 1999, Madrid. p.257.

- *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)*. En *Ciencias Penales contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*. Año 2- Número 4-2002. Marco Antonio Terragni, Director. Edit. Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2002. p. 27 y ss.

- *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*. Edit. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, Argentina, 2003.

**Gracia Martín, Luis.**

-*Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)*. En *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Edit. Universidad nacional de educación a distancia, Madrid, 2001. p. 411.

**Huerta Tocildo, Susana.**

-*Injerencia y art. 489 bis, 3º C.P.* . En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Enero-abril, 1985, Tomo XXXVIII, Fascículo I, p. 37 y ss., Madrid.

- *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Ministerio de Justicia Centro de publicaciones, Madrid, 1987.

**Jakobs, Günther.**

-*Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edic. Corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo. Edit. Marcial Pons Ediciones jurídicas, Madrid, 1997.

**Kaufmann, Armin.**

- *Dogmática de los delitos de omisión*. Edit. Marcial Pons.

**Mitsch, Wolfgang.**

-*Prestación de auxilio incompleta como hecho punible*. En *Derecho Penal Contemporáneo. Revista internacional*. N° 15, Abril- Junio de 2006, Pág. 107. Traducción de Marcelo Sancinetti y Glenda Vidarte. Edit. Legis, Bogotá Colombia, 2006.

**Molina, Gonzalo Javier.**

-*El delito de abandono de personas en el Código Penal argentino. Su relación (como delito de peligro) con los delitos de lesión*. En *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Edit. Lexis Nexis. Bs. As. Nov. de 2006, p. 2085.

- *La teoría de la imputación objetiva como criterio de solución a viejos problemas en el Código Penal argentino. Aplicación de la teoría en el ámbito de la injerencia, el estado de necesidad justificante y el abandono de personas*. En *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Edit. Lexis Nexis. Bs. As. 2006-1-17.

- *La constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el código penal argentino. Publicado en Revista de Derecho penal. Rubinzal Culzoni, 2009-2, p. 597.*

**Nino, Carlos Santiago.**

- *¿Da lo mismo omitir que actuar?*. En *La Ley*, 1979 "C", p. 801.

**Novoa Monreal, Eduardo.**

- *Los delitos de omisión*. En *Doctrina Penal*, Edit. Depalma. Año 6, Enero-marzo 1983, N° 21, Bs. As., pág. 19.

- *Fundamentos de los delitos de omisión*. Edit. Depalma. Bs. As., 1984.

**Pessoa, Nelson R.**

- *En torno a la constitucionalidad de los tipos omisivos impropios en el derecho penal argentino*. En Buompadre, Jorge Eduardo, (Coordinador y director) *Derecho Penal y Procesal Penal, Homenaje a Carlos Contreras Gómez*, p.109. Edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1997.

**Quintero, María Eloísa.**

-*El delito de omisión desde una perspectiva normativista. Consideraciones en torno a la polémica sobre delitos impropios de omisión y principio de legalidad*. En *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Eduardo Montealegre Lynett (Coordinador). Edit. Universidad externado de Colombia. 2003. T. II. p. 173.

- *Omisión Vs. Acción. Responsabilidad por la conducta omisiva*. En *El pensamiento de Günther Jakobs. El Derecho Penal del siglo XXI*. P. 283 y ss., Ediciones jurídicas cuyo, Mendoza.

**Righi, Esteban.**

-*Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa*. En *Nueva Doctrina Penal*. 2001/A, p. 97. Edit. Del Puerto, Bs. As. 2001.

- *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Lexis Nexis, 2007, Bs. As.

**Roxin, Claus.**

- *Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia*. En *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat T.II*. p. 1543, Edit. Edisofer, Madrid, 2008.

- *En el límite entre comisión y omisión*. En *Problemas básicos del derecho penal*, p. 226. Edit. Reus S.A., Madrid, 1976.

**Sancinetti, Marcelo A.**

-*Casos de Derecho Penal. Parte general T. 1 y 3*. Edit. Hammurabi, Bs. As. 2005

- *Dogmática del Hecho Punible y Ley penal*. Edit. Ad-Hoc. Bs. As. Edic. bilingüe. 2003.

---

**Schünemann, Bernd.**

- *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Edit. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009. Silva Sánchez, Jesús M.

- *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Edit. B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2da. Edic. actualizada. 2003.

- *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Edit. JB. J.M.Bosch Editor. Barcelona, 1997.

- *La comisión por omisión y el nuevo código penal español*. En *Consideraciones sobre la teoría del delito*. Silva Sánchez, Jesús María. Edit. Ad-Hoc. Bs. As. 1998, pág. 73.

**Smolianski, Ricardo D.**

- *Manual de Derecho penal. Parte general*. Edit. Ad-Hoc, Bs. AS. 2005.

**Struensee, Eberhard.**

- *Exposición y abandono de personas*. En *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Günther Jakobs-Eberhard Struensee. Edit. Hammurabi. Bs. As. 1998, p. 81.

**Zaffaroni, Eugenio R.**

- *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Ediar, Bs. As. 2000. Alagia, A., Slokar A.

- *QUI PEUT ET N'EMPÊCHE PÊCHE, PERO NO DELINQUE* (Acerca de la inconstitucionalidad los tipos omisivos impropios no escritos.) En *En torno de la cuestión penal*, Eugenio Raúl Zaffaroni, Edit. B de F., Montevideo-Buenos Aires. Colección Maestros del Derecho Penal, N° 18.