

Crítica a la concepción del delito de comisión por omisión como “omisión del garante”. Análisis de la posición de Luis Gracia Martín*

Sergio Alfredo Ruiz**

SUMARIO: I. Introducción. II. Postura dominante en torno a la comisión por omisión. III. Críticas a la doctrina dominante sobre la comisión por omisión. IV. La auténtica comisión por omisión. V. Clasificación de los tipos de injusto omisivos.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se efectuará una breve exposición de la postura del jurista español Luis Gracia Martín respecto de la estructura de los delitos de comisión por omisión y, fundamentalmente de las críticas que formula a la postura dominante en la doctrina sobre el punto que, sustancialmente, asocia de manera directa y exclusiva esa categoría de delitos a las omisiones de evitar resultados por parte de un garante.¹

Se pretende, desde esta perspectiva, reemplazar el contenido que la concepción dominante le asigna a esta categoría de delito, por uno que cumpla efectivamente con lo que debe ser una comisión por omisión auténtica, esto es, un comportamiento omisivo que realice el *mismo tipo de injusto* de la Parte Especial de que se trate y que por ello deba ser sometida al mismo marco punitivo.

Dado que las omisiones de garante no cumplen con tales requisitos, en ocasiones la teoría dominante sobre el punto será denominada aquí con el calificativo de falsa o errónea, siguiendo en ello al autor que analizamos.

* Análisis del trabajo de Luis Gracia Martín, catedrático de derecho penal de la Universidad de Zaragoza, titulado: Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante). Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, 2001, pp. 411-482. Fue realizado para su exposición el marco del proyecto de investigación sobre delitos de omisión dirigido por el Dr. Alejandro Cilleruelo, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

** Abogado (Universidad de Buenos Aires), especialista y doctorando en derecho penal (Universidad del Salvador, Argentina).

¹ En lo sucesivo, en muchas ocasiones haremos referencia a estas omisiones de evitar resultados por un garante como “omisiones de garante”.

II. POSTURA DOMINANTE EN TORNO A LA COMISIÓN POR OMISIÓN

1. Condiciones de posibilidad de la teoría

Gracia Martín efectúa una exposición sintética de la teoría dominante en torno a la comisión por omisión —sin perjuicio de los distintos matices que se presentan en la doctrina sobre el punto—, para luego proceder a su crítica.

Como primera aproximación al tópico, nos señala que esta teoría de la (falsa) comisión por omisión se desarrolla en torno a tres pilares básicos.

El primero consiste en una serie de enunciados que integran lo que puede denominarse el *paradigma de la posición o del deber de garante*.

El segundo lo constituye la noción de *no evitación del resultado*, que puede considerarse un objeto discursivo al que se reenvían constantemente los enunciados del discurso teórico.

El tercero es una situación legal determinada consistente en la *no regulación explícita* de la comisión por omisión.²

Desde esta perspectiva también se pueden identificar una serie de condiciones de posibilidad de ese discurso, esto es, de circunstancias que vienen dadas *a priori* y sobre los cuales opera la teoría.

i. En primer término, la circunstancia real y prejurídica de que la acción y la omisión constituyen formas del comportamiento humano, esto es, el dato de la experiencia de que el comportamiento humano puede adoptar la forma de un hacer o de un no hacer. Como tal, esta se trata de una condición de posibilidad de cualquier teoría que pretenda construirse en torno a la comisión por omisión.³

ii. En *segundo lugar*, el hecho de que ambas formas del comportamiento humano (acciones y omisiones) son el objeto de las normas jurídicas, en tanto los delitos de acción consisten en la infracción de una prohibición (de un hacer) y los de omisión en la infracción de un mandato (de un hacer). Esa relación de correspondencia es correcta y cualquier desarrollo relativo a la comisión por omisión debe partir de su reconocimiento.⁴

iii. En *tercer término*, ya en el terreno de las omisiones, encontramos la circunstancia de que los mandatos pueden distinguirse entre mandatos de los que sólo surge un deber general de actuar y mandatos de los que surgiría un deber más específico consistente en el deber de evitar un resultado.⁵

² Cfr. Ob. cit. p. 429.

³ Cfr. Ob. cit. p. 430.

⁴ Cfr. Ob. cit. p. 431.

⁵ Cfr. Ob. cit. p. 432.

Como veremos más adelante, la primera clase de mandatos subyace a los llamados delitos de omisión pura y su infracción da lugar a una responsabilidad en el omitente que se agota en la mera omisión de la acción exigida por el mandato.

Los segundos tipos de mandato son los que fundamentan los delitos que pueden categorizarse como de “omisión y resultado” en tanto exigen la imputación del resultado a su omisión y, consecuentemente, originan para el omitente una responsabilidad por la producción de ese resultado.⁶

En este punto puede decirse que el hecho denominado comisión por omisión en la doctrina dominante consiste en la infracción —en determinadas condiciones— de un deber de evitar el resultado, gravitando el hecho sobre esa no evitación, en oposición a la comisión activa que se centra, precisamente, en su producción.⁷

iv. La cuarta condición de posibilidad del discurso consiste en la circunstancia de que toda comisión por omisión constituye un tipo especial. Un dato que aparece como cierto y de modo permanente en la totalidad de la dogmática del delito de comisión por omisión es que toda conducta a calificarse de tal modo —por cumplir con determinados requisitos— será reconducida al tipo de la Parte Especial de que se trate, el cual, al menos en su tenor literal, se refiere a procesos de producción de resultados a través de comportamientos activos.⁸

De manera que puede decirse que toda construcción teórica sobre la comisión por omisión debe dirigirse a responder la pregunta de cómo fundamentar la punibilidad esas omisiones bajo el marco penal de tipos especiales que expresamente se refieren a comportamientos activos.

Aquí surge en la doctrina dominante la **necesidad de recurrir al concepto de la posición de garante**.

Gracia Martín nos explica que, para fundamentar la relación de equivalencia entre la producción activa del resultado y la no evitación del resultado, los primeros pasos de la dogmática de la omisión, sobre todo durante la vigencia del paradigma iusnaturalista, fueron en el sentido de verificar y afirmar la existencia de una relación de causalidad entre omisión y resultado. Encontrar esta relación causal en un plano pretípico pretendía sortear los problemas vinculados a la transgresión del principio de legalidad.⁹

La imposibilidad de afirmar la existencia de tal vínculo llevó a la búsqueda de otros criterios de equivalencia. Fue Johannes Nagler quien encontró la equiparación

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cfr. Ob. cit. p. 433.

a nivel de la tipicidad creando lo que sería el elemento central de la doctrina dominante sobre la comisión por omisión.

Para Nagler, realiza el tipo activo de la Parte Especial quien omite evitar la producción del resultado típico estando en una *posición de garantía* que le obligaba a evitar dicho resultado.¹⁰

Pero Gracia Martín destaca que, si el tipo especial de omisión se construye sobre esta base —la posición de garante—, precisamente se está evidenciando que la omisión del garante no realiza el mismo e idéntico tipo especial activo, sino que acción y omisión realizan diferentes tipos de injusto.

Al respecto señala que, para afirmar que la omisión y la acción realizan el mismo tipo de injusto debe identificarse una estructura lógico-objetiva que enlace a ambas formas de conducta de manera tal que sea ella la base prejurídica sobre la cual se construya el tipo penal. Por el contrario, la posición de garantía es un elemento normativo del tipo, no un elemento prejurídico.

El dato de que otros elementos prejurídicos como la *causalidad* y la *finalidad* tampoco podían servir para enlazar a ambas formas de conducta, llevó a Kaufmann a formular una crítica demoledora a la tesis de Nagler, según veremos más adelante, pese a lo cual la noción de la posición de garante siguió constituyendo el elemento central de la teoría dominante.

2. El tipo de comisión por omisión en doctrina de la omisión de garante

Gracia Martín explica que la doctrina dominante sobre la comisión por omisión se funda en la combinación de dos ejes o ideas rectoras, a saber: las ideas de la evitación del resultado y de la posición de garante.¹¹

i. El tipo especial de comisión por omisión en la postura dominante requiere, como elemento fundamental del tipo a nivel de tipicidad algo que, en términos dogmáticos, no es sino una característica objetiva de la autoría: la *posición de garante*, por ello se considera que se trata de tipos especiales.¹²

Esa posición de garantía se define como una relación particular existente entre el sujeto y un bien jurídico que convierte al primero en responsable de la indemnidad del segundo. El sujeto que ocupa esa posición tiene un deber jurídico específico de

¹⁰ Cfr. Ob. cit. p. 434.

¹¹ Cfr. Ob. cit. p. 435.

¹² *Ibidem*.

evitación del resultado que haría equiparable su no evitación por el garante a la producción activa del resultado por cualquier persona.¹³

En términos generales esa posición de garante existe de modo previo a la situación generadora del deber de actuar y se ha fundado en la doctrina a partir de *fuentes formales* (la ley, el contrato y la injerencia) o en *fuentes materiales*, inspiradas en la teoría de las funciones de Kaufmann, según la cual la existencia de una posición de garante depende de la relación material que se establezca entre el sujeto y el bien jurídico o determinados ámbitos de peligro, en virtud de las funciones que el sujeto desempeña.¹⁴

Ambas teorías postulan algo que Gracia Martín rechaza de plano, consistente en que ellas aceptan que la “responsabilidad por la omisión encuentra su fundamento en un posición previa o anterior a la situación en la que surge el deber de actuar”. Para el autor español, la posición de garante no cumple otra función que la que deriva de su esencia dogmática: la de seleccionar a la clase de sujetos cuyas omisiones pueden realizar el tipo de comisión por omisión.¹⁵

ii. Además de la posición de garante (a), según la doctrina dominante, el tipo especial de comisión por omisión requiere otros elementos: (b) la llamada situación típica, consistente en una circunstancia de peligro para un bien jurídico; (c) la no realización de la acción de impedir el resultado; (d) la posibilidad del sujeto de realizar la acción omitida; y, (e) la producción del resultado del delito.¹⁶

iii. Otro elemento del tipo se encuentra constituido por (f) la existencia de una relación —típica, ya que no podría ser causal— entre la producción del resultado y la omisión de la acción debida.

Gracia Martín nos explica sobre el punto que en la doctrina y jurisprudencia españolas se requiere mayoritariamente una relación de causalidad hipotética, cuya fórmula de comprobación emula a la de la causalidad real en tanto afirma que “la omisión ha sido causa (jurídica) del resultado si colocada mentalmente la acción esperada y no realizada por el omitente, el resultado desaparece”. Ello se comprueba a través de un juicio que permita afirmar “que la acción no realizada hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la certidumbre o, incluso, con certeza absoluta”. Un sector de la doctrina, más modernamente, exige para la *imputación objetiva* del resultado, la verificación de que la acción no realizada hubiera sido apropiada para disminuir el peligro del bien jurídico.¹⁷

¹³ Cfr. Ob. cit. p. 435.

¹⁴ Cfr. Ob. cit. p. 436.

¹⁵ Cfr. Ob. cit. p. 437.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr. Ob. cit. p. 438.

Así las cosas, la doctrina dominante puede sintetizarse en estos términos: corresponde afirmar la comisión por omisión “siempre que un garante, esto es, un sujeto que tenía el deber jurídico de evitar el resultado no ha realizado una acción que con certeza o con probabilidad rayana en la certidumbre hubiera evitado (o disminuido el peligro de) la producción del resultado”.¹⁸

Esta teoría, según se deduce de su sola descripción —en ello no puede más que coincidir con Gracia Martín—, debería llamarse con mayor propiedad, *teoría de la no evitación del resultado por el garante*.

iv. En contradicción con sus postulados declarados, pero como inevitable consecuencia de la evidente oposición de esta construcción teórica de la comisión por omisión al principio de legalidad, la doctrina dominante ha postulado la necesidad de una regulación expresa de la figura en los códigos.

Esa necesidad viene dada porque lo injusto realizado por una omisión no está comprendido en el tenor literal de los tipos activos y, además es estructural y materialmente diferente a tales tipos escritos de acción. Si acción y omisión no tienen ninguna identidad en el terreno prejurídico, la equivalencia entre ambas sólo podría fundarse en una mera semejanza o parecido en los hechos, o en una identidad de razón en términos axiológicos, razonamientos que no implicarían sino un análisis por analogía *in malam partem* absolutamente vedado.¹⁹

El sector mayoritario de la doctrina se inclinó por la idea de la tipificación de estos tipos de un injusto a través de una cláusula modelo de carácter general, mientras que otra posición postuló la necesidad de establecer en la Parte Especial tipos expresos de comisión por omisión con respecto a determinados bienes jurídicos. Esta última postura, minoritaria, precisamente reconoce que la comisión por omisión no puede compartir con la acción un mismo tipo de lo injusto.²⁰

v. Finalmente, otra característica de la teoría dominante de la comisión por omisión (como omisión del garante) consiste en que postula la necesidad de una atenuación de la pena prevista para el delito de acción cuando el tipo cuando sea realizado a través de una comisión por omisión. La consagración positiva de ello se encuentra en el artículo 13 del StGB que prevé una atenuación facultativa de la pena para estos casos.

En cuanto al fundamento de esa atenuación la doctrina ha postulado que reside en el hecho de que es menor el contenido de lo injusto y/o de la culpabilidad, o que la equivalencia de lo injusto es sólo relativa. También se ha señalado que esta menor gravedad debería ser tenida en cuenta al momento de la medición de la pena.

¹⁸ Ob. cit. p. 438.

¹⁹ Cfr. Ob. cit. p. 439.

²⁰ Ob. cit. p. 440.

Aquí otra vez —según entiende Gracia Martín— se advierte que es la propia teoría dominante la que, a contramano de sus puntos de partida, reconoce que su construcción sobre la comisión por omisión no es equivalente a la comisión activa y que, por lógica aplicación del principio de proporcionalidad, se requiere una atenuación de la punición.²¹

III. CRÍTICAS A LA DOCTRINA DOMINANTE SOBRE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

Luego de una exposición sucinta sobre los postulados centrales de la doctrina dominante sobre la comisión por omisión, que Gracia Martín prefiere denominar doctrina de la omisión de la no evitación del resultado por el garante, el autor formula una crítica particularizada de dicha concepción.

Desde la perspectiva de Gracia Martín, la doctrina dominante posee el mérito de haber aislado y diferenciado una clase de omisiones, portadoras de un tipo de injusto específico y muy superior a las simples omisiones de socorro y que, por ello, merecen un estatuto propio y más severa y específicamente penado.²² Por tales motivos las omisiones de garante requieren una tipificación diferenciada de la correspondiente a las omisiones puras, lo cual, a la vez, las distinguiría de los casos de comisión por omisión, a los que se aplicaría el marco del tipo penal activo.²³

Fuera de ello, señala una serie de cuestiones rechazables a la concepción dominante.

1. Como se dijo, la crítica central que formula Gracia Martín a la doctrina dominante reside en que ésta ha dado a la comisión por omisión un contenido que nada tiene que ver con ese supuesto, colocando en esa categoría a un hecho que no satisface las características de lo injusto específico de los tipos de la Parte Especial en que se describe de modo explícito la producción de un resultado mediante un comportamiento activo.²⁴

Ello no implica que los tipos penales activos no puedan ser cometidos a través de omisiones, al contrario, existen comportamientos omisivos con determinadas características que se encuentran contenidos implícitamente en aquellos tipos penales.

Lo que sucede es que tales comportamientos omisivos no pueden ser definidos y caracterizados en la forma en lo que hace la doctrina dominante, sino que deben ser omisiones respecto de las cuales pueda comprobarse que también satisfacen lo

²¹ Cfr. Ob. cit. p. 440.

²² Cfr. Ob. cit. p. 448.

²³ Cfr. Ob. cit. p. 449.

²⁴ *Ibidem*.

injusto específico acotado por el tipo en cuestión, en la medida de sólo así podrá justificarse la aplicación del marco penal previsto expresamente para el comportamiento activo a esa conducta omisiva.

Esas omisiones pueden identificarse, en la postura de Gracia Martín a través de un proceso de interpretación de lo *implícito* del ámbito de los tipos penales activos y por medio de una construcción dogmática consecuente con esa interpretación.²⁵

2. Tal como nos indica el jurista español, el hecho de que las omisiones de garante no resultan equivalentes a los tipos penales activos a las que se pretende referenciarlas, es reconocido por la propia doctrina dominante que ha llegado al punto de propiciar, en contradicción con sus postulados, la consagración legal de una atenuación facultativa de la pena.

Al analizar el desarrollo dogmático que decantó en la teoría de la omisión del garante, Gracia Martín identifica que la doctrina partió de una premisa absolutamente correcta: las omisiones comprendidas en la comisión por omisión “tenían que ser aquellas (y sólo aquellas) que realizaran por sí mismas el tipo de la Parte Especial”. Lo que sucedió es que fallaron al identificar los elementos materiales de la omisión que permiten afirmar tal circunstancia, en tanto primero pretendieron encontrar una identidad ontológica entre la acción y la omisión a través de una pretendida relación de causalidad en la omisión y, fracasado ello, se intentó, a partir de Nagler, ver en un elemento normativo del tipo (la posición de garante) el fundamento de la equiparación entre la acción y la omisión y se erigió ello como suficiente para la subsunción de la omisión en el tipo activo de la Parte Especial.²⁶

La crítica de Kaufmann ya fue contundente en ese sentido:

- La tipicidad de comisión por omisión requiere un elemento (la posición de garante) que no se encuentra en el tipo de acción.
- La comisión por omisión no puede integrarse a la comisión activa mediante ningún supraconcepto.
- Si las dos formas de conducta serán típicas en la medida de que concurren presupuestos diferentes en cada una de ellas es porque estamos haciendo referencia a dos tipos diferentes.
- Esos dos tipos de comisión activa y de comisión por omisión, se diferenciarían, además por estar vinculados a la infracción de dos tipos de normas distintos: en la acción se infringe una prohibición de hacer y en la comisión por omisión un mandato de hacer; y no puede extenderse la noción de mandato al tipo de acción ni la prohibición al tipo de comisión por omisión.
- Todo esto determina, en la visión de Kaufmann que la comisión por omisión infringe un tipo propio especial no escrito.

²⁵ Cfr. ob. cit. p. 450.

²⁶ *Ibidem*.

Gracia Martín agrega a la posición de Kaufmann que, además, los tipos de acción se refieren a un deber general de no lesionar el bien jurídico que incumbe a cualquiera, mientras que la omisión requiere la infracción de un deber especial que sólo alcanza a algunas personas.

A su vez destaca las diferencias ontológicas sustanciales entre la acción y la omisión, particularmente, en lo que respecta a que en esta última faltan la causalidad y la voluntad de realización y el hecho de que se sostiene que la omisión es menos grave que la acción, al ser más oneroso el cumplimiento de un deber de acción que el de uno de omisión.

Sin embargo, “la doctrina dominante se resigna [...] al hecho verificado de que la construcción de lo que ella considera comisión por omisión, en ningún caso define un supuesto de hecho que sea portador del mismo injusto específico que la acción sino constitutivo de otro injusto específico diferente que, consecuentemente da lugar a un tipo de lo injusto distinto al de la acción correspondiente”.²⁷

Y es que, como señala el jurista español, en la omisión faltan los elementos que fundamentan la tipicidad de la acción —causalidad—; y, a la inversa, el fundamento de la tipicidad de la omisión —posición de garante— no se encuentra presente en la acción con la que aquella pretende ser equiparada en el plano del injusto. Carecen, entonces de un fundamento de punibilidad común y la sujeción de ambos tipos de comportamiento a un mismo marco penal sólo podrá hacerse a partir de la afirmación de una correspondencia de tipo axiológico en el contexto de un análisis contrario a los principios de legalidad y proporcionalidad.²⁸

3. Otra cuestión que se encarga de destacar Gracia Martín se encuentra en el hecho de que la creación de disposiciones legales de equiparación de las omisiones de garante con los tipos activos de la Parte Especial constituye una extensión del ámbito de lo prohibido de esos tipos penales.²⁹

Esa regulación legal, propiciada por la doctrina dominante para sortear sus problemas relativos al principio de legalidad, en nada modifica la materialidad de la omisión del garante, sino que se limita a darle una forma escrita que antes no tenía, cumpliendo —aparentemente— la garantía *formal* del principio de legalidad. Nótese al respecto que, si efectivamente la omisión del garante realizara el mismo tipo de lo injusto del tipo activo de la Parte Especial, todo precepto legal de equiparación en tal sentido (como cláusula general o dentro de la Parte Especial) resultaría meramente declarativo y absolutamente redundante.³⁰

²⁷ Ob. cit. p. 450.

²⁸ Cfr. ob. cit. p. 451.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cfr. ob. cit. p. 452.

La realidad es que los hechos de omisión del garante no encuadran en tales tipos especiales activos y constituyen un hecho atípico, situación que, en términos formales, se ve subsanada por las cláusulas legales de equiparación, pero está claro que tienen un carácter constitutivo de extensión de la punibilidad, en tanto fundamentan y amplían el ámbito de punibilidad de los tipos de la parte especial a comportamientos (omisiones) que no son subsumibles en ellos.³¹

Aún así, insiste Gracia Martín, seguirá sin aplicarse aquel tipo activo de la parte especial sino un tipo modificado o *tipo asociado* al tipo original que resultará de la conexión de éste con la cláusula legal imputativa de la omisión.³²

4. Asimismo, en el análisis crítico de la posición dominante se destaca la contradicción al principio de proporcionalidad de las disposiciones legales de equiparación.

En ese sentido, Gracia Martín considera que no es posible encontrar una razón de equivalencia valorativa entre la omisión del garante y la acción, por lo cual, “su nivelación punitiva con la producción activa del resultado provocaría una incoherencia valorativa en el sistema, así como un quebranto en el principio de proporcionalidad”.³³

Al respecto, en primer lugar, señala la menor gravedad que presenta, en general la (comisión por) omisión. Prueba de ello se encuentra en el hecho de que la doctrina dominante postula la necesidad de una atenuación facultativa de la pena para los casos de omisión de garante o, cuando ello no está regulado legalmente, propicia que la corrección se haga al momento de la medición legal de la pena.³⁴

Este último recurso tampoco resulta adecuado para salvar la cuestión relativa al principio de proporcionalidad, en tanto los factores de medición judicial de la pena se refieren a *variables relativas* a cada hecho singular, no a *constantes* inherentes a la totalidad de los hechos singulares que obedecen a un modelo. Es claro que esas diferencias valorativas constantes de esta clase de hechos no pueden quedar confiadas al mero arbitrio judicial sino regularse legalmente de modo general.³⁵

Pese a lo expresado, en la doctrina dominante se encuentra arraigada la reivindicación de una nivelación punitiva, por lo menos parcial, entre la no evitación del resultado por el garante y la producción activa del mismo. Ello puede verse en dos circunstancias: por un lado, en que existe un sector de la postura dominante que rechaza las previsiones legales de atenuación de la pena y por el otro, en que cuando se propicia una atenuación, pero de carácter facultativo, ello ya presupone la

³¹ Cfr. ob. cit. p. 453.

³² Cfr. ob. cit. p. 454. Gracia Martín toma de los desarrollos de Marxen la terminología “*tipo asociado*”. Ver al respecto la nota n° 186 de la obra citada.

³³ Cfr. ob. cit. p. 455.

³⁴ Cfr. ob. cit. p. 456.

³⁵ *Ibidem*.

existencia de casos de omisión de garante en los que procede la aplicación del marco penal del delito activo.³⁶

5. Frente a ello, Gracia Martín considera que no es posible establecer una equivalencia valorativa, esto es, en su opinión, “el desvalor de la no evitación del resultado por el garante es siempre menor que el de su producción mediante una acción, por lo que es imposible establecer una equiparación entre estos dos hechos diferentes en la categoría de lo injusto”, aserto que lo lleva a postular la necesidad de que sea excluida de la categoría dogmática de la comisión por omisión el hecho de la no evitación del resultado por el garante.³⁷

En ese sentido, se considera que no tienen el mismo *significado social* la no evitación de un resultado que su producción mediante una acción.

El desvalor social de la situación de peligro o de destrucción de bienes jurídicos va asociado en primer término y en su grado máximo, al hecho de que la causa esos resultados provenga de la decisión humana de poner en marcha su propia capacidad para desviar el acontecer natural (dominado por las fuerzas de la mecánica y dinámica naturales) a la producción de tales efectos.³⁸

Esto constituye el *prototipo de lo injusto* consistente en la realización de acciones dirigidas por la voluntad a la producción (causación) de lesiones a bienes jurídicos y es claro que la valoración social de los peligros o lesiones producidas por bienes jurídicos en razón de fuerzas causales naturales no puede ser la misma que se atribuye a aquel modelo de desvaloración social consistente en la actividad humana que produce de manera consciente y voluntaria ese resultado (sea que lo haga con ese fin o que haya intervenido con su accionar en el curso causal de un modo descuidado).³⁹

Así las cosas, los casos de no evitación del resultado no podrían alcanzar nunca aquel grado de desvalor modelo de lo injusto.

Por otro lado, el carácter fragmentario del derecho penal hace que las normas no estén dirigidas a dispensar a los bienes jurídicos una protección absoluta sino, únicamente, ante agresiones configuradas de una determinada porque aquellas sobrepasan la medida de lo tolerable por la sociedad. De modo que “[c]uando la lesión al bien jurídico no tenga su causa en una acción típica, dicha lesión no puede constituir el desvalor de resultado propio del tipo de la Parte Especial” y, “aunque dicha lesión sea objeto de un juicio desvalorativo, este no puede ser igualado ni, por tanto, ser equivalente al desvalor de resultado”.⁴⁰

³⁶ Cfr. ob. cit. pp. 456-457.

³⁷ Cfr. Ob. cit. p. 458.

³⁸ Cfr. Ob. cit. p. 460.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cfr. Ob. cit. p. 465.

Si el desvalor del resultado producido por cursos causales no imputables a una acción típica no equivale en ningún caso al desvalor del resultado producido por la acción típica, se deduce que “el desvalor de la no evitación de aquellos resultados —es decir: del hecho típico y constitutivo de la comisión por comisión en la doctrina dominante— tampoco puede ser en ningún caso uno equivalente al desvalor de la producción del resultado mediante la acción típica”.⁴¹

Otro de los argumentos que señala Gracia Martín respecto del diferente significado social entre las omisiones de garante y los tipos activos se vincula con que esta solución ya se encuentra plasmada en las valoraciones contenidas el orden jurídico al establecer los principios que regulan ciertas situaciones disvaliosas para el orden social.

En particular, hace referencia a la diferente extensión de los permisos que concede el derecho a cada ciudadano cuando se encuentra ante una agresión (lesión o peligro de lesión) a sus bienes jurídicos, según se trate de que la invasión sobre su esfera de dominio sobre tales bienes provenga del comportamiento de otro individuo (legítima defensa) o tal interferencia tenga un origen diverso al actuar humano (estado de necesidad justificante).

Mientras en el primer caso la intromisión se valora por el derecho como una agresión ilegítima y se autoriza al afectado a ejercer la defensa de los bienes hasta donde sea necesario para mantener su esfera jurídica individual libre de la interferencia que la amenaza, en el segundo caso, el punto de partida es el de la incumbencia del propio afectado a quien solo se le autoriza, bajo algunos presupuestos, una defensa o autoprotección limitada, de manera que a partir de cierto punto, tendrá que soportar él las consecuencias de lo sucedido.⁴²

Para el jurista español, esta regulación demuestra que, desde una perspectiva social, las valoraciones desfavorables sobre la no evitación de resultados lesivos son más débiles que las que recaen sobre los procesos de producción activa de tales resultados e incluso, en algunos casos, el juicio desvalorativo es tan bajo con relación al omitente que el hecho es considerado una desgracia o accidente.⁴³

De este análisis sobre el diferente desvalor de las omisiones de garante y la comisión activa del resultado, Gracia Martín deriva un principio axiológico: “la evitación de lo que naturalmente tiene que suceder de modo necesario sólo puede ser socialmente una aspiración subsidiaria con respecto a la de no producir lo que naturalmente no tiene que suceder de modo necesario, y, en consecuencia, el no evitar un resultado no puede parangonarse en desvalor con producirlo activamente”.⁴⁴

⁴¹ Cfr. Ob. cit. p. 466.

⁴² Cfr. Ob. cit. p. 466.

⁴³ Cfr. Ob. cit. p. 467.

⁴⁴ Cfr. Ob. cit. p. 468.

Por otra parte, en cuanto componentes de un injusto específico, el desvalor de acción y el desvalor del resultado integran una misma materia, se encuentran fundidos en una misma unidad y “ligados dentro de ella por una relación de interdependencia recíproca y dialéctica”, de manera tal que, así como el desvalor de resultado no puede fundamentarse con independencia del desvalor de acción, este tampoco puede quedar fundamentado con independencia del valor del resultado.

Desde esa perspectiva, ya en un plano de razonamiento lógico-abstracto se puede deducir que el desvalor de la omisión de evitar el resultado no puede igualarse con el desvalor de la acción explicitada en el tipo activo de la Parte Especial.⁴⁵

Aunque el resultado sea el mismo, en la medida en que el mismo se vincula con dos tipos de comportamiento que son diferentes y entrañan dos tipos de desvalor de acción diferentes, el desvalor de resultado será igualmente diferente y distinto será también el desvalor de injusto globalmente considerado.

Finalmente, puesto a analizar, cuál sería el desvalor específico de la omisión de evitar el resultado por parte de quien se encuentra en posición de garante, descarta que dicho elemento normativo pueda fundamentar una relación de equivalencia con la comisión activa descrita en el tipo de la Parte Especial.

En ese sentido se señala que la doctrina dominante sobre la omisión del garante soluciona algunos casos de una manera inadecuada,⁴⁶ sobre todo en situaciones en las que trata como atípicas (con relación al tipo activo de la parte especial) a omisiones de *no garantes* que (por poseer conocimientos y/o habilidades especiales) tenían la capacidad de realizar acciones con un potencial de evitación muy superior a las de quienes ocupaban la posición de garantes, pero carecían de tales capacidades.⁴⁷

En tales situaciones no aparecería como razonable que la concurrencia de la posición de garante pueda tener el efecto de que se les conceda un tratamiento con una diferencia punitiva tan grande y aún menos aceptable se presenta la posibilidad de que sean penados los garantes de igual manera que lo serían los autores activos de los hechos⁴⁸ por la única circunstancia de ocupar tal posición.

La simple posición de garante no puede elevarse como paradigma valorativo rector, ello carecería de fundamento y supondría una grave transgresión al orden valorativo del Derecho Penal.⁴⁹

⁴⁵ Cfr. Ob. cit. p. 469.

⁴⁶ En rigor, Gracia Martín, considera que algunas de tales soluciones son directamente escandalosas.

⁴⁷ Gracia Martín contrasta la solución que daría la doctrina dominante al caso de un niño que fallece ahogado en presencia de su padre en una pileta, y frente a un nadador profesional, ambos omitentes de la acción de salvataje.

⁴⁸ Cfr. Ob. cit. p. 472.

⁴⁹ Cfr. Ob. cit. p. 473.

La posición de garante, como ya se ha señalado, no es más que un elemento objetivo de autoría, característico de los tipos especiales, que determina el círculo de posibles autores del injusto, pero no el injusto mismo. Describe una situación concreta —de carácter objetivo y previo— en la que se encuentra el sujeto, un *status* propio y que, como *todo elemento de autoría* precede y es independiente de la multiplicidad de actos que puede realizar o no el agente, esto es, precede siempre a la omisión de cualquiera de las acciones que le es posible realizar en ejercicio de sus funciones.⁵⁰

Podrá ser un elemento que suponga una mayor gravedad de lo injusto pero es totalmente prescindible para la constitución o fundamentación de lo injusto específico de que se trate.⁵¹

Si esto es así, habrá que buscar en otro lugar y no en la posición garante, aquello que resulte constitutivo de una comisión por omisión (equivalente al tipo activo de la Parte Especial) y “ese lugar no puede ser otro que el de la omisión misma en cuanto conducta”, pues serán las características de la propia omisión lo que determine que ella alcance la categoría de comisión por omisión.⁵²

IV. LA AUTÉNTICA COMISIÓN POR OMISIÓN

Descrita así la teoría dominante en torno a la comisión por omisión, nos adentraremos a la postura que sostiene Gracia Martín, por resultarnos la más adecuada para el abordaje de la cuestión.

El autor citado adscribe a una teoría de la “teoría de la asunción voluntaria y libre del dominio sobre la causa determinante del resultado como fundamento ontológico-normativo de la identidad de la acción la omisión en la esfera previa al tipo”,⁵³ incardinándose, en términos generales, en desarrollos de autores como Bernd Schünemann, Wilfried Bottke y Christof Sangenstedt, sobre todo en lo relativo al concepto de “dominio”.

También se alinea, al respecto, con posturas minoritarias sostenidas con matices, pero coincidentes en sus aspectos centrales por autores españoles como Gimbernat Ordeig, Silva Sánchez y Luzón Peña.⁵⁴

En la doctrina argentina la teoría es sostenida por Alejandro Cilleruelo.⁵⁵

⁵⁰ Cfr. Ob. cit. p. 476

⁵¹ Cfr. Ob. cit. p. 479.

⁵² Cfr. Ob. cit. p. 481.

⁵³ Ob. cit. p. 412.

⁵⁴ Ob. cit. p. 413.

⁵⁵ Cilleruelo, Alejandro Rodolfo. *Delito de Omisión. Cathedra Jurídica*, 1ª Edición, Buenos Aires, 2015; *Derecho Penal. Parte General. Ad Hoc*, 1a. ed., Buenos Aires, 2018.

La concepción del jurista español se resume del siguiente modo:

En primer lugar, “la comisión por omisión no es más que una de las posibles modalidades de realización de todos aquellos tipos de la Parte Especial en que es conceptualmente posible que la producción de un resultado sea imputada a una omisión por el mismo e idéntico fundamento material que lo es una acción”.

De ello se deduce, en segundo lugar, que, en tales casos, “la omisión es ya por sí misma, y sin más, directamente subsumible en los tipos de la Parte Especial correspondientes”; y, en tercer lugar, que “para que esto suceda es absolutamente imprescindible que el omitente sea un sujeto que de un modo voluntario y libre haya incorporado el proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado a su esfera de dominio social y que este dominio se actualice luego específicamente, en la situación concreta en que el sujeto omite realizar una acción determinada de neutralización de la causa determinante del resultado”.⁵⁶

Por dominio social, Gracia Martín entiende “el conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio del hecho típico”.⁵⁷

Por el contrario, “un déficit tanto en la voluntad o en la libertad de incorporación de un proceso causal peligroso preexistente a su ámbito de dominio social, como también en su capacidad específica de actualización del dominio en la situación concreta en que omite deben excluir ya de modo absoluto la subsunción de la omisión en el tipo de la Parte Especial en que se imputa un resultado a determinadas acciones u omisiones”. Cuando se den tales déficits, también debe rechazar una subsunción *mediata* en el tipo de la Parte Especial en virtud de una cláusula general, como la establecida, por ejemplo, en el artículo 11 del Código Penal Español, pues “ello daría lugar a una nivelación punitiva de supuestos de distinta gravedad y, con esto, a un quebranto del principio de proporcionalidad”.⁵⁸

Como se ha visto, el objetivo central de la postura analizada consiste en *depurar* el concepto de comisión de omisión, para que su contenido quede circunscripto a los casos en los que pueda verificarse que la omisión realiza el mismo tipo de injusto que la acción y que, por ello, debe quedar sujeta al mismo marco penal de la misma.

Desde esta concepción, como se ha señalado, para alcanzar ese cometido es imprescindible excluir del concepto, para siempre, el universo de comportamientos que constituyen una “*no evitación del resultado por el garante*” y al cual, desde la teoría dominante se le quiere atribuir aquel rótulo. Ello permitirá reservar el concep-

⁵⁶ Ob. cit. pp. 411-412.

⁵⁷ Cfr. ob. cit. nota núm. 3.

⁵⁸ Cfr. ob. cit. pp. 411-412.

to para los verdaderos casos de comisión por omisión, consistentes en supuestos de asunción voluntaria y libre del dominio sobre la causa determinante del resultado.⁵⁹

Ello no implica que Gracia Martín no reconozca como valiosos los desarrollos teóricos relativos a la posición de garante y a los supuestos de no evitación de resultados típicos por el garante, sino que considera que tales casos carecen de la estructura y gravedad de los delitos de comisión por omisión y que por ello requieren un estatuto propio, aún necesitado de mayor desarrollo.⁶⁰

Así, entiende necesario diferenciar a los supuestos de omisión de garante como casos con un injusto específico diferente y más grave que el de las omisiones puras⁶¹ pero, al mismo tiempo, diferente y a la vez menos grave, que el de los delitos de comisión por omisión.⁶²

Podemos así trazar los tres grandes grupos por sus diferentes estructuras y tipos de injusto, ordenados de mayor a menor gravedad:

- *Comisión por omisión*: supuestos de asunción voluntaria y libre del dominio sobre la causa determinante del resultado en los que se advierte la comisión del tipo de injusto equivalente a un tipo activo.
- *Omisiones de garante*: supuestos de no evitación del resultado por un garante, que son aquella clase de hechos que, erróneamente la doctrina dominante denomina comisión por omisión.
- Omisiones puras.

V. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE INJUSTO OMISIVOS

Al analizar luego en mayor profundidad los diferentes tipos de injusto susceptibles de realización mediante una omisión, Gracia Martín distingue con mayor precisión las diferentes clases de omisión que atraviesan a aquellos tres estatutos.

1. **Tipos de injusto de omisión pura**
2. **Tipos de injusto de omisión y resultado**
 - a. **Tipos de injusto de omisión y resultado sin alternativa de comisión activa**
 - b. **Tipos de injusto de resultado con alternativa de comisión por acción o por omisión**
 - i. **Tipos de injusto de comisión por omisión explícita**
 - ii. **Tipos de injusto de comisión por omisión implícita**

⁵⁹ Cfr. ob. cit. p. 414.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Se incluyen aquí también las llamadas omisiones puras garante (agravadas), según la clasificación que hace el propio autor y a la que haremos referencia más adelante en este trabajo.

⁶² Cfr. ob. cit. p. 415.

1. Tipos de injusto de omisión pura

Se trata de aquellas omisiones penadas por la ley sin necesidad de que se produzca ningún resultado. En estos tipos la tipicidad se agota en la no realización de la acción exigida por el mandato en la situación jurídica típica consistente, generalmente, en la amenaza de peligro para un bien jurídico.

En estos casos hablamos de tipos penales definidos legalmente de un modo directo a través de expresiones con un significado inequívocamente omisivo, razón por la que no se plantean mayores dificultades desde el punto de vista del principio de legalidad formal ni desde la perspectiva de las exigencias de determinación del tipo.⁶³

2. Tipos de injusto de omisión y resultado

Se trata de supuestos en los que la ley no pena la mera omisión, sino que condiciona su punibilidad a que la misma guarde una determinada relación con el resultado.

En estos casos, el tipo de injusto requiere entre sus elementos constitutivos la producción de un resultado determinado (en algunos casos, incluso, una causalidad real entendida como una relación entre el foco de peligro sobre el que el omitente debía intervenir y el resultado, según explica Gimbernat Ordeig)⁶⁴ que no pertenece a la omisión en su esfera ontológica, pero que es necesario imputar al agente para dar como realizado, a través de su conducta omisiva, el tipo de lo injusto correspondiente en grado de comisión.⁶⁵

Dentro de estos tipos de injusto es aún necesario hacer un distinguo entre:

2.a. Tipos de injusto de omisión y resultado sin alternativa de comisión activa

Se trata casos en los que la omisión ostenta el monopolio de la realización del tipo, es decir, se trata de tipos penales que requieren la producción de un resultado y únicamente pueden ser realizados a través de omisiones. Se caracterizan por estar descriptos de un modo directo en la ley.⁶⁶

En referencia a esta clase de tipos omisivos, Silva Sánchez las reconoce como una primera categoría de carácter marginal consistente en omisiones que, apare-

⁶³ Cfr. ob. cit. p. 418.

⁶⁴ Ver: Gimbernat Ordeig, Enríque. "Causalidad, omisión e imprudencia". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 3, 1994, pp 5-60.

⁶⁵ Cfr. ob. cit. p. 419.

⁶⁶ Cfr. ob. cit. pp. 420-421.

ciendo expresamente tipificadas en preceptos de descripción negativa y siéndoles imputado un resultado, carecen, sin embargo, de una paralela realización comisiva de la que puedan considerarse equivalentes.⁶⁷

2.b. Tipos de injusto de resultado con alternativa de comisión por acción o por omisión

Estos son los *verdaderos casos de comisión por omisión en sentido estricto*. En estos supuestos, la omisión comparte con una modalidad de conducta activa la posibilidad de realización (comisión) del tipo,⁶⁸ esto es, la omisión típica tiene correspondencia con una modalidad típica de comisión de activa, en tanto la ley reprime de igual modo la producción activa del resultado y su omisión.

Se trata siempre de omisiones a las que se le imputa un resultado porque la relación existente entre ambos términos (omisión y resultado) tiene *idéntico fundamento e igual disvalor* que los que corresponderían a la producción activa del resultado. De allí que sólo en estos casos podamos hablar de supuestos de comisión por omisión.⁶⁹

Todavía es menester formular otra distinción dentro de esta categoría de tipos de injusto:

2.b.i. Tipos de injusto de comisión por omisión explícita

Se trata de los casos en los que la modalidad omisiva de comisión se encuentra expresamente determinada en la ley.⁷⁰

En estos casos, el precepto legal describe la producción del resultado mediante una acción determinada, pero también lo hace mediante una omisión determinada explícitamente contenida en la fórmula lingüística del tipo. Ello determina que ese mismo y único marco establecido en el tipo resulte aplicable tanto a la acción como a la omisión.⁷¹

Estas omisiones, al encontrarse descriptas en la ley e igualadas legalmente al comportamiento activo no presentan una problemática especial desde el punto de vista del principio de legalidad ni con relación a las exigencias de determinación del tipo, pero aun cuando estén descriptas en el tipo penal, sólo serán típicas cuando, en el caso concreto, pueda afirmarse que nos encontramos frente a una omisión de

⁶⁷ Silva Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión*. BdF, 2a ed., 2006, p. 360.

⁶⁸ Cfr. ob. cit. p. 420.

⁶⁹ Cfr. ob. cit. p. 423.

⁷⁰ Ob. cit. cfr. p. 423. El autor aclara que ello no sucede cuando el legislador se limita a emplear la expresión genérica de “*por acción u omisión*” en el tipo penal.

⁷¹ Cfr. ob. cit. p. 423.

aquellas a las que les cabe imputar el resultado por idéntico fundamento que a la acción.⁷²

Ello en tanto, solo en esos casos, por ser igualmente desvaloradas, podrá justificarse su sometimiento al mismo marco penal del tipo activo sin violentar el principio de proporcionalidad.⁷³

Iguales exigencias a las enunciadas resultan aplicables a la próxima categoría de tipos omisivos.

2.b.ii. Tipos de injusto de comisión por omisión implícita

Son aquellos en los que la determinación de una modalidad omisiva a la cual atribuirle el resultado requiere de una interpretación del ámbito de lo *implícito* de la ley.⁷⁴ Se distingue entonces un ámbito explícito y otro implícito en el tipo penal, asumiéndose al segundo como un espacio que requiere un mayor esfuerzo interpretativo pero que forma parte del tipo tanto como aquello que se encuentra explicitado.⁷⁵

En la mayoría de los preceptos legales se describe la conducta típica a través de verbos cuyo tenor literal refiere, sin dudas, a una multiplicidad de comportamientos activos, pero con relación a los cuales no puede afirmarse, sin hesitación, que también incluyan un universo de omisiones junto a aquellas conductas activas. Sin perjuicio de ello, en la doctrina es unánime la aceptación de que estos tipos, salvo algunas excepciones, también pueden ser realizados a través de omisiones siempre que se cumplan determinados presupuestos.⁷⁶

Como se dijo, lo característico de esta clase de tipos de lo injusto viene dado porque es necesario recurrir al ámbito de lo implícito del tipo legal para determinar qué omisiones pueden ser típicas con relación al mismo, en tanto la ley no las describe expresamente. El criterio para ello no puede ser otro que aquel que permite establecer que en la omisión concurre el mismo e idéntico fundamento de punibilidad que la acción, en tanto las omisiones implícitas en el tipo están sujetas al mismo marco punitivo.⁷⁷

En caso contrario, como ya se ha señalado, se estaría contrariando el principio de proporcionalidad.

⁷² Cfr. ob. cit. p. 424.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Cfr. ob. cit. p. 423.

⁷⁵ Nos dice el autor que “la ley —como la Luna— tiene una cara visible y otra oculta, es decir, un ámbito de aplicación más o menos explícitamente determinado (acciones) y un ámbito de aplicación implícito (omisiones) y, por ello, más necesitado de interpretación que aquel, pero tan real —y formando parte del mismo cuerpo— como la cara oculta de la Luna”, ob. cit. p. 426.

⁷⁶ Cfr. ob. cit. p. 424.

⁷⁷ Cfr. ob. cit. p. 426.

En la medida de que este análisis es preciso realizarlo también en la categoría anteriormente descripta, se advierte que la diferencia entre ambos tipos de omisiones es, pues, meramente formal.⁷⁸

Nótese, llegados a este punto, que Gracia Martín formuló una clasificación abarcadora de la totalidad de los tipos de injusto omisivos prescindiendo por completo de la posición de garante, elemento central de doctrina dominante en torno la figura de los delitos de comisión por omisión y que, en su teoría, queda circunscripta a la función correspondiente a su esencia dogmática: un elemento objetivo del tipo sobre la autoría.

⁷⁸ *Ibidem.*