

# Derecho Penal

PARTE GENERAL

ENRIQUE CURY URZÚA



CAPÍTULO XIII  
**TEORÍA DEL  
DELITO OMISIVO**

§ 45. EL DELITO OMISIVO Y SU PROBLEMÁTICA

La teoría de los delitos de omisión está sometida, desde hace largo tiempo, a un debate cuyos resultados han contribuido sólo en parte a la solución de su problemática. Nos encontramos aquí frente a uno de los sectores más oscuros de la estructura delictiva. Por lo mismo, la exposición siguiente se limita a presentar escuetamente las grandes cuestiones sobre las que versa el debate. Hacer más excedería los límites del propósito perseguido por la obra.

I. EL CONCEPTO DE OMISIÓN

La naturaleza misma del concepto de omisión ha sido objeto de opiniones encontradas. Aquí se destacan las más significativas.<sup>1</sup>

a) El concepto normativo

Para una concepción que ha llegado a ser en cierto modo dominante,<sup>2</sup> la índole de la omisión no puede ser comprendida sino arrancando de presupuestos normativos. La omisión es un *concepto de valor* y no admite ser explicada conforme a un criterio ontológico.

Con sagacidad ha defendido este punto de vista GRISPIGNI.<sup>3</sup> Destaca, en efecto, que el *no hacer algo* no es, en sí mismo, omitir. Así, por ejemplo, de quien al despedirse luego de una agradable velada *no abofetea* al dueño de casa, no puede afirmarse que ha omitido hacerlo. Y esto porque la ejecución de tal conducta *no era esperada*. Conforme a las normas y usos vigentes, el visitante *no debía* acometer a su

<sup>1</sup> Una descripción esmerada de la polémica se encontrará en COUSIÑO, I, 104, págs. 490 y sigts. cuyo punto de vista, sin embargo, sólo se comparte parcialmente en el texto.

<sup>2</sup> Así, también, COUSIÑO, I, 104, C, pág. 499.

<sup>3</sup> GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, Milano, 1952, II, 17, págs. 30 y sigts.

huésped, y si no lo ha hecho, es imposible atribuirle una omisión.<sup>4</sup> En cambio, ocurriría lo contrario si ese individuo se abstuviera de agradecer la cortesía de que se lo ha hecho objeto y no estrechara la mano de su anfitrión. En este caso se hablará de una omisión porque la conducta que no se ejecutó era la que de él se esperaba, la que conforme a los usos y normas de cortesía debió realizar.

Así, omite quien no hace aquello que de él se esperaba, porque era su deber hacerlo. Y como desde el punto de vista jurídico sólo se está obligado a lo que el derecho manda, la omisión en este ámbito consiste en no hacer aquello que jurídicamente se debía hacer. El concepto es, pues, valorativo y su significado depende de las normas jurídicas vigentes. No puede omitirse sino aquello que el derecho ordena; por lo tanto, para afirmar la existencia de una omisión es menester decidir si, conforme a los preceptos legales en vigor, cabía esperar que el sujeto actuara.<sup>5</sup>

Este punto de vista, aparentemente incontestable, presenta dificultades sistemáticas. Impide, sobre todo, trazar un límite que separe a la omisión de la antijuridicidad de la omisión. Pues si sólo omite el que no hace lo que jurídicamente debería hacer, la afirmación de que alguien ha omitido involucra la de que se ha conducido de una manera contraria a lo exigido por el ordenamiento, esto es, antijurídicamente. GRISPIGNI procura salvar esta objeción afirmando que la valoración de la cual se deduce la existencia de una omisión es diversa de aquella en que se funda la ilicitud. Pero si un sujeto ha omitido a causa de que se encontraba en un estado de necesidad justificante, ¿podrá afirmarse que el derecho lo obliga a hacer algo de que, por otro lado, lo autorizaba para abstenerse?

Por otra parte, esta concepción normativa de la omisión contrasta con la idea de que la estructura del delito descansa sobre una base ontológica prejurídica, que funda la unidad de su concepto y se impone al legislador como materia de la regulación.<sup>6</sup> En efecto, si la omisión no es más que una pura violación de normas jurídicas, la configuración de hechos punibles omisivos no estará sometida a límite alguno y, además, entre la acción y la omisión no sólo existirá una relación de contradicción lógica,<sup>7</sup> sino también de naturaleza material.

#### b) El concepto natural mediante asimilación a la acción

Aun cuando se pretende construir un concepto natural de omisión, es preciso reconocer que entre ésta y el *no hacer* hay diferencias. La nada, la pura ausencia de movimiento jamás podría servir de base a la cual enlazar los juicios de antijuridicidad y culpabilidad. La omisión, por lo tanto, tiene que poseer alguna realidad si aspira a servir de fundamento sustantivo a la estructura del delito.

Un paso en este sentido es dado por HELMUTH MAYER,<sup>8</sup> quien recuerda que el hombre vive en un mundo cambiante, en perpetuo movimiento. La inmovilidad, el

<sup>4</sup> Tanto el ejemplo como el razonamiento se encontrarán también en GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, 1969, II, pág. 17, nota 28.

<sup>5</sup> En este mismo sentido, MEZGER, II, 16, II, págs. 293 y sigs. En la literatura nacional, el punto de vista expuesto es sostenido por ETCHEBERRY, I, pág. 199 y NOVOA, I, 181, pág. 277.

<sup>6</sup> *Supra*, 14, IV, a), y 22, IV, d).

<sup>7</sup> *Infra*, c).

<sup>8</sup> H. MAYER, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, citado por RODRIGUEZ MUÑOZ, en notas de derecho español a la traducción de MEZGER, I, 15, VI, págs. 251 y sigs., y, especialmente, págs. 265 y sigs.

no hacer, son nociones relativas. El individuo, situado en el núcleo de un complejo de causas y efectos del cual físicamente participa, no se halla por completo estático. Más bien puede afirmarse que actúa siempre y en cada momento, ya sea operando sobre la causalidad circundante para acomodarla a sus designios y orientarla según sus fines, ya sea abandonándola a su discurrir natural que, en determinadas circunstancias, se ajusta a sus propósitos y finalidades. De esta suerte, el sujeto realiza una *conducta* así cuando empuja la piedra para que, arrastrada por la gravedad, se precipite sobre su enemigo, como cuando observa una actitud pasiva, dejando que su antagonista permanezca en el lugar en que caerá el peñasco, próximo a derrumbarse por causas naturales. En ambos casos la voluntad se ha exteriorizado. Sólo que en el primero el individuo se valió de su actividad muscular para generar la serie de causas y efectos, en tanto que en el segundo empleó como instrumento el devenir en que se encuentra inserto y al cual tiene la facultad de ordenar en una forma distinta.

Omite quien admite que el suceder causal circundante se oriente, conforme a su dinámica natural, de acuerdo a sus fines.

Este punto de vista vislumbra la solución, pero incurre, a mi juicio, en dos imperfecciones. En primer lugar, se apresura al identificar el *actuar* con el *omitir*, afirmando que también en este último caso se verifica una exteriorización de la voluntad; pues esto es improbable en el caso del delito omisivo culposo y, sobre todo, en los por olvido; más aún, también en la hipótesis de un delito omisivo doloso es difícil, si no imposible, encontrar el punto de conexión entre el acto de voluntad y el fenómeno causal. Del otro lado, la concepción deriva hacia el autoritarismo. Si acción y omisión se identifican, pareciera que todo omitir ha de ser castigado. La doctrina no tolera una extensión semejante. MAYER, que impugna la exigencia consuetudinaria de una *posición de garante* para la tipicidad del delito omisivo,<sup>9</sup> demuestra con ello que su postura ideológica se identifica con un afán autoritario incompatible con las tendencias actuales del derecho penal.

### e) El concepto natural como oposición a la acción

Toda la polémica descrita se desarrolla en torno a una idea común: la de que la omisión no es sino una especie de la acción y, por lo tanto, posee una estructura similar y está sometida, en general, a los mismos principios. RADBRUCH se opuso a esa idea hace tiempo, destacando el antagonismo radical que separa a los dos conceptos: "A" y "no-A", Posición y Negación, no pueden ser reducidas a unidad ni comportarse como las especies de un género.<sup>10</sup> Pero la mayor parte de la doctrina, en todo el mundo —y especialmente entre nosotros—,<sup>11</sup> permanece aferrada a la concepción tradicional.

Sin embargo, ARMIN KAUFMANN<sup>12</sup> retoma la argumentación de RADBRUCH y, a partir de ella, desenvuelve toda una teoría del delito omisivo, avalada por

<sup>9</sup> Infra, II, especialmente c), bb).

<sup>10</sup> Supra, 13, II.

<sup>11</sup> También COUSIÑO, I, 104, págs. 495 y sigs., aspira ahora a la formulación del concepto superior de acción en sentido amplio.

<sup>12</sup> ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungdelikte*, Goettingen, 1959, passim.

WELZEL<sup>13</sup> que, si bien no ha logrado imponerse,<sup>14</sup> ha tenido considerable influencia en el desarrollo posterior al concepto de omisión.

Según este punto de vista, la omisión ha de considerarse una noción autónoma, lógicamente antagónica a la de acción. KAUFMANN, por esto, ha enunciado un "principio de inversión" —tomado explícitamente de la "inversión coperniquiana" practicada por KANT en su teoría del conocimiento—<sup>15</sup> que consiste, precisamente, en volver "del revés" el concepto de acción a fin de obtener resultados aplicables a la omisión. Se parte, así, del supuesto de que a dos términos contrarios convienen predicados opuestos.

*La omisión consiste en no hacer aquello que se tenía el poder final de ejecutar.* Aquí, de inmediato, se ve funcionar el principio de inversión. Lo característico de la acción era la conducción del suceder causal, empleando, para ello, el poder de orientarlo según y desde un fin; lo característico de la omisión es la no conducción de ese acontecer, pese a que se contaba con el poder de manejarlo, con su *dominio final*. La acción es finalidad que se exterioriza; la omisión, *finalidad ociosa*. De donde resulta que, así como no hay acción cuando falta la finalidad, no hay omisión cuando falta el poder para orientar finalmente una serie causal. Parafraseando a WELZEL,<sup>16</sup> puede afirmarse que "los habitantes de Santiago no pueden 'omitir' la salvación de una persona que se ahoga en el Biobío".<sup>17</sup>

Contar con el dominio final significa estar en situación de alcanzar el fin de la acción que no se ejecutó. Para esto "el sujeto tiene que conocer la situación en que produciría sus efectos; además, tiene que estar en condiciones de reconocer y de poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo ('capacidad de planeamiento'); por último, tiene que tener la posibilidad real física de emplear los medios elegidos y de ejecutar el acto planeado".<sup>18</sup>

A este respecto GALLAS<sup>19</sup> exige más, pues considera que el sujeto debe "haberse representado como fin voluntario realizable la acción ordenada, o bien habérsela podido representar, con el debido esfuerzo de sus facultades psíquicas". Con esto la finalidad "esperada" adquiere en su sistema una mayor significación para la estructura de la omisión y para la distinción entre omisión "dolosa" y "culposa".

Como lo que caracteriza subjetivamente a la omisión es la posibilidad de actuar, es innecesario que el sujeto exprese, además, una voluntad actual de no hacerlo. Por eso, en rigor no existe una omisión dolosa. Lo que integra la omisión es lo "inverso" del dolo, esto es, un *no-dolo (no-finalidad)*, el no exteriorizar una finalidad

<sup>13</sup> WELZEL, 26 y sigts., págs. 276 y sigts. La exposición subsiguiente reproduce, en gran parte, la de este autor y ARMIN KAUFMANN.

<sup>14</sup> Sobre las críticas a esta concepción, que él también desestima, COUSIÑO, I, 104, A, págs. 492 a 495.

<sup>15</sup> El similar, por supuesto, es formal. Aquí sólo se invierte el concepto del objeto conocido para obtener el del investigado, no la relación sujeto-objeto, como ocurre en la teoría del conocimiento de KANT.

<sup>16</sup> WELZEL, 26, I, pág. 277.

<sup>17</sup> Naturalmente, los habitantes de Santiago tampoco pueden herir con un estoque a ese mismo sujeto, como lo destaca, en sentido crítico COUSIÑO, I, 104, A, pág. 493. Pero que para la realización de una acción también se requiere el poder final de ejecutarla, ha estado siempre fuera de duda. Además, aquí lo que se enfatiza es que la omisión de la acción salvadora supone la capacidad de verificarla; no está en discusión la posibilidad de realizar la conducta infractora.

<sup>18</sup> WELZEL, 26, I, pág. 277.

<sup>19</sup> GALLAS, op. cit., IV, 4, pág. 56.

que se podía actuar. Da lo mismo que el sujeto sea o no consciente de que cuenta con el dominio final. Para que haya omisión basta con que lo tenga.

Aparece, así, un concepto de *omisión natural*<sup>20</sup> que se opone al de *acción natural* —al cual es correspondiente— en forma radical y que, por eso, no puede ser tratado conjuntamente con aquél. Hay que otorgarle un lugar separado en el sistema y desenvolver allí las consecuencias de su análisis.

Para determinar los casos de *ausencia de omisión* es necesario, a su vez, “invertir” los términos de la ausencia de acción.<sup>21</sup> Así, la omisión falta, en primer lugar, cuando el sujeto actúa, pero también cuando no lo hace porque *carece del poder para ello*. Y esto último ocurre si está ausente cualquiera de los elementos que componen el dominio final. No hay omisión si el sujeto ignora la situación en que la acción producirá sus efectos, como, por ejemplo, si el salvavidas no se percata de que una persona se está ahogando; no la hay, tampoco, si carece de poder para seleccionar los medios aptos para alcanzar el objetivo, como, por ejemplo, si la madre, ciega y abandonada a sus propias fuerzas, no consigue encontrar los recursos necesarios para alimentar a la criatura; no la hay, por fin, si no tiene la posibilidad física de emplear los medios elegidos, como, por ejemplo, si el sujeto no sabe nadar, y el bote de que podría echar mano para salvar al que se ahoga se halla a una distancia tan grande, que no podrá llegar hasta él oportunamente.

## II. EL TIPO DE LA OMISIÓN

### a) Las formas del tipo omisivo

No cabe duda de que, para el hombre común, el delito de acción es más familiar que el de omisión. Tan pronto nos detenemos a imaginar un delito, los ejemplos que nos asaltan son siempre, en primer término, reproducciones de una acción. Esto explica que el legislador tipifique sólo unas pocas omisiones y, respecto a otras que pudieran producirse, abandone la posibilidad de su sanción a la de subsumir la conducta del sujeto en una figura de acción. Así, los modos de tipificar omisiones pueden agruparse de la siguiente manera:

aa) *Delitos de omisión simple u omisión propia*, en los que la conducta se traduce en la infracción de una *norma imperativa (mandato)*. Todos ellos están descritos por la ley. Tipos de esta clase se encuentran en los arts. 134, 149 N° 2°, 4°, 5° y 6°, 156 inc. segundo, 224 N°s 3°, 4° y 5°, 225, N° 3°, 4° y 5°, 226, 229, 237, 238, 240 inc. segundo, 252, 253, 256, 257, 281, 282, 337 inc. segundo, 355, 448, 494 N°s 9°, 11, 12, 13 y 14, 495 N° 19 y 496 N°s 2° 4°, 5° segunda parte, primera hipótesis y 22. La enumeración —en la que se ha procurado prescindirse de casos dudosos— es lo bastante significativa como para reclamar una mayor atención que la que la doctrina nacional suele destinar a este género de tipos.

<sup>20</sup> Pero en un sentido distinto que en supra, b), porque allí se trataba de identificar acción y omisión pretendiendo que ésta no era sino una especie de aquélla.

<sup>21</sup> Supra, 15, I.

bb) *Delitos de comisión por omisión u omisión impropia*, en los que la conducta que infringe una *norma imperativa (mandato)* ocasiona, como consecuencia, el quebrantamiento de una *prohibitiva (prohibición)*. En relación con esta categoría existe una manifiesta anarquía legislativa. Los tipos se elaboran de distintas maneras o simplemente quedan implícitos en el de comisión. Un cuadro aproximado, para tratar de ordenar los resultados de esta técnica confusa, puede construirse así:

1) Casos en los que se ha establecido un tipo expreso y separado para el delito de comisión por omisión. De éstos, en la ley, casi no se encuentra uno.

Para ser exactos, sin embargo, es preciso reconocer que una gran parte de los delitos de omisión tipificados por la ley son, en rigor, hipótesis de comisión por omisión. En efecto, se trata de situaciones en las que, al violar el mandato de actuar, se infringe la prohibición de poner en peligro la incolumidad del bien jurídicamente protegido.<sup>22</sup> Si aquí he mantenido el criterio tradicional para la clasificación de los delitos omisivos, es por razones de claridad en la exposición pedagógica. Pero, en un estudio más detenido, convendría reexaminarla.

2) Casos en los que, junto al delito de comisión, se describe expresamente el de omisión impropia, como ocurre en los arts. 233, 243 y 244 del C.P.

3) Casos en los que el delito omisivo permanece implícito en el tipo comisivo, abandonando, por lo tanto, sus precisiones a la construcción judicial. Entre éstos, con todo, hay que distinguir dos situaciones:

3') Existen tipos de comisión en los cuales en alguna forma hay una manifestación expresa de que el legislador contempla la posibilidad de una infracción omisiva. Esto sucede cuando para describir la conducta se emplean verbos ambivalentes, que lo mismo pueden referirse a una acción que a una omisión, como "abandono", "consentir en", "faltar a", "convenir en", "infringir", etc. Así, por ejemplo, es claro que para el art. 330, inc. segundo del C.P., da lo mismo que el guardafrenos se aleje de su caseta durante el servicio, o permanezca en ella, inactivo --por ejemplo, durmiendo-. En ambos casos habrá *abandono* y el accidente será atribuido al sujeto.

3") En otros casos, en cambio, el tipo de comisión está construido sobre un verbo que, sin lugar a dudas, describe una conducta activa, como sucede, entre muchos otros, en los arts. 361 ("acceder"), 382 ("contraer matrimonio"), 390 ("matar"), 397 ("herir, golpear o maltratar de obra"), 432 ("apropiarse"), 474 ("incendiar"), etc.

La diferencia entre estos dos grupos es importante, porque en el primero las facultades creadoras del juez se encuentran restringidas, a causa de que, en todos esos casos, la ley ha descrito la situación en que consiste la *posición de garante* y fundamenta el deber de actuar,<sup>23</sup> cosa en extremo aconsejable. En el segundo, en cambio, falta este punto de apoyo, y el tipo omisivo, por esto, permanece muy abierto.

En relación con toda la problemática de los delitos de comisión por omisión, cobra también importancia la distinción de ROXIN<sup>24</sup> entre *delitos de acción* y *delitos de mera infracción de un deber*. Los primeros son aquellos en los cuales la ley describe la acción típica en la

<sup>22</sup> En el mismo sentido, WELZEL, 26, II, pág. 279.

<sup>23</sup> En este sentido, WELZEL, 28, antes de I, 1, pág. 228. Así, también GRISOLIA-POLITOFF-BUSTOS, 1, 8, C. pág. 72.

<sup>24</sup> ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit. págs. 43 y sigts.



forma más precisa posible; los segundos, tipos de los que se sirve el legislador "allí donde no le interesa la cualidad externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del papel social que desempeña".<sup>25</sup> En opinión de ROXIN, el problema de la equiparación entre acción y omisión no presenta dificultades en los delitos de mera infracción de un deber, pero es "apenas solucionable" en los que él denomina delitos de acción.<sup>26</sup>

### b) El tipo de los delitos de omisión propia (simple omisión)

La fundamentación de la tipicidad en los delitos de omisión propia no presenta dificultades, porque las distintas figuras están previstas expresamente.

Desde el punto de vista objetivo, la tipicidad de estos delitos requiere que concurren las particularidades de la situación descrita por la ley y que no se exteriorice una voluntad final determinada también por el tipo; esto es, que no se actúe.

Desde el punto de vista objetivo, es menester que el sujeto disponga del dominio final, cuyos componentes ya se han precisado.<sup>27</sup> Si el sujeto ignora que se dan los presupuestos de la situación fáctica en razón de la cual está obligado a actuar, pero podía, con mayor diligencia, imponerse de ella, su omisión será "culposa" y se lo castigará siempre que la ley haya previsto el tipo correspondiente; cuando faltó esa posibilidad o no existe tipo culposo, ha de quedar impune. En cambio, es irrelevante que no haya sido consciente de su "capacidad de planeamiento" o su posibilidad real física de emplearlos y alcanzar el objetivo (evitador), salvo en aquellos casos en los que la ley ha empleado expresiones limitativas, tales como "maliciosamente", "a sabiendas" u otras semejantes.

Tal como los tipos comisivos, el de los delitos de omisión está construido sobre un hecho, pero a la inversa de ellos, no sobre un hecho voluntario,<sup>28</sup> sino sobre uno causal, en el que no se hizo intervenir una voluntad que era hábil para modificarlo.

### c) El tipo de los delitos de omisión impropia (comisión por omisión)

A diferencia de la anterior, la fundamentación de la tipicidad de los delitos de omisión impropia está erizada de dificultades, especialmente en aquellos casos en los que el legislador, al construir la figura comisiva, no ha exteriorizado, ni siquiera en forma indirecta, su voluntad de incluirlos en la imagen rectora.<sup>29</sup>

aa) En primer lugar, cabe preguntarse, precisamente, si es posible construir la tipicidad de un delito sobre la base de una figura que de manera manifiesta sólo alude a la comisión. La cuestión está resuelta por el art. 492 del C.P. Allí se incrimina a título de cuasidelito a quien "ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a

<sup>25</sup> ROXIN, op. cit. en nota anterior, VII, pág. 43.

<sup>26</sup> ROXIN, op. cit., en nota anterior, VII, I, pág. 45, con detalle. Aunque el problema no presenta entre nosotros tantas dificultades "técnicas" como en Alemania, según se verá infra, c), aa), las cuestiones fundamentales que subyacen tras la exposición de ROXIN son válidas también para nuestro ordenamiento, como se desprende de lo que se dirá infra, c), bb).

<sup>27</sup> Supra, I, c).

<sup>28</sup> Supra, 16, III, a).

<sup>29</sup> Sobre los casos de exteriorización indirecta, supra, II, a), bb), 3.

mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas". Ahora bien, todos los que la ley denomina "crímenes o simples delitos contra las personas" están concebidos como delitos *comisivos*. La referencia del art. 492, por ende, presupone la legitimidad de construir sobre esa base los correspondientes tipos de *comisión por omisión*.<sup>30</sup> Y, sin embargo, esto no se dijo en forma expresa al trazar las descripciones de tales delitos; es de suponer, en consecuencia, que la situación es semejante aun para el caso de otros tipos de comisión que, no atentando contra las personas, no son alcanzados por la disposición del art. 492.

bb) Aun resuelta la cuestión dogmática, la *inversión* de los delitos comisivos tiene que limitarse a determinadas *situaciones*. Si fuera de otro modo y todos hubiéramos de vigilar permanentemente la realidad para interferirla tan pronto se precipita por un curso indeseable, la vida de relación sería imposible. Viviríamos al acecho de lo que ocurre a nuestro alrededor y tendríamos que interrumpir constantemente nuestra actividad cotidiana a objeto de evitar todo género de catástrofes naturales. Al mismo tiempo, la garantía ofrecida por el tipo se convertiría en una ilusión. Cualquiera podría ser acusado de "no haber hecho algo" para evitar un cierto resultado. Al padre del homicida se le castigaría por no haber impreso a la educación de su hijo la dirección adecuada a fin de inculcarle el respeto por la vida humana; al transeúnte, por no haber puesto más atención a lo que sucedía en torno suyo y no haber, en consecuencia, avisado oportunamente al que iba a ser víctima de un accidente; al arquitecto, por no haber ingeniado mejores resguardos a fin de impedir el acceso ulterior de los ladrones. Así, la extensión de los tipos carecería de límites y la comisión por omisión se transformaría en un instrumento peligroso en manos de cualquier poder irresponsable.

Por esta y otras razones<sup>31</sup> sería deseable que los tipos de comisión por omisión fuesen consagrados de manera expresa en la ley, describiendo las situaciones a las que se vincula una obligación de actuar. Como por ahora no es así, la doctrina ha tenido que construir esas limitaciones mediante una interpretación sistemática. Se advirtió, en efecto, que en la mayor parte de los tipos de omisión propia la situación se caracteriza porque la exigencia de actuar está dirigida a quien se encuentra con el bien jurídico en una relación fáctica de tutela, esto es, en lo que se ha designado como *posición de garante*. Así, se concluyó que en la creación judicial de los de omisión impropia había que requerir una situación análoga. *Sólo incurre en comisión por omisión quien, encontrándose en una posición fáctica de garante respecto al bien jurídicamente protegido, no actúa, a pesar de contar con el dominio final del hecho, para evitar una lesión o puesta en peligro de dicho bien.*

Para entenderse correctamente sobre el significado de lo expuesto, ha de evitarse la confusión entre la *posición de garante* y el *deber de actuar*. Este surge de aquélla, pero la posición de garante es una situación fáctica, un hecho que integra el tipo, al paso que el deber de actuar es un elemento de la antijuridicidad de los delitos de omisión. Por esto, el error sobre la existencia -fáctica- de la situación de garante es error de tipo; en cambio, el

<sup>30</sup> BUSTOS, FLISFISCH y POLITOFF, *Omisión de socorro y homicidio por omisión*, en R.C.P., tomo XXV, N° 3, 1966, III, pág. 171.

<sup>31</sup> *Infra*, III, a). En el mismo sentido, GALLAS, *op. cit.*, III, b), pág. 37, especialmente nota 56 a.

que recae sobre la concurrencia del deber de actuar constituye error de prohibición.<sup>32</sup> Puede ocurrir, además, que alguien, no obstante ocupar una posición de garante, no esté obligado a actuar, en virtud de que concurre una causal de justificación. Se trata, pues, de dos conceptos diferentes.

El problema, ahora, consiste en precisar aquellas situaciones de hecho que confieren al agente el carácter de garante del bien jurídico. No es fácil. Hay que evitar, en lo posible, dejarse llevar por el entusiasmo y aceptar poner el rótulo a una serie de casos en los que un sentimiento de solidaridad cordial, consideraciones éticas o inclinaciones emocionales, nos inducen a reclamar que actúe quien se encuentra en ellas. Es posible que la exigencia sea justa, pero lo que aquí nos interesa determinar es si cuenta con un fundamento lo bastante preciso y fácil de reconocer como para castigar penalmente a quien la infringe. Es muy triste —y revelador de una gran indigencia ética— que ninguno de mis amigos me socorra cuando estoy en peligro, pero de aquí no se deduce, sin más, que esa omisión sea sancionable con una pena penal.

La doctrina suele mencionar las siguientes situaciones en las que debería reconocerse una posición de garante, varias de las cuales, sin embargo, están sometidas a reparo y discusión:

1) *Aquellos casos respecto de los cuales la ley, si bien para efectos distintos de los penales, ha consagrado un deber de actuar, siempre que éste no aparezca expresamente desestimado por el ordenamiento punitivo.* Así, incurre en homicidio por omisión el que deja perecer de hambre a su hijo pequeño, pues para él existe una obligación de alimentarlo, consagrada en el ordenamiento civil. Pero entiéndase bien que aquí el fundamento del tipo omisivo no es el deber jurídico de alimentos, sino el *hecho de la paternidad*, al cual, si la ley civil vinculó la obligación de alimentar al hijo, cabe presumir que la ley penal considera una situación con relieve suficiente para dar origen a una posición de garante de la que surgirá la obligación de actuar a fin de evitar la muerte por inanición de la criatura. Por eso, WELZEL<sup>33</sup> sostiene —y está en lo cierto— que aquí importa la relación de hecho, no la jurídica, y que, mientras la obligación de alimentos rige por la sola existencia del vínculo parental, la de actuar requiere que el hecho de la paternidad sea conocido.

Del contexto de la ley podría deducirse que, en determinados casos, situaciones consideradas por la ley civil para consagrar un deber de actuar en cierta forma, son desestimadas por la ley penal para fundamentar la irrogación de una pena. La existencia de estas hipótesis no ha sido investigada con profundidad. Pesquisarlas compete a la Parte Especial.

2) *Casos en los que la existencia de un contrato ha creado una situación fáctica de garante para una de las partes.* De este modo, comete homicidio por omisión el salvavidas contratado para que vele por la integridad de los bañistas en la playa, si omite auxiliar a uno de ellos y, a causa de eso, éste perece ahogado. Lo mismo que en el

<sup>32</sup> Otra opinión en POLITOFF, 9, 3, C, b), pág. 461, nota 167, cuyo criterio simplificador no puede, sin embargo, compartirse, porque confunde las cuestiones de hecho con las valoraciones, a causa de lo cual sus resultados son también defectuosos.

<sup>33</sup> WELZEL, 28, I, 4, a), pág. 293.

caso anterior, importa aquí la situación de hecho, no la vigencia de la obligación jurídica. El bañero está en posición de garante, aunque su contrato sea nulo, si de hecho asumió la custodia de la playa; a la inversa, no ocupa tal situación, no obstante ser válido el contrato, si no se hizo cargo del puesto efectivamente. Si no se entiende así, se corre peligro de confundir el homicidio por omisión con el mero incumplimiento de una obligación civil. A causa de esto, la posición de garante puede generarse en caso de *agencia oficiosa* o cualquier otro que suponga crear, de hecho, una relación semejante a la que podría surgir de un contrato. El que se ofreció, *motu proprio*, para auxiliar a un ciego que cruza la calle, se encuentra en una de estas situaciones.

Ha de tenerse en cuenta que en estos casos la posición de garante sólo existe dentro de los límites de la situación de hecho creada por la convención. El bañero contratado para prestar sus servicios en un balneario no puede ser incriminado si omite brindar auxilio en una playa distinta de aquella cuya custodia se le confió.

3) Mientras los casos anteriores no suscitan duda, se presta a discusión aquel en el cual *el sujeto creó, con su conducta anterior, una situación de peligro para el bien jurídicamente tutelado*.

WELZEL<sup>34</sup> es cauteloso en relación a este punto, aun en Alemania, donde la posición dominante casi no lo discute. GRISOLIA-POLITOFF-BUSTOS,<sup>35</sup> entre nosotros, lo rechazan, porque "parece claro que el sistema chileno no ha tenido en cuenta, siquiera implícitamente, un deber jurídico derivado del hacer precedente", aparte de que, si la ley otorga una atenuante al que procura con celo "impedir las ulteriores perniciosas consecuencias" de un delito, resulta difícil conciliar el propósito legislativo de "premiar" al que intenta eliminar los efectos de un hacer precedente, con un "deber jurídico de impedir tales ulteriores consecuencias".

El último argumento no me parece convincente. En efecto, no hay contradicción alguna entre dos decisiones como las que se quiere oponer. La ley, interesada en la preservación de los bienes jurídicos, "paga el precio" de una atenuación de la pena a fin de conseguir que el delincuente procure evitar otras consecuencias dañosas, pero de esto no se sigue, lógicamente, que si así no ocurre, lo exonere de responsabilidad penal por ellas. Antes bien, por lo mismo que otorga a la evitación importancia suficiente como para conceder un "premio" por ella, cabe suponer que su no evitación lo afecta lo bastante como para empujarlo a irrogar una pena. La situación es muy semejante a la del desistimiento en la tentativa.<sup>36</sup> Allí también se excluye la punibilidad del que se detiene antes de consumar, precisamente porque interesa evitar la lesión del bien jurídico, pero ese mismo interés conduce a castigar si se consuma. Nadie ha visto una contradicción entre ambas situaciones. Tampoco en la del desistimiento del delito frustrado, que se aproxima aún más a la situación que nos ocupa.

En cuanto a la ausencia de apoyos dogmáticos, también me parece dudosa. Lo que aquí interesa averiguar es si la ley consagra situaciones en que expresamente se reconozca que el "hacer precedente" creador de peligro establece una relación fáctica de garante. Dogmáticamente esto es, a lo sumo, cuanto se encontrará, tanto para este grupo de casos como para los dos anteriores. Ahora bien, los mismos autores reconocen que en la ley se consagran hipótesis de esta índole. Citan, por ejemplo, el caso de quien sustrajo a un menor y, a causa de esto, asume, según expresa disposición legal, posición de garante en relación

<sup>34</sup> WELZEL, 28, I, 4, 8, págs. 297 y sigts. Sobre la amplia aceptación de la influencia como fundamento de la posición de garante en el derecho comparado, véase JAKOBS, 29, III, B, 1, 29 y sigts., págs. 972 y sigts.; JESCHECK, 59, IV, 4, págs. 568 y 569; MAURACH-ZIPFF, II, 46, II, 5, 95 a 97, págs. 260 y 261, consignando las posiciones contrarias en 96, pág. 261; con reservas MIR, 12, 55 y sigts., págs. 317 y sigts.

<sup>35</sup> GRISOLIA-POLITOFF-BUSTOS, 1º, 9, pág. 76.

<sup>36</sup> Supra, 35, V.

con los eventuales atentados sexuales de que éste pudiere ser objeto.<sup>37</sup> Pero si esto es así ¿cómo puede afirmarse que en la ley no se divisa una inclinación a considerar que está en posición de garante quien, con su conducta anterior, ha creado un estado peligroso para el bien tutelado? Un razonamiento semejante al que sugiere el art. 142 puede intentarse en relación con el 141, inc. segundo.

A mi juicio, la conducta anterior creadora de un peligro no funda sino una posición de garante *dentro de límites restringidos*. Debe tratarse, en primer lugar, de una acción ilícita (pero no necesariamente típica) y, además, dar origen a una elevada probabilidad de daño. De otro lado, sólo pueden tenerse en cuenta conductas voluntarias. La negligencia no es suficiente. Al fin, tiene que resolverse caso por caso. Estas reglas generales son sólo *limitativas*.

4) A las hipótesis precedentes suelen agregarse los casos en que la posición de garante surge por la *solidaridad que se origina en una comunidad de vida especial*. Algunos autores, en efecto, estiman que determinadas situaciones creadas por la asociación a ciertas comunidades, fundan un estado de solidaridad en virtud del cual cada uno de los componentes del grupo está obligado a actuar para impedir la lesión de bienes jurídicos de sus compañeros. De este modo, incurriría en un homicidio por omisión el pasajero de la nave que se abstiene de auxiliar al que cayó por la borda al mar. Entre los autores europeos este grupo de casos alcanzó gran desarrollo con motivo de la guerra y, especialmente, en relación con delitos cometidos en los grupos armados. La cuestión es dudosa. Uno se siente inclinado, ciertamente, a condenar desde el punto de vista ético la conducta del omitente. En mi concepto, sobre tales consideraciones ha de primar, sin embargo, la necesidad de sostener rigurosamente los límites del tipo. Es claro que en una sociedad como la nuestra la existencia de obligaciones impuestas por la solidaridad adquiere cada vez más relieves. Posiblemente, algunas de estas situaciones debieran ser aceptadas por tipos expresos de comisión por omisión. Mientras así no ocurre, la reacción penal ha de mezquinarse. Prodigarla con el objeto de crear una sensibilidad social, además de infructuoso, puede prestarse a todo género de abusos.

5) A los mismos reparos destacados en el párrafo precedente se encuentran sometidos los casos en que la posición de garante se origina en la *solidaridad creada por una comunidad de peligro*. Por lo tanto, también hay que desestimarlos.

cc) Hay que practicar, todavía, una última limitación: *la que se deduce de la estructura y sentido de cada tipo comisivo en especial*.

La opinión dominante es que la mayor parte de los delitos de comisión pueden ser ejecutados mediante omisión. Sólo se excluyen las figuras que reclaman expresamente una actividad corporal o presuponen una manifestación positiva de voluntad. A este último grupo pertenece, por ejemplo, la bigamia, del art. 382 del C.P., pues contraer matrimonio sin hacer una declaración expresa de consentimiento es imposible; al primero, la figura especial de subversión contemplada en el art. 123 del C.P.

<sup>37</sup> GRISOLIA-POLITOFF-BUSTOS, 1º, 9, pág. 76, nota 59.

Una admisión tan amplia de la comisión por omisión debe ser reexaminada. El análisis de los tipos demuestra que en muchos casos, su estructura o su finalidad excluye las formas de omisión impropia. Tal ocurre, por ejemplo, con el delito de injurias, previsto y sancionado por el art. 416 del C.P. y en varios otros. BUSTOS, FLISFISCH y POLITOFF han introducido serias dudas sobre la posibilidad de construir un parricidio por omisión;<sup>38</sup> en este caso se daría una colisión entre los fundamentos de la punibilidad agravada y los de la situación de garante. De aceptarse este punto de vista —que me parece correcto—,<sup>39</sup> convendrá investigar otros casos en que pueden presentarse problemas semejantes.

dd) *El problema de la causalidad es ajeno a los tipos de omisión.* La negación no puede engendrar una posición; el no hacer algo, nada puede causar. Y, sin embargo, la equivocada tendencia a intentar una asimilación entre acción y omisión condujo a una viva polémica que, como lo destacó HELMUTH MAYER,<sup>40</sup> fue el resultado de una adhesión exagerada al dogma causal.

1) LUDEN propuso que en estos delitos se tuviera por causa del resultado la acción que el sujeto ejecutaba en lugar de aquella que hubiese impedido la consecuencia indeseable. La debilidad de esta fórmula es manifiesta. Bien puede ocurrir que el omitente se abstenga de ejecutar cosa alguna durante el tiempo en que la acción impositiva hubiera sido eficaz, abandonándose a una completa inmovilidad. Y, aunque así no sea, salta a la vista que entre la acción realizada en el momento de la omisión y el resultado no existe enlace causal; prueba de ello es que esa acción podría ser sustituida o incluso suprimida, sin que el efecto desapareciera o se alterara. A esto se refería BINDING, con sarcasmo, cuando afirmaba que, desde el punto de vista de LUDEN, si la madre que dejó morir de hambre a su hijo hacía calceta en el momento en que la criatura falleció, habría de concluirse que la causa de la muerte era el hacer calceta.

2) Sin embargo, no es más afortunada la solución propuesta por el mismo BINDING. Este quiere encontrar la causa del resultado en un movimiento físico de inhibición que el autor debería ejecutar, aunque sólo sea de manera inconsciente, en el momento en que adopta la decisión de no intervenir. A juicio de BINDING, esta reacción espontánea es inevitable. Hasta el más encallecido de los malvados experimenta el impulso de evitar un resultado lesivo para bienes jurídicos de elevada significación; reprimir esa tendencia exige un esfuerzo que se proyecta en una reacción física, en un movimiento de paralización, en una contracción muscular. Y en esta exteriorización de la voluntad de inhibición radica la causa del resultado.

Una construcción tan artificiosa podría, quizás, aceptarse en los delitos "dolosos" de omisión, pero no ofrece una respuesta satisfactoria para los "culposos", en los cuales, por no haberse dado cuenta de la situación que reclama su intervención, el

<sup>38</sup> BUSTOS, FLISFISCH y POLITOFF, *Omisión de socorro y homicidio por omisión*; cit., págs. 163 y sigts. Así, también, GRISOLIA-POLITOFF-BUSTOS, 2, 16, pág. 107, con nota disidente de GRISOLIA.

<sup>39</sup> Todavía me mostraba dudoso en CURY, *Orientación*, 30, II, c), cc), pág. 303.

<sup>40</sup> H. MAYER, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, citado por RODRIGUEZ MUÑOZ en notas de derecho español a la traducción de MEZGER, I, 15, VI, págs. 253 y sigts., y, especialmente, págs. 265 y sigts.

autor de nada se habrá de inhibir. De otra parte, aun respecto a los primeros, sólo se adecua a hipótesis en las que el bien jurídico atacado es de una entidad tan considerable que induce a un respeto natural. Ocurriría así con la vida, la integridad corporal o la libertad de autodeterminación sexual de las personas. Pero la experiencia demuestra que bienes jurídicos de naturaleza diversa o de menor importancia están lejos de provocar en todo sujeto la reacción solidaria pretendida por BINDING. Por último, el hecho de que la exteriorización de la inhibición pueda asumir formas diversas, sin influir para nada en la índole del resultado, evidencia que entre aquélla y éste no existe relación causal alguna.

3) Entre las opiniones elaboradas originalmente sobre la base de una concepción normativa de la omisión, destaca la de MEZGER.

Para MEZGER,<sup>41</sup> la causalidad en el delito omisivo ha de vincularse no a la inactividad del sujeto sino a la *acción que se esperaba de él* y que no ejecutó. La afirmación de la relación causal en estos hechos punibles se apoya en la comprobación de que, si se hubiera ejecutado la *acción esperada*, el resultado típico no se habría producido. Al procedimiento de "supresión mental hipotética" empleado por la teoría de la equivalencia en los delitos comisivos<sup>42</sup> se sustituye una *adición mental hipotética*. Salvo esta modificación, los resultados prácticos son los mismos en ambos casos. También entran en juego los correctivos propuestos por la *teoría de la relevancia* desarrollada por MEZGER.

Este punto de vista no pretende afirmar en verdad la existencia de un nexo causal entre omisión y resultado. MEZGER presupone, más bien, que tal relación es actualmente imposible. Lo que desea demostrar es que la ejecución de la acción esperada habría sido causal para la evitación del resultado, lo cual, en el fondo, "es una prolongación de la teoría sobre la posibilidad real de actuar, referida ahora a la posibilidad real de evitar el resultado",<sup>43</sup> pero no una respuesta al problema de la causalidad de la omisión.

4) La cuestión pierde significación cuando el tipo de la omisión impropia se contempla a la luz de la concepción sintetizada aquí. El delito de comisión por omisión se estructura, así, sin referencias a una causalidad que es realmente imposible. En los tipos de esta clase, la atribución del resultado al sujeto deriva de su posición de garante. El autor nada ha causado: lo que se le imputa es no haber evitado la lesión de un bien jurídico cuya salvaguardia le competía por la situación que ocupaba frente él.<sup>44</sup>

Es necesario reconocer que la vinculación causal es más precisa que la determinación de los casos en que el sujeto ocupa una posición de garante.<sup>45</sup> Esta es otra de las razones que aconsejan una descripción legislativa de las situaciones fácticas en que esa posición se origina.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> MEZGER, I, 16, II, págs. 293 y sigs., y *Libro de estudio*, I, 28, II, págs. 121 y sigs. En el mismo sentido, ETCHEBERRY, I, págs. 202 y 203, críticamente; NOVOA, I, 194, pág. 307.

<sup>42</sup> *Supra*, 17, III, a).

<sup>43</sup> BUSTOS-FLISFISCH y POLITOFF, *Omisión de socorro y homicidio por omisión*, cit., IV, pág. 173.

<sup>44</sup> En COUSINO, I, 93, C, págs. 390 y sigs., pareciera acogerse en principio este punto de vista, al cual, sin embargo, se dirigen luego reparos de fondo.

<sup>45</sup> Esta crítica se encuentra acentuada especialmente por ETCHEBERRY, I, pág. 203.

<sup>46</sup> En relación con este punto, con algún detalle, CURY, *Reflexiones sobre la analogía en el Derecho Penal del presente*, en *Ciencia Penal*, N° 4, Sao Paulo, 1975, II, a), págs. 26 y sigs.

### III. LA ANTIJURIDICIDAD DE LA OMISIÓN

#### a) Generalidades

La antijuridicidad del delito omisivo se caracteriza, a la inversa de la del de acción, por la relación de contraste entre la inactividad y el mandato de la norma deducido del contexto del ordenamiento jurídico.<sup>47</sup>

Hasta ahora se acepta casi unánimemente que no existe diferencia entre el contenido del injusto de los delitos comisivos y de omisión. Ambos se describen como equiparables por la mayor parte de la literatura. Pero para el hombre de la calle la cosa no es tan clara. Hay una sensación generalizada de que es más injusta la conducta del que actúa que la del que omite. Díjese que quien hace algo para violar la norma expresa una voluntad más enérgica de infringirla. Actuar supone trazar planes y vencer resistencias; para omitir basta, en la mayoría de los casos, con abandonarse a circunstancias azarosas. Además, en los delitos de acción hay una mayor certeza de que se produzca la lesión del bien jurídico como consecuencia de la efectiva conducción de los procesos causales por la actividad final del autor.

A causa de esta divergencia entre las opiniones de los especialistas y las instituciones de los legos, se produce una consecuencia curiosa en la actitud de la jurisprudencia. En aquellos países, como Alemania, en que la magistratura está muy atenta a los criterios de la doctrina y ha desarrollado, por su cuenta, todo un sistema teórico, prospera una inclinación a castigar el delito omisivo frecuentemente y, muchas veces, se exceden los límites de la prudencia. En aquellos otros, como Chile, en que los tribunales se apoyan bastante en el "buen sentido del hombre medio" y no han desarrollado todavía una línea consistente de criterios dogmáticos, se cae en el extremo opuesto y casi no se presta atención a los delitos de omisión.<sup>48</sup> Por cierto, ambos excesos son desaconsejables, pero es dudoso que se los pueda corregir con el estado actual de la legislación. En la nuestra, por ejemplo, los delitos de omisión propia suelen referirse a situaciones infrecuentes y de escasa gravedad, mientras los de omisión impropia son inaparentes, dada su estructura, y obligarían a irrogar sanciones semejantes a las consagradas para la comisión.

La opinión del hombre corriente es, a mi juicio, exacta. El injusto de los delitos de omisión no es tan intenso como el de los de acción. Si no existieran otras razones para reclamar la creación de tipos de omisión impropia, ésta sería decisiva. Por supuesto, nunca se alcanzará una solución perfecta; jamás conseguirá el legislador aprehender, en fórmulas cerradas, todas las situaciones que generan una posición de garante y fundamentan un deber de actuar. Pero, en todo caso, los resultados serán menos defectuosos si se actúa en este sentido al reformar la ley.<sup>49</sup>

#### b) Las causales de justificación de los delitos omisivos

En los delitos de omisión la tipicidad es también *indiciaria* de la antijuridicidad. Pero, lo mismo que en los de acción, el indicio puede ser descartado por la concurrencia de una *causal de justificación*. Por eso, la teoría de la antijuridicidad también se resuelve, en este caso, en teoría de las causales de justificación.

<sup>47</sup> GALLAS, op. cit., IV, 4, pág. 55, habla, a este respecto, de una violación del "deber hacer", la cual, en su conjunto, considera equivalente a la del "no hacer".

<sup>48</sup> En ETCHEBERRY, *D.P.J.*, ni siquiera se ha considerado indispensable destinar un capítulo separado a la jurisprudencia sobre delitos omisivos, y sólo en II, 122, pág. 131, se encontrará un párrafo que se ocupa de la "omisión por causa insuperable" como causal de inculpabilidad.

<sup>49</sup> Se pronuncia derechamente por la inconstitucionalidad de construir delitos de omisión impropia que no se encuentren expresamente tipificados en la ley, ZAFFARONI, 39, III, págs. 548 y sigts.

Es posible omitir en legítima defensa o en estado de necesidad. Aparte de eso, la ley ha consagrado una causal de exclusión del injusto en el art. 10, N° 12, primera parte del C.P., que, en la práctica, abarca todas las otras situaciones posibles de omisión justificada, y constituye un correlato de la que establece el N° 10 de ese mismo precepto para los delitos de acción.

#### IV. LA CULPABILIDAD DE LA OMISIÓN

La estructura de la culpabilidad es semejante en los delitos de acción y de omisión.<sup>50</sup> Lo mismo en éstos que en aquéllos, se requieren *imputabilidad, conciencia de la ilicitud y normalidad de las circunstancias*.

Respecto a la conciencia de la antijuridicidad ha de tenerse en cuenta que para los delitos omisivos es *conciencia del mandato*. Por esto, la teoría del *error de prohibición* se sustituye, para tales casos, por una teoría del *error de mandato (error sobre el deber de actuar)*. Las consecuencias son las mismas.

En el caso de la omisión, la ley ha contemplado una causal muy amplia de *inculpabilidad por ausencia de exigibilidad*, en el art. 10, N° 12, segunda parte. Sin embargo, un sector de la doctrina cree ver en la *omisión por causa insuperable* un correlato del art. 10 N° 9°, primera parte, y, consecuente con el punto de vista sustentado allí,<sup>51</sup> afirma que la segunda parte del N° 12 del art. 10 se refiere a un caso de ausencia de omisión.<sup>52</sup> Ese criterio, que en la actualidad es minoritario, carece de fundamento; si era criticable la afirmación de que por fuerza irresistible ha de entenderse la *fuerza física* irresistible, ésta lo es con mayor razón.

Desde luego, aquí no se ha empleado siquiera la voz "fuerza", a la que la interpretación literal atribuye, en el caso del art. 10, N° 9°, tanta importancia. Por el contrario, el legislador se ha referido a una "causa insuperable", y esta última expresión se identifica con la que califica al miedo del art. 10, N° 9°, segunda parte, al cual, sin excepción, se considera causal de inexigibilidad. Si se trata, pues, de sostener una simetría formal, ésta es más evidente entre la disposición del art. 10, N° 12, segunda parte, y una causal de inexigibilidad. Pero aquí, como cuando impugnábamos la opinión tradicional en materia de fuerza irresistible, lo fundamental no son los argumentos formales, sino los materiales que en esa oportunidad se desarrollaron.<sup>53</sup>

*Por causa insuperable, en consecuencia, ha de tenerse aquella que excluye, en el caso concreto, la exigencia general de obrar conforme a la voluntad del derecho.* Para la ponderación de la causa y de sus efectos, rigen los criterios que se analizaron al tratar el tema en los delitos de acción.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Supra, 26.

<sup>51</sup> Supra, 29, III, a, aa).

<sup>52</sup> LABATUT, I, 141, pág. 156, y NOVOA, I, 183, pág. 284, admiten sin embargo, pese a su interpretación del art. 10, N° 9°, primera parte, que el 10, N° 12, segunda parte, se refiere a una situación de inculpabilidad. Otra opinión en GARRIDO, II, 56, págs. 192 y sigts.

<sup>53</sup> Supra, 29, III, a), aa).

<sup>54</sup> Supra, 29, II, b).

## V. LOS OTROS PROBLEMAS RELATIVOS AL DELITO OMISIVO

### a) El "iter criminis"

Es muy discutida la cuestión de si puede concebirse una tentativa de omisión.<sup>55</sup>

Una vez más, aquí debe operarse con el principio de la *inversión*. En el delito de acción hay tentativa cuando el sujeto inicia la ejecución del acto prohibido por el ordenamiento, pero no llega a concluirlo porque circunstancias ajenas a su voluntad se lo impiden. En el de omisión, la tentativa se configura cuando el autor se encuentra en posición de garante y se abstiene de acatar el mandato de obrar, pero de suerte que, si hubiera actuado, el resultado se habría producido de todas maneras, pues causas independientes de su voluntad le hubiesen impedido evitarlo. Lo que llamamos tentativa de omisión es, en realidad, "la omisión de una tentativa inidónea de impedir un resultado típico, o sea, una tentativa que, de haber sido emprendida, habría fallado necesariamente", ya porque "la producción del resultado no era inminente o habría sido impedido por parte de un tercero, o el que no actuó no estaba en situación de impedir el resultado que amenazaba realmente".<sup>56</sup> En el fondo, sin embargo, tentativa de acción y de omisión son equivalentes; se trata de la misma situación contemplada por sus dos caras. En la primera, *la norma prohibitiva no pudo ser violada* porque algo se interpuso en el curso causal desencadenado por el agente; en la segunda, *la norma imperativa no pudo ser violada* porque el autor, aunque hubiese obrado, no habría podido modificar un curso causal cuya dirección no dependía de él. Pero en ambos casos existió el propósito de quebrantar, ora la prohibición, ora el mandato. El primero de esos propósitos se exteriorizó con el principio de ejecución de la acción; el segundo, con la abstención de actuar, no obstante la posición de garante que ocupaba el agente.

De este modo, incurre en tentativa de homicidio por omisión el bañero que no acude en auxilio del que se encuentra a punto de perecer ahogado, si su intervención hubiera sido infructuosa; la madre que no alimentó a su criatura, si un tercero lo hizo antes de que pereciera; el médico que omite intervenir al paciente, si, a pesar del diagnóstico, luego resulta que la operación era innecesaria para la supervivencia del enfermo.

El garante sólo comete tentativa de omisión si permanece inactivo hasta el último momento en que su intervención hubiera sido eficaz. De manera que éste es siempre, mejor que una tentativa, un *delito de omisión frustrado*. Situarla antes supondría castigar intenciones improbables.

En la práctica, claro está, es muy difícil establecer cuál es el "último momento" de que se habla en el párrafo precedente. Si la madre abandona a la criatura en un cuarto, al que sólo regresa una semana después, encontrándose con que el padre vino por ella poco después de su partida, para llevársela y hacerse cargo de su cuidado, la cosa parece sencilla de solucionar. Pero en la realidad las situaciones suelen ser más complicadas. A causa de esto, y de la

<sup>55</sup> Con detalle, sobre todo este asunto, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 94 y sigts, págs. 189 y sigts.

<sup>56</sup> WELZEL, 28, IV, págs. 304 y 305.

cautela con que la jurisprudencia enjuicia los delitos de omisión, la tentativa nunca es castigada por nuestros tribunales. Lo cual me parece digno de aprobación desde el punto de vista político-criminal<sup>57</sup> y dogmáticamente fundado.<sup>58</sup>

Aunque, con arreglo a lo expuesto, la omisión tentada (frustrada) es concebible, su punibilidad está excluida, a mi juicio, a causa de que el art. 7º, inc. tercero del C.P., exige un *principio de ejecución* que en los delitos omisivos, atendida su naturaleza, no puede darse. Por otra parte, el delito frustrado exige, como la tentativa, que el sujeto haya comenzado a ejecutar, puesto que lo que no se ha iniciado no puede concluirse. "Ahora bien, si es así, entonces debe admitirse que la omisión frustrada tampoco es alcanzada por el sistema de sanciones consagrado en el ordenamiento jurídico vigente."<sup>59</sup>

#### b) Concurso de delincuentes y de delitos

aa) La coautoría y la participación en la omisión son inimaginables. Si dos personas que se encuentran en posición de garantes respecto a un bien jurídico, omiten intervenir para evitar su lesión, cometen delitos independientes. El que instiga a una omisión es autor mediato; el que impide actuar al garante es autor material de un delito de acción. La complicidad, en este género de delitos, no tiene sentido, porque no se puede cooperar a la inactividad. Todo esto se debe, fundamentalmente, a que, como en la omisión no existe una finalidad actual, tampoco puede darse una "voluntad de obrar en conjunto".

En cambio el encubrimiento es posible, precisamente porque no se trata de participación auténtica.

bb) No hay mucho que agregar en materia de concurso de delitos. Recuérdese, solamente, que cuando la abrazadera típica congrega una acción y una omisión, da origen a un delito permanente.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Sobre ello, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 96, págs. 192 y sigts., con detalle.

<sup>58</sup> Idem.

<sup>59</sup> CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 96, pág. 194.

<sup>60</sup> *Supra*, 42, II, b).