

circunstancias. Así, quien se defiende de un peligro inminente para su vida puede, en razón a su estado de espíritu, utilizar un medio desproporcionado para descartar el peligro. Teniendo en cuenta que esto es la causa de que no se puedan admitir, por ejemplo, las circunstancias de justificación correspondientes se considera que el agente ha actuado sin culpabilidad o con una culpabilidad atenuada. De manera incompleta, se ha establecido, en el art. 26, inc. 13, que en caso de inculpabilidad incompleta se atenuará la represión. Como en esta norma sólo se hace referencia al art. 25, se debería aplicar también a los casos del art. 24 invocando el inc. 14 del mismo art. 26 que prevé las "atenuantes por analogía".

Capítulo 3

Delitos de omisión propia dolosos

§ 1. Generalidades

- 1024 De la lectura de las disposiciones de la Parte Especial del Código Penal, se constata fácilmente que la mayor parte de los tipos legales describen acciones consistentes en hacer algo (comisión). Sólo de manera excepcional, se encuentran tipos legales que describen abstenciones. Su fundamento son normas que ordenan hacer algo. El delincuente debe omitir la realización de la acción prescrita (omisión). De esta manera, deja de hacer algo. Ejemplo típico es la omisión de auxilio prevista en el art. 156.
- 1025 Esta técnica legislativa hace superfluo que se defina la omisión en un artículo del Código Penal. Sin embargo, el legislador se ha referido a esta forma de acción en diversas disposiciones del Código. Generalmente, lo hace mediante la expresión "acciones u omisiones". De manera más concreta, expresa lo que entiende por delito de omisión cuando regula, por ejemplo, el "tiempo de comisión del delito". Al respecto dice, en el art. 19, "El delito se considera realizado ... En

los delitos de omisión en el momento en que debió realizarse la acción omitida". Así, se concibe el delito de omisión de acuerdo con los criterios de la denominada teoría de la "acción esperada". En el caso del art. 156, esta acción esperada (por tanto, exigida por el ordenamiento jurídico) es la de prestar el auxilio necesario a un niño menor de diez años, a una persona herida, inválida que estuviese perdida o desamparada, o a una persona amenazada de un peligro inminente

- 1026 Frecuentemente, el hecho de omitir una "acción esperada" o exigida por el orden jurídico está relacionado con una situación socialmente dañina. Sin embargo, la punición del delito de omisión no depende, salvo si se trata de un delito de peligro concreto, de la producción de un resultado. Basta la no realización de la acción normativamente ordenada.

§ 2. Comisión y omisión

- 1027 Con cierta frecuencia, se encuentran dificultades para saber si se trata de un caso de comisión o de omisión. Al respecto, la regla general afirma que la omisión tiene un carácter subsidiario en relación con la comisión. La omisión sólo se admitirá después de haberse excluido la posibilidad de que el hecho en cuestión no constituya una acción propiamente dicha.
- 1028 En la mayor parte de las veces, la acción se haya claramente configurada: por ejemplo, el autor apuñala a la víctima, toma una cosa mueble ajena, establece un documento apócrifo. Lo mismo acontece con la omisión, por ejemplo el responsable de un accidente abandona a la persona que resulta lesionada. Sin embargo, cuando, por ejemplo, un motociclista conduce, en la noche, su vehículo sin el faro prendido y atropella a un peatón, se plantea la cuestión de saber si es responsable porque conducía la motocicleta en mal estado (comisión) o porque se abstuvo de prender el faro (omisión). Así mismo, cabe preguntarse si el industrial que entrega a sus obreros material contaminado y da lugar a que éstos sufran daños en su salud, será reprimido por haber entregado tales substancias (comisión) o por no

haber descontaminado dicho material (omisión). De acuerdo con la doctrina predominante, es de tomar en cuenta el aspecto decisivo del comportamiento. En los ejemplos dados, el hecho de conducir la motocicleta en mal estado y el de entregar el material contaminado.

- 1029 En el análisis de estas situaciones, se debe preguntar primero: ¿El resultado perjudicial ha sido provocado por un comportamiento positivo conforme a un tipo legal? En caso de respuesta afirmativa, es de determinar si el autor ha actuado dolosamente o por culpa y si el comportamiento es ilícito. Sólo cuando el comportamiento no es típico (respuesta negativa a la primera pregunta) o en presencia de una causa de justificación (comportamiento lícito) es de cuestionarse sobre si el autor ha omitido un acto positivo cuya ejecución es ordenada por la ley.
- 1030 Un caso especial es el de la omisión impropia (tradicionalmente llamada comisión por omisión). Se trata de hacer responsable de la realización de un tipo legal que prescribe un delito de comisión a quien no impide su consumación. El ejemplo típico es el de la madre que deja de amamantar a su hijo recién nacido y le causa la muerte por inanición. Este caso que analizaremos posteriormente, está regulado en el art. 18 del Código Penal. Según esta disposición, "quien omita impedir un resultado que tiene el deber de jurídico de evitar, responderá como si lo hubiera producido".

§ 3. Tipicidad

A. Tipo legal objetivo

- 1031 De los diversos tipos legales de delitos de omisión, se deducen las diversas circunstancias comunes a la índole peculiar de este tipo de infracción. La calificación de un comportamiento como delito de omisión exige la realización de estas diversas circunstancias que constituyen elementos explícitos o implícitos del tipo legal objetivo.

a. Existencia de la situación objetiva descrita en el tipo legal

- 1032 La ley señala el contexto en el que se debe encontrar la persona que omite realizar la acción esperada. De esta situación surge el deber de actuar que tiene como finalidad evitar que se dañe o ponga en peligro un bien jurídico. En el art. 156, citado anteriormente, dicha situación consiste, de un lado, en que la víctima se encuentre perdida, abandonada o amenazada de inminente peligro y, de otro, que el agente la encuentre en esa situación.
- 1033 En la mayor parte de los casos, sin embargo, el autor sólo puede ser una persona que tiene un especial deber en relación con la víctima. Deber que puede consistir en conservar un bien jurídico o vigilar una fuente de peligro. Por ejemplo, en el art. 154 se considera como posibles autores del delito de abandono de niños o personas desvalidas a quien tiene "bajo su cuidado o custodia" a la víctima. Lo mismo, sólo la madre puede ser autora del delito de abandono por estado afectivo (art. 155).
- 1034 En todos estos casos, sin embargo, basta que se dé la situación de hecho típica y la abstención del agente para que se consuma el tipo legal. No es indispensable que la omisión ocasione un perjuicio al bien jurídico tutelado. Al respecto, es de tener en cuenta que a veces el legislador ha hecho de la producción de un resultado una circunstancia agravante. Así, en el art. 155, pf. 2, se estatuye: "Si a consecuencia del abandono resultare la muerte del hijo, la sanción será de uno a cuatro años de prisión". Se trata de un caso de preterintención en el sentido de la doctrina y que pone en evidencia el error en que se ha incurrido, en el art. 26, inc. 6, al regularla entre las circunstancias atenuantes generales.
- 1035 Tampoco es necesario comprobar que, mediante la acción omitida, el bien jurídico hubiera sido salvado.

b. Omisión de la acción esperada

- 1036 El autor debe abstenerse de ejecutar el acto esperado por el ordenamiento jurídico; acto que constituye el contenido de la obligación implícita de obrar conforme a la ley penal. Por ejemplo,

prestar auxilio a la persona herida que se encuentra perdida o abandonada. Esto no significa que el agente debe permanecer completamente inactivo; basta que el acto que realice no coincida con lo mandado por el orden jurídico. Por el contrario, si realizando actos dirigidos a descartar el peligro no logra hacerlo no podrá ser reprimido por omisión dolosa; sólo cabe entonces constatar si no actuó culposamente.

c. Posibilidad para el agente de efectuar el acto ordenado

- 1037 Es necesario que el autor esté en buenas condiciones físicas y síquicas para cumplir con la obligación de intervenir para descartar la situación de peligro: por ejemplo, que tenga la formación necesaria para ayudar a la persona herida o los medios necesarios para solicitar ayuda médica. No tiene esta posibilidad la persona que lesiona a otra en un accidente y sufre, a causa de este suceso, una fuerte crisis nerviosa.
- 1038 Los delitos de omisión simple constituyen la contrapartida de los delitos de comisión de pura actividad: el tipo legal no prevé la producción de un resultado. El problema de la causalidad, por tanto, tampoco se plantea. Sin embargo, como ya lo hemos indicado, el tipo legal exige que la omisión ponga en peligro un bien jurídico determinado. Son los casos de delitos de peligro concreto en los que este peligro constituye el resultado que debe ser causado por la acción de omisión.

B. Tipo legal subjetivo

- 1039 Como en el caso de los delitos de comisión, el dolo es siempre el elemento esencial del tipo legal subjetivo. El autor debe, en primer lugar, tener conocimiento de la situación concreta o, al menos de que se produzca y de sus propias posibilidades de cumplir con el acto ordenado por la ley (conciencia). Si se equivoca respecto de uno de los elementos del tipo legal objetivo, el error debe ser tomado en cuenta como excluyente del dolo.

- 1040 En segundo lugar, el agente debe tener la voluntad de abstenerse. Con pleno conocimiento de las circunstancias propias del tipo legal, decide permanecer pasivo ante el mandato de obrar de una manera determinada. Sin embargo, la voluntad en materia de omisión no se presenta de la misma manera que en materia de actos de comisión. Está claro que muchas veces el autor decide efectivamente abstenerse (por ejemplo, cuando el conductor que ha provocado el accidente de tránsito abandona el lugar de los hechos con el fin de evitar el control policial, dejando así sin asistencia al conductor del otro vehículo lesionado). Sucede sin embargo con cierta frecuencia que el agente no tome claramente una decisión y sólo asume su inactividad poco a poco en función del desarrollo de los hechos. En estos casos, es suficiente que el autor tenga conciencia de la situación objetiva y de la posibilidad de intervenir. Se habla entonces de cuasi dolo.

§ 4. Tipos legales ampliados

- 1113 Es posible concebir que en caso de omisión el agente no consuma totalmente su abstención; aunque en la práctica, el simple hecho de la abstención basta para la consumación del tipo legal. Este es el criterio que se ha invocado para negar de manera absoluta la posibilidad de tentativa en los delitos de omisión propia. Así, quien debe prestar asistencia a una persona que ha lesionado puede comenzar a alejarse del lugar de los hechos y ser detenida por terceros que la obligan a ayudar a la víctima. La tentativa es más fácil de admitir y de probar en los casos en que el tipo legal exige la producción de un resultado (la puesta en peligro del bien jurídico: delito de peligro concreto).
- 1114 La participación es, por el contrario, posible. Dos o más personas, por ejemplo, pueden ponerse de acuerdo para no prestar auxilio a su hijo en peligro: los padres para no socorrer a su hijo en peligro. Un pasajero puede instigar al conductor del vehículo en que viaja para que no auxilie al peatón atropellado. El problema de saber si es posible participar en la realización de un delito de comisión mediante

una omisión constituye un problema diferente: el guardián "omite" cerrar con llave las puertas del establecimiento (complicidad) para facilitar el ingreso de los ladrones (autores principales).

§ 5. Antijuricidad

- 1115 El análisis de este elemento no difiere del que se realiza respecto de los delitos dolosos de comisión, en la medida en que se trata siempre de constatar la ausencia de causas de justificación. En general, se plantea el problema de conflicto de deberes: el que causa un accidente está obligado a prestar asistencia a los lesionados, pero no puede ocuparse de todos al mismo tiempo. Absteniéndose de manera momentánea de auxiliar a una de las víctimas, el agente debe asistir a la persona que más lo necesita.

§ 6. Culpabilidad

- 1116 Además de comprobar la capacidad penal del autor y la ausencia de circunstancias de no culpabilidad, es indispensable probar si el agente, al momento en que hubiera debido actuar, tenía conciencia de su deber de intervenir. Si, por error, se cree en el derecho de abstenerse comete una falsa apreciación que debe tenerse en cuenta (error de prohibición o más exactamente error de mandato).