

Capítulo 4

Delitos de omisión impropia dolosos

§ 1. Generalidades

- 1117 Todo delito de comisión puede ser realizado mediante omisión. Dicho de otra manera, es posible, mediante una omisión, consumir la lesión o la puesta en peligro previsto en un tipo legal. Como consecuencia, el autor será reprimido por la realización del tipo legal basado en la prohibición de realizar una acción positiva y, a diferencia de los casos de omisión simple, no sólo por su abstención. Por esto se afirma, correctamente, que la omisión impropia, en la perspectiva normativa, implica la violación de una norma prohibitiva (no matar) mediante el no acatamiento de una norma preceptiva (prestar auxilio).
- 1118 En los casos de delitos de omisión cualquiera puede ser el autor; por el contrario, en los de omisión impropia el número de autores posibles es limitado: es necesario que quien se abstiene tenga el deber de evitar el resultado perjudicial (**deber de garante**). Si el agente no está obligado a descartar el peligro, no se le puede imputar el resultado.

§ 2. Tipicidad

A. Tipo legal objetivo

a. Situación de hecho

- 1119 Como el delito de omisión simple, el de omisión impropia implica la existencia de una situación de hecho que dé lugar al deber de obrar, la omisión del acto esperado y la posibilidad del autor de ejecutar este acto.

- 1120 En la medida en que la omisión impropia supone la aplicación *a contrario* del tipo legal de un delito de comisión, es indispensable, primero, considerar la situación de hecho peligrosa teniendo en cuenta el tipo legal respectivo y cuyo objetivo es, precisamente, evitar que sobrevenga el daño o la puesta en peligro del bien jurídico.
- 1121 La doctrina está de acuerdo en que entre la omisión y el resultado debe existir una relación de causalidad. Se trata de una relación peculiar a la que se le denomina "causalidad hipotética". La misma que se plantea preguntando: ¿si el agente hubiese cometido el acto esperado, el resultado dañino, muy probablemente, no se hubiera producido? De esta manera, se dejan de lado los criterios naturales que permitían hablar de "causalidad". En realidad, se trata de una apreciación de valor relativa a todos los factores presentes, para determinar si el resultado puede ser imputado o atribuido al agente. En esta perspectiva, se exige actualmente que el acto de omisión sea equivalente, por su naturaleza e importancia, al acto de comisión previsto en el tipo legal.
- 1122 El carácter normativo de la apreciación de la relación de causalidad es evidente en los delitos de omisión impropia. En éstos "falta por completo una realidad obrante en sentido mecánico", por lo tanto no es factible admitir qué causa un resultado en "forma activa y mensurable en sentido material".
- 1123 Conscientes de esta realidad, los juristas hablan de una **causalidad hipotética**: la inacción sería causal si, en las circunstancias del caso concreto, se acepta que el acto omitido hubiera probablemente - es decir, con toda posibilidad - impedido que el resultado se produzca. No se trata pues de aportar la prueba de un suceso real, sino se trata de una hipótesis: es de preguntarse qué habría pasado si la acción omitida hubiera sido realmente realizada.
- 1124 Si se trata de una relación causal probable o hipotética, no se puede seguir pensando en la causalidad como una categoría de las ciencias naturales, si no más bien de orden normativo.

b. Deber de garante

- 1125 Autor de un delito de omisión impropia sólo puede ser quien tenga el deber de intervenir. Este deber, según el art. 18, tiene que ser un deber jurídico. Esta expresión debe ser comprendida en sentido amplio. De acuerdo con los criterios tradicionales, deberían comprenderse los deberes derivados de la ley, los establecidos en un contrato y los producidos por la injerencia del agente que crea una situación peligrosa. De manera más adecuada y práctica, la doctrina prefiere hablar actualmente de dos tipos de deber de garante:
- 1126 primero, el deber de proteger bienes jurídicos expuestos a peligros indeterminados (por ejemplo, deberes que derivan de las normas que regulan las obligaciones de los padres en relación con los hijos, de marido y mujer entre sí, del profesor de natación respecto de sus alumnos, del médico con relación a sus pacientes) ;
- 1127 segundo, el deber de vigilar ciertas fuentes de peligro que amenazan bienes jurídicos de manera indeterminada (por ejemplo, la responsabilidad del poseedor de un vehículo motorizado).

B. Tipo subjetivo

- 1128 En razón de la índole peculiar de la omisión, el dolo, elemento central del tipo legal, no puede ser analizado de la misma manera que en los delitos de comisión.
- 1129 El agente debe tener conciencia de la situación de peligro, de su capacidad de obrar y de las circunstancias de las que deriva el deber de garante (en buena cuenta, el deber de garante determina más bien el carácter ilícito de la omisión y es a este nivel, como consecuencia, que deberá ser tomado en consideración).
- 1130 La voluntad del autor es tan difícil de ser determinada como en el caso de la omisión propia. En efecto, en la mayor parte de los casos, el delincuente no toma abiertamente la decisión de abstenerse. De

modo que la conciencia del agente y su actitud frente a la situación concreta devienen en factores decisivos.

- 1131 El desconocimiento de uno de los elementos del aspecto objetivo del tipo legal constituye un error de tipo legal. En este caso, no se puede deducir del comportamiento del agente la voluntad de abstenerse y de provocar así el resultado. Permanece abierta la cuestión de saber si él ha actuado culposamente respecto de los casos en que la ley dispone la represión a título de culpa.

§ 3. Tipos legales ampliados

- 1132 La lesión o puesta en peligro concreto prevista en el tipo legal del delito de comisión es parte integrante de la omisión impropia. Por lo tanto, la tentativa es posible en todas sus formas. Actos preparatorios y tentativa, tentativa acabada e inacabada no pueden distinguirse aplicando directamente los criterios aplicables a los delitos de comisión. Es de tomar en consideración el peligro que debe ser evitado mediante la realización del acto de omisión (acto esperado). La tentativa existe desde el momento en que el retardo en la ejecución del acto esperado crea o aumenta el peligro (real o supuesto por el autor) de que el resultado se produzca. La tentativa es acabada cuando el que se abstiene deja pasar la última ocasión de intervenir para descartar el resultado, pero éste no se produce a pesar de todo.
- 1133 La participación también es reprimida. Cuando se trata de coautores, todos deben tener el deber de garante.

§ 4. Antijuricidad

- 1134 Teniendo en cuenta las características peculiares de la omisión impropia, es necesario tomar en cuenta todas las circunstancias de justificación. El caso más frecuente es el del conflicto de deberes: el

agente esta obligado a prestar auxilio simultáneamente a dos o más personas. Se trata de un caso de estado de necesidad. En doctrina, se admite, diferentemente a lo aceptado en el dominio de los delitos de comisión, que este estado de necesidad constituye también una justificante a pesar de que los intereses en conflicto son iguales. Este criterio es justo en la medida en que el autor cumple su deber de obrar.

§ 5. Culpabilidad

- 1135 El autor culpable penalmente debe tener conciencia de la obligación de obrar que le impone el orden jurídico; es decir del mandato que se deriva de su posición de garante. El error sobre la naturaleza o la extensión de este deber constituye un error de prohibición, más exactamente de mandato. En lo que se refiere a las circunstancias de no culpabilidad el análisis no presenta nada de especial en comparación a la omisión propia.

Capítulo 5

Delitos culposos

§ 1. Introducción

- 1136 Para castigar a una persona a título de culpa, es de constatar que no ha actuado dolosamente. La culpa se caracteriza por el hecho de que el agente no quiere realizar la situación de hecho prevista por el tipo legal correspondiente. A diferencia de lo que sucede con el acto doloso, el juicio de valor negativo referente al acto culposo no está basado en el contenido de la voluntad del agente. Esta última está más bien orientada a la ejecución de un comportamiento, generalmente, sin importancia para el derecho penal. De manera