

POSICIÓN DE GARANTE Y DERECHOS INDIVIDUALES

Dr. Marco Antonio Terragni*

Resumen

Este artículo busca un acercamiento a los distintos criterios doctrinarios que sobre el deber de garantía se han formulado, haciendo un examen minucioso sobre su naturaleza y límites, sus fuentes y las situaciones en que se puede predicar el surgimiento de dicho deber para una persona; todo esto desde la óptica del derecho penal argentino.**

Palabras Clave:

Delito Omisivo; Deber de Garantía; Ley Material; Responsabilidad Penal; Posición de Garante.

Abstract:

This article approaches the different doctrinal opinions made on the legal duty to act that arises in certain situations, making a thorough examination on its nature and limits, on its sources and on the situations that create this duty; all this from the viewpoint of Argentinean criminal law.

Keywords:

Crime of Omission; Duty to Act; Material Law; Criminal Liability; Guarantor Position.

Sumario:

I. Antecedentes. II. Campo de Aplicación del Concepto Deber de Garantizar la Indemnidad del Bien Jurídico. III. Ubicación Sistemática. IV. Las Fuentes del Deber de Garantizar. Generalidades. V. Fuentes Formales. a. La Ley Como Fuente del Deber de Garantía. b. Fuentes Materiales. c. Cercanía Social o Existencial. d. Defraudación de Confianza o Desatención de Expectativas Recíprocas. e. Creación o Incremento de Peligro. f. El Actuar Precedente. Injerencia. g. La Asunción de una Función de Protección y el Deber de Control de Fuentes de Peligro. h. La Estrecha Relación con el Bien Jurídico y la Comunidad de Vida o de Peligro. i. La Posición de Garante en Virtud de Incumbencia por Organización y Responsabilidad en Razón de Incumbencia Institucional. j. La Posición de Garante Fundada en la Ponderación de Intereses. VII. Los Derechos Constitucionales.

*Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Diplomado en Estudios Avanzados por la Universidad Complutense de Madrid, Profesor de Derecho Penal titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Ex Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago del Estero. Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Belgrano. Profesor de los cursos de posgrado de la Universidad Austral (Rosario). Profesor invitado para los cursos de posgrado de la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Nacional de La Rioja y de la Universidad Nacional de Córdoba, de la Universidad Nacional del Sur y del Colegio de Abogados de San Isidro. Profesor Honoris Causa de la Universidad Nacional de Cajamarca (Perú). Se le otorgó la Presea a la Excelencia Académica "Simón Bolívar" (Perú-Ecuador). Ex becario del Instituto Max Planck para el derecho penal extranjero e internacional de Freiburg (Alemania). Ha publicado numerosos libros y artículos en revistas jurídicas de Argentina, Uruguay, Perú, España e Italia. Dirigió "Ciencias Penales Contemporáneas", revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de Ediciones Jurídicas Cuyo (Mendoza, Argentina). Mantiene en Internet el sitio de doctrina e información jurídica www.terragnijurista.com.ar. E-mail: mterragni@estudioterragni.com.ar

**Resumen agregado por la editora.

I. Antecedentes.

El uso originario de la idea posición de garante estuvo enderezado a fundamentar la imputación por no evitar un resultado. Feuerbach fue quien relacionó la posición de garante con el autor por omisión con estas palabras: “Hay un crimen omisivo (delict. omissionis, por oposición al delict. comissionis), siempre que una persona tiene un derecho a la exteriorización efectiva de nuestra actividad. Dado que siempre la omisión surge de una obligación originaria del ciudadano, el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obligatoriedad de la comisión. Sin esto no puede haber ningún criminal por omisión”¹.

Más allá de la discusión acerca del deber, tema del que me ocuparé enseguida, interesa destacar ahora que, conforme al entendimiento básico general, garante es alguien que está compelido a hacer algo en favor de un extraño - que ostenta el derecho de exigir esa actividad - en razón de la vigencia de un mecanismo especial más enérgico que el común destinado a asegurar que el deudor cumpla.

Si sólo hubiese un interés particular - el del acreedor - el incumplimiento del compromiso tendría únicamente consecuencias civiles. En tanto que, si a la expectativa individual se le suma la aspiración de la sociedad de que esa obligación se satisfaga, la conminación al cumplimiento es mayor y por eso se la refuerza con la amenaza de aplicar una pena al infractor.

El Estado concreta la advertencia de que así ocurrirá, tipificando como delitos ciertos comportamientos pasivos a los que estima intolerables para el buen funcionamiento de la vida en comunidad.

Usando una terminología técnico-jurídica se dirá que usa una forma de incriminar la pasividad: Creando tipos de omisión, denominados por la doctrina como de omisión propia.

Con una técnica legislativa semejante, el legislador trataría de adecuar sus decisiones a los preceptos de los arts. 18 y 19 C.N.

Pero no siempre el Estado procede así: Por obra de cierta doctrina -recogidas legislativamente sus ideas al respecto en algunos países- queda abierta la posibilidad de que el ámbito de leyes, elaboradas para prohibir comportamientos activos, se extienda a las conductas pasivas, imponiendo así obligaciones de hacer; exigiendo al hombre que no permanezca inactivo, si estuviesen en peligro los bienes a los que aquellas normas buscan proteger.

Se genera así otra categoría de infracciones punibles; la de delitos impropios de omisión, de omisión impropia -los llaman en Alemania- o de comisión por omisión - como los conocen en España- según diversas maneras de nombrarlos, que usaré indistintamente.

Este último procedimiento es más preocupante para quien le asigna la posición de privilegio en la escala de los valores a los derechos individuales, que el sistema de crear tipos propios de omisión en los que la obligación está indicada por la misma ley; en tanto que en la amenaza de castigar, en forma mas o menos genérica por omisión impropia, surge por obra de un método en el cual - por regla- no está prevista legislativamente la determinación acerca de sobre qué bases se construye la obligación de conservar incólume aquello que es de utilidad para la víctima y para la comunidad.

¹Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, Trad. Por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 66.

II. Campo de Aplicación del Concepto Deber de Garantizar la Indemnidad del Bien Jurídico.

Las reflexiones que siguen son aplicables tanto a la omisión impropia, como a la obligación de actuar positivamente, que permanece en cabeza del delegante cuando asigna tareas a otros; y a algunos casos en que se analice si es dable imputar al principal por el hecho del dependiente, como ocurre en ciertos comportamientos delictivos que ocurren en el ámbito de las empresas.

III. Ubicación Sistemática.

Es preciso poner el acento en que el tratamiento le dará será dogmático, y en este sentido corresponde encontrarle su ubicación en la teoría jurídica del delito (cuyos elementos básicos son acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) al instituto de la posición de garante, junto a la problemática de las fuentes del deber de obrar.

Realizado un examen de la cuestión, no queda duda de que es atinente a la tipicidad; tanto en cuanto a los delitos de comisión²⁻³ por omisión como en orden a las otras situaciones: la criminalidad subsistente a la delegación de tareas y la empresarial.

En estas áreas de imputaciones jurídico-delictivas, a los elementos objetivos y subjetivos de las infracciones penales en cuestión, alguna normativa, doctrina y jurisprudencia le añade la exigencia (por ser externa y dirigida erga omnes, en principio, objetiva) no ya de que el hombre se abstenga –como ocurre con los tipos prohibitivos- sino la de que adopte un comportamiento activo dirigido a resguardar el bien que al Derecho le interesa proteger.

Sin embargo corresponde que advierta desde ya contra el uso extensivo de la idea posición de garante, que por obra de alguna doctrina ha llegado hasta el punto de pretender constituirlo en una incriminación autónoma, en cierta forma independiente de la dolosa y de la culposa, hasta el extremo de que Roxin habla de que alguien es “sancionado” con una posición de garante⁴; como si la infracción de los deberes que supone hallarse en ese puesto fuese -por sí y con prescindencia de los elementos subjetivos dolo y culpa, la única razón para aplicar una pena.

En este error de alguna doctrina y alguna jurisprudencia alemanas (imitadas en otros lares) radica el meollo de todos los equívocos cuyos efectos - para colmo y como no podría ser de otra manera dada la intención subyacente de quienes incurren en ellos - juegan siempre en favor de la ampliación de la punibilidad; no de una reducción de ella⁵.

²V. en cuanto a la posición de garante como problema situado finalmente en el tipo de los delitos de comisión por omisión, Romeo Casabona, Carlos María, Límites de los delitos de comisión por omisión, en Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje a Claus Roxin, Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 37.

³Quien acepte la posibilidad de imputar la comisión de un delito a quien omite, debe salvar una dificultad. Si un tipo tiene elementos objetivos y subjetivos explícitos, no es válido que el intérprete le agregue por su cuenta, otro: Posición de garante.

⁴Roxin, Claus, Injerencia e imputación objetiva, en Revista Penal, La Ley, Madrid, N^o 19, enero 2007, pp. 152 ss.

⁵En gran medida las especulaciones que se hacen en tierra germánica no serían necesarias aquí a la luz de las reglas del art. 106 C.P. argentino. Con él no es preciso acudir al rodeo de castigar la no evitación del resultado de la misma manera en que se lo hace con la violación de la regla prohibitiva y luego acudir a la reducción facultativa de la pena que trae el párrafo 13 StgB con su remisión al párrafo 49 StgB, pues nuestro artículo llega por una vía más racional a idéntica consecuencia: El mero hecho de crear las situaciones de riesgo para la vida o la salud de otro, a las alude nuestra regla, genera la posibilidad de un castigo más severo cuando a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima (art. 106, segundo párrafo) o superior aún si ocurriese la muerte (idem, tercer párrafo).

IV. Las Fuentes del Deber de Garantía. Generalidades.

Si bien una finalidad como la que señalo en el párrafo anterior puede ser compartida por unos y rechazada por los demás, el problema central de cualquier concepción que se tenga sobre este asunto, consiste en descubrir de dónde emana ese deber de obrar positivamente.

Ya he apuntado que la explicación original, la de Feuerbach, hablaba de la necesidad de que exista un especial fundamento jurídico. Ello hace imprescindible fijar la atención en los dos adjetivos que califican el sustantivo fundamento:

Es especial, porque no se trata de la misma razón genérica, en función de la cual a toda persona le está prohibido producir el efecto a que se refiere el tipo penal. Siendo el deber especial, no se le exige una actuación positiva a cualquier individuo sino a alguien que es identificado en orden a un vínculo determinado que lo une con el bien de que se trate, y al que el Derecho quiere proteger.

Y es jurídico porque constituye una exigencia que impone la sociedad utilizando su aparato organizado de poder imponer reglas de conducta bajo coerción. Expresada la idea con otras palabras: No se trata de un compromiso moral, sino de un deber cuyo acatamiento exige so amenaza de que se pondrán en movimiento los mecanismos estatales para castigar de alguna manera al infractor.

Como resulta obvio, cualquiera sea el supuesto de hecho con trascendencia al mundo jurídico, la persona sobre la que recae el compromiso de actuar, no tiene el deber de evitar el resultado, sino el deber de hacer lo que esté a su alcance para que él no acontezca. Lo prohibido, entonces, no es el resultado, sino no realizar, quien tiene el deber jurídico de emprenderla, la actuación necesaria y posible para que no tenga lugar el efecto al que se refiere el tipo de la ley penal. A esta persona, que se encuentra en una tan estrecha vinculación con el bien jurídico que le corresponde la obligación de protegerlo, el Derecho lo ubica en el rol al que se le llama garante.

El mismo Feuerbach identificó cuáles son los manantiales, de los cuales emana la obligación jurídica sin cuya concurrencia “no puede haber ningún criminal por omisión”. Según él lo expuso, son la ley y el contrato.

V. Fuentes Formales.

La doctrina posterior calificó a la ley y al contrato como fuentes formales; e hizo un agregado⁶, calificando como fuente formal también la conducta peligrosa precedente⁷.

Sin perjuicio de volver sobre el tema cuando examine cada una de esas vertientes del deber de obrar, desde ya llama la atención que se haya considerado a la conducta precedente como fuente formal, pues no tiene forma, como puede entenderse que sí la tienen la ley y el contrato. Más bien se trata de una concepción material, una de las tantas que se mencionan para evadir los límites que puede trazar la necesidad de encontrar una regla legal que - expresamente - establezca la obligación de seguir actuando, en consonancia con lo que se hizo antes, pero en sentido contrario: esta vez para contrarrestar el peligro que generó la conducta previa.

⁶Resulta interesante consignar, desde ya, que la doctrina y la jurisprudencia sobre este tema va engrosando la lista de las fuentes: son todos agregados a la concepción original.

⁷Lo que, en términos generales, ahora se denomina injerencia.

a. La Ley como Fuente del Deber de Garantizar.

La norma fundamental consta en el art. 19 C.N., y es contundente, por lo que no deja margen a la duda: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda...”

Tiene que haberse dictado -naturalmente por el Congreso de la Nación- una ley que compela a realizar o ejecutar una acción.

Siendo esto cierto e ineludible (como que se trata de un precepto constitucional) el problema general consiste en que no podría - por pura lógica - ser sancionada una ley para obligar a los respectivos súbditos a que realicen cada una de las infinitas acciones que son necesarias para el desarrollo armónico de la vida comunitaria.

Por lo mismo, la palabra ley es usada en el art. 19, no en el sentido estricto del producto, particularizado para cada caso, del proceso instituido por la Constitución nacional en el Título primero: Gobierno Federal. Sección primera: Del Poder Legislativo. Capítulo quinto: De la formación y sanción de las leyes.

De todas maneras, aunque no puede existir una ley del detalle, debe haber una que abarque la generalidad de los supuestos de hecho -en el ámbito de las relaciones interpersonales de que se trate, de tiempo, lugar y modo- que conmine a ejecutar una acción⁸.

Y el intérprete, el juez en su caso, debe expedirse acerca de cuál es la ley que ha encontrado aplicable a la realidad fáctica que está analizando.

Como paradigma de la tarea de subsumir la legislación ordinaria al art. 19 C.N. está la exigencia de hacer, contemplada en distintos preceptos del Código Civil: Según el art. 945: “Los actos jurídicos son positivos o negativos, según que sea necesaria la realización u omisión de un acto, para que un derecho comience o acabe”. La nota remite a Savigny, Droit Romain y la norma ha sido objeto de interpretación por parte de la doctrina⁹. Y, aunque Vélez Sarsfield le asigna a la palabra delito un sentido diferente en derecho civil del que tiene en el derecho criminal, como lo explica en la nota del art. 1072, lo cierto es que el art. 1073 establece: “El delito puede ser un hecho negativo o de omisión, o un hecho positivo”, para expresar luego la regla general, que vuelve a invocar la ley como única fuente del deber de obrar, en consonancia con el art. 19 C.N.: “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido” (art. 1074). Con lo que nos genera la necesidad de retornar a la inteligencia de la palabra ley, que expuse en los párrafos precedentes: Para que el obrar sea exigible debe haber una fuente legal, general o especial, que lo imponga.

Esta interpretación se ajusta estrictamente a la letra del art. 19 C.N. Sin embargo, algunos escritores entienden de una manera más laxa lo que dicen esa norma y la contenida en el art. 1074 C.C. y acuden a argumentos que se asemejan a los que usan algunos penalistas alemanes para avalar la existencia de fuentes materiales del deber de garantizar. Así Llambías, cuando analiza - para refutarla

⁸Sobre esto escribió Carrara: “...el delito de pura inacción no puede concebirse más que en el caso en que otra persona tenga un derecho exigible a la acción omitida” (Carrara, Francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal, trad. Octavio Béeche y Alberto Gallegos, Edición facsimilar patrocinada por el ILANUD, San José de Costa Rica, 2000. parágrafo 13).

⁹V. Código Civil, Comentado y anotado, Santos Cifuentes, Director, Fernando A. Sagarna, Cordinador, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 672

- la tesis restringida solamente a la ley, dice: “Para la opinión de Machado y de Salvat, a la que ha agregado recientemente su apoyo Orgaz, el Código argentino ha mantenido la teoría tradicional romana según la cual nadie se compromete por no obrar. Para que surja la responsabilidad del sujeto inactivo es indispensable que esa pasividad sea ilegal, pues de lo contrario él no hace sino ejercer la libertad de no obrar, libertad que le garantiza la propia Constitución Nacional al asegurarle que no “será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19). Consecuentemente con esa tesitura individualista-liberal del ordenamiento constitucional, la disposición del art. 1074 eximiría de responsabilidad a quien se abstiene de obrar cuando la ley no le ha impuesto específicamente el deber de hacerlo”¹⁰.

No deja de ser llamativa la calificación “individualista-liberal”, con un dejo de rechazo, pues son las mismas palabras que emplearon los juristas alemanes nacional-socialistas, cuando se lanzaron a imaginar -para el uso penal- diversas fuentes materiales del deber de garantizar la indemnidad del bien, que reemplazarían el “individualista-liberal” apego a la ley sancionada por el Parlamento¹¹.

En definitiva, Llambías se opone a la tesitura individualista-liberal, diciendo que lo prohibido por la ley no es sólo lo explícitamente reprobado por ella, sino también lo inequívocamente descalificado o desautorizado por el Derecho. Según él, igualmente debe concluirse que hay necesidad legal de obrar, toda vez que la pasividad sea desaprobada o descalificada por el ordenamiento jurídico mediante un mandato explícito del legislador de obrar, o por la imposición de una sanción al sujeto inactivo o por el abuso de libertad de abstenerse en que él incurra. Se apoya Llambías en la norma del art. 1109 C.C. diciendo que al sancionar los actos de culpa dañosa impone la necesidad de obrar cuando la actitud pasiva constituye una culpa por la omisión de diligencias exigidas por la naturaleza del acto y que corresponden a las circunstancias de personas, tiempo y lugar (arg. art. 512), diligencias que de haberse practicado hubieran evitado el daño ocurrente.

Como puede observarse, Llambías menciona tres supuestos de los cuales se desprende la obligación de actuar y si bien él trata el asunto desde la óptica del Derecho Civil a mí me vienen bien sus reflexiones para fijar mi propio punto de vista en orden al Derecho Penal:

- Cuando la pasividad sea desaprobada o descalificada por el ordenamiento jurídico mediante un mandato explícito de obrar, emitido por el legislador. No tengo objeciones que oponer, pues es justamente lo que dice el art. 19 C.N.
- Por la imposición de una sanción al sujeto inactivo. Tampoco aquí tengo reparos, siempre que esa consecuencia esté prevista por la ley.
- “Por el abuso de la libertad de abstenerse”. Este es el punto más conflictivo, que no puedo aceptar sin más.

En primer lugar, debido a mi inteligencia del concepto libertad, como ausencia de sujeción.

¹⁰Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, doctrina-jurisprudencia, tomo II-b, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 317.

¹¹V. Hoyer, Andreas, Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo, en Revista La Ley, N° 23, Madrid, enero 2009, pp. 41 ss.

Siendo así, no puede haber abuso de la libertad; lo que supone la posibilidad de restringirla y, si así se lo hiciese, ya no habría libertad.

En segundo lugar, porque si no hubiese ley que obligase a actuar (art. 19 C.N.) nadie podría imponer hacerlo, por más que estimase que quien permanece pasivo está ejerciendo su derecho en un sentido contrario a su finalidad propia y en perjuicio ajeno. Porque esa conclusión sería la de una persona (la del intérprete) y no expresaría la voluntad general, cristalizada en la ley.

En cuanto a la invocación del art. 1109 C.C. corresponde que exponga mi opinión:

Efectivamente esa norma equipara culpa con negligencia, lo que en el terreno penal no ocurre exactamente así, ya que la negligencia es sólo una de las maneras en que se manifiesta la inobservancia del deber de cuidado, siendo las otras - si se toma la enunciación más amplia, que es la que hace el art. 84 C.P. al incriminar el homicidio culposo- imprudencia, impericia e inobservancia de los reglamentos o de los deberes a cargo del autor.

De toda forma, la regla sobre la negligencia de la que habla el art. 1109 C.C. y la disposición sobre la negligencia a la que alude el art. 84 C.P. no obligan a hacer en el sentido en que se expresa el art. 19 C.N.

Dicho con otras palabras: No son normas imperativas. Por el contrario, son normas prohibitivas¹²: de no hacer algo, sin el cuidado que hay que poner en lo que se está haciendo.

Quiere decir, que el problema de encontrar en la ley la fuente del deber de garantizar la indemnidad del bien jurídico, y de ubicarse - por lo mismo - en posición de garante, no se puede resolver enteramente acudiendo al art. 1109 C.C.. A lo sumo esa norma - y sus homólogas del Código Penal, arts. 84, 94, etc.- exigen al intérprete un esfuerzo para encontrar la línea divisoria segura entre diligencia y negligencia, en el caso específico que se estuviese examinando.

También es cierto que, en un sentido amplio puede entenderse que la regla del art. 1109 es la manifestación especial (no dañar a otro por culpa o imprudencia, como lo decía la ley romana citada por Vélez Sarsfield en la nota a aquel artículo: *damnum culpa datum etiam ab eo nocere noluit*) de la norma general no dañar a otro: *neminem laede*. Y de allí dar el salto para superar la zanja -el vacío que supone la ausencia de una ley expresa- diciendo que el daño a terceros puede provenir también de la inactividad, por lo que está ordenada para no ocasionarlo.

Un ejercicio intelectual de este carácter lo hace Llambías, insistiendo en el concepto uso abusivo de la libertad y citando el art. 1071 C.C. que - no obstante - no se refiere a ella sino a “los derechos” y aclara, en su segundo párrafo que se considera uso abusivo de los derechos “al que contraría los fines que aquélla (la ley), tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Empero, no constituye un recurso válido remitirse a la buena fe y a la moral para avalar la inteligencia de que existe una genérica obligación de obrar, pues justamente el esfuerzo mayúsculo, que ha culminado con el texto del art. 19 C.N. consistió en distinguir lo que es obligación jurídica de

¹²Justamente el texto del art. 1109 C.C. empieza diciendo: “El que ejecuta un hecho...”

obligación moral. Además, hablar de “buenas costumbres” en este tema, aparte de constituir una idea imprecisa, trae amargas reminiscencias de todas las épocas en que se la usa para dividir a los grupos humanos entre quienes las tienen buenas y quienes las tienen malas, con la finalidad de que los primeros merezcan estar en la categoría de ciudadanos y los segundos sean ubicados en la de los hostiles (de hostilis: enemigos).

En suma: Puedo resumir mi pensamiento sobre la ley como fuente del deber de garantizar la indemnidad del bien jurídico ajeno mediante una actuación positiva, diciendo que debe existir - y ser citada por el intérprete - la norma específica que sea aplicable al caso bajo examen, de manera tal que sea exigible no incurrir en omisión¹³.

Por otro lado es cierto que parte de la doctrina contemporánea, ante la alternativa de exigir una exhaustiva o inclinarse por una exigencia mínima de regulación, opta por lo segundo interpretando “las necesidades del derecho penal moderno”¹⁴. Cree que esto “permite que el derecho posea una capacidad de actualización que, al mismo tiempo, lo libere del dogma ley sobre el que se estructuró el positivismo jurídico otrora. Por lo anterior, en el ámbito del derecho positivo se debe tomar como punto de partida aquello que está en movimiento y no lo que es estático; esto es, deja claro el papel importante que reclamamos para la jurisprudencia, pues también debe haber un espacio para la formación progresiva del derecho en el que el aplicador de la norma disponga de libertad al momento de concretizar las reglas generales dadas en las codificaciones”¹⁵.

No coincido con la concepción que he resumido en la cita precedente. Ello porque rechaza atenerse a lo que la ley establece, entendiendo -por el contrario- que el deber de garante adquiere su legitimación directamente en la sociedad y no en los preceptos que el ordenamiento jurídico consagra especialmente, los que, como dice Perdomo Torres citando a Jakobs “nunca pueden cumplir una función de constitución de deberes en el campo del derecho penal”¹⁶.

VI. Fuentes Materiales.

Por el mismo sendero, que esquiva la urgencia de que una norma jurídica imponga la obligación, cuyo incumplimiento acarreará pena, son identificadas por la doctrina otras vertientes¹⁷.

¹³Esto es lo que resulta también formulado en las legislaciones más modernas: así el nuevo Código Penal colombiano, no obstante haber introducido la cláusula que establece: “La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión”, declara que solamente quedará sujeto a pena “quien tuviere el deber jurídico de impedir el resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo” (art. 25), cuando establece cuáles son las normas rectoras de la ley penal, declara: “En los tipos de omisión el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución política o en la ley”.

¹⁴Perdomo Torres, Jorge Fernando, El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2001, p. 19.

¹⁵Idem, p. 20)

¹⁶Ibidem, p. 36.

¹⁷Según Bottke el trabajo de haber iniciado la búsqueda de un fundamento material del deber de garante corresponde fundamentalmente a Armin Kaufmann en Die Dogmatik der Unterlassungdelikte (Bottke, Wilfried, Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, coordinadores S. Mir Puig y D.M. Luzón Pena, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 142, nota 41). Sin embargo, parece evidente que Kaufmann solamente sistematizó esas ideas, cuya exposición por diversos autores fue muy anterior a la fecha de la publicación del citado trabajo.

Debido a cómo permanecen, y se extienden a tiempos y a lugares distantes algunas ideas, es de interés reproducir la glosa que hace Gómez Aller¹⁸ de Die Problematik der Begehung durch Unterlassung (GS nº 111, 1938) “Nagler no precisa introducir grandes variaciones para solucionar el problema de la ‘desformalización’, sino tan sólo adaptar las teorías formales al Derecho alemán del momento. En el ordenamiento del llamado III Reich, el concepto de deber jurídico y las fuentes del Derecho eran diferentes. Más allá de la prohibición de analogía (en la nueva versión del par. 2 StGB) Nagler entiende que el ‘liberal’ e ‘individualista’ principio de legalidad (Gesetz-mässigkeit) ha sido sustituido por la juridicidad (Rechtmässigkeit) nazi: por ello, y de modo similar a las propuestas de Schaffstein y Dahm, las viejas menciones del Tribunal Supremo Imperial a la necesidad de un deber jurídico y no meramente moral son interpretadas por Nagler como una exclusión de la fundamentación en deberes éticos procedentes de sistemas distintos a la sociedad nacional socialista (religión, moral individual, etc.). Para el jurista nacionalsocialista, Derecho y ‘moral del pueblo ario’ (ética social) forman una unidad, por lo que una vez eliminada la necesidad de un precepto positivo, se atenúa notoriamente el citado problema; con que un tribunal declare que una conducta es ético-socialmente debida, ya cabe hablar de un deber jurídico integrante del ordenamiento nacionalsocialista”.

Volviendo a nuestra época, por mi parte advierto sobre el error, peligroso para el justiciable, en que incurren algunas concepciones doctrinarias contemporáneas, las que encuentran las fuentes del deber de obrar en preceptos jurídicos tan amplios como difusos, dando lugar a una enorme variedad de opiniones¹⁹.

Así se dice que es contrario a la idea de equidad social el utilizar espacios de libertad en propio beneficio sin precaver al mismo tiempo, en contra del mandato *neminem laede*²⁰.

Esto me obliga a volver sobre el análisis que había efectuado precedentemente: Trasladando la idea del *neminem laede* al ordenamiento positivo argentino, ella estaría recogida en el primer párrafo del art. 1109 C.C. “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”.

Estos delitos del Derecho civil son los actos ilícitos a los que se refiere el art. 1066 del mismo cuerpo legal, que se distinguen de los delitos del Derecho penal, entre otras cosas, porque los primeros son conceptos abiertos, que comprenden cualquier infracción a una norma legal, en tanto que los segundos requieren de una tipificación expresa²¹.

La doctrina penal que antes he mencionado -según la cual es contrario a la idea de equidad

¹⁸Gómez Aller, Jacobo Dopico, Omisión e injerencia en Derecho Penal, tirant lo blanch, Valencia, 2006

¹⁹Bottke señala la abundancia de puntos de vistas ofrecidos en el mercado de las opiniones como fundamento de la posición de garante (Bottke, Wilfried, Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, coordinadores S. Mir Puig y D.M. Luzón Pena, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 134).

²⁰Jescheck también invoca el principio, diciendo que el deber del garante por el hecho peligroso previo responde a la prohibición de dañar a otro (*neminem laede*), agregando que se requiere la proximidad del peligro (Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho penal. Parte general, 4a. edición, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 568).

²¹Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, t. II-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 263.

social el utilizar espacios de libertad en propio beneficio sin precaver al mismo tiempo la posibilidad de dañar a otro- prescinde de la diferencia entre ambas ramas del Derecho y transforma en la práctica el incumplimiento de una obligación civil - no dañar - en un delito penal; sin que exista otra disposición legal más precisa, que atrape el suceso y le asigne pena al protagonista; ello dicho sin perjuicio de otros desarrollos teóricos y legislativos, de los que no me puedo ocupar en este momento para no apartarme del tema central.

En el fondo de ese designio existe una meta jurídico-política, pues un tipo de la Parte Especial, concebido para prohibir una conducta activa, no puede nunca, como dice Gómez Aller, abarcar la comisión omisiva. Por ello, lo que la teoría de la comisión por omisión busca es trasladar al ordenamiento jurídico una pretensión político-criminal que no ha sido contemplada por el legislador: aplicar idéntica pena a conductas igualmente desvaloradas que otras expresamente previstas como delito²².

Atendiendo a las dificultades que se advierten, otro sector de la doctrina aparece expresando sus dudas en cuanto a la posibilidad de encontrarle un fundamento jurídico al deber de garantizar que el resultado no se produzca. Y por ello acude al sentimiento; yo diría a la intuición, entendida como la percepción íntima e instantánea de una verdad - en este caso referida a las fuentes del deber de obrar - que aparece como evidente a quien la tiene. Así, esa doctrina realiza una selección de las posiciones de garante “indubitadas”, es decir, aquellas ante las cuales el intérprete siente, intuye, que hay un desvalor incomparablemente mayor que el de la omisión de un no garante y luego detecta grandes grupos de casos que se pueden usar como paradigmas: omisiones en el ámbito doméstico, en el empresarial, omisiones relativas a fuentes de peligro móviles (animales, automóviles) supuestos de omisión tras el encierro de otra persona y los casos de entrega de armas seguidos de la omisión de impedir su empleo por otra persona y los casos (para mí tan discutibles) de complicidad omisiva en perjurio. A los demás, se los aprecia como equiparables.

Con parecida desesperanza, se expresan otros publicistas, diciendo que le corresponde al juez encontrar el origen de la obligación, porque la ley penal no puede ofrecer satisfactoriamente al menos un catálogo completo de posiciones de garante por la propia naturaleza de las cosas.

Por último, la desconfianza aparece cuando se dice que tiene que existir una absoluta dependencia del bien respecto de la persona que podría salvarlo; de lo contrario, en caso de duda, debe negarse la existencia del deber de garantizar su indemnidad²³.

Incertidumbre semejante acerca de la posibilidad de encontrar una fuente certera de la posición de garante aparece cuando se expresa que la solución de la problemática de la equivalencia no se encuentra si se compara un comportamiento activo con otro omisivo, sino que la base de la comparación sólo se obtiene de la observación de la omisión objeto de valoración con otra omisión cuya valoración consta. Se deben observar casos básicos en los que la equivalencia con la comisión se encuentren fuera de duda y que le sirven a quien aplica el derecho como punto de orientación en la toma de decisión. Aquellos sucesos en que, según la opinión general, existe una posición de garante de manera que no se necesite hacer la pregunta del por qué: la madre, el profesor de natación que deja ahogar a su alumno, la liberación de un encerrado...²⁴

²²Gómez Aller, ob. cit., p. 208.

²³Lucero Offredi, Guillermo A., El tipo doloso de omisión, en Carlos J. Lascano (h) Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2002, p. 295 ss.

²⁴Perdomo Torres, ob. cit. p. 47.

Por mi parte no necesito avisar al lector acerca de la pobreza de una postura jurídica que sólo acude a la “opinión general” para saber cuáles son los supuestos que no dejan lugar a duda y luego utilizarlos como parámetro que permita resolver los demás casos.

Parecidas objeciones cabe hacerle a quien se remita al merecimiento de pena según el clima social en general, preponderante, ideológico y político, del cual depende la importancia de los tópicos materiales de que se dispone para la solución del problema; es decir, los momentos objetivos de valoración.

Todas estas imprecisiones, llevadas a las decisiones judiciales que encuentren garantes, constituyen una manera de crear Derecho libremente. Y, por supuesto, transitando ese sendero se amplía -sin que existan normas que lo habiliten- simultáneamente al concepto autor la idea partícipe.

Aludiré seguidamente a una serie de consideraciones que tienen en común el razonar prescindiendo de citar alguna norma legal expresa o, al menos, algún principio jurídicamente fundado. Por eso las llamo sociológicas, ya que a partir del análisis grupal llegan a inferir que la cohesión del grupo y la defensa de los bienes - individuales o colectivos - que interesa conservar, hacen necesario imponer²⁵ pena al sujeto que no adopta una actitud positiva ante una situación de emergencia que la requiere.

Este último apunte: “situación” es importante, pues todos estos aportes sociológicos hacen derivar la necesidad de garantizar la indemnidad del bien de datos de la realidad fáctica; es decir, de lo opuesto a una creación puramente teórica.

a. Cercanía Social o Existencial.

El primer concepto - cercanía social - es más amplio que el segundo, aunque igualmente difuso, pues ambos aluden a una distancia que no es posible precisar en abstracto, ya que será menor o mayor según la potencia de que el riesgo generado se transforme en daño que afecte a uno, a varios, a una comunidad viviente en un espacio geográfico determinado o, finalmente, más allá de sus límites. Por supuesto, que en esta última hipótesis sólo se podría hablar de cercanía en un sentido metafórico, ya que la separación entre quien está obligado y la víctima no sería poca o estrecha. Por lo menos en el orden geográfico: otra cosa es la proximidad social²⁶.

Esta carencia de precisión - al ser trasladada la idea al terreno jurídico por parte de la doctrina que se apoya en ella - constituye un defecto propio del uso de la Sociología para fines distintos a los que constituyen el objeto de esa disciplina.

²⁵Estuve a punto de utilizar el verbo amenazar en lugar de imponer, pero caí en la cuenta de que en estos casos no funciona el mecanismo de la intimidación general, porque no hay norma en la que el sujeto se pueda inspirar para ajustar su conducta. Esta observación confirma las objeciones que merece el instituto de la omisión impropia, pues el principio de legalidad (que aquí no existe estrictamente) desempeña entre sus otras funciones una labor didáctica, que con esta manera de punir no se puede manifestar.

²⁶La llamada Teoría funcional de las fuentes se refiere a ellas entendiendo que son las situaciones en las cuales se produce la necesidad de proteger o de vigilar en grado extremo todo aquello que genera un peligro, de manera tal que se produce una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico a resguardar.

Con el empleo de argumentos de ese jaez la afirmación puede ser tan variada como se le ocurra a quien realice la interpretación: Así podría decir que tiene el deber de garantizar que continúe con vida el anciano valetudinario (alimentándolo y suministrándole los medicamentos que tiene que recibir diariamente) quien ha sido contratado para que realice esa tarea -con lo cual se manifestaría una real cercanía existencial- como también que tiene esa obligación el vecino quien, conociendo la situación, advierte desde su ventana que el encargado de tal tarea sale cargando sus maletas para emprender un viaje y deja sólo al desvalido generando el consiguiente riesgo de muerte.

En este último supuesto se podrá hablar de cercanía en metros, pero no dependiendo del tipo de relación (si la hubiese) existencial. Sin embargo, a algún intérprete se le ocurriría invocar la cercanía social, para avalar la idea de que concurriría algún compromiso, que también pondría a cargo del vecino la defensa de la vida del anciano. Así podría decir, como lo haría un sector de la doctrina (corriente que no comparto) que quien vio a través de su ventana el alejamiento del cuidador, será responsable por la muerte y, consiguientemente autor del delito de homicidio en comisión por omisión, por haber defraudado las expectativas que son inherentes al rol que debe desempeñar un buen vecino...

Como se puede colegir fácilmente, si se siguiese ese camino resultaría imposible distinguir entre deberes jurídicos y deberes morales.

b. Defraudación de Confianza o Desatención de Expectativas Recíprocas.

Lo mismo ocurre si se acude a la idea defraudación de confianza o desatención de expectativas recíprocas: Si dos montañistas salen de excursión y uno cae en la profundidad de una grieta del terreno, constituye un deber jurídico del otro (art. 108 C.P.) el de prestarle el auxilio que esté a su alcance; pero no será garante de su vida y en ese caso no podrá considerársele autor de un homicidio en comisión por omisión, por más que la circunstancia de haber emprendido juntos la ascensión haya generado para cada uno la confianza - y consiguiente expectativa²⁷ - de que la presencia del otro contribuirá a regresar indemne al punto de partida.

Sin embargo, la afirmación que acabamos de hacer podría ser contradicha con el Código Penal colombiano en la mano pues, cuando resuelve cuáles son las situaciones constitutivas de posiciones de garantía (art. 25), sanciona: “3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas”.

Si un magistrado colombiano, con relación a un hecho como el que hemos planteado, castigase - sin más - al sobreviviente como autor de homicidio en comisión por omisión, habría interpretado la norma del art. 25.3 como constitutiva de una tercera posibilidad de imputación: autor de homicidio por posición de garante junto a la de autor de homicidio por dolo y autor de homicidio por culpa.

Parece evidente que una decisión, dictada prescindiendo de la determinación del elemento subjetivo, dolo o culpa, instauraría una responsabilidad puramente objetiva, arrasando con el esfuerzo de más de dos centurias por erradicarla del Derecho Penal de los países con tradición jurídica de origen continental europeo.

²⁷Opina Silva Sánchez, generalizando, que es la expectativa lo que permite hablar de omisión (Silva Sánchez, Jesús María, El delito de omisión. Concepto y sistema, Bosch, Barcelona, 1986, p. 11).

c. Creación o Incremento de Peligro.

Constituye un recurso consolidado en parte de la doctrina contemporánea acudir al concepto riesgo para dirigir la imputación - como autor o como partícipe - a quien lo ha generado o lo ha incrementado más allá de la frontera de lo que es socialmente aceptable.

En la materia que me está ocupando, esa doctrina trata de encontrar allí una de las fuentes de la obligación de garantizar la indemnidad del bien jurídico: quien ha creado o incrementado el peligro más allá de lo permitido, tiene el deber de hacer lo necesario para contrarrestar sus efectos, bajo amenaza de ser castigado si el bien sufre desmedro.

Pese a mis objeciones, matices que introduzco e intentos de reducir los alcances de la imputación por comisión en omisión y, por ende la idea garante, hay que reconocer que esta tesis tiene sobre la anterior la ventaja de que, por lo menos, parte del análisis de un comportamiento activo precedente (la creación o el incremento del peligro); no de la mera dejadez.

La explicación de por qué quien así procede se coloca en el puesto de garante, está dada en que en esos casos, al generarse una situación de peligro, entre ambos (quien crea el riesgo y quien sufrirá, eventualmente, las consecuencias) se establece un vínculo que antes no existía; por lo menos no con la misma intensidad. En esta situación, el primero tiene que obrar positivamente para extinguir el peligro (o para reducirlo hasta llevarlo otra vez al nivel de lo tolerable) y el otro (quien de ello depende), abriga la esperanza de que así ocurrirá salvándose finalmente.

Según Silva Sánchez, la clave de la explicación de que esto es así radica en que, quien crea el riesgo se constituye en conductor de la situación: El garante se convierte de este modo en dueño absoluto del proceso que ha de llevar o no al resultado; en centro decisorio del mismo. Siempre conforme a la opinión de Silva, aquí se halla la base de la identidad del hecho con la comisión activa y el fundamento jurídico de la responsabilidad del sujeto. “En definitiva podría decirse que la esencia de la asunción es la creación de un momento de peligro para el bien jurídico”²⁸.

La necesidad de que concurra una conducta activa precedente (lo que en cierta forma anuda esta argumentación a la tesis de la injerencia) salva la objeción que se le puede formular, en general, a la corriente doctrinaria llamada “funcionalismo sistémico”, en algunas versiones que sólo tienen en cuenta la inserción del individuo en un determinado rol²⁹, entendido como un haz de expectativas que por esa razón se ponen en su desempeño. Con lo cual en los delitos de omisión impropia, cabe penar (siempre conforme a ese punto de vista) la no evitación de un resultado por el simple hecho de ser, quien omite, portador de un rol del que se desprende la expectativa de un comportamiento distinto, que hubiese mantenido indemne el bien.

No comparto una argumentación semejante. En primer lugar porque resulta imposible concretar jurídicamente una colección de roles y qué obligaciones le incumbiría a cada uno de los

²⁸Silva Sánchez, Jesús María, La responsabilidad penal del médico por omisión en Avances de la Medicina y Derecho Penal, Edición de Santiago Mir Puig, Publicaciones del Instituto de Criminología, PPU, Barcelona, 1988, p. 123)

²⁹Apunta Perdomo la influencia de las ideas de Bärwinkel, quien determina y fundamenta las posiciones de garante con la llamada „teoría sociológica de los roles” (Perdomo Torres, Jorge Fernando, El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1001, p. 29.

protagonistas (a la manera de los actores teatrales de la Edad Media, como que de la forma de leer el parlamento, que llevaban en un papel enrollado, viene el sustantivo rol) y en segundo lugar porque tampoco es posible extraer - siguiendo ese derrotero - un concepto de autoría que tenga base en lo que dice la ley.

d. El Actuar Precedente. Injerencia.

Como recordase al comienzo ya Feuerbach había agregado la idea de que la posición de garante se genera por la conducta activa precedente a la omisión. Muchos años después la doctrina sigue utilizando este criterio, con otra terminología. Así Roxin sostiene que el actuar precedente es el presupuesto decisivo para fundamentar la existencia de una posición de garante, puesto que solamente aquél a quien se puede imputar el peligro creado conforme a criterios jurídicos tiene la responsabilidad y, por lo mismo, el deber de evitar la transformación del peligro en una lesión³⁰.

Roxin³¹ actualiza la idea de posición de garante por injerencia, fijándole los límites conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva, de manera tal que la imputación objetiva del actuar precedente es el presupuesto decisivo para una posición de garante, puesto que sólo a quien se le puede imputar, conforme a criterios jurídicos, el peligro creado, tiene el deber de evitar la transformación en lesión. Se trataría de una posición de garante por control³².

En lo anterior hay una aproximación a las ideas, según las cuales toda persona está obligada a evitar lesiones de bienes jurídicos, cuando su conducta previa haya provocado el peligro de producción de ese resultado. Toda persona está llamada a actuar como garante y proteger aquellos bienes jurídicos que resulten amenazados por una fuente de peligro abierta por ella misma. La injerencia no puede obligar a la protección de determinados bienes jurídicos frente a toda clase de peligros y la posición de garante sólo puede ser reconocida respecto de aquellas lesiones de bienes jurídicos que representen la realización del peligro creado por la acción previa. Se exige como presupuesto de punibilidad una lesión de un bien jurídico objetivamente imputable a la posición de protección o de evitación del peligro³³.

e. La Asunción de una Función de Protección y el Deber de Control de Fuentes de Peligro.

De todas maneras, luego de la afirmación que precedentemente he glosado, Roxin deja constancia de que la opinión dominante de la ciencia penal actual ha ido abandonando no solamente la derivación causal de deberes de garante, sino también la teoría formal del deber jurídico, para pasar a afirmar la existencia de dos grandes grupos de posiciones de garante: la asunción de una función de protección y el deber de control de fuentes de peligro.

³⁰Roxin, Claus, Injerencia e imputación objetiva, en Revista Penal, La Ley, Madrid, N^o 19, enero 2007, pp. 152 ss.

³¹Loc. cit.

³²Estas ideas son recogidas y reciben sanción legislativa en el Código Penal colombiano el que, cuando establece cuáles son las situaciones constitutivas de posición de garantía (art. 25), reza: "4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente".

³³Es lo que recoge el Código Penal colombiano cuando en el art. 25, al establecer cuáles son las situaciones constitutivas de posiciones de garantía, sanciona: "1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio".

A mi juicio, la introducción de estas nuevas categorías no soluciona las dificultades que, desde siempre, se han manifestado, sino que aparecen, bajo otros parámetros teóricos, nuevos problemas.

En el trabajo citado, para ilustrar acerca de cómo se forman los grupos dice Roxin: El primer caso se presenta, por ejemplo, en la relación de los padres con sus hijos o de los médicos con sus pacientes. Es propio de cada relación de protección el deber de apartar peligros para los protegidos. El segundo caso se basa en el razonamiento según el cual la creación de riesgos trae consigo el deber de evitar consecuencias dañosas que de ella podrían derivarse. Pues, de otro modo, el Estado no podría cumplir con su tarea fundamental de brindar seguridad a los ciudadanos. Así, por ejemplo, quien administra una fábrica química tiene que prever que la población no sea dañada mediante explosiones o gases venenosos. Si él omite tomar las medidas de seguridad necesarias tendrá que responder por las consecuencias producidas.

A ello cabe hacerle varias observaciones:

En primer lugar cabe objetar que a la luz de esos únicos argumentos no es posible diferenciar la responsabilidad civil de la penal.

Luego, que no es verdad que de la relación de los padres con sus hijos o de los médicos con sus pacientes se derive siempre responsabilidad penal para los primeros por omisión respecto de los daños que sufran los segundos.

Finalmente, tampoco es cierto que, en todos los casos, quien administra una fábrica química podrá ser encontrado autor de delitos que tengan su origen en el funcionamiento de esa planta.

Roxin se declara conforme con las soluciones que el sector de la doctrina penal, del que forma parte, propone pues - dice - pueden explicar plausiblemente el caso de la injerencia, a saber: como forma de expresión de la posición de garante por control. Quien genera un peligro -dice Roxin- es responsable de todas las consecuencias.

Sin embargo, leyendo sus palabras, queda la incertidumbre pues no explica a qué título adjudicaría Roxin esa responsabilidad; es decir, qué cuál sería la adecuación típica³⁴.

En lo que no puedo menos que coincidir con el profesor alemán, es que es útil utilizar en la materia diversos criterios provenientes de la moderna teoría de la imputación objetiva. En ese sentido diré que no hay posición de garante:

- Si la acción precedente no ha creado ningún riesgo jurídicamente relevante para la víctima;

³⁴Advierto que todo conduce a la imputación independientemente de la subjetividad. No por nada hay quien señala que parte de la doctrina contemporánea identifica imputación con posición de garante (v. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1995, p. 47 nota 47 glosando a Luhmann). En la misma obra Sánchez-Vera crítica la aplicación no cuidadosa de las ideas “riesgo”, “foco de peligro” y “posición de garante”(p. 14).

- Si la acción precedente se mantiene dentro del riesgo permitido;
- Si falta una relación entre la acción precedente y el resultado que se vaya a producir;
- Si las consecuencias del riesgo generado por la acción previa se inscriben, únicamente, en el ámbito de responsabilidad del titular del bien jurídico; por ejemplo, en algunos casos de consentimiento.

Lo que sí resulta digno de analizarse cuidadosamente es la afirmación de Roxin según la cual hay posición de garante si la acción precedente está justificada por estado de necesidad o, agregado yo, por la legítima defensa. La hipótesis de hecho sería: A, que está a punto de ser muerto por el ataque de B se defiende y deja a su agresor malherido. Según la tesis de Roxin, si no lo auxiliase y B muriese, A sería responsable del homicidio en comisión por omisión.

Si bien Roxin no lo dice explícitamente, siguiendo la línea de su pensamiento el homicidio sería doloso y, aplicando las reglas del Código Penal argentino, ante la falta de posibilidades -para B- de afrontar el riesgo, se trataría de un homicidio calificado (art. 80.2. C.P.) acarreado como pena la reclusión o la prisión perpetuas (art. 80, primer párrafo C.P.).

Con lo cual se produciría la paradoja de que A no sería punible por el delito de lesiones a B (art. 34.6 C.P.) y sí por el homicidio calificado, en comisión por omisión, debido a que con su actuar precedente - lo que ha hecho para defenderse - lo habría colocado en posición de garante de la vida del agresor.

Tal consecuencia es para mí inadmisibles, pues si bien puede entenderse que no obstante que el curso del suceso se inició con la agresión, aún subsiste deber de solidaridad para A en favor de B. Jurídicamente tal deber tendría un reflejo semejante al que impone el art. 108 C.P. -no omitir un auxilio- pero no podría trasponer las barreras que marca el art. 106 C.P. - abandono de personas- pues el defensor no tiene el deber de mantener o cuidar a su agresor; y menos cumpliría los requisitos del delito de homicidio, en cualquiera de sus formas.

Incluso, al regular los casos de legítima defensa privilegiada, el último párrafo del art. 34.6 C.P. declara impune al que se encontrase en las circunstancias que el precepto marca “cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor”. Con mayor razón esta solución debe ser también la que corresponde a los casos en que concurre la legítima defensa propiamente dicha.

Gimbernát Ordeig encuentra la razón de ser de la obligación de garantizar, en que el mantener bajo control una fuente de peligro. Habla de los supuestos de intervención imprudente en una

autopuesta en peligro en la que el partícipe añade a esta cualidad la de ser garante como sucede - según el ejemplo que proporciona - en los casos de accidentes de trabajo, respecto del encargado de la seguridad laboral, quien debe responder, siempre según Gimbernat, por los daños que se autocause la víctima; no porque aquél sea partícipe, sino porque, además, es garante³⁵.

Disiento con esta opinión, por lo menos con ese alcance no suficientemente acotado, ya que es posible que deba responder por los daños, que estará - en su caso y si es aplicable el art. 1113 C.C. - obligado a indemnizar; pero ésta es una consecuencia sustancialmente distinta a la imputación a título penal.

Con carácter general sostengo: Si toda creación de peligro constituye a quien lo hace en garante, penalmente responsable, de los daños que deriven de ello, no habría posibilidad de eximir a nadie, porque prácticamente toda actividad humana entraña riesgo y muchas veces ese riesgo se traduce en resultado.

Incluso, y desde otro punto de vista, se debe agregar a las consideraciones que anteriormente he formulado, la dificultad de distinguir ex ante el riesgo permitido del prohibido, como criterio - este último - que constituye el dato inicial para la posibilidad de imputar objetivamente el resultado. Además por lo general es el riesgo permitido el que origina situaciones conflictivas; no el prohibido, ya que éste puede suponer - en algunos casos - ya el comienzo de ejecución de un delito, si es que el autor ha entrado ya en esa zona vedada para cometer uno específico. Pero aún cuando no fuese así, debo advertir otra vez acerca del uso excesivo, y por ende erróneo, que hace alguna doctrina de estas ideas. En ese sentido, Núñez Paz dice que si se excede el límite de lo permitido, nos encontraremos con un delito de omisión impropia siendo, según sus ideas, dicha omisión equivalente a la acción prohibida³⁶. Para mí esto representa una simplificación inadmisibles.

a. La Estrecha Relación con el Bien Jurídico y la Comunidad de Vida o de Peligro.

En una línea semejante a la que antes he aludido un sector de la doctrina se esfuerza por encontrar la razón de que a alguien se lo señale como garante de que un bien no sufra daños en que puede existir una relación estrecha, entre aquel y la víctima³⁷.

Ya antes he advertido párrafos sobre la imprecisión del calificativo, pues si bien estrecho alude a una distancia corta, no es posible medirla, siquiera dar una pauta; es sólo una metáfora. Y aunque se agreguen -para definir mejor la idea, las características “comunidad de vida o de peligro”³⁸- no se obtiene con ello una concreción sólida, pues si bien lo primero alude a lo que no pertenece, privativamente, a ninguno, sino que se extiende a varios, con esa expresión puede llegar a sostenerse que en algunos casos es garante de la integridad física del concubino el otro integrante de la pareja y también - en ciertas hipótesis - a quien sólo tiene en común con la víctima el hecho de vivir en una misma vivienda colectiva³⁹.

³⁵Gimbernat Ordeig, Enrique, -Imputación objetiva y conducta de la víctima, Ubijus, México D.F., 2006, p. 92.

³⁶Núñez Paz, Miguel Angel, Omisión impropia y Derecho penal (Acerca del artículo 11 del Código penal español), en Revista Penal, La Ley, Madrid, N^o 20, julio 2007, pp. 141 ss.

³⁷Así lo establece el Código penal colombiano, cuando entre las situaciones constitutivas de posiciones de garantía, sanciona “2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas”.

³⁸V. Bacigalupo, Enrique, Delitos impropios de omisión, Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 106.

³⁹Hay doctrinarios que dan ejemplos acerca de lo que entienden por comunidad de vida, y así Torío López habla de relaciones domésticas, amorosas, etc. pero no se extienden más allá de la simple mención y además reconoce que, por lo general, no hay un vínculo jurídico previo (Torío López, Angel, Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión, en Madrid, sepbre-dicbre, 1984, p. 693 y ss. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, p. 704).

b. La Posición de Garante en Virtud de Incumbencia por Organización y Responsabilidad en Virtud de Incumbencia Institucional.

Jakobs sostiene que la distinción materialmente más significativa no es la que separa comisión y omisión, sino la que atiende al fundamento de la responsabilidad entre aquella que tiene como fuente la incumbencia por organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional,⁴⁰ con lo cual no solamente agrupa de una manera acorde con su concepción, las distintas fuentes de la posición de garante, sino que produce un efecto superlativo en la doctrina - propia y de sus seguidores - pues aparece dejando de lado la bifurcación de los hechos punibles en dolosos y culposos para unificarlos bajo la idea de que se trata de riesgos desaprobados por infracciones al deber de garantía. Así aparece la posición de garante como fundamento de toda imputación, tanto por conductas activas como omisivas. La causación activa y la omisiva son resumidas en el criterio superior de no evitación evitable⁴¹.

Esto es la consecuencia de la formulación de un concepto negativo de acción, de acuerdo con el cual la acción no sería sino la evitable omisión de evitar en posición de garante. Lo decisivo sería el deber de garante y la evitabilidad. Significa que también el autor activo debe ser contemplado como garante, porque es indiferente producir un daño o no impedirlo, lo importante es si el autor tenía el deber de evitarlo y si ello era posible. Con tales premisas quienes las sostienen piensan que el concepto básico de la teoría del delito debe ser la omisión.

Desde el punto de vista de la definición de la acción como comportamiento evitable es indiferente si el sujeto podía evitar causar activamente la muerte de otro (es decir, podía omitir lo que hizo) o si hubiera podido actuar para evitar la muerte. En ambos casos lo decisivo es la evitabilidad del suceso⁴².

⁴⁰Jakobs, Günter, Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

⁴¹Zaffaroni, Alagia y Slokar coinciden en que la actual posición sistémica identifica acción y omisión en el deber de asegurar o evitar que de la organización de una persona no derive un riesgo prohibido (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 543).

⁴²V. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1995, p. 20, nota 8: “El que organiza, el que hace uso de su libertad, se compromete (en cursiva en el original) a que de su organización, de su ámbito, no se deriven peligros, y en verdad siendo igual que estos deban ser atajados activa u omisivamente (en caso contrario, la solución es bien sencilla: no organizar). Cita este ejemplo: “Cuando el agua llegue a un determinado nivel, la labor del encargado de una presa puede consistir en abrir las compuertas de desagüe, siempre y cuando no se halle nadie en las cercanías de dichas válvulas de escape. Si el encargado de la presa realiza la apertura contra la prohibición, es un delito de comisión. Pero el supuesto se pueda reformular de modo que, en lugar de una prohibición, se trate de un ´mandato´equivalente: la apertura de las compuertas se produce automáticamente de forma tal, que el ´mandato´consista en desconectar el mecanismo en caso de que se encuentre alguien en las cercanías. Si el encargado no cumple el mandato y no oprime el botón que evita la apertura automática, se trata de un delito de omisión. Que el encargado en el primer supuesto apriete el botón de apertura, o en el segundo no apriete el botón de desconexión, no juega ningún papel en la valoración jurídica del suceso. Esta diferencia de comportamiento, en el primer caso mediante el quebrantamiento, mediante una acción, de la prohibición de organizar riesgosamente, en el segundo el mismo quebrantamiento pero mediante una omisión –la de desconectar- es jurídicamente irrelevante, sencillamente se rige según el causal *statuo quo* de la organización”.

h. La Posición de Garante Fundada en la Ponderación de Intereses.

Enrolada en la misma corriente, que podríamos identificar como una especie de normativismo con base sociológica, Frisch sostiene que el auténtico fundamento de la posición de garante estriba en la ponderación de intereses. Dicha ponderación pretende responder a la pregunta acerca de quién es especialmente competente, de acuerdo con los principios de distribución adecuada de libertades y de cargas⁴³ para evitar que se produzcan determinados cursos causales peligrosos para bienes jurídicos de terceros. Según el mismo autor, el caso más simple de dicha responsabilidad especial es el de la competencia atribuida para excluir los peligros que pudieran derivarse de la propia actuación: quien ejerce la libertad de configurar su conducta de forma autónoma y excluyendo la intromisión de terceras personas debe, a cambio, preocuparse de que su acción no implique peligros. Siempre según Frisch esta no es sólo la solución más simple y oportuna desde el punto de vista de los bienes jurídicos (pues el sujeto actuante es quien mejor puede conocer y suavizar el potencial peligro inherente a su acción), sino que, sobre todo, se trata de la distribución de cargas más adecuada y justa. No se pueden ejercer las libertades (y las ventajas que resultan de las mismas) y esperar que sean los terceros quienes se preocupen de reducir las posibles dificultades que dicho ejercicio de libertades pueda causar⁴⁴.

Yo creo que detrás de muchas de estas formas de concebir la razón por la cual se pretende imputar a alguien, diciendo que se halla en posición de garante, aparecen concepciones del Derecho no liberales. En ese sentido, no es extraño que haya un apego a las ideas de Hegel según las cuales en la medida en que el Estado es espíritu objetivo, el individuo posee sólo objetividad, verdad y eticidad como miembro del Estado mismo y a él se debe: estando obligado a responder por todo lo que posee, incluso sus hijos y sus animales domésticos. Cuando los que le pertenecen actúan, esto le compete, es una carga para él, ya que tiene la representación de aquello que se encuentra bajo su dirección, que es considerado una extensión de sí mismo. La idea es resumida por Perdomo diciendo que Hegel trata la responsabilidad como consecuencia del ejercicio de dominio sobre un ámbito de organización y como consecuencia de la lesión de un deber de atención o diligencia⁴⁵.

Llevando el pensamiento por ese sendero hasta el final del mismo, la responsabilidad se podría asignar prescindiendo de la culpabilidad. En otras palabras, esta línea de pensamiento lleva al terreno penal las argumentaciones civiles sobre el principio de liquidación: un proceso peligroso es admitido y esa permisión es compensada a través del deber de resarcimiento de daños: claro que - señalo yo - una cosa es solventar una deuda dineraria para cancelar la obligación nacida por la inercia del sujeto y otra muy distinta mandar a alguien a prisión invocando similares criterios.

⁴³Por mi parte entiendo que no es otra cosa que un desarrollo, con terminología moderna, del mandato *neminem laede*. Además la formulación es casi idéntica de la que usan los civilistas argentinos que en su momento cité. También repite estas ideas de carga-beneficio, Bottke, ob. cit., p. 145, quien dice que esto se plantea tanto en el Derecho Civil como en el Penal, pero no agrega nada acerca de por qué sería así..

⁴⁴Frisch, Wolfgang, Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, coordinadores S. Mir Puig y D.M. Luzón Pena, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 99 ss.

⁴⁵Perdomo Torres, Jorge Fernando, La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 2001, p. 107.

Para mí no sería ilógico suponer que las invocaciones del funcionalismo sistémico a la correcta organización pueden estar coincidiendo con el pensamiento de Hegel según el cual la armonía de las actuaciones individuales en el plano social sólo se puede alcanzar a través de un Estado poderoso⁴⁶.

II. Los Derechos Constitucionales.

A medida que fui glosando los distintos criterios doctrinarios emití juicios críticos, los que fueron esbozando mi propio razonamiento, que ahora resumo así:

Sería marchar en sentido contrario al de la evolución histórica del Derecho Penal desde la altura a que ha llegado actualmente, que asuma la actitud de plantear el rechazo absoluto al uso del instituto posición de garante. Lo que sí entiendo necesario es fijar su naturaleza y límites, para que no sea aplicado para extender la imputación en desmedro del principio de legalidad receptado por la Constitución nacional.

La idea garantía constituye el correlato de una obligación. En el orden jurídico-penal, y en el terreno que estoy considerando, significa que el titular de un bien (un individuo, una comunidad o el Estado) tiene derecho a exigir que alguien realice una actividad exterior efectiva destinada a que aquel interés jurídicamente protegido no se pierda o no sufra desmedro.

Lo que afirmo en el párrafo precedente: “tiene derecho”, ya advierte acerca de la primera línea demarcatoria a trazar, pues ilumina la posibilidad de que una sanción - en nuestro caso, la pena - siga al incumplimiento. Si en lugar de que el titular del bien tenga derecho y, por ende, exista la posibilidad de castigo al incumplidor, lo único que podrá hacer será lamentar la ausencia de un gesto solidario de parte de aquél, no habrá existido una auténtica obligación de actuar sino un requerimiento - sólo - humanitario.

En pocas palabras: Nunca puede formularse imputación penal por omitir si la conducta del sujeto consistió en dejar de aportar un auxilio al que no estaba jurídicamente obligado sino - en todo caso - compelido por la conciencia que, se supone, debe tener todo hombre de bien.

La fuente por antonomasia es la ley. Sin embargo, como resulta imposible que una ley formal resuelva lo que se debe hacer en cada hipótesis de hecho, se debe acudir al Derecho en general para darle sustento - jurídico - a la exigencia de una actuación positiva⁴⁷. En otras palabras: es preciso hallar, para cada situación a juzgar, la norma genérica (o específica, en su caso y si fuese posible que

⁴⁶Sauer, Guillermo, Derecho Penal. Parte general, Bosch, Barcelona, 1956, p. 148: “Nada hay que decir de la tentativa de solución del P. 1936: A causa de omisión es punible quien ‘según el sano sentimiento popular aparece como autor’ y solamente una transferencia es la medida de la ‘responsabilidad solidaria’ o la inserción en el tipo de autor...” En nota habla de “la amplia base conferida a los delitos de omisión por el Estado nazi...” menciona también la crítica a la dirección dominante (se está refiriendo siempre a la época nazi) de ver en la infracción de los deberes jurídicos la línea demarcatoria de la omisión, ensanchándose ésta, a costa del principio de la seguridad jurídica.

⁴⁷Cabe recordar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a la Constitución nacional en 1994, menciona la posibilidad de una condena por omisión y acude, ya no a la ley formal, sino a los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional (art. 15, 2º párrafo) con lo cual es dable interpretar que la expresión “ley” del art. 19 C.N. se extiende a todas las fuentes del Derecho; no sólo a la ley formal, sancionada por el Congreso. Esto da pie a sostener que la posición de garante puede surgir tanto de la fuente formal (la ley) como de fuentes materiales reconocidas por el Derecho en su conjunto, incluso por sus principios generales. Similar extensión: de “ley” a “Derecho” se produce con motivo de la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que a él remite (art. 9).

se encuentre formulada previamente) que avale la imposición de una conducta dirigida a salvaguardar el bien amenazado. Alguna doctrina cree hallar que esa norma es la prohibición de dañar (*neminen laede*) pero resulta obvio que la misma formulación no identifica una regla que obligue sino una que veda. De todas maneras podría interpretarse que el daño se concreta porque no el sujeto no interfiere - pudiendo hacerlo - el curso de un acontecimiento que llevará a que el perjuicio se materialice. En este orden de ideas, queda claro que sólo se le podrá imputar el resultado, a título de dolo, si ha obrado con conocimiento de los elementos que constituyen el tipo objetivo y con voluntad de realizar la conducta en cuestión⁴⁸.

El vínculo jurídico se establece entre el necesitado y el omitente, de lo que resulta que constituye una relación entre personas identificadas: no se extiende a terceros. Alguien, con nombre y apellido, está obligado a actuar, pues la indemnidad del bien depende absolutamente de él porque es el dueño del proceso que ha de llevar o no al resultado; no se trata de un mandato dirigido a cualquiera. Por lo mismo, para indicarlo resulta imposible utilizar la fórmula “El que... o “quien...” que aparece en la mayoría de los preceptos de la Parte Especial del Código penal y de las leyes penales especiales, en los casos en los que todos pueden constituirse en sujetos activos del delito de que se trate. Respecto de este sujeto es más fuerte (que en relación con los demás) la expectativa de una conducta positiva pues existe un deber especial que la genera⁴⁹.

⁴⁸Dejo de lado la cuestión relativa a la tipicidad culposa pues, me parece innecesario invocar el concepto posición de garante en ese ámbito.

⁴⁹Nino, Carlos Santiago, ¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión), LL, 1979-C, p. 815.

Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique. Delitos Impropios de Omisión. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

BOTTKE, Wilfried. Responsabilidad por la No Evitación de Hechos Punibles de Subordinados en la Empresa Económica. En: Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto, coordinadores S. Mir Puig y D.M. Luzón Pena. Barcelona: J.M. Bosch, 1996.

CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal, Traducido por Octavio Béeche y Alberto Gallegos, San José de Costa Rica: ILANUD, 2000.

CIFUENTES, Santos (Director) y SAGARNA, Fernando (Coordinador). Código Civil Comentado y Anotado, Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2003.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, Traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRISCH, Wolfgang. Problemas Fundamentales de la Responsabilidad Penal de los Órganos de Dirección de la Empresa. Responsabilidad Penal en el Ámbito de la Responsabilidad de la Empresa y de la División del Trabajo. En: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto coordinadores S. Mir Puig y D.M. Luzón Pena. Barcelona: J.M. Bosch, 1996

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación Objetiva y Conducta de la Víctima. México D.F., Ubijus, 2006.

GÓMEZ ALLER, Jacobo Dopico. Omisión e injerencia en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

HOYER, Andreas. Ciencia del Derecho Penal y Nacionalsocialismo. En: Revista La Ley, Nº 23, enero 2009.

JAKOBS, Günter. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte general, Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Código Civil Anotado, Doctrina - Jurisprudencia, Tomo II-b. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1979.

LUCERO OFFREDI, Guillermo. El Tipo Doloso de Omisión. En: Derecho Penal. Parte General. Libro de

Estudio. Coordinado por Carlos J. Lascano. Córdoba: Advocatus, 2002.

NINO, Carlos Santiago. ¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión). En: Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 1979-c, 197 LL, 1979-C..

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Omisión Impropia y Derecho Penal (Acerca del Artículo 11 del Código Penal Español). En: Revista Penal, Nº 20, julio 2007.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El Delito de Comisión por Omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano.

_____, La Problemática de la Posición de Garante en los Delitos de Comisión por Omisión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Límites de los Delitos de Comisión por Omisión. En: Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en Homenaje a Claus Roxin, Madrid: Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales, 1994.

ROXIN, Claus. Injerencia e Imputación Objetiva. En: Revista Penal, Nº 19, enero 2007.

SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. Intervención Omisiva, Posición de Garante y Prohibición de Sobrevaloración del Aporte. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1995.

SAUER, Guillermo. Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Bosch, 1956.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El Delito de Omisión, Concepto y Sistema. Barcelona: Bosch, 1986.

_____. La Responsabilidad Penal del Médico por Omisión. En: Avances de la Medicina y Derecho Penal. Barcelona: PPU; 1988.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Límites Políticos Criminales del Delito de Comisión por Omisión. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. XXXVII, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000.