

LA ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN Y SU TENTATIVA

MARCO ALBERTO VILLAR

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo desarrolla fundamentalmente la estructura de la omisión propia por ser la que presenta mayores dificultades en punto a su tentativa.

En lugar de analizar el comienzo de ejecución con base en la estructura aceptada del delito de omisión propia, se adopta el camino de analizar la estructura de estos delitos a la luz del concepto de omisión (tomándolo como ontológico-normativo) y la norma penal que sirve de enlace entre ambos elementos mencionados. Creo que ello evita forzar las clasificaciones hechas para los delitos comisivos (p.ej., pura actividad, de peligro) o torturar la estructura de la omisión.

El trabajo se desarrolla en las siguientes etapas:

- a) Criterios de clasificación. Crítica.
- b) Configuración estructural de la omisión propia.
 - 1) El resultado. Su función.
 - 2) Peligro y causalidad.
 - 3) Norma penal y estructura de la omisión.
- c) Estructura de la omisión impropia.
- d) La tentativa.

2. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN

Se han postulado en doctrina diversos criterios de diferenciación entre los delitos propios de omisión y los impropios; entre ellos podemos mencionar los siguientes:

a) Según una posición los delitos propios de omisión se caracterizan por contener un mandato de acción, sin tener en cuenta a los efectos de la tipicidad si se evitó o no la lesión del bien jurídico. Los delitos impropios de omisión requieren evitar la producción de un resultado, la realización del tipo depende de la producción del resultado¹.

b) Otro criterio es el que considera que la característica de los delitos propios de omisión es la de estar expresamente tipificados².

c) Una tercera posibilidad consiste en considerar a la posición de garante como elemento diferencial de ambas especies de omisión³.

3. CRÍTICA

El primer criterio enunciado implica una abstracción o separación entre la norma y el bien jurídico tutelado. La norma tendría como fundamento un puro deber de obediencia. Excluir al bien jurídico como elemento material del injusto y sólo deja subsistente en todo caso su función interpretativa⁴.

El error de este criterio es que parte de la idea de equiparar a la omisión propia con los delitos de pura actividad, es decir como su correlato omisivo, mas en los delitos de pura actividad con la sola acción se lesiona el bien jurídico y en la omisión propia el bien jurídico puede subsistir en el tiempo sin ser lesionado por la omisión en cuestión.

La segunda sistematización propuesta responde sólo a un esquema formal, sin consideración a una diferenciación material entre ambas especies de omisión. Por ende no habría una diferencia ontológica entre ambas especies, nos re-

¹ Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1984, p. 225; Wessels, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, tr. de la 6ª ed. Conrado Fassi, Bs. As., Depalma, 1980, p. 208; Meager, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, Libro de Estudio, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1957, p. 118.

² Weiszel, Hans, *Derecho penal. Parte general*, tr. Bustos Ramírez - Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, ed. Jurídica, 1975; Novoa Monreal, *Los delitos de omisión*, en "Doctrina Penal", año 6, n° 21.

³ Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, tr. Gladis Romero, Madrid, Edersa, 1982, p. 291-292, § 985.

⁴ Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal español*, p. 55.

ferimos no al concepto de omisión sino a las construcciones lógico-reales o lógico-objetivas que reconocen ambas especies de omisión, es decir su constitución ontológica externa³.

El problema del tercer criterio reside en que la posición de garante resulta generalmente de una elaboración judicial y ello obsta a que se la constituya como criterio rector adecuado.

Entonces la pregunta sería ¿cuál es el criterio de diferenciación adecuado? La respuesta a este interrogante surgirá de la estructura del delito propio de omisión como omisión pura, es decir sin sujetar a la omisión a esquemas conceptuales de los delitos de comisión. Podemos adelantar que el resultado va a tener una función importante en este tema.

4. CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL DE LA OMISIÓN PROPIA

a) El resultado. Su función

Partiremos del acuerdo de que el resultado no forma parte del tipo en los delitos propios de omisión. Vamos a discutir la función del resultado no con referencia a los delitos de omisión, sino a la omisión propiamente dicha.

El resultado significa la concreción de la lesión al bien jurídico, en cabeza del objeto de la acción o de la omisión. Es decir, la función del resultado fuera de la discusión de si es parte del tipo o condición objetiva de punibilidad, es la de actuar como límite fáctico de la posibilidad de acción u omisión (o de conducta, si se la admite como concepto superior), sobre el objeto en el cual se concreta la tutela penal. Y esto es válido para cualquier clase de delito de que se trate. Sólo se puede omitir con referencia a algo que existe y mientras ese algo aún existe. Aunque el resultado no forme parte del tipo en los delitos propios de omisión tiene igualmente el carácter de límite máximo a la posibilidad de seguir omitiendo, una vez que desaparece el sujeto que estaba en peligro, por ejemplo, en el caso del art. 108 del Cód. Penal, porque muere, el sujeto obligado ya no estaría omitiendo. No tendría más posibilidad de omitir. Con la muerte se habría consumado la última posibilidad de actuar y a

³ Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho*, tr. E. Gimbernat Ordeig, Taurus, 1988, p. 451.

su vez de omitir. Debemos destacar que esta función que cumple el resultado como límite espacio-temporal, la cumple también cualquier hecho, evento o acción que no sea la acción mandada al sujeto obligado (porque en este caso ya no estaría incumpliendo con la norma) que saque de la situación de peligro al bien jurídico.

Acabamos de establecer cuál sería el límite máximo a la posibilidad de seguir omitiendo, mas ¿cuál sería el límite mínimo en el cual se comienza a omitir?

Para considerar a un sujeto omitente, éste debe tener conocimiento de las circunstancias que la norma considera presupuesto de su violación omisiva, es decir debe tener capacidad de acción⁴. Por ende, desde que esta capacidad de acción existe y a su vez existe el deber de ejecutar la acción (respectivamente, aspecto ontológico y normativo de la omisión), estamos ante el principio de la omisión, es decir, su límite mínimo.

Concluyendo podemos decir que no habría omisión sino cuando la inactividad o la realización de acciones distintas de la mandada se dan en el espacio de tiempo que existe entre la marca mínima y la máxima en cualquier punto que ello fuera, pero sigue siendo una la omisión hasta ese punto máximo, ya que hasta él se extiende el mandato de acción. Como ejemplo podemos tomar al tipo penal contenido en el art. 108 del Cód. Penal y estructurar su norma de la siguiente manera: "realiza una acción que tienda a hacer cesar el peligro en que se encuentra el bien jurídico". Este mandato puede cumplirse hasta el momento en que se produce el resultado de muerte, o hasta el instante en que se salva el sujeto en peligro por cualquier circunstancia ajena a él, sobre el cual se ha concretado la norma. Lo que se puede objetar aquí es que la norma estructurada de esta manera, aparece indiferente ante el disvalor de omisión (como correlato del disvalor de acción en los delitos comisivos), daría lo mismo arrepentirse, es decir ejecutar la acción mandada, en cual-

⁴ Kaufmann, Armin. Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. tr. Bacigalupo - Garzón Valdés, Bs. As., Depalma, 1977, p. 184 y siguientes. Citamos aquí este autor, mas del texto de este párrafo de la monografía surge un agregado a esta capacidad de acción para hablar de omisión que es la existencia del deber; sin este deber estaríamos ante un no hacer, pero no ante un comportamiento omisivo que se caracteriza por ser un no hacer desvalorado y este disvalor surge siempre de una norma. Sobre este punto ver Gimbernat Ordeig, E., Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento.

quier punto de la franja que abarca los límites antes reseñados. Por ejemplo, da lo mismo salvar a alguien que se está ahogando desde el primer momento en que tomamos conciencia de que ello sucede, que salvarlo en el último momento posible. Pareciera que por escapar a la asimilación de la omisión propia con los delitos de pura actividad hemos caído en un opuesto igualmente grave.

Más la forma de salvar esta crítica es diciendo que el deber indica realizar la acción desde el primer momento en que se tomó conciencia de la situación de peligro, desde el límite mínimo hasta el límite máximo se desarrolla una tentativa⁷.

b) Peligro y causalidad

Hasta ahora se ha hablado de un resultado como referente fáctico ajeno al delito propio de omisión, pero necesario al concepto de omisión, y también se ha hablado de peligro. Vale una aclaración con respecto a esto último. En los delitos comisivos la acción introduce el peligro, lo crea, mas en la omisión el peligro es presupuesto de la acción mandada, existe ya un estado de cosas disvalioso que la acción del sujeto debe tender a hacer cesar.

La omisión propia no es un delito de peligro⁸, se basa en una situación de peligro. Lo que cuenta primordialmente en la omisión es el disvalor de omisión que aumenta a medida que aumenta el peligro para el bien jurídico; en cambio, en los delitos de peligro comisivos, lo fundamental es el disvalor de resultado (entendido como puesta en peligro del bien jurídico) y éste se realiza desde el primer momento en que se ejecuta la acción y, por ende, en ellos no existe posibilidad de tentativa⁹. El delito de peligro es la conversión por parte del legislador de la tentativa inacabada en un tipo autónomo, a través de una transformación de disvalores, ya que lo que es disvalor de acción en la tentativa, se convierte en disvalor de resultado en el delito de peligro. Esto ocurre con la tentativa inacabada, porque al convertirla en un

⁷ El tema de la tentativa se desarrollará más adelante una vez concluida la estructura de la omisión (ver punto 6).

⁸ El delito de peligro consiste en la producción de una situación de peligro para el objeto de protección presupuesto en el tipo. Wezzala, *Derecho penal*, p. 9.

⁹ Ver Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1977, p. 332, § 2.

tipo autónomo se detiene la posibilidad de desarrollo y lo considera consumado desde el primer momento en que la acción crea un peligro, y con ello convierte al principio de ejecución en un juicio de probabilidad objetiva¹⁸.

Este juicio de probabilidad objetiva no es más que una constatación de la aptitud causal de la acción en cuestión¹⁹. Si en el delito de peligro para determinar su existencia se debe hacer esta constatación, en la omisión que se basa en una situación de peligro y su desarrollo en el tiempo el iter causal cumple una misión real y no hipotética. Desarrollo causal vertido sobre la situación de peligro y juicio causal (obviamente hipotético) referido a la omisión como elemento no obstativo a ese desarrollo causal.

Estos dos elementos causales no forman parte del tipo de la omisión propia, pero sí de la estructura de la omisión como realidad jurídica.

Frente a un sujeto determinado, debe darse un cierto estado de cosas (desvalorado) que es presupuesto del deber que surge de la norma penal, norma ésta que constituye al sujeto (con capacidad de acción) en sujeto omitente. Este estado de cosas tiene un desarrollo causal, que termina o no en un resultado. Que este desarrollo forme parte del tipo o no, es otra cuestión; pero que para que exista omisión se lo debe considerar, ello es indudable.

La norma se va a estructurar en base a este desarrollo, ella va a prolongar la duración o mejor dicho la extensión de la omisión, según se encuentre la situación del objeto de protección.

Utilizando otra terminología, podemos decir que al lado de ese hecho temporal que es el no hacer (al cual la causalidad es ajena) se halla un hecho formal (que implica transformación y por ende causalidad) que es captado por la norma que convierte a ese no hacer en una omisión desvalorada²⁰.

¹⁸ Este juicio de probabilidad requiere un doble orden de conocimientos: conocimiento nomológico y conocimiento ontológico. Ver Rodríguez Mourullo, *ob. cit.*, p. 338.

¹⁹ Existe una equivalencia entre la probabilidad objetiva y la causalidad adecuada elaborada por von Kries. Para una explicación más detallada ver Gimbernat Ordeig, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, 1986, p. 25.

²⁰ Carnelutti realiza una clasificación de los hechos en temporales, espaciales y formales. El hecho temporal consiste en una sucesión de situaciones idénticas, lo que cambia es sólo la dimensión temporal. El hecho

Todo este desarrollo está sujeto a una crítica, se está presuponiendo que siempre en la omisión hay una situación temporal, es decir una sucesión temporal. Sin embargo, habría omisiones en que la consumación es instantánea.

Existen dos casos en que la omisión no implica una sucesión temporal perceptible o fraccionable:

- 1) Un caso que surge de la situación de hecho concreta.
- 2) Según la naturaleza del bien jurídico de que se trate.

Un tipo penal que encuadra en ambos supuestos es el contenido en el art. 248 del Cód. Penal¹³.

Queremos aclarar que sucesión siempre hay, mas en los casos reseñados como excepciones ella no es fraccionable a los efectos prácticos, es decir para constituir una tentativa.

La importancia de constatar la causalidad reside en que se necesita saber si el objeto de protección se halla en una situación, que puede tener aptitud para llegar a la lesión del bien jurídico. En cuanto al juicio causal cumple la función de determinar si la omisión influye sobre aquel desarrollo positivamente como concausa no obstativa (causa en sentido jurídico) lo cual implica que existía un dominio potencial del suceso por parte del omitente.

En realidad en la capacidad de acción está incluido este juicio causal, sólo que se refiere al realizado por el sujeto omitente, sobre la posibilidad de influir su omisión sobre el desarrollo del suceso, si considera a su omisión irrelevante, carece de dolo (aunque tal vez subsista la culpa). Vemos que la diferencia entre el juicio causal, realizado en el primer caso, y el que realiza el sujeto como elemento de la capacidad de acción¹⁴ difieren en su ubicación dentro de la

espacial se caracteriza por una continuidad de contenido entre las situaciones sucesivas. El hecho formal se define como una progresión de situaciones cualitativamente diversas. Sólo el hecho formal implica causalidad. Carmelutti, *Teoría general del derecho*, tr. Carlos G. Pozada, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941.

¹³ Cabe aclarar que mencionamos este tipo que parece indicar una inversión de la regla, mas es posible pensar casos en los cuales se dé una sucesión temporal.

¹⁴ Kaufmann considera como segundo elemento componente de la capacidad de acción que "el sujeto tiene además que estar en condiciones de calcular, en virtud de su conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes y de su saber causal en general, el curso de la acción prohibida". Aunque el concepto está referido a la comisión es aplicable a la omisión (*Teoría de las normas*, p. 187).

estructura del delito de omisión; el primero apunta a la estructura del concepto de omisión y el segundo al tipo subjetivo.

c) Norma penal y estructura de la omisión

Como se ha visto anteriormente la estructura de la omisión propia ha variado bastante respecto del criterio tradicional.

Dicha estructura ha cambiado fundamentalmente a nivel de la norma penal en interpretación armónica con el concepto de omisión, no así a nivel típico.

El tipo capta la norma parcialmente, a éste no le interesa el resultado en el cual se manifiesta la lesión al bien jurídico o, en su caso, la no producción del resultado por cuestiones ajenas a la acción mandada al sujeto omitente. Lo único que le interesa es, que frente al deber generado en una situación de hecho determinada, el sujeto actúe. Por ende, se está cortando arbitrariamente la finalidad de la omisión, mas este problema es salvado por la norma que incluye en sí al resultado como referente fáctico y al desarrollo del suceso, el cual (este último) sí se traslada al tipo, dándole a la omisión su carácter de unidad de sentido. Esto es, la omisión no existe sin el suceso al cual está unida. Tal suceso crea una unidad de omisión, que es inquebrantable mientras éste perdure en su desarrollo.

Consideremos un ejemplo: A se está ahogando y lo ven dos sujetos: X e Y. X ve a A (sabe que se está ahogando, sabe que lo puede ayudar y que debe hacerlo) y se sienta a mirar cómo se ahoga. También lo ve Y, pero éste se aleja un paso; ve que se sigue ahogando, se aleja otro paso, y así sucesivamente. En este caso X estaría cometiendo sólo una omisión; no es posible, a través de la conciencia del sujeto, establecer un corte temporal en su omisión; que es lo que sí se puede hacer en el caso de Y; por cada paso que da, comete una nueva omisión y el fraccionamiento temporal lo determinan sus acciones (es decir los pasos). Esto nos muestra una falla en la tesis que asimila la omisión propia a los delitos de pura actividad. Pensamos que el disvalor de omisión es mayor en X que en Y y, sin embargo, X comete una sola omisión e Y comete infinitas omisiones. Según la estructura de la omisión propia esbozada en este trabajo, ambos cometen una sola omisión, puesto que el hecho formal base de sus omisiones es el mismo.

5. ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN IMPROPIA

Ésta no varía básicamente, en ella el tipo capta la misma norma que sirve de base a la omisión propia; ésta sólo manda a realizar la acción tendiente a evitar la lesión del bien jurídico, es decir, evitar el resultado si ello es posible.

Entonces la pregunta sería: ¿cuál es la diferencia entre ambos delitos de omisión? En principio, es que en la impropia ante la no ejecución de la acción mandada, el resultado aumenta la punibilidad; en cambio, en la propia, el resultado sólo es referente fáctico¹⁵.

La justificación de esta diferencia está dada por la posición de garante. Si se atribuye mayor pena por existir un resultado, tiene que existir una posición de garante.

En este punto hemos llegado a determinar el criterio de diferenciación planteado en la primera página. Este es que en la omisión impropia existe un resultado e, ineludiblemente, una posición de garante junto a él¹⁶. Se puede objetar que podría haber casos en que se aumente la pena por existir un resultado y no posición de garante, o a la inversa. En el primer caso se amplía a todo sujeto la obligación de evitar el resultado (si ello es posible), lo cual constituye una reglamentación de la vida social inconciliable con la idea de una sociedad libre¹⁷. Pero el problema dogmático reside en que la posición de garante es necesaria, para que la infracción a un deber de acción caiga en el ámbito de un delito de omisión¹⁸. Esto trae aparejado una agudización del problema que plantea la omisión impropia, en cuanto al principio de legalidad.

En el caso de que exista una posición de garante y el tipo no contemple el resultado, sería un caso de omisión propia.

¹⁵ Con respecto al resultado en la omisión impropia ver Schöne, Wolfgang, *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1974-191.

¹⁶ En este punto cabe acotar, que el ejemplo puesto como excepción a la regla de la estructura de la omisión propia como un suceso temporal fraccionable con fines prácticos, cae por ser el art. 248 del Cód. Penal una omisión impropia.

¹⁷ Novoa Morreal, *Los delitos de omisión*, en "Doctrina Penal", año 6, n° 21, p. 40.

¹⁸ Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, *Rs. As.*, Panedillo, 1970, p. 40.

6. LA TENTATIVA

Luego del análisis de la estructura de ambas especies de delitos de omisión, el estudio de la tentativa se simplifica sobremanera.

Cabe aclarar que lo que se evalúa aquí no es la tentativa de omisión, sino la omisión de intentar cumplir el deber.

Para determinar la existencia de tentativa debemos determinar el principio de ejecución. Existen dos posturas básicas al respecto:

a) Comienza la tentativa cuando comienza la lesión al deber (que puede surgir de una posición de garante o no), es decir, desde el comienzo del estado de peligro que hace exigible una intervención²⁸.

b) Hay principio de ejecución antes del momento preciso en que la intervención deja de tener posibilidad de ser eficaz²⁹.

Existen dos objeciones al primer criterio³⁰:

1) Que el mandato de acción sea indiferente al momento en que se ejecuta.

2) Que las posibilidades de acción se den a lo largo de un lapso temporal más o menos dilatado.

Ambas objeciones se basan en que existen situaciones en que luego de surgir el mandato, el peligro no aumenta hasta la consumación. Mas el mandato no surge en una situación neutra para el bien jurídico, sino que lo hace cuando el bien jurídico se halla ante una situación desvalorada socialmente, a la cual la norma agrega el disvalor jurídico que convierte el no hacer en omisión. La acción mandada debe ejecutarse desde el primer momento, ya que aunque el peligro no aumente progresivamente, la consumación se acerca ineludiblemente, y cada minuto que pasa se va acer-

²⁸ Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, p. 154. Los que asimilan la omisión propia a los delitos de pura actividad sólo la admiten en los impropios. Stratenwerth, *Deverbo penal*, p. 314, § 1058, propone un criterio similar.

²⁹ Bacigalupo, *ob. cit.*, p. 155; Welzel, *ob. cit.*, p. 284 y 304.

³⁰ Estas objeciones han sido extraídas de Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*.

cando a la consumación según su dominio potencial del suceso.

En cuanto al segundo criterio, trae una gran inseguridad ya que nunca se sabe con exactitud cuándo es el último momento útil. Además, el segundo criterio, más que como principio de ejecución, funciona como desistimiento eficaz de la tentativa hasta ahí realizada.

Lo único que dice es que si actúa antes de que la evitación del resultado no sea posible, no hay tentativa; el lapso anterior en todo caso resultaría ser una omisión preparatoria, lo cual sería dejar de lado el disvalor de omisión; por ejemplo, si yo veo a alguien ahogarse y lo dejo tragar agua hasta que en el último momento lo salvo. Nos parece que el efecto que trae aparejado este criterio es reprochable desde todo punto de vista.

En resumen, como consecuencia lógica al desarrollo realizado de la estructura de la omisión propia, el principio de ejecución se define de la misma forma que en la omisión impropia y responde al primer criterio reseñado.

En tanto, si la omisión se realiza junto al desarrollo de una sucesión temporal, el momento en que el sujeto omitente considere que el resultado, como límite fáctico a la posibilidad de omisión, se puede producir según el plan estructurado con base en su saber causal, estaremos ante una tentativa acabada.

La tentativa en la omisión siempre es inidónea, puesto que lo único que aporta el sujeto omitente al suceso externo, es precisamente su omisión que se constituye en causa no obstativa a dicho suceso, mas no tiene fuerza causal positiva (como si la tiene la acción)²², por ende, no puede modificar la dirección causal de dicho suceso. Pero lo que puede determinar el corte del desarrollo causal del suceso externo es el grado de tentativa. Si se corta el desarrollo del suceso luego del punto en que el sujeto consideraba que podía producirse el resultado, la tentativa será acabada; pero si se corta antes de tal momento, la tentativa será inacabada, lo cual obstaría a un desistimiento antes que la tentativa se transformara en acabada.

²² Schopenhauer expresa que la causalidad se encuentra en relación exclusiva con cambios, y sólo tiene siempre que ver con ellos. Sobre la cuádruple raíz del principio de razón suficiente ver cap. IV, § 20.

7. GRÁFICO SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN PROPIA

