

EL NEXO DE EVITACIÓN EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

Por Florencia Sol Santaella Sassano

El presente artículo tiene por finalidad abordar la insuficiencia del concepto de causalidad en los delitos de omisión impropia y demostrar la existencia de un nexo de evitación entre la inacción del autor y el resultado lesivo.

I. Concepto de omisión

Según la Real Academia Española una de las acepciones del verbo omitir consiste en “abstenerse de hacer algo.” Esta definición no está lejos del concepto jurídico penal del delito de omisión, pues tal como lo dice su enunciado, es no hacer una determinada acción que debería haberse realizado a fin de evitar un resultado lesivo de un bien jurídico en particular, ya que se excede un riesgo permitido.

En el concepto de omisión existe una forma legislada del tipo omisivo en el cual se prevé una pena por el incumplimiento de una obligación de actuar y, una forma no legislada¹, en la que se castiga a quien evita que un determinado interés sufra un desmedro a pesar de estar obligado a hacerlo.² Así, la primera opción se trata de una omisión simple y se la califica como pura o propia (como por ejemplo la omisión de auxilio prevista en el art. 108 del Código Penal) Mientras que a la segunda variante se la denomina impropia.³ En este último supuesto, es el caso de la madre que deja de morir de hambre a su bebé recién nacido, de manera que esta última actúa como garante, por la responsabilidad que tiene respecto a él, que se encuentra incapacitado de valerse por sí mismo.

II. La insuficiencia del concepto de causalidad

Como primera medida y a fin de analizar la existencia o no de la causalidad en los delitos de omisión, he de remontarme al último tercio del siglo XIX. Así, en consideración a que en la omisión impropia el resultado le es imputable al garante inactivo, un importante sector de la doctrina, para justificar la equiparación entre acción y omisión, buscó en esta última alguna actividad a la que se pudiera

¹ Esta consideración está tomada respecto de la República Argentina solamente.

² Terragni, M.A., *Delito de omisión y posición de garante en derecho penal*, 1ra edición, Santa Fe Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, pág. 62.

³ Cfr. *Ibidem*, Terragni, pág. 63.

reconducir la modificación del mundo exterior.⁴ De tal forma, para Luden la causalidad en la omisión debería ser buscada en el movimiento corporal que desarrolla simultáneamente el omitente mientras no impide el resultado. Asimismo, para Krug, Glaser y Merkel ello debería encontrarse en la acción anterior del omitente creadora de la situación de peligro que después no se evita. Y, finalmente, para Binding, ello surge de la acción interna del omitente para reprimir sus impulsos de ejecutar la acción que habría evitado el resultado.⁵

Más allá de todo ello, la causalidad en la omisión no podría resolver todos los inconvenientes, ya que no toda omisión de evitar un resultado es penalmente relevante. De esta forma, si toda omisión fuera causal, todo omitente sería causante del resultado, por ej.: en el caso de la madre que no alimenta a su niño, no solamente es ella omitente, sino también los vecinos que no lo hicieron.⁶ Es decir, afirmar la causalidad en la omisión implicaría retrotraerse al pasado, de manera que se produciría un devenir infinito de una cadena de causalidad, que tendría como resultado situaciones más que ridículas y totalmente injustas. Con ello, claramente, queda más que demostrado que no sería justo hablar de causalidad en la omisión, conforme a la fórmula de la justicia que es dar a cada uno lo suyo.⁷

Además, la omisión en sí misma es la no realización de algo debido y no tiene una existencia fáctica, por lo que no puede causar un resultado y, tal como afirma el principio filosófico grecolatino, *ex nihilo nihil fit* (de la nada, nada surge).⁸

III. El nexo de evitación

⁴ Cfr. Gimbernat Ordeig, E., *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión*, Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 53, Fasc/Mes 1, 2000, págs. 29-132, pág. 31.

⁵ Cfr. *Ibidem*, págs. 31-32.

⁶ Cfr. Bacigalupo Zapater, E., *Conducta Precedente y posición de garante en el derecho penal*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 23, Fasc/Mes 1, 1970, págs. 542-543.

⁷ Cfr. Hervada, J., *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Bogotá, Colombia, Temis, 2006, pág. 2: “Dar a cada uno lo suyo es una necesidad social; que los hombres dan a cada uno lo suyo – también que a veces no lo hacen, y esto es la injusticia – es un hecho social”.

⁸ Cfr. Luzón Pena, D., *Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: Creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión como criterio normativo de equivalencia a la causación activa*, Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, España, IB de F, 2017, pág. 685.

Actualmente, gran parte de la doctrina niega la causalidad en la omisión y así Welzel⁹ sostiene: “Al autor de una omisión no se le castiga por causar el resultado típico, sino por no haberlo evitado... La omisión como no realización de un acto no causa absolutamente nada”. “Entre omisión y resultado no puede existir relación de causalidad, ya que aquella se caracteriza por un no-movimiento, y los no-movimientos no pueden producir modificación alguna del mundo exterior.”¹⁰

En tal sentido, en estos tipos de delitos la comprobación física del nexo de causalidad natural resulta imposible. Así, tanto la doctrina como jurisprudencia tradicionales explican que un resultado típico puede ser imputado a una omisión cuando la acción omitida habría evitado el efecto con una probabilidad rayana en la certeza.¹¹

Hoy en día, la doctrina dominante afirma que no es necesario demostrar una verdadera relación de causalidad entre omisión y resultado. Como ya anticipara en el párrafo precedente, existen dos conclusiones: 1) Se habla de una causalidad hipotética, esto es una virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo y 2) En cualquier caso, es imposible sostener que un actuar positivo pueda haber sido causado, en virtud de las ciencias de la naturaleza, por un puro no hacer.¹²

En ese orden de ideas, “tanto si se estima que la omisión es realmente causal como si se mantiene que es solo ‘(cuasi)causal’ o ‘potencialmente causal’, o ‘causal en sentido figurado’, o ‘análogamente causal’, o ‘hipotéticamente causal’, en lo que existe amplio acuerdo es en afirmar que el resultado únicamente se le puede imputar al omitente cuando la acción hubiera evitado el resultado.”¹³ De forma tal que, para que una imputación objetiva sea posible es necesario que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se encontraba en posición de garante.¹⁴ Así, se trata de esclarecer un nexo de imputación que compruebe que la intervención omitida habría evitado el

⁹ ROXIN, C., *Derecho Penal parte general, Especiales formas de aparición del delito*, tomo II, Thomson Reuters - Civitas, Buenos Aires, 2015, pág. 767, en Welzel, *StrafR* 11°, 212 s.

¹⁰ Gimbernat, *La causalidad en la omisión impropia...*, pág. 33.

¹¹ Cfr. Terragni, M.A., *Delito Omisivo, Causalidad e imputación objetiva*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, Revista de Derecho Penal, 2010, *Imputación, causalidad y ciencia*, tomo I, dirigido por Edgardo Alberto Donna, pág. 248.

¹² Cfr. Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, 8va edición, Buenos Aires, IB de F, 2008, pág. 330.

¹³ Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia...*, pág. 48, en Traeger, 1904, p. 72.

¹⁴ Cfr. Mir Puig, pág. 330, en Bacigalupo, *Delitos de omisión*, pág. 90.

resultado, al menos con práctica seguridad.¹⁵

A modo de fortalecer tales posturas doctrinarias “la jurisprudencia del BGH, adhiriéndose al RG, parte de que ‘una omisión’ es ‘causal para un resultado cuando este se habría evitado a través de la acción no efectuada (BGHSt 6, 1s).¹⁶

Con el objeto de esclarecer la formulación precedente, expondré el siguiente caso, basado en hechos reales¹⁷: cuatro jóvenes se encontraban en un departamento, mientras consumían estupefacientes. En un determinado momento, uno de ellos comenzó a convulsionar. Ante tal situación, los tres sujetos restantes, luego un rato largo, lo colocaron en el interior de un automóvil y condujeron sin rumbo alguno. A pesar de encontrarse cerca de una clínica pública, luego de un tiempo considerable, se dirigieron a una privada, donde, finalmente, falleció el individuo que estaba convulsionando.

Entonces, cabe preguntar si, de haber realizado las diligencias necesarias, podría haberse evitado la muerte del sujeto. La clave se halla, entonces, en la palabra “evitación”.

“La falta de causalidad empírica, determina que se intente establecer una suerte de “causalidad hipotética” que permita sostener que el omitente pudo haber evitado el resultado porque tenía en sus manos el control del riesgo típico.”¹⁸

Concretamente, dentro de la estructura típica del delito omisivo, se reemplaza la causalidad por el nexo de evitación.

No se menciona la relación causal, sino el nexo de evitación, ¿qué habría ocurrido si lo llevaban al hospital público? ¿se hubiera salvado? ¿se habría evitado la muerte?

El resultado, muerte en este caso, se presenta como parte integrante del tipo objetivo, junto a una relación causal con la acción omitida, que, si bien no es estrictamente real, funciona como potencial a través de un nexo de evitación, a partir del cual el resultado es imputable al omitente si

¹⁵ Cfr. Makintach, J. *El Agente penitenciario como garante y cómplice de agresiones entre internos*, Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro, Servicio Gráficos del CASI, tomo 33, San Isidro, dirigido por Delma B. Cabrera y Marcelo Rodríguez Jordán, pág. 83, en Stratenwerth G., Derecho Penal, Parte General I, *El hecho punible*, 4ta edición totalmente relaborado. Traducción de Manuel Cancio Melia y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 97, en Mir Puig, pp. 318-319.

¹⁶ RoxinOXIN, *Derecho Penal parte general, Especiales formas de aparición del delito*, tomo II, pág. 768.

¹⁷ Tribunal en lo Criminal n° 2 Departamental de San Isidro, Pcia. de Buenos Aires, causa n° 14.279 “R. L., P. R. y D. C. s/ abandono de persona seguido de muerte”.

¹⁸ Voto del Sr. Juez Lino Mirabelli en la causa n° 14.279 (*ibidem*).

este pudo reducir, de manera considerable, el riesgo de producción del resultado. En otras palabras, si la acción omitida lo hubiera evitado.¹⁹

Considerar suficiente que exista una cuasi causalidad o una causalidad rayana en la certeza en los delitos omisivos, indefectiblemente, implica en ciertos casos, situaciones totalmente injustas, ya que podría imputarse o no una conducta, dependiendo de una probabilidad. Así, vale destacar que, en los delitos comisivos, la causalidad exigida no puede dar lugar a dudas, ya que, a la hora de dictar una sentencia condenatoria o absolutoria, es requisito tener certeza para evitar tomar una decisión que pudiera ser inequitativa y, tal como expusiera previamente, injusta.

En esa línea de pensamiento, Mezger sostiene que para imputar un resultado a una omisión es preciso constatar que ciertamente se hubiera impedido, ya que no basta con que la acción exigida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.²⁰ Entre otros autores que sostienen la misma posición se encuentran Herzberg, Schmidhäuser, Torío, Jakobs, Romeo y Bustos/Hormazábal.²¹

Ahora bien, más allá de la negación de la causalidad en los delitos omisivos, no ha de descartarse la imputación objetiva. Esto es así, ya que, al igual que en la comisión, ha de crearse un riesgo jurídicamente desaprobado, que consiste en la no realización de una acción debida que trajo como consecuencia un resultado lesivo.

De esta forma, esta expectativa de la acción esperada constituye la esencia del delito omisivo y se traduce en un elemento del tipo. Por lo tanto, al garante se le impone el deber de evitar un resultado.²² Y, para que sea posible esta imputación objetiva, no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad, sino que alcanza con que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado, cuando se hallaba en posición de garante.²³

El problema radica en cómo se establece esa conexión entre el resultado lesivo y la inacción

¹⁹ Cfr. Ferro, H. A., *El delito de comisión por omisión*, La Ley, 11/05/2010.

²⁰ Cfr. Gimbernat Ordeig, E., *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por omisión”*, Santa Fe, Colección Autores de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pág. 42, en Cfr. Strafrecht, 1993, p. VII y p. 138, “donde rechaza a la jurisprudencia alemana cuando se conforma con un ‘grado de probabilidad limítrofe con la certeza’, y mantiene que una ‘condena solo puede tener lugar cuando se demuestra que la acción conforme al deber habría evitado positivamente el resultado”.

²¹ Cfr. *Ibidem*, págs. 42-44.

²² Cfr. Terragni, M.A., *Delito omisivo..*, pág. 244.

²³ Cfr. Mir Puig, pág 330.

de su autor. Si estuviéramos frente a un delito comisivo, ello se resuelve fácilmente con el nexo causal existente entre acción y su consecuencia, pero frente a la omisión, debe realizarse un juicio de valoración ex ante, a fin de determinar si en el caso de haberse realizado la conducta requerida, se hubiera evitado la lesión al bien jurídico. Por ello, nuevamente, se menciona al nexo de evitación y se niega la causalidad.

IV. Conclusiones. Toma de posición

A modo de conclusión, más allá de si la evitación del resultado se funda en una posibilidad hipotética o rayana en la certeza o en el grado de suficiencia que se le quiera otorgar, ha de negarse rotundamente la causalidad en los delitos omisivos, puesto que, el resultado no fue causado por acción alguna. Esto último ya que, precisamente, en la omisión hay una falta de acción, por lo que ello no pudo haber causado algo.

Por otro lado, sí pudo haberse evitado el resultado lesivo, que es lo importante a la hora de analizar si la no-acción le es imputable a un sujeto determinado, por lo que existe una relación entre ambos conceptos. Y a esto último, es lo que llamamos nexo de evitación.

La posición de garante en los delitos omisivos constituye el eje fundamental sobre el cual se debe construir este nexo de evitación y, así, habrá que determinar si este garante se encontraba en condiciones de exigirle un actuar a fin de evitar la producción de un resultado disvalioso y evaluar si su inacción hubiera evitado, en modo alguno, la lesión de un bien jurídico.