

La posición de garante por injerencia

POR MARÍA DANIELA REZZONICO

Sumario: I. Planteo del problema; II. La posición de garante y sus mandatos; III. Estado actual de la cuestión del garante por injerencia; III.a. Doctrina mayoritaria; III.b. Doctrina minoritaria; III. c. Límites a la posición de garante por injerencia; IV. Postura adoptada; V. Bibliografía.

Resumen: En este trabajo se efectúa un análisis doctrinario de la posición de garante por injerencia y la posibilidad de imputar homicidio o lesiones en comisión por omisión a raíz de la posición en que se encuentra el sujeto por su conducta precedente.

Palabras clave: delitos de omisión – omisión impropia – posición de garante – injerencia – conducta precedente – peligro no permitido – imputación.

I. Planteo del problema

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un somero análisis del estado actual de la doctrina en lo que refiere al garante por injerencia. Ello a los fines de determinar si es posible imputar los delitos de homicidio y lesiones cometidos de modo omisivo a quien se encuentre en una posición de garantía surgida de su conducta precedente.

Entonces, nos preguntaremos si la omisión de salvamento de quien sea garante por injerencia puede suponer la imputación de un delito doloso en comisión por omisión. Ello partiendo de la base de que la posición de garante es uno de los elementos del tipo objetivo imprescindibles para poder imputar los delitos referidos en el párrafo anterior (homicidio y lesiones) en su forma omisiva.

También evaluaremos si es posible, o no, que la conducta precedente, fundante de la posición de garante por injerencia, se trate de una conducta lícita, o si necesariamente debe implicar un peligro no permitido.

A modo de aclaración previa, señalamos que si bien en muchos países del mundo la doctrina que equipara acción y omisión es hoy casi indiscutida y el debate acerca de la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión (también llamados de omisión impropia) se encuentra zanjado, este no es el caso de la Argentina, donde la mayoría de la doctrina nacional postula que imputar la autoría de un tipo penal a una persona que, encontrándose en posición de garante, omite evitar el resultado típico: es inconstitucional, por resultar contrario a los principios de legalidad y prohibición de analogía.

Sin perjuicio de ello, como punto de partida de este trabajo, sostendremos la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión, en el entendimiento de que solo depende de la técnica legislativa empleada el que se describa de una manera u otra forma la conducta por medio de la cual se configura un tipo penal y que la redacción empleada en el Código Penal argentino vigente no impide tal interpretación.

II. La posición de garante y sus mandatos

Las fuentes de las posiciones de garante son las siguientes: relación de familia o comunidad de vida, comunidad de riesgo, asunción voluntaria, carácter de funcionario público, ámbito de dominio y conducta precedente o injerencia. En esta última fuente de la posición de garante enfocaremos nuestro análisis en los apartados siguientes.

Kaufmann señala que la posición de garante, relevante para los delitos de omisión impropia, impone al sujeto un deber de protección de bienes jurídicos. Entonces, quien se encuentra en esa posición tiene el deber de *impedir la lesión de bienes jurídicos*¹, siendo que la tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones.

Por un lado, el sujeto puede tener el mandato de *protección* de un bien jurídico determinado respecto de cualquier peligro, venga de donde venga. Esta imposición de

¹ Kaufmann, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 289.

tareas prevalece en aquellas posiciones de garante que están reconocidas directamente en un precepto jurídico, así como en aquellas basadas en la asunción fáctica de deberes contractuales.

Por otro lado, el sujeto puede tener el mandato de *supervisión* de determinada fuente de peligros, no importando qué bienes jurídicos se amenazan desde esta fuente. La misión del garante tiene por contenido poner coto a la concreta fuente de peligros y, de modo secundario, proteger aquellos bienes jurídicos amenazados por esta fuente de peligro. Desde la perspectiva del bien jurídico concreto, la función protectora del garante se reduce a una sola dirección de ataque: a aquella que amenaza el bien jurídico desde la fuente a la que debe controlar. De esta manera, se plantea la misión de salvamento en los supuestos de injerencia, de dominio y de relaciones de confianza especiales.

Roxin también adopta un modelo bipartito de posiciones de garante, en la línea de Kaufmann y también de Schünemann, distinguiendo entre los *garantes de protección*, que tienen el deber de salvaguarda o custodia (evitar que alguien o algo resulte dañado)² y los *garantes de supervisión o control*, que tienen el deber de vigilancia, aseguramiento y salvamento (evitar que algo o alguien –fuente de peligro- dañe a otro)³. En este último incluye al garante por injerencia.

III. Estado actual de la cuestión del garante por injerencia

La posición de garante proveniente del actuar precedente, que también se denomina injerencia, ha sido reconocida por la jurisprudencia y la doctrina dominante, pese a que tanto su existencia como su fundamentación y su configuración en los detalles son “exasperantemente discutidas”⁴.

Roxin entiende que se puede definir, según el estado actual de la discusión, en un resumen simplificado, como “creación de una nueva fuente de peligro”.

El ejemplo más importante en la práctica es la causación de un accidente de tráfico vial. Quien atropella imprudentemente a otro y con eso pone en peligro su vida tiene,

² Roxin, C., *Derecho penal, parte general, tomo II: especiales formas de aparición del delito*, trad. Luzón Peña, Civitas, Madrid, 2014, pág. 857.

³ Roxin, op. cit., págs. 884 y 885.

⁴ Roxin, C., op. cit., pág. 899.

según la teoría de la injerencia, una posición de garante que le obliga a evitar la muerte de la persona víctima del accidente. En consecuencia, tiene que llevarlo al hospital o salvarlo de alguna otra manera. Si omite hacerlo y como consecuencia de ello la víctima muere, puede ser castigado por homicidio (doloso o imprudente) por omisión.

Bacigalupo se pregunta acerca de los fundamentos que proporciona la ley para determinar la posición de garante emergente de un acto anterior en que se pone en peligro un bien jurídico.

Considera que los intentos llevados a cabo por la dogmática para fundar la posición de garante por injerencia no han sido hasta ahora nada claros, ni suficientes. En este sentido, entre los fundamentos esbozados, es posible mencionar los siguientes: a) una norma general según la cual no está permitido causar un mal a la sociedad que no se habría producido sin la existencia del sujeto; b) la circunstancia de que la prohibición de causar un daño contiene al mismo tiempo el mandato de apartar el peligro creado por la propia acción precedente; c) la concepción popular que determina al autor o la interpretación según el común sentir; d) la consecuencia de una perturbación del orden primario de protección⁵.

Stratenwerth señala que no se ha logrado “fundamentar de un modo sencillo y convincente la fuerza vinculante de la injerencia de otra manera que no sea apelar a que convence inmediatamente”⁶.

III. a. Doctrina mayoritaria

En la doctrina se reconoce de forma totalmente preponderante (con distintas modificaciones) la posibilidad de una posición de garante derivada de un actuar precedente. Sin embargo, todas las fundamentaciones dadas para ello han sido y siguen siendo discutidas.

La mayoría de los autores considera casi evidente la afirmación de que se debe responder como garante de la eliminación de los peligros creados por uno mismo.

⁵ Bacigalupo, E., *Delitos impropios de omisión*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 197-198.

⁶ Stratenwerth, G., *Derecho Penal. Parte general. I. El hecho punible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 465.

Según Roxin si hay que prevenir o evitar en principio la causación de peligros para bienes jurídicos ajenos, no se puede entender por qué no habría igualmente que evitar, tras la producción de tal peligro, su desarrollo posterior hasta un resultado típico.

Para este autor, la tesis contraria crea una inexplicable contradicción en la valoración, pues si uno responde del peligro del comienzo como autor, con más razón tendrá que ser responsable de evitar el resultado en caso de que siga operando y aumentando el peligro que se produce por su conducta anterior. No tiene sentido hacer responsable penalmente a alguien solo por el impulso inicial y no por la evitable prosecución de un curso causal que conduce a la realización de un tipo⁷.

Para ilustrar su postura, ensaya el siguiente ejemplo: si para proteger la vida de los transeúntes se ha de cuidar que no les caiga en la cabeza ninguna teja suelta de la casa propia, para el caso de que tal accidente suceda, se ha de proteger la vida de los transeúntes, al menos llevándolos al hospital, o atendiéndolos de alguna otra forma.

El motivo normativo determinante de la posición de garante por injerencia es que si se tiene que responder jurídicamente de impedir un curso causal, ello ha de valer por cada fase de su desarrollo.

Así, cuando el injerente, mediante su actuar precedente, deja desprotegida a la víctima, nace la posición de garante por injerencia con su correspondiente deber de salvamento⁸.

Entonces, se consideran equiparables a la comisión aquellos casos en que se podría haber parado un curso causal puesto en marcha por un actuar precedente, pero se omite hacerlo.

Se trata de casos en que alguien, a consideración de una acción previa peligrosa, omite impedir las lesiones o la muerte de una persona, por lo que se equipara esa omisión al hecho comisivo. Comisión por omisión de homicidio o lesiones, en virtud de la posición de garante por injerencia.

Roxin considera al respecto que es especialmente necesaria la posibilidad de atenuación de la pena en los delitos de omisión. Pero aboga expresamente porque se

⁷ Roxin, op. cit., pág. 903.

⁸ Tal la respuesta de Roxin a la opinión divergente de Schünemann.

trate de una atenuación *facultativa* porque entiende que no en todos los casos de “dominio del hecho social” el merecimiento de pena del omitir es menor que el del hacer activo⁹.

III.b. Doctrina minoritaria

Una considerable opinión minoritaria rechaza que haya una posición de garante basada en el actuar precedente, es la denominada teoría de la antiinjerencia que tiene como líder y portavoz a Schünemann.

Este autor discute que el injerente –por ejemplo tras una causación culpable de un accidente- aún tenga el dominio sobre la fuente de peligro y destaca que tiene, como cualquier ciudadano, solo una posibilidad de evitar el resultado y con ello un dominio potencial, pero no real sobre el acontecimiento. Por lo que solo se le podría imputar una omisión de auxilio.

Señala que mediante la acción previa el injerente ha soltado el curso causal fuera de su ámbito de dominio, siendo que se enfrenta al acontecer ulterior ontológicamente como cualquier otro.

También discute este autor la necesidad politicriminal de una punición de la injerencia igual a la comisiva. Schünemann no ve entre la falta de atención antes del accidente y la posterior inactividad ninguna relación teleológica que permita sumar unas lesiones u homicidio imprudente a una omisión de auxilio para convertirlas en un delito de la más grave criminalidad.

Considera que en caso de hechos previos dolosos, los delitos cualificados por el resultado pueden satisfacer también la necesidad intensificada de pena.

Schünemann sostiene que para fundamentar la responsabilidad por el resultado ya no es necesaria la posición de garante por injerencia, pues la totalidad de los casos punibles quedan captados a título de acción.

Para este autor la necesidad político criminal de responsabilidad por injerencia no puede alimentarse con el simple deseo de imputar el resultado, sino que se funda en la

⁹ Roxin, op. cit., pág. 905.

percepción de que para estos casos no basta con imputar una imprudencia. Siendo que recurrir al marco penal concebido para el delito doloso de comisión (por omisión) parece axiológicamente inadecuado¹⁰.

Por lo tanto, considera que como la responsabilidad por injerencia, debido a la falta de igualdad con la comisión, no puede someterse al tipo de homicidio y que no existe en el Código un precepto hecho a su medida, la punición solo puede realizarse mediante las figuras de homicidio imprudente u omisión de auxilio.

Manifiesta que no hay ningún precepto penal (en el código penal alemán) para los casos de injerencia y plantea que debería regularse como una cualificación del delito de omisión de auxilio.

Entre quienes siempre se han resistido a la responsabilidad por injerencia también encontramos a Landsberg, Frank y Welzel. Después de la guerra, Welzel ha impedido la amenazante internalización de la responsabilidad por injerencia en la conciencia de la ciencia penal alemana¹¹.

Brammsen defiende una opinión opuesta, en la medida en que rechaza una posición de garante por la conducta precedente pero incardina la situación de injerencia en el sistema de los delitos comisivos. Por tanto, admite un homicidio doloso por comisión si el causante imprudente del accidente omite dolosamente la evitación del resultado. Para el dolo comisivo es suficiente, según él, que se añada este como dolo superviniente durante la ejecución del hecho. Apela para ello a Mezger: “La esencia del dolo superviniente consiste en que la realización del tipo objetivo del delito fue comenzada sin culpabilidad o imprudentemente, pero antes de la causación definitiva el autor cobra conciencia de la antijuridicidad de su conducta y pese a todo lleva el hecho hasta el final”¹².

Ahora bien, se afirma que la crítica de Brammsen, que equipara la injerencia con un delito comisivo, va demasiado lejos pues la decisión de omitir una actuación posterior (el salvamento de la víctima) fundamenta lógicamente un dolo omisivo, siendo que la admisión de un dolo comisivo solo sería posible como dolo superviniente, categoría rechazada por el derecho penal moderno.

¹⁰ Schünemann, B., *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 364.

¹¹ Schünemann, op. cit., pág. 370.

¹² Roxin, op. cit., pág. 902.

Respecto de la injerencia, Kaufmann señala que al igual que en las demás fundamentaciones de la posición de garante, en la del hacer precedente, se ha cristalizado como derecho consuetudinario una dogmática fallida.

Considera que es objetable que quepa basar un mandato de impedir un resultado únicamente en la acción precedente. Y entiende que de la sola concurrencia del mandato de impedir el resultado no cabe extraer conclusión alguna sobre la equiparación con el delito comisivo. Entonces se requiere además de la obligación legal de impedir el resultado, que el omitente, en función de las circunstancias, tenga que responder de que el resultado no vaya a producirse¹³.

III. c. Límites a la posición de garante por injerencia

Dentro de las *restricciones* a esta posición de garante Roxin enumera: que la acción previa no sea objetivamente imputable al causante, que el peligro provocado por la acción previa sea exclusiva responsabilidad del sujeto puesto en peligro, que la creación del peligro esté justificada por legítima defensa o estado de necesidad y *que la acción previa se mantenga dentro del riego permitido*. Este último punto lo analizaremos a continuación.

Según Stratenwerth, está muy discutida la cuestión de si la conducta previa debe tener determinada calificación jurídica, en particular si tiene que ser contraria a deber o ilícita, con independencia de la puesta en peligro. Al principio, ni la jurisprudencia ni la doctrina conocían tal distinción: se suponía que bastaba no solo la creación no culpable de un peligro, sino incluso un comportamiento lícito (Maurach y Welp). Hoy, en cambio, aquella cuestión se contesta predominantemente de modo afirmativo (Jescheck, Rudolphi y Schröder).

Tienen gran importancia práctica las exigencias puestas a la conducta previa, sobre todo en la atención a los deberes de auxilio del automovilista que ha causado un accidente. Al respecto la praxis se ha manifestado claramente en el sentido de que la utilización del vehículo en forma completamente adecuada al derecho de tránsito no fundamenta un deber de garante cuando ella conduce a la lesión de otro participante en

¹³ Kaufmann, op. cit., págs. 292-293.

el tránsito. Pero si el automovilista causa el accidente mediante una conducta contraria al cuidado y no auxilia a la víctima conociendo su lesión responderá según las circunstancias del caso por lesiones dolosas u homicidio doloso en grado de consumación o tentativa. Esto en gran medida está fuera de discusión.¹⁴

El BGH alemán entiende que la posición de garante por injerencia se deriva de conductas precedentes peligrosas contrarias a deber. Ésta es su jurisprudencia constante desde 1955.

Pero sigue siendo dudosa y oscura la cuestión de sí la contrariedad a deber de la conducta previa es realmente la circunstancia decisiva para el deber de garante o si aquí hay que tener en cuenta otros puntos de vista. La doctrina propone diversos criterios. Así, por ejemplo, se sostiene que será decisivo establecer “si el autor ha sobrepasado su ámbito general de actuación a costa de otras personas”, si ha creado el peligro “por una conducta previa que incrementa el riesgo por encima del actuar cotidiano” o sí objetivamente ha llevado a cabo la acción del correspondiente delito de comisión. Todas estas propuestas desembocan en la idea de que lo que fundamenta el deber de garante tiene que ser un riesgo no cubierto por intereses de rango superior. Aún no es posible develar en toda su significación las consecuencias de esta línea de pensamiento.

Bacigalupo sostiene que es preciso que la conducta precedente sea contraria al deber. Es decir que esta posición de garante queda limitada por el peligro permitido en el tráfico. La adecuación a derecho de la conducta precedente impide que de ella pueda deducirse un deber de garantía. Es decir, que la posición de garante requiere que el autor haya creado un peligro adicional al permitido para la fuente que el mismo debe custodiar y encausar, o sea que se encuentra bajo su dominio para que su omisión sea equivalente a una acción, de lo contrario no habrá posición de garante¹⁵.

Schünemann señala que si la conducta precedente se mantiene dentro del riesgo permitido no fundamenta responsabilidad alguna¹⁶.

Según Roxin, no hay posición de garante por injerencia si la acción previa se mantiene dentro del riesgo permitido, pues esto excluye la imputación. Al igual que no procede la

¹⁴ Stratenwerth, op. cit., págs. 468-470.

¹⁵ Bacigalupo, op. cit., pág. 203.

¹⁶ Schünemann, op. cit., pág. 361.

posición de garante derivada de un actuar precedente si la acción previa es causal para el peligro creado pero no ha incrementado el riesgo para la víctima¹⁷.

Se mantiene dentro del riesgo permitido también un conductor que causa un accidente que no haya cometido ninguna infracción del cuidado debido. Así lo entendió también el BGH alemán¹⁸ para todos los otros casos de actuaciones conforme al deber de cuidado, en el funcionamiento de máquinas, en trabajos de construcción, etc.

De la vereda de enfrente encontramos a Jakobs, quien deduce del comportamiento arriesgado *permitido* una posición de garante, si se dan dos presupuestos: que consista en un riesgo especial (un riesgo más alto que el de los comportamientos cotidianos ineludibles) y que el sujeto puesto en peligro haya tomado las medidas de seguridad que a él le atañen por su lado¹⁹. Como indicio de la existencia de un peligro especial menciona la responsabilidad civil por la puesta en peligro y la existencia de un seguro obligatorio.

Entonces, según su análisis, incluso el conductor que conduce con el cuidado debido que se ve envuelto en un accidente puede ser en principio garante del salvamento del accidentado²⁰.

Al respecto, se ha respondido a Jakobs que no debería deducirse, sin más, de los preceptos de responsabilidad civil, una responsabilidad jurídico penal reforzada.

Asimismo, se ha afirmado en contra de esta diferenciación propuesta por Jakobs que en el caso de que alguien, pese a su comportamiento totalmente intachable, se vea envuelto en un accidente, es difícil que en el momento pueda juzgar la eventual culpa de otro implicado en el accidente y su dimensión concreta. De forma que la consecuencia de una solución diferenciadora —basada en un riesgo especial o en los recaudos tomados o no por el sujeto pasivo— generaría una gran inseguridad jurídica²¹.

IV. Postura adoptada

¹⁷ Roxin, op. cit., pág. 907.

¹⁸ Roxin, op. cit., pág. 909.

¹⁹ Jakobs, *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras y González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 972 y ss.

²⁰ Jakobs, G., *Teoría y praxis de la injerencia*, trad. Cancio Meliá, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, págs. 49 y ss.

²¹ Roxin, op. cit., pág. 911.

Consideramos equiparables a la comisión aquellos casos en que se podría haber parado un curso causal puesto en marcha por un actuar precedente, pero se omite hacerlo.

Entonces, entendemos que en los casos en que un sujeto —a consideración de una acción previa peligrosa que le es imputable— omite impedir las lesiones o la muerte de otra persona, puede ser imputado por las lesiones o la muerte provocadas en comisión por omisión. Esto en virtud de que se encuentra en posición de garante respecto de los bienes jurídicos que se vieron en peligro por su conducta precedente.

Si bien en parte son válidas algunas de las críticas efectuadas a la posición mayoritaria que acepta la posición de garante por injerencia, en cuanto a que los fundamentos de esa fuente de garantía no son del todo claros. Lo cierto es que los cuestionamientos que recibe no alcanzan para desvirtuar el principal fundamento de esa posición de garantía que es la obligación de eliminar los peligros creados por uno mismo.

Los casos de injerencia constituyen el contrapunto de los delitos cualificados por el resultado: estos son la combinación de una acción dolosa y realización imprudente del resultado, mientras que la responsabilidad por injerencia se caracteriza por la realización imprudente del resultado y la no evitación dolosa.

Ello así, quien realiza una conducta riesgosa, superando los límites del peligro permitido debe impedir la lesión al bien jurídico que su conducta puede producir, mediante el empleo de acciones de salvamento, porque —de lo contrario— podrá imputársele el resultado dañoso bajo la forma de homicidio o lesiones dolosas, en virtud de la omisión de salvamento.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expresado, no hay que perder de vista que la posición de garante solo adquiere contenido palpable con la referencia al caso concreto, por lo que no descartamos que existan casos en los que por sus particularidades, consideremos que el sujeto responsable por la conducta precedente, que actuó más allá del riesgo permitido, igualmente no se encuentre en posición de garante.

V. Bibliografía

BACIGALUPO, E., *Delitos impropios de omisión*, Dykinson, Madrid, 2005.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

FRISTER, H., *Derecho Penal, parte general*, trad. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras y González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, G., *Teoría y praxis de la injerencia*, trad. Cancio Meliá, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

JESCHECK, H., *Tratado de derecho penal, parte general*, trad. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.

KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2006.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, PPU, Barcelona, 1990.

ROXIN, C., *Derecho penal, parte general, tomo II: especiales formas de aparición del delito*, trad. Luzón Peña, Civitas, Madrid, 2014.

SANCINETTI, M., *Casos de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

SANCINETTI, M., "La relación entre el delito de 'abandono de persona' y el 'homicidio por omisión'", en *Jurisprudencia de Casación Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

SCHÜNEMAN, B., *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2009.

SILVA SANCHEZ, J. M., *El delito de omisión*, B de F Montevideo-Buenos Aires, Buenos Aires, 2003.

STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte general. I. El hecho punible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.



Construyendo
ciudadanía