

El garante y la responsabilidad parental

Revisión de las posiciones de garantía a partir de la reforma del Código Civil y Comercial

Por Julieta Makintach[1]

“Los avances de la neurociencia indican que en el cerebro humano hay un instinto de cooperación que deriva de la necesidad de supervivencia tanto propia como de la raza”.
Joshua Greene, Tribus Morales[2]

El estado de derecho descansa, entre otros principios, sobre la idea de que cada persona es garante de la inocuidad de su conducta. El deber mínimo de todo ciudadano es no afectar derechos de terceros. Es en cierto modo, la contracara del principio de lesividad[3].

Sin embargo, es dato cierto que el deber de actuar en salvaguarda de otro no es universal. La distinción trascendental entre deberes positivos y negativos muestra que no todos tenemos el deber de evitar todo resultado dañoso, sino solo aquel que se encuentra en posición de garantía[4]. De allí el postulado famoso de JAKOBS que indica: “No todo es asunto de todos”[5].

FEUERBACH, creador de la teoría de las fuentes formales del deber de garantía, en su intento de separar la esfera jurídica de la moral, remarcaba que el deber de actuar en ayuda presupone algo más que la obligación originaria del ciudadano de no dañar a otro. Un tratamiento igualitario entre las causaciones activas del delito y aquellas omisiones que resultan equiparables requiere un fundamento jurídico especial que justifique la imposición del deber[6].

Desde una perspectiva filosófica moral NINO advierte:

hay casos especiales de omisiones con efectos perjudiciales que el sentido común no concibe como meras abstenciones de actos supererogatorios, son aquellos en que existe una obligación particular de salvaguardar los intereses o el bienestar de la persona afectada[7].

En una aproximación conceptual a partir de su tenor literal, la fórmula “posición de garante” parece brindar una pista en cuanto a los requisitos de su configuración. No se menciona al garante, a secas, como si se tratara del titular de un deber de actuar así como se habla de: el deudor, el acreedor, el obligado. En el tratamiento de los requisitos de la comisión por omisión, se menciona a quien se encuentra en posición de garante como si fuera una circunstancia fáctica, en alusión a quien ocupa un lugar particular frente a una situación determinada. Y la propuesta que aquí se aborda es precisamente la que intenta demostrar esto último.

A primera vista, una valoración axiológica parece sugerir que el reproche penal que puede efectuarse a una madre que no alimenta a su hijo recién nacido, no se extiende a los vecinos o a cualquier amigo o pariente que, conociendo el estado de inanición del pequeño no le proporciona alimento.

El cambio de la configuración normativa de la sociedad nos obliga a indagar que sucede cuando no es la madre sino la pareja del padre o eventualmente los abuelos que, encontrándose a cargo del niño, no impiden un resultado lesivo de su integridad física, indemnidad sexual o hasta su vida.

El actual contexto jurídico que resulta de la reforma del Código Civil obliga a los penalistas a repensar que capacidad de rendimiento tiene una normativa extrapenal para generar obligaciones familiares de actuar en el ámbito de responsabilidad jurídico penal[8].

Si a partir de entonces advertimos que en ocasiones el deber de protección de un bien jurídico o control de una fuente de peligro no surge de una disposición legal, ni contractual, ni un actuar precedente, habrá que determinar entonces: 1. La incidencia de la ley civil para crear o rediseñar estas nuevas posiciones de garantía derivadas de la comunidad de vida. y 2. Los requisitos típicos de la posición de garante y su modo de configuración para poder definir su ámbito de actuación como presupuesto de imputación a título de comisión por omisión.

En este marco de investigación, el nuevo ordenamiento de derecho privado nos trae cuestiones interesantes al derecho penal en materia de relaciones jurídicas.

El antiguo régimen de la patria potestad fue la piedra angular para la construcción penal de la posición de garantía asignando a los padres los deberes de cuidado y protección de sus hijos. Fue el reflejo de un formato de familia patriarcal, heterosexual, monogámica y fruto de una sociedad conyugal y en virtud de una responsabilidad institucional.

En la actualidad, nos regula la idea de una responsabilidad parental, que tiene por titulares a los progenitores pero puede ser ejercida de manera conjunta, indistinta, alternada y hasta “delegada” en un tercero -pariente o progenitor afín- mediando acuerdo de partes homologado luego judicialmente. El núcleo familiar actual amplía su espectro otorgando visibilidad jurídica a las familias ensambladas, uniones convivenciales y a distintos modelos de comunidad de vida que dan cuenta de una sociedad de mayor complejidad, diversidad y pluralismo.

La figura del progenitor afín como integrante importante dentro de las familias ensambladas aparece receptada en el artículo 672 definido como el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene su cargo el cuidado personal del niño adolescente. Tiene asignados los siguientes deberes:

- Cooperar en la crianza y la educación de los hijos de su cónyuge o conviviente,
- Realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y
- **Adoptar decisiones ante situaciones de urgencia.**

A continuación añade: “En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor”[9].

¿Implica esta nueva normativa que el progenitor afín es un nuevo garante? ¿En qué circunstancias y bajo qué fundamento? El texto legal le impone deberes jurídicos concretos

de protección y cuidado. ¿Varía en algo su situación a partir de la reforma en materia de presupuestos de imputación en comisión por omisión?

Aquí el paradigmático del niño pequeño brutalmente golpeado por su padre y luego encerrado en su cuarto al cuidado de su madrastra, a quien se le indica que no intervenga porque el menor estaba en penitencia. Se retira el progenitor de la vivienda y el pequeño muere al caer de la noche luego de horas de agonía y quejidos de dolor en la soledad de su cuarto, sin nadie que acudiera en su auxilio.

En el reparto de responsabilidades las soluciones son variadas:

I. Considerar que la mujer es una “extraña”, ajena a la problemática. No tenía, antes de la reforma, deber legal alguno que la colocara en garante del peligro vivenciado por el niño. Era hijo de su pareja, pero no tenía con ella ningún vínculo jurídico del cual derivar responsabilidad. En tal caso, una hipótesis de máxima podría tan solo considerar la posibilidad de adjudicarle el delito de omisión de auxilio[10].

II. Sostener que es, en efecto, garante de la integridad física de quien estaba bajo su cuidado y a su cargo. A partir de entonces son dos las posibles adscripciones:

II.a.) Atribuirle el delito de abandono de personas agravado por el resultado muerte, teniendo en cuenta que el menor se encontraba abandonado a su suerte y la falta de prestación de auxilio por quien se encontraba a cargo de su protección, no evito el desenlace fatal[11].

II.b.) Endilgarle la comisión de un homicidio doloso por su omisión, teniendo en cuenta que había estado en conocimiento de la bestial golpiza, situación típica de riesgo para su vida, y era quien se encontraba a cargo del cuidado y protección del niño tanto ante el puntual y concreto de pedido de asistencia como en la cotidianeidad de la violencia domestica allí vivenciada[12].

Las distintas soluciones ponen en evidencia la trascendencia de la temática, agravada por la enorme diferenciación que existe en cuanto a las consecuencias jurídicas que acarrea. El catálogo penal varía desde multa hacia pena de prisión de hasta 20 o 25 años. La anárquica situación jurisprudencial se caracteriza por la enorme brecha que existe entre esta y la dogmática que lleva unos cuantos kilómetros más de recorrido.

Retomando el cuerpo normativo en análisis, se advierte que sucede a la inversa en el supuesto de la figura de los abuelos, padres de menores no emancipados. En el anterior sistema tenían a su cargo la patria potestad de sus nietos. El nuevo ordenamiento les otorga una intervención meramente facultativa[13].

Al respecto el art. 644 del CCyC prescribe:

Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo a su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño

y agrava aún más el cuadro de situación en tanto normativa extrapenal de referencia al regular: "... también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo".

A partir de entonces, es necesario, evaluar si la mencionada intervención optativa cobra virtualidad para operar como filtro de tipicidad ante la falta de deber jurídico de actuar en resguardo del menor. Una perspectiva formal de la cuestión indica que sí, habría un supuesto de atipicidad.

Sucede que, en general el nuevo Código Civil y Comercial dispone un régimen bastante más informal para aprehender el fenómeno social flexible y variado en materia de las relaciones familiares.

El plan de parentalidad es el resultado de un acuerdo de voluntades donde las partes definen quien de los padres o eventual tercero va a asumir el cuidado y con ello el control de los riesgos que vivan los menores a su cargo. Quizás sea esta misma regulación legal la que viene confirmar la necesidad de adoptar una perspectiva mixta al tiempo de sentar las bases para construir las posiciones de garantía[14].

La teoría formal de las fuentes deber, pese a contar con gran apoyo de la jurisprudencia aún en la actualidad, tiene serias dificultades para abarcar la problemática. Creo que, a excepción de la injerencia, cuestión fáctica incluida luego de elaborada la doctrina clásica, la ley y el contrato carecen de capacidad suficiente por si mismas, para crear una obligación que convierta al omitente en responsable del resultado no evitado[15].

Desde esta misma perspectiva creo que violación a las reglas de un status especial en el rol social o en virtud de una responsabilidad institucional intentada por JAKOBS bajo la idea de infracciones de deber corre igual o peor suerte en cuanto a su incapacidad de brindar fundamento legal al deber de actuar para evitar un resultado que se encuentra bajo su control[16].

Otro tanto sucede con la construcción de KAUFMANN sobre las fuentes materiales de deber. A su favor vale decir que esta teoría evidencia una evolución al documentar que lo que subyace en toda posición de garante no es la asignación de un deber sino la virtud de circunscribir el ámbito de protección de la norma a la dependiente relación existente entre el bien jurídico en peligro y la persona a quien se encomienda el deber de prestar asistencia. No obstante, las objeciones que la doctrina ha formulado en cuanto su contenido clasificatorio de funciones de protección de un bien jurídico y control de una fuente de peligro son acertadas[17].

La realidad indica que esta clasificación material de las posiciones de garantía no sustituye aquella otra anterior de los deberes formales, sino más bien que la supone y brinda una suerte de fundamento a partir de esta. Así lo ilustran las legislaciones que han optado por insertar una cláusula de equivalencia. El ordenamiento Alemán indica que es garante quien tiene el deber de responder jurídicamente por la evitación del resultado[18]. El Código Español, veinte años más tarde, recurre de manera expresa y detallada a las fuentes formales de deber[19]. Otro tanto sucede con los cuerpos legales de Italia (art. 40), Eslovenia (art. 8)

Costa Rica (art. 18 inc2) Ecuador (art. 12) y Perú (art. 13) mencionando todos ellos que el garante es quien tiene el deber u obligación jurídica de evitar el resultado.

No así el caso de Brasil que adopta una perspectiva material, al mencionar como fuentes de garantía a quien: a) tenga el deber de cuidado, protección o vigilancia, b) de otra forma, asumió la responsabilidad de impedir el resultado. c) con su comportamiento anterior, creo el riesgo de la ocurrencia del resultado[20].

En igual sintonía, la legislación de Colombia regula la situación diferenciando dos supuestos. I) En todos los casos, requiere que el agente tenga a cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme la Constitución o a la ley. II) Respecto de las conductas que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual y sexual menciona como constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4 Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente[21].

Y lo interesante de este gran esfuerzo clasificatorio de las fuentes del deber es que pese a que intenta abarcar todas las situaciones posibles, de todos modos y como se verá, la constitución de una posición de garantía requiere verificar todavía algo más.

A mi entender, el fracaso surge de la pretensión de lograr lo que considero un imposible: el listado taxativo de posibles garantes frente a las diversas situaciones de la vida, vgr. padre, madre, maestra, bombero, policía, niñera, bañero, funcionario, oficial de cumplimiento en las últimas versiones. Ello, so pretexto de brindar una suerte de certeza necesaria para satisfacer una legalidad ya existente en la realidad de los hechos así como vienen dados, y que tiene mas que ver con una forma de entender o más precisamente interpretar el derecho penal.

La necesidad de determinar de antemano quien es el titular del deber de actuar para evitar el resultado surge de una concepción equivocada del formato delictivo comisión por omisión vinculada a la idea de se trata de un delito de infracción de deber. Se parte de la premisa que sostiene se trata de una omisión calificada por la especial intensidad de la obligación que recae sobre el titular del deber, sujeto que, en este contexto se encuentra ya a priori en una posición agravada que lo convierte en principal sospechoso como autor de cualquier resultado dañoso que aconteciera en su ámbito de actuación.

En el plano jurídico, se corresponde con quienes consideran que los tipos previstos en la parte especial describen procesos de causación física mecánica de resultados desde una perspectiva naturalista, causalista y reductiva. A partir de entonces el pedido de incorporación la cláusula general de conversión capaz de parificar la acción con la omisión. Resultado de ello es que se cargan las tintas sobre el garante para asignarle a su posición el papel de determinar el autor, fundamento de responsabilidad para castigar a quien resulta “ajeno” a ese “proceso natural” pero es responsable de las consecuencias en tanto portador de un status especial.

A mi ver, el origen de una verdadera posición de garante encuentra sustento en las dos ideas centrales remarcadas por MIR PUIG que entiendo resultan requisitos configurativos, delimitantes y definitorios que debieran siempre ser verificadas: 1. Atribuibilidad del riesgo y 2. Situación de concreta dependencia personal[22].

1. La atribución del riesgo tendrá lugar cuando se constate una creación o aumento de un peligro imputable al autor. Que si bien en esa instancia previa no adquiere todavía relevancia típica, permite afirmar que el omitente no es ajeno al peligro sino responsable y obligado a evitar que se convierta en lesión. Esto puede suceder tanto por originar la fuente de peligro, como por crear en los demás expectativas de confianza procedentes de una actuación anterior ó de una determinada posición familiar o social, sea por razones de previsibilidad o de imputación social.

2. Esa situación de peligro atribuida al omitente debe determinar al momento de acontecer el hecho una situación de concreta y efectiva dependencia personal, que indique que la indemnidad del bien jurídico en peligro se encuentra en sus manos, bajo su control personal, no siendo suficiente la genérica posibilidad de salvación[23].

Ambos requisitos, definitorios de la posición de garante, se verifican en la teoría del compromiso previo propuesta por SILVA SÁNCHEZ. En esta, el garante adopta en forma previa al surgimiento de la situación de peligro, un compromiso material de controlar ciertos riesgos concretos para bienes jurídicos específicos. Con él, suscita, tanto en la sociedad, como en los potenciales afectados, la sensación de que tal sector de riesgo se encuentra “bajo control”. Si en un momento determinado, deja de actuar a modo de barrera de contención, vulnerando el compromiso asumido, y el riesgo se realiza en el resultado, pues entonces, responde por sus consecuencias lesivas del riesgo que se encontraba bajo su control[24].

La importancia dogmática de la posición de garante deriva en gran parte de la necesidad de encontrar un factor de imputación -distinto de la causalidad fallida-, capaz de equiparar y descubrir que criterios diferenciales tienen ciertas omisiones que, en sus efectos y consecuencias, resultan equiparables a las causaciones activas de resultados lesivos de bienes jurídicos. En los conflictos a resolver sobre la temática, la cuestión trasunta por determinar en que circunstancias y bajo que condiciones no evitar la producción de un resultado equivale a causarlo.

Cierto es que:

Más allá de la clasificación clásica de fuentes de garantía formales sobre la base de deberes jurídicos -ley, contrato o injerencia-, se encuentra ya estandarizado que aquellas posiciones surgirán tanto de funciones de protección de los garantantes -estrecha vinculación familiar o análoga, comunidad de peligro asumida voluntaria o tácitamente y asunción voluntaria-; como de funciones de control de fuentes de peligro -deber de vigilancia de fuentes de peligro en el propio ámbito, responsabilidad por otros y actuar precedente o injerencia-. ... el fundamento para la imputación es la posición de garante, hay un resultado que debe vincularse a la finalidad garantizada de la evitación y es una expresión especial del principio *neminem laedere* -no causar daño a otro-[25].

Personalmente considero que son datos predominantemente facticos por sobre los deberes jurídicos los que colocan a un omitente en posición de garante. Poco interesa si este déficit

de control deriva de la infracción de un deber especial derivado de la ley, el contrato, la injerencia lo relevante es que ocurra la creación o incremento de un riesgo que le es atribuible, mediando cualquiera de las fuentes de deber ya vistas, y que, además, determine una situación de concreta dependencia personal entre el bien jurídico protegido y el omitente. Ya lo decían STRATENWERTH y WELZEL lo verdaderamente importante no es la validez del contrato sino que haya asumido la obligación de garantizar la intangibilidad del bien jurídico[26].

Los deberes jurídicos que el derecho privado asigna a los distintos integrantes de estos nuevos formatos familiares decisivos en materia de prestaciones patrimoniales, vgr., cuota alimentaria[27] funcionan como marco de referencia, tan solo indiciaria, cuando se trata de dilucidar su rol frente al derecho penal.

En muchos casos será la ley civil la encargada de evidenciar una realidad, de modo tal que el deber jurídico sirva de base a la posición de garantía. En otros, puede verse desplazado por otras circunstancias, roles, funciones o expectativas sociales con entidad suficiente para fundamentar las posiciones de garantía sin necesidad de recurrir a un deber formal en apoyo.

Tal como lo pone en relieve SILVA SÁNCHEZ, en alusión a la tesis material: “...es el propio Derecho Penal, más o menos guiado, pero en absoluto vinculado por regulaciones externas, el que debe conformar a partir de sus específicos principios y fines, las situaciones de equivalencia”[28].

El progenitor afín es garante o no, según las circunstancias que rodean la conformación de cada familia en particular, los roles y funciones que cada integrante desempeñe en los cuidados cotidianos.

Dependerá de las obligaciones que asuma en lo relativo al cuidado personal de los hijos de su pareja en la diaria familiar.

Lo que varía en su situación luego de la reforma del derecho privado es el fundamento de construcción de la posición de garantía. Antes de ocurrido el cambio de legislación, ya formaba junto al niño y su pareja una comunidad de vida que la ponía a cargo del cuidado del pequeño[29].

A todo evento, vale puntualizar que si el desacuerdo entre el progenitor y aquel otro afín gira respecto de la salvaguarda del niño frente a una situación de peligro generadora del deber de actuar, no será la opinión del padre que le dice que no atienda a la criatura la que ha de prevalecer ante el derecho penal[30].

Estas mismas premisas permiten de igual modo evaluar la situación de los abuelos respecto del cuidado y protección de sus nietos. Habrá que ver como el ámbito de derecho privado interpreta el alcance del enunciado “pueden” insertado en el texto legal. En la órbita penal no solo pueden intervenir frente a supuestos de actos perjudiciales cometidos u omitidos por los progenitores adolescentes en el cuidado de sus hijos, deben intervenir si se encuentran en una posición de control de riesgo respecto de los menores.

En este sentido, la mirada al nuevo ordenamiento de derecho privado es fundamental porque permite visualizar la configuración normativa de nuestra sociedad. El texto legal es el punto

de partida y referencia para la construcción de las posiciones de garantía. El principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige, en parte, la temática de la responsabilidad parental, tiene enorme trascendencia en materia penal. Es idea de asumir o delegar en un tercero el cuidado personal de los hijos en las relaciones paterno filiales, confirma la necesidad de adoptar una perspectiva mixta, al tiempo de regular a las comunidades de vida como criterio de asignación de consecuencias jurídicas.

Por último, y en lo relativo a la posición de garantía en tanto presupuesto de imputación a título de comisión por omisión, merece una mención el debate vinculado a la cláusula de conversión que debería denominarse de complementación. Si bien la creo innecesaria para determinar la inclusión de la modalidad omisiva en los tipos de comisión, quizás sea el mandato de certeza en punto a la definición del garante, el que aconseje incorporarla en una futura legislación tan solo para marcar el rumbo a los operadores jurídicos acerca del modo y el cómo construir la posición de garante indicando que es aquel que controla el riesgo típico por haber asumido el compromiso de actuar a modo de barrera de contención.

De ese modo, no habrá ya discusión alguna en cuanto a su constitucionalidad en punto a la ley escrita, el campo semántico de los verbos típicos admite la inclusión del formato delictivo comisión por omisión, que no es más que una modalidad distinta de cometer un delito ya contenida en los tipos de resultado. Y parece ser una buena ocasión para indicar la necesidad de verificar los requisitos necesarios a toda posición de garantía, vinculados a la atribución del riesgo y situación de concreta dependencia personal, datos dogmáticos que quizás la praxis judicial este necesitando.

Ya GIMBERNAT clarificaba su sentido y función al afirmar:

La dogmática “nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho...”, averigua el contenido del derecho penal....Hace posible... al señalar los límites y definir los conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o la impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería.[31]

En estas líneas, la ilusión de reforzar las cuestiones dogmáticas vinculadas a las posiciones de garantía en miras de reducir esta cuestión de lotería derivada de la incertidumbre evidenciada por criterios doctrinarios varios y soluciones judiciales dispares al tiempo de establecer a quienes de todos nosotros nos corresponde el deber de actuar en salvaguarda de otro.

Bibliografía consultada

BACIGALUPO, Enrique: *Delitos impropios de omisión*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Abril 1970.

GRACIA MARTIN, Luis: *Actuar en lugar de otro en derecho penal, Teoría General*. *Prensas Universitarias de Zaragoza*, Zaragoza, 1985.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*, Colección Autores del Derecho Penal, dirigida por Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

- *La omisión impropia en la dogmática Alemana. Una Exposición.* ADPCP, Vol. L, 1997 disponible en internet <http://www.cienciaspenales.net> marzo 2013.

- “¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?”, Monografías Jurídicas, n 29, Temis, Bogotá, 1983.

JAKOBS, Gunther: *Derecho Penal, Parte General, fundamentos y teoría de la imputación.* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

- *La imputación objetiva en el derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Meliá, Editorial Ad Hoc S.R.L, Buenos Aires, 1996.

- *La competencia por organización en el delito omisivo*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

- *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 12, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich-WEIGEND Thomas; *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5 Edición, corregida y ampliada, Comares editorial, Granada 2002.

KAUFMANN, Armin: *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 2006.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General.* 7° Ed, Ed. B de f, Montevideo - Buenos Aires. 2005.

NINO, Carlos S.: “¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca de la valoración moral de los delitos de omisión)”, Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1979. Págs. 801-817.

ROBLES PLANAS, Ricardo: *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2007.

- “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)” InDret, Revista para el análisis del derecho, disponible en www.indret.com, Barcelona, abril 2012.

ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000.

SANCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 2002.

SANCINETTI, Marcelo A.: *Casos de derecho penal*, 3° edición reelaborada y ampliada, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesús María: “La comisión por omisión y el nuevo código penal español” en *Consideraciones sobre la teoría del delito*. Editorial Ad. Hoc., Buenos Aires, 1998, págs. 73-123.

- *Estudios sobre los Delitos de omisión*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.

- *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 2° ed. Actualizada. 2° reimpresión. Bdef, Montevideo - Buenos Aires, 2010.

STRATENWERTH, Gunter: *Derecho penal. Parte General*, I, El hecho punible, 4° Edición totalmente reelaborada. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.

SORIA, Juan Manuel: *La omisión en el sistema penal. Relación entre las figuras de homicidio y abandono de persona*”, Catedra Jurídica, Buenos Aires, 2009.

TERRAGNI, Marcos Antonio: *Delitos de omisión y posición de garante en el derecho penal*, Rubinzal Culzoni Editores. 1ed. Santa Fe, 2011.

WELZEL, Hans: *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, 1956.

YACOBUCCI, Guillermo J.: *El sentido de los principios penales. Reimpresión editorial Bdef*, Montevideo - Buenos Aires, 2019, Julio Cesar Faira - Editor.

- “Algunos criterios de imputación empresarial”, artículo inédito provisto por el autor como material para el trabajo en clase de Cuestiones Fundamentales de Teoría del Delito I, Posgrado de Especialización Penal en la Universidad Austral, Clase N 5, 15 de junio de 2006.

- “La conflictiva relación entre la ley penal e interpretación”, en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, IJ-L-841, 2011.

- *Curso de Derecho Penal Parte Especial, Delitos contra las personas*, Nicolas D Ramírez, Director. Camila Clarey - Carola M. Bottini, Coordinadoras. Editorial Bdef Montevideo Buenos Aires, 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, To. III, Ediar, Buenos Aires, 1981.

Notas

[1] Mag. Universidad Austral.

[2] Según lo explica en su libro, esta tendencia de actuar en forma solidaria se da en los seres humanos y salvo los psicópatas ocurre de manera espontánea favoreciendo la ayuda recíproca entre los miembros de un mismo grupo, debilitándose hacia el afuera a medida que se aleja de la percepción del nosotros.

[3] Artículo 19 de la Constitución Nacional.

[4] Existe un deber mínimo y general de solidaridad que nos convierte en garantes universales frente a concretas situaciones de auxilio de otros. Vgr. el paradigmático delito de omisión de auxilio previsto por el art.108 del C.P. Pero el hacer responsable a otro por el daño no evitado y como sí lo hubiera causado activamente requiere distintos presupuestos que lo convierten en un delito especial en cuanto a que su autor debe reunir determinadas características que lo vinculen con el bien jurídico protegido.

[5] Cfr. JAKOBS, Gunther, Derecho Penal, Parte General, fundamentos y teoría de la imputación, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

[6] Ibidem.

[7] NINO, Carlos S., “Da lo mismo actuar que omitir? (Acerca de la valoración moral de los delitos de omisión) Revista Jurídica Argentina, La Ley, Bs.As., 1979, pág. 92.

[8] La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina es un hito histórico de nuestro ordenamiento jurídico. Data de fecha 1 de agosto de 2015 reemplazando el Código Civil de Vélez Sarsfield que mantuvo una vigencia de 140 años en texto según Ley N° 26.994.

[9] Tiene también la obligación alimentaria a su cargo respecto a los hijos de su pareja, que eventualmente podría subsistir a título de cuota asistencial provisoria frente a una disolución del vínculo o convivencia (cfr. art. 676. del CCYC).

[10] Cfr. Art. 108 del Código Penal Argentino.

[11] Cfr. Art. 106. del mismo ordenamiento legal -C.P. Arg.- que establece una escala penal comprendida entre los 5 y 15 años para el caso de resultar la muerte. En el artículo siguiente aumenta un tercero en su mínimo y máximo cuando “el delito fuera. Cometido por. los padres contra sus hijos y por aquellos contra estos o por el cónyuge.”

[12] Quien a mi criterio mejor explica la diferenciación entre el delito de abandono de personas agravado por el resultado muerte y el homicidio doloso es SANCINETTI, Marcelo A. en Casos de Derecho Penal, 3ra. Edición reelaborada y ampliada, Editorial Hammurabi, S.R.L., Buenos Aires, 2005.

[13] La comisión legisladora entendió que esta modificación era necesaria no solo porque otorga mayor autonomía al menor en un sistema de capacidad progresiva sino además porque el sistema anterior provocaba confusión de roles entre madre y abuela a cargo del menor.

[14] A modo ilustrativo acompaño a la presente distintos fallos que muestran puntos de contacto con la posición que aquí se defiende. Así: “Las disposiciones que ubican a un médico en posición de protección y vigilancia de un enfermo, no son casos de asunción contractual. Una vinculación semejante del derecho penal a las reglas del derecho civil no ha logrado imponerse, ya que la dependencia de la obligación de evitación del resultado de los presupuestos contractuales civiles conduce a consecuencias imprevisibles, pues el contrato puede ser válido para el derecho civil, aunque el obligado aun no haya asumido la posición de garante”. TC003 LP 12311 RSD-509-6-S 28/09/2006 Juez Borinsky. En el mismo sentido “La posición de garante del imputado -médico de policía- no solo surge del

cuestionado Reglamento de Detenidos que le imponía la obligación de practicar el reconocimiento médico de los detenidos antes de ingresar al calabozo, sino también de los deberes propios de su profesión y de la circunstancia de ser el único que se encontraba a cargo de la asistencia médica de la Comisaría -de guardia el día del hecho- en condiciones de diagnosticar el estado de salud de la víctima y, en su caso, disponer lo necesario para evitarle mayores daños”, TC003 LP 8989. RSD-35-6- 21/02/2006. Otro tanto se sostuvo en el caso República Cromañón: “La seguridad pública como bien tutelado por el delito de incendio, se puede ver afectada por omisiones, cuando quien tiene el control de la situación riesgosa en concreto, omite desplegar las acciones necesarias para evitar que el peligro típico se produzca”. AR/JUR/15931/2009. El voto disidente del STJ de Río Negro “Comisaría 3 s/ inst. suicidio” “La posición de garante no se cualifica con el solo deber genérico; las fuentes relativas de la posición de garante son: la ley, el contrato y la conducta anterior del sujeto. Así el deber de cuidado tiene que ser específico un determinado; en el caso de los funcionarios públicos, solo el funcionario para resolver el asunto puede darle cumplimiento. Esta enumeración genérica es solamente un intento de clasificación, pues lo que realmente importa es que debe existir una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico que debe proteger, de manera tal que en sus manos este el control de la situación”.

[15] La doctrina clásica, cuyo origen se vincula a FEUERBACH, menciona únicamente la ley y el contrato como fuentes jurídicas del deber de evitar el resultado. El supuesto del actuar precedente o injerencia fue receptado posteriormente. Se atribuye a NAGLER la construcción dogmática de esta clasificación de garante agrupada bajo el nombre de fuentes formales de deber. Cfr. BACIGALUPO en Delitos impropios..., pág. 38. En igual sentido JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, parte General, Traducción de Cardenete, 5 ed. Corregida y ampliada, Comares Editorial, Granada, 2002, pág. 547.

Así el caso del sobrino huérfano utilizado para demostrar el fracaso de la teoría formal de los deberes. Teoría que esta que se consideró superada por aquella elaborada por KAUFMANN, que distingue entre deberes de asistencia (funciones de protección del bien jurídico afectado) y deberes de aseguramiento (función personal de control de una fuente de peligro).

[16] JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, fundamentos y teoría de la imputación, Ed Marcial Pons, Madrid, 1007, p. 947 y ss., Ampliando en detalle su postura en La competencia por organización en el delito omisivo. Por su parte, ROXIN, pág. 751, Habría que ver si revisten estos nuevos modelos de comunidad de vida el carácter de instituciones.

[17] Cfr. RUDOLPHI, citado por PAWLIK, Michael expresa “la misión del garante de protección puede ser expresada sin más también en terminología de “vigilancia”. En igual sentido, JAKOBS, Derecho Penal..., págs. 969-970 expone la crítica y la ejemplifica de la siguiente manera “Es el salvavidas protector de todos los huéspedes ante los peligros derivados del agua o vigilante de este peligro? Relevante es únicamente el establecimiento del fin de protección, es decir, que el salvavidas solo responde con relación a determinadas personas (no es garante de los que se bañan fuera del establecimiento) y solo respecto de determinados peligros (no es garante de evitar las insolaciones, etc.)”. En concordancia, ROXIN, op. cit., págs. 749-750. “La distinción entre “garantes de protección” y de “control” apenas es factible, no pudiendo, por tanto, servir de base de otras diferenciaciones más amplias”.

[18] § 13 StGB prescribe: “1) El que omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, será punible según esta ley sólo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización del tipo penal legal por un hacer. 2) La pena puede ser atenuada conforme lo dispuesto en el § 49 párr 1.”

[19] El art. 11 del C.P. Español de 1995 establece: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no

evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico en el autor, equivalga en el sentido del texto de la ley a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido, mediante una acción u omisión precedente”.

[20] Art. 2 según Ley federal N° 7.209/84.

[21] Art. 25 sancionado en el año 2000, ejemplo de una recapitulación de las distintas recomendaciones doctrinarias.

[22] El planteamiento es de SILVA SÁNCHEZ que lo toma de MIR PUIG y las utiliza para su concreción por referencia a la estructura de la comisión activa. Cfr. El autor, SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, nota al pie pág. 101.

[23] Cfr. MIR PUIG, PG, págs. 306-307.

[24] SILVA SANCHEZ, *Estudios sobre...*, pp. 93-168. En definitiva, conforme lo sostiene el autor, más allá de la radical divergencia ontológica que existe entre el actuar y el omitir, en un plano normológico superior, son idénticos en su estructura. Comparten la idea de ser títulos de imputación. En su configuración material, son dos “modos de dominio (control) sobre el riesgo típico”. Sea mediante: la creación activa del riesgo por un movimiento corporal dotado de causalidad eficiente para producir el resultado, o por la vulneración del compromiso asumido de actuar de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan una esfera jurídica ajena.

[25] Curso de Derecho Penal Parte Especial. p.70 Delitos contra las personas. Guillermo J YACOBUCCI - Carola M. BOTTINI - Yazmin De Los SANTOS- Director Nicolas D. RAMIREZ, editorial Bdf, Montevideo - Buenos Aires 2023.

[26] Cfr. TERRAGNI, Marcos A, “Omisión impropia y posición de Garante”, pág. 5.

[27] Arts. 658 y sgtes. del nuevo ordenamiento de Derecho Privado.

[28] SILVA SANCHEZ, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ed Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, pág.102.

[29] Las comunidades de vida, como es el caso incluyéndose aquí no solo al matrimonio sino al grupo de amigos que comparten una vivienda o una pareja en concubinato, incluidas dentro los deberes de protección de un bien jurídico descripta por la teoría de las funciones, junto con comunidades de peligro y la asunción voluntaria del riesgo y b) el control de una fuente de peligro, contemplando la doctrina tres supuestos: el actuar precedente, y el deber de vigilancia de el peligro derivado del propio ámbito de dominio y aquel de responsabilidad por las conductas de terceras personas. Ello conforme lo destaca MIR PUIG en *Derecho Penal, Parte General*, 7ma. Edición, Editorial Bdf, Montevideo-Buenos Aires, 2005, págs. 311.317.

[30] Así lo regula el art. 673 in fine.

[31] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”, *Monografías Jurídicas*, n° 29, Temis, Bogotá, 1983, en ap. III.I, pág. 27. cita de ENGLISH.