

ABSTRACT

Autoría y participación en los delitos de omisión impropia.

Lo primero que se nos ocurre cuando hablamos de delitos de omisión impropia es entrar en la discusión de la inconstitucionalidad de la creación consuetudinaria de los delitos de comisión por omisión –no escritos- discusión que no abordaremos debido a su dificultad y porque entendemos que mas allá de los aportes que se realicen en favor de una u otra postura estamos lejos de arribar a un consenso generalizado.

Sin embargo vamos a intentar desarrollar de qué manera se establece la delimitación entre autoría y participación en los delitos de omisión impropia.

En primer lugar partimos de una posición dogmática adoptada por Roxin de que los delitos de omisión impropia son definidos como delitos de infracción de deber, en tal sentido, para delimitar al autor no serán aplicables los principios que dominan la categoría del dominio del hecho. Y es que en los delitos de infracción de deber, para poder ser autor, resulta necesario tener una especial cercanía con el bien jurídico que determine en el sujeto una posición de garante que lo obligue a evitar la lesión del bien jurídico.

Autoría

De lo recién dicho podríamos advertir que el principio rector para determinar la autoría sería el grado de cercanía del omitente para con la intangibilidad del bien jurídico. Es decir, si depende de él la custodia o guarda del mismo. O sea, que sólo podrá ser autor quien cumpla con esa exigencia o más bien posea esa posición de garante, de modo que sus autores no son indiferenciados –delicta comunia- sino que son calificados porque la ley debido a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el círculo de la obligación de actuar en la situación típica –delicta propia-

Ejemplo demostrativo de que lo decisivo en estos casos es la proximidad con el bien jurídico, lo encontramos en el reciente trabajo de Rafecasⁱ quien ha realizado una construcción en torno a los delitos de tortura, especialmente los relacionados a los tipos penales que hacen al “como de la detención” de acuerdo a su clasificación, esto es: los art. 144 tercero y 144 cuarto del C.P.

Plantea la posibilidad de poder encuadrar en el art. 144 tercero, -tortura por comisión- la conducta de los jefes o altos funcionarios policiales que toman efectivo conocimiento de actos de tortura por parte de sus subordinados dentro de su establecimiento penitenciario y no dan una contraorden para hacerla cesar.

La aplicación del art. 144 cuatro –omitir la tortura, con penas mas bajas- se reserva para los funcionarios que toman conocimiento efectivo del acto de tortura y que si bien son ajenos al establecimiento donde se comete la tortura tienen competencia procesal (juez, fiscal, jefe) o administrativa (jefes de jurisdicciones, ministro del interior) para evitar su comisión y que nada hacen para hacerla cesar.

Coautoría

Se pueden diferenciar tres situaciones: cuando existen varios omitentes con un deber común de infracción de deber (a), cuando concurren un sujeto actuante y un omitente sin que exista entre ellos ni un deber común ni una división funcional (b) y cuando concurren un sujeto activo y sujeto omitente, ambos con igual posición de garante (c).

a. Existe coautoría por infringir un deber común. Ej. “si dos guías de montaña asumen contractualmente el deber de guiar conjuntamente a un grupo de alpinistas y si conciben y ejecutan el plan de dejarlos en la estacada en un lugar peligroso, son, en función de que tipo sea aplicable, coautores de abandono, homicidio o lesiones”.ⁱⁱ

b. Negar la coautoría, por cuanto es autor por comisión y otro autor por omisión. Ej. socorrista que contempla impávido como un sujeto empuja a quien no sabe nadar un lugar en que el agua cubre. *“Y esto no cabe despacharlo considerando que se trata de una consecuencia doctrinaria a partir de la tesis de los tipos de omisión, pues esta solución se deriva de la contemplación directa de la esencia de la coautoría, la cual solo puede fundamentarse o en el dominio común en división de trabajo o en el quebrantamiento de un deber común, requisitos que en el caso no se dan”.* ⁱⁱⁱ

c. Aquí tenemos coautoría pero por infracción de deber comisivo. En estos casos, consideramos que la omisión realizada por el agente constituye un verdadero aporte o favorecimiento del hacer positivo de los demás intervinientes, por lo que no estamos frente a un delito de omisión impropia, sino que en estas hipótesis nos referimos a coautoría de delitos de infracción un deber comisivos con reparto funcional de tareas y deberes comunes. Ej. Un caso común era quien acudía a la tortura, al solo efecto de capitalizar la información que se le arranca a la víctima que la padece

AUTORIA MEDIATA

No puede haber autoría mediata por omisión, en virtud de que no hay impulso posible al instrumento, pero distinta es la variante de suponer que alguien por su actuar comisivo pueda convertirse en autor mediato de una omisión impropia.

Un caso así podría ser quien en una playa confunde al guardavidia en forma adrede para que éste no pueda tomar conocimiento de que en el mar se está ahogando una persona. Aquí es posible para resolver el caso afirmar que quien engaña al bañero tiene dominio de la voluntad de este último y por lo tanto dominio del hecho, pero no por omisión sino por comisión. En casos como estos pues entonces puede aceptarse una autoría mediata por comisión, dado que el instrumento obra en error.

Otro supuesto es la situación del que impide al médico a golpes a que pueda asistir a una persona que se está desangrando y por tanto muere. Aquí no habría otra resolución posible que considerar la situación del médico, en un primer estrato genérico de la acción, que hubo ausencia de conducta por parte de éste por fuerza física irresistible, por lo tanto, el agresor será autor directo por que tiene en sus manos la muerte .

INDUCCION

Estaríamos en condiciones de afirmar como lo hicieramos con la autoría mediata que nadie puede inducir a otro a cometer un hecho en forma omisiva.

No obstante, parece probable que alguien mediante un hacer activo pueda generar en otro el dolo de realización de un tipo omisivo impropio.

En esta tesitura, imaginamos que es posible inducir a quien tiene una especial relación con un bien jurídico a que no intervenga en un proceso dañoso evitable.

Como ejemplo podemos poner al amigo del socorrista en una playa que lo convence que no ingrese al mar a salvar a un bañista que se está ahogando, diciéndole que el bañista fue un imprudente y por tanto no merece que el socorrista ponga su vida en juego.

La diferencia con la autoría mediata radica en que en la inducción el instigador efectivamente genera el dolo de omitir en el garante que se convierte en autor de la omisión impropia. Por lo tanto, concurre un garante que reúne todos los requisitos exigidos para ser autor, esto es: conocimiento de la situación de peligro, posición de garante, posibilidad fáctica de evitar el resultado y la lesión del bien jurídico.

En cambio, cuando nos referimos a la autoría mediata concluimos que el tercero no genera el dolo en el garante, sino que lo induce a error, y por tanto, es utilizado como instrumento por parte del sujeto de atrás. El garante no tiene conocimiento del curso causal dañoso y no evita el resultado como consecuencia directa del error generado por el autor mediato.

COMPLICIDAD

Solo se podrá participar en un delito de omisión impropia cuando quien interviene no posé la posición de garante. Un ejemplo de ello es quien apoya psíquicamente al socorrista a que no ingrese al mar a salvar al bañista que se está ahogando.

Pero también puede darse la posibilidad de que a pesar de tener una posición de garante no exista la posibilidad de cometer de forma autónoma un delito omisión.

El ejemplo podría ser el carcelero que no impide la violación de un interno, el nunca puede ser autor de esa violación – no sólo por ser un delito de propia mano sino también por cuanto carece del dominio del hecho de ese delito comisivo- por tanto su omisión a de verse como una cooperación en el delito de otro que se adecua en la complicidad.

En síntesis, parece acertada la opinión de Roxin en cuanto a que *"existen dos posibilidades. Y es que únicamente se puede ser autor de un delito omisivo concurriendo dos condiciones: en primer lugar, tiene que darse un tipo de omisión, esto es, debe existir la posibilidad de cometer el delito autónomamente por comisión. Y en segundo lugar, al omitente, para ser autor, la ha de incumbir un deber de evitar el resultado. Por consiguiente, puede concurrir participación por omisión siempre que falte alguno de estos dos requisitos: por una parte puede ocurrir que el sujeto contravenga un deber de evitar un resultado, pero que no exista un tipo autónomo omisivo del que se derivara la punición por autoría. Y por otra parte, es concebible que se dé un tipo omisivo, pero que aquél cuya omisión favorece el hecho no ocupa una posición de garante; esta segunda posibilidad presupone que hay supuestos en los que la omisión puede ser punible incluso sin deber de evitar el resultado".^{iv}*
