

OMISIÓN IMPROPIA CONSTRUCCIÓN DE LA IMPUTACIÓN CONCRETA

Francisco Celis Mendoza Ayma

La construcción de la imputación concreta de un delito comisivo es lógicamente diferente a la construcción de la imputación concreta de un delito por omisión impropia. La primera tiene como eje central la proposición fáctica que realiza el verbo típico rector y todos los elementos del tipo comisivo son construidos también en forma positiva con base en los elementos del tipo penal de la parte especial¹.

Sin embargo, la construcción de la imputación concreta de un delito de **omisión impropia** tiene como base normativa el artículo 13 del Código Penal² (parte general). En ese orden, la imputación concreta debe configurar una situación específica y su equivalencia con un dispositivo típico de la parte especial, solo así adquiere sentido de injusto un comportamiento omisivo. No hay otra forma de construcción de la imputación concreta de un delito de omisión impropia. En efecto, una imputación concreta por delito de omisión impropia exige la realización de los elementos configuradores siguientes: **i)** posición de garante y **ii)** correspondencia con los elementos de comisión³.

Pero, para emprender la construcción de una imputación concreta de un delito de omisión impropia, se hace necesaria una analítica operativa de esos dos elementos, así:

¹ No se debe confundir el tipo penal con el dispositivo normativo; el primero es una construcción dogmática; en tanto, que el segundo es producto del legislador y sirve de base para su construcción.

² Artículo 13.- El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.

³ Véase por ejemplo Jescheck/ Weigend, Tratado de Derecho Penal Parte General, Volumen II, Quinta Edición, Instituto Pacífico, 2014, páginas 929 y siguientes.

- a) Posición de garante**, exige para su configuración de tres componentes: **i)** fuente habilitante de posición de garante, **ii)** dominio de la situación concreta⁴ y **iii)** deber concreto que emerge del dominio de esa situación concreta;
- b) Correspondencia jurídica con un delito de comisión**, que exige para su configuración: **i)** la omisión concreta equivalente a la acción típica, **ii)** nexo de evitación, **iii)** y el resultado típico⁵.

a) Posición de garante

La fuente habilitadora solo condiciona la **posición de garante**, **sin embargo, es con la situación fáctica concreta que se configura una específica posición de garante [posición de dominio]**; de esta posición emerge un **deber penal específico** para evitar la producción de un **resultado típico** potencial).

⁴ Dominio sobre la indefensión o vulnerabilidad del bien jurídico o dominio sobre determinada fuente de peligro. En esa línea Schünemann, demuestra que: «En la medida conduzca a una reducción de la punibilidad, en la cual, por ejemplo, el mero deber jurídico extra penal no sea aceptado como suficiente de por sí, sino que se exija un dominio del hecho adicional, es esta delimitación por eso legítima y no contradice el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. En efecto, esta garantía sólo debe evitar la ampliación de la punibilidad. Sin embargo, el art. 13, núm. 2 del Código Penal peruano dio, de todos modos, una importante indicación, ya que aquí es requerida expresamente la correspondencia entre el hacer activo y omisión impropia. Aun cuando el núm. 1 y núm. 2 no están unidas entre sí por la partícula “y” como lo hace el parágrafo 13 del Código Penal Alemán, es posible hacer esta interpretación sin violar el tenor de la ley, ya que, por otro lado, no se ha colocado la partícula “o” entre ambos. Por consiguiente, la definición de la omisión impropia mediante el dominio sobre el fundamento del resultado puede generar problemas más graves a lo sumo cuando no existe un especial deber jurídico del derecho civil. Por ejemplo, en el caso de la niñera al que he hecho referencia anteriormente, cuyo contrato no posee efectos. Aquí se debe recurrir a la fórmula general de correspondencia del art. 13 núm. 2. Así, la relación sistemática entre el núm. 1 y el núm. 2 debe explicarse de la siguiente manera: El núm. 2 ofrece la verdadera definición de la omisión impropia. El núm. 1 constituye un defectuoso intento, recurriendo al deber jurídico formal y a la injerencia, de reformular fenómenos secundarios que no se ven necesariamente, pero sí frecuentemente junto con una omisión impropia. De este modo, representan una especie de indicio efectivo de una omisión impropia, pero su concepto está definido en núm. 2, claro que con ayuda de la fórmula abstracta de la correspondencia que, a su vez, debe ser sub definida mediante el Dominio sobre el fundamento del resultado». «El denominado delito de omisión impropia o la comisión por omisión», en: Discursos universitarios Editorial Pangea, 2009, págs. 42 y 43.

⁵ Una analítica comparativa exige que para efectos de la construcción de la imputación concreta se precise cuál es la fuente de donde emerge la posición de garante; otra proposición que describa la concreta situación fáctica de posición de garante y una tercera proposición fáctica que describa el deber específico de impedir el resultado.

- La imputación concreta debe presentar una proposición que describa **la fuente habilitante** que condiciona la configuración de una **posición de garante**⁶. La doctrina predominante propone una clasificación material que considera el contenido y límites de la posición de garante, así se diferencia entre: **i)** posición de garante en virtud de un deber de protección de determinados bienes jurídicos (relaciones familiares, relaciones de comunidad y aceptación voluntaria) y **ii)** posición de garante en virtud de control de fuentes de peligros (ámbito de dominio, y conducta de terceras personas⁷). No se considera el hecho precedente o injerencia por ser un resquicio del causalismo y por su falta de vinculación con el dominio de la situación de donde emerge el deber de garante⁸.
- **Una situación fáctica concreta** que es determinante en la configuración de una posición de garante particular. En efecto, desde la perspectiva del realismo normativo no es aceptable una *posición de garante difusa y general* que no esté vinculado a un dominio situacional específico. En ese orden, la posición de garante emerge siempre de una situación concreta, por tanto, para su configuración requiere de la determinación de una situación fáctica concreta.
- **El deber penal** de impedir la realización del resultado es específico y emerge directamente de la concreta *posición de garante*⁹. Se trata de un deber específico de realizar una conducta¹⁰ concreta que impida o evite la realización del resultado típico¹¹. Sin la concreción y determinación de la conducta ordenada, no existe imputación concreta de un delito omisivo impropio.

⁶ Véase Villavicencio Terreros, «Delito de Omisión», en Debate Penal, Número 2, 1987, página 169

⁷ La conducta de terceras personas está referida a la consideración de la obligación de responder respecto de los peligros creados por otras personas que están dentro del ámbito de influencia del omitente. Aquí se puede mencionar el caso de los funcionarios públicos respecto de sus subordinados. Ejemplo: el funcionario de policía o el militar que no intenta seriamente impedir el exceso de sus subordinados respecto de los bienes o interés de particulares responde indudablemente como si hubiera causado él mismo esos resultados.

⁸ Véase, Schünemann, Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, Marcial Pons, 2009, páginas 329 y siguientes

⁹ La posición de garante: Una posición de garante se configura con una situación en que una persona tiene el deber jurídico concreto de hacer para evitar un resultado típico evitable con la acción ordenada.

¹⁰ Deber de realizar la acción de salvamento.

¹¹ Dado que se trata de una ampliación de tipo es necesario una interpretación restrictiva a efecto de que no se considere como elemento del tipo de omisión impropia deberes generales, sustentados en normas extrapenales (ROF MOF).

b) La correspondencia jurídica con un delito de comisión

La estructura de un delito comisivo de resultado exige la configuración de una acción típica vinculada causalmente a un resultado; estos tres elementos de la estructura comisiva deben tener una equivalencia valorativa en los delitos de omisión impropia. La exigencia de la equivalencia es la única forma de salvar el cuestionamiento a la afectación del principio de legalidad en los delitos de omisión impropia.

- **La omisión concreta correspondiente a la acción típica.** Si para la configuración de la proposición fáctica que realiza el verbo típico rector de una acción típica se exige concreción, con mayor razón es exigible la descripción de la conducta omitida. No se trata de describir sola una omisión genérica y difusa, sino de presentar una proposición que precise una *determinada* conducta omitida que hubiera impedido la producción del resultado¹². Esto es así porque en una situación concreta de posición de garante se trata de establecer cuál es la única y determinada conducta para impedir la realización del resultado. La omisión de esa determinada conducta debida (factible, entonces) será determinante en la producción del resultado, pues si esta conducta exigida se realizaría, entonces se interrumpiría el suceso fáctico que realiza el resultado. Por esa razón, es necesario considerar una hipotética *acción* que interrumpa el suceso causal y, luego, establecer el comportamiento omisivo típicamente relevante.
- **Nexo de evitación.** Es equivalente al nexo de causalidad que corresponde a los delitos comisivos de resultado; empero, en los delitos omisivos para determinar el nexo de evitación se requiere aplicar la fórmula de adicionar hipotéticamente una acción ordenada por el deber específico: «*si hipotéticamente se realiza la acción salvadora y con ello desaparece el resultado, entonces la omisión de realizar acción concreta determinó el resultado*».
- **El resultado.** Este es determinado por la no realización de la conducta ordenada¹³ como deber que corresponde a un sujeto que se encuentra en una concreta situación fáctica de posición de garante. Este resultado exige la afectación de un bien jurídico-penal para afirmar su tipicidad.

¹² Esta omisión debe equivaler a la acción típica de la parte especial, pues es exigible su concreción para que hermenéuticamente pueda valorarse su equivalencia.

¹³ Acción de salvamento.

Breve bibliografía

- Jescheck/ Weigend, «Tratado de Derecho Penal Parte General», Volumen II, Quinta Edición, Instituto Pacífico, 2014
- Schünemann, «Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia», Marcial Pons, 2009,
- Schünemann, «El denominado delito de omisión impropia o la comisión por omisión», en: Discursos universitarios Editorial Pangea, 2009
- Villavicencio Terreros, «Delito de omisión», en Debate Penal, Número 2, 1987,