

Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal

ENRIQUE BACIGALUPO

Doctor en Derecho

I

La moderna dogmática atraviesa desde hace más de diez años una etapa en que los fundamentos de la punibilidad de las omisiones impropias son una y otra vez replanteados. Desde 1938, en que NAGLER abrió un nuevo camino para las soluciones del problema, hasta 1959, en que ARMIN KAUFFMANN revisó íntegramente las cuestiones relativas a la llamada comisión por omisión, asistimos a una nueva formulación general de la dogmática de la omisión en que la responsabilidad surgida de la posición de garante emergente de una conducta precedente (1) ha merecido distinto tratamiento.

En la Argentina, las soluciones tendientes a dar un apoyo al porqué de una tal posición de garante se han visto limitadas a una mera afirmación carente de otro fundamento, que en el mejor de los casos consiste en un reemplazo de la causalidad por la infracción de un deber, con lo que ingresan en el círculo vicioso ya señalado por ARMIN KAUFFMANN: "La omisión impropia es un delito de comisión porque en ella se lesiona la prohibición de producir un resultado; esta prohibición es lesionada si, y porque, no se ha cumplido un mandato de impedir el resultado. La falta de evitación del resultado es explicada nuevamente como una omisión, que es un delito de comisión, en el caso de lesionar una prohibición..."; "se trató de superar esto eliminando la clase de mandato de acción. Pero, sin embargo, también de esta manera la lesión de un deber de omitir dependería de la lesión de un deber de actuar. Esta concepción está expuesta a críticas, porque la pregunta de si un deber *a* ha sido lesionado, no puede responderse remitiendo al no cumplimiento del deber *b*" (2).

No es el caso de tratar aquí íntegramente el problema de los delitos impropios de omisión. Simplemente tenemos intención de referirnos a la fundamentación de una posición de garante emergente de una

(1) JOHANNES NAGLER, *Begehung durch Unterlassen, Gerichtssaal*, n. 111, 1938, págs. 1 y sigs.; ARMIN KAUFFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.

(2) Loc. cit., págs. 240-241.

conducta precedente (3). Y en este sentido, queremos tocar expresamente dos cuestiones: la primera referente al origen de la posición de garante en estos casos; la segunda relativa a las limitaciones que reconoce la ingerencia (hecho precedente) como fundamento de una posición de garante.

La dogmática de la primera mitad del siglo en curso no pudo encontrar un punto de apoyo seguro para el hecho anterior, sea como fuente de un deber de actuar, sea como fundamento de una posición de garante. En efecto, mientras el problema de la omisión impropia se redujo a la determinación del momento causal de la omisión, el hecho anterior —en tanto puesta de una condición— representó prácticamente la forma única de consideración de una posición de garante, emergente de tales casos. La aceptación de desempeñar un cargo y otras situaciones análogas sólo entraron en consideración en tanto hechos anteriores (4). Esta concepción puramente causalista tuvo que enfrentar un obstáculo que en definitiva no pudo superar: el dolo *sub-sequens*. En efecto, si el dolo del autor nacía en el momento en que debía actuar para impedir la producción del resultado, respecto del que su acto previo era una condición, el momento de la puesta de la condición y del dolo (en aquellos sistemas, la culpabilidad) no coincidían temporalmente, con lo que se rompía una conexión fundamental: por un lado la acción previa causal, luego la culpabilidad de la no evitación. El último esfuerzo de este sentido corresponde a la teoría de la interferencia de BINDING, que en su pretensión se ve en la obligación de fundar la causalidad en el impulso que inhibe la acción. En realidad, bajo tales presupuestos no se planteó realmente un problema de equivalencia de acción y omisión, pues la omisión, en tanto causal, era también una acción.

Pero cuando queda al descubierto la falsa impostación dada al problema por la vía causal, la fundamentación de la responsabilidad por la no evitación del resultado por parte de quien puso una causa previamente, pierde todo punto de apoyo firme; M. E. MAYER decía: “no se trata de saber si una omisión puede ser causalmente conectada

(3) Sobre toda la problemática del delito impropio de omisión, ver ENRIQUE BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, 1970. ARMIN KAUFMANN, loc. cit.; KLAUS PFLEIDERER, *Die Garantstellung aus varangegangenem Tun*, Berlín, 1968; HANS JOACHIM RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966; JÜRGEN WELF, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlín, 1968. NAGLER, loc. cit.

(4) KARL BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, tomo 1, 2.^a ed., Leipzig, 1914, págs. 516 y sigs. y 536 y sigs.; HEINRICH LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, tomo II, 1840, págs. 219-236; AUGUST OTTO KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen 4. Abtheilung*, 1855, págs. 21 y sigs.; JULIUS GLASSER, *Abhandlungen aus dem Osterreichischen Strafrecht*, 1858, págs. 289 y sigs., entre otros. HERMANN BLEI, considera ahora que los casos de ingerencia pertenecen en realidad al círculo más amplio de los de libre aceptación de un deber de protección en *Garantenpflicht beim unechten Unterlassen*, en Festschr. f. H. Mayer, Berlín, 1966, página 121. En contra de esta posición, RUDOLPHI, loc. cit., pág. 111.

con un resultado..." "Ahora debe preguntarse qué omisiones son relevantes en el Derecho penal..." "Una omisión sólo entra en consideración para el Derecho cuando éste, en su lugar, espera una acción..." "Por tanto, sólo donde existe un deber jurídico de actuar, la omisión es de tal naturaleza que resulta relevante para el criminalista" (5). Es decir, en el lugar de la causalidad se introduce ahora la antijuricidad de la omisión. ¿Dónde apoyar un deber que no proviene ni de la ley, ni de un contrato, sino simplemente de un hecho?

Veamos ahora con más detenimiento de qué manera este esquema es seguido por la dogmática argentina más moderna. SOLER dice: "El deber subsiste, en general, en tres casos distintos: ...3.º, cuando un acto precedente impone esa obligación", situación que corresponde "a aquellos casos en los cuales la acción del sujeto determina un proceso en el cual la abstención lleva a un resultado antijurídico" (6). Nótese la influencia que ejerce en esos párrafos el viejo pensamiento causalista y la necesidad de recurrir al "dolo subsequens". En toda la exposición citada no hay una sola línea destinada a explicar el origen de este deber de acción. Núñez afirma que se considera que la obligación jurídica de evitar causar un resultado delictivo puede fundarse también en una conducta precedente" (7). A continuación enuncia una serie de ejemplos tomados de diversos autores, donde coexisten casos en que el hecho anterior lesiona alguna norma, y otros en los que no es antijurídico ni culpable. Finalmente, advierte que la "omisión" es punible sólo si de acuerdo con la figura delictiva de que se trate, es típicamente causal respecto del resultado prohibido" (8). FONTAN BALESTRA también sostiene que "el que ha causado un peligro se halla obligado a evitarlo si está dentro de sus posibilidades" (9).

En España tampoco se encuentra una fundamentación distinta. ANTÓN ONECA critica la admisión de la obligación de actuar como emergente del derecho consuetudinario que han hecho a veces los tribunales alemanes para estos casos, y remite como principio general al siguiente: "para imputar la comisión por omisión, es preciso que ésta pueda considerarse comprendida en una figura de delito, según la interpretación que a ésta da el común sentir; pues de lo contrario habremos prescindido del *nullum crimen sine lege*" (10). Por su parte DEL ROSAL, prescinde de un fundamento especial y da por admitida esta fuente de un deber de actuar (11).

(5) *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, Freiburg, i. B., 1899, págs. 128, 129 y 130. Idem. V. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 8.ª ed., Berlín, 1897, págs. 118 y 130.

(6) Derecho Penal Argentino, 2.ª ed., tomo I, Bs. As., 1953, págs. 341-342.

(7) Derecho Penal Argentino, tomo I, págs. 245-246.

(8) Loc. cit.

(9) Tratado de Derecho Penal, tomo I, Bs. As., 1966, pág. 438.

(10) *Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 1949, págs. 172/173.

(11) Tratado de Derecho Penal Español, vol. I, Madrid, 1968, pág. 617. Pero es de hacer notar que DEL ROSAL considera delitos de comisión por omisión aquellos "en los cuales se observa como en la misma descripción típica se

II

Como queda visto, el problema fundamental que se presenta una vez superada una concepción causalista de la omisión, consiste en determinar qué permite deducir una posición de garante emergente de un hecho anterior. Encuadrado este problema en el ámbito de la problemática actual de la omisión impropia, la cuestión debe plantearse en los siguientes términos: ¿qué y cómo se determina la equivalencia de la omisión de impedir el resultado a que condujo el peligro creado anteriormente por el autor, con la acción positiva de causar ese resultado?

En principio, señalamos que una mera infracción de un deber de actuar, tal como hasta hoy en general ha admitido la dogmática argentina, no es suficiente para determinar la equivalencia de acto y omisión, pues esa equivalencia se apoya en la *posición de garante* del omitente, o sea, en la estrecha relación que liga a éste con el bien jurídico. La posición de garante, de todos modos, se deduce de la ley penal misma, pues ésta contiene ya casos en los que expresamente fija un valor equivalente de acción y omisión al alcanzar indistintamente tanto una como otra modalidad bajo una misma escala penal, por oposición a otros tipos estructurados como puras omisiones o sólo desde el punto de vista de un acto positivo. Así, en el artículo 143 resultan equivalentes la omisión de hacer cesar o dar cuenta a la autoridad de la existencia de una detención ilegal, con la acción positiva de retardar el hacerla cesar o la información; en el artículo 173, inc. 2.º, son equivalentes la apropiación y la omisión de restituir; en el 181, inc. 1.º, el despojo puede producirse tanto por invasión del inmueble como por el mantenerse teniendo que abandonarlo; en el artículo 275 es equivalente afirmar una falsedad con callar la verdad; en el artículo 277, ayudar a eludir las investigaciones es equivalente a omitir denunciar el hecho estando obligado a hacerlo; en el artículo 248, dictar resoluciones contrarias a las leyes es equivalente a no ejecutar la ley cuyo cumplimiento le incumba. Es erróneo creer que en estos casos se trata de delitos de comisión por omisión, pues no existen delitos "tipificados como de comisión por omisión" (12), como tampoco es correcto incluir entre los delitos de comisión por omisión a los delitos culposos (13). En efecto, en todo caso, desde el punto de vista de la forma de omisión, los de omisión propia o pura, también se "cometen" omitiendo; y en cuanto a los culposos, si bien pueden

efectúa la mixtura de las dos clases de infracciones, características de esta manera ejecutiva" (pág. 614). Si bien entendemos esto, en su criterio no existe problemática alguna de equivalencia de omisión y comisión, pues ella sólo puede surgir en la medida en que la omisión no aparezca incluida expresamente en el tipo. Normalmente, la doctrina no ha considerado esos casos como de comisión por omisión (vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., Berlín, 1969, pág. 195 y MANUEL DE RIVACOBIA, *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, Chile, 1969, pág. 94).

(12) FONTÁN BALESTRA, loc. cit., pág. 456.

(13) Ib. ídem., pág. 457.

darse omisiones culposas, lo cierto es que el carácter omisivo no deriva de la inobservancia del deber de cuidado exigido, sino de la no realización de una acción: cuando se realice una acción, sin la debida observancia del cuidado, se tratará siempre de un delito de acción positiva. Es decir, que la omisión impropia (o comisión por omisión) sólo queda reservada para designar la problemática de la equivalencia de una omisión de impedir un resultado con el acto positivo de ejecutarlo: adecuación típica de una omisión a un tipo que se estructura solamente sobre una acción positiva, o sea, sobre un hacer algo.

De los casos en que la ley penal misma se refiere a omisiones equivalentes a actos positivos, ubicando ambos casos bajo la misma pena, deben generalizarse los elementos que permiten deducir la comprobación del grado de cercanía del autor respecto al bien jurídico protegido que se requiere para poder designarlo como garante. En esos casos, el omitente aparece "puesto" por el orden jurídico en una determinada posición de protección respecto al bien jurídico. Una caracterización de esa situación puede concretarse en estos casos: o bien se trata de a) protección de un determinado bien jurídico frente a los peligros que puedan emanar de cualquier fuente de riesgos, o bien de b) protección de los bienes jurídicos que puedan verse afectados por una fuente de riesgos cuyos cuidados y custodia incumben al autor (14). Estas circunstancias son las que permiten determinar con su concurrencia que el autor se encuentra ligado a la protección del bien jurídico de un modo tal que, de acuerdo con el criterio valorativo de la ley, la omisión de impedir la producción de resultado es equivalente a causarlo positivamente. La teoría que, de una manera tan criticada, estableció fuentes de deber determinadas (contrato, ley, hecho anterior, especiales relaciones de confianza), ha merecido ya críticas que no permiten su mantenimiento. Aquí sólo nos podemos remitir a esas críticas (15).

El límite de una concepción de la posición de garante como ésta, está dada por la punición de una omisión expresamente determinada en la ley (omisión propia) "Una posición de garante —al contrario— no puede deducirse de la situación típica de los delitos propios de

(14) Conf. ARMIN KAUFMANN, loc. cit., pág. 283; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlín, 1969, págs. 414 y 415 sigs.; RUDOLPHI, loc. cit., págs. 102 y 103.

(15) HERMANN BLEI, loc. cit.; HEINRICH HENKEL, *Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten*, en *Moschr. f. Krim*, 1961, págs. 178-193; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB-Kommentar*, nota previa sobre la parte general número 108; RUDOLPHI, loc. cit.; JESCHECK, loc. cit. BLEI ha mantenido en MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, 12 edic. München, 1967, págs. 83-91 el tratamiento de las fuentes de deber, aunque ampliándola a otras no tradicionales. En el artículo citado más arriba, critica, en realidad, la clasificación de las fuentes, demostrando de qué manera se encuentran fundamentos comunes en fuentes distintas. Ver también BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, 1970.

omisión, porque en ellos, el deber jurídico, corresponde a todo el mundo" (16).

III

Ante estas circunstancias cabe preguntarse qué fundamentos proporciona la ley para determinar la posición de garante emergente de un acto anterior en que se pone en peligro un bien jurídico. El punto de vista valorativo que se ha presentado en II, proviene de la generalización de los principios emergentes de la propia ley penal y de la traslación a la omisión impropia de los elementos que definen el contenido de injusto del correspondiente tipo de comisión (17). La dogmática ha tratado de encontrar en este marco el fundamento de la punibilidad de los casos de ingerencia (hecho anterior) como realización de un tipo de comisión. Los intentos no han sido hasta ahora nada claros y puede decirse que tampoco suficientes. La posición de garante emergente de una conducta anterior se intentó fundamentar en: *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, de donde surge el deber de evitar el daño emergente de una conducta precedente (18); *b*) en 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 (19); *c*) en la concepción popular que determina al autor o en la interpretación según el común sentir (20); *d*) en ser la consecuencia de una perturbación del orden primario de protección (21).

Entre nosotros se pretendió últimamente dar un fundamento al deber de impedir el resultado cuando la conducta precedente puso en

(16) JESCHECK, loc. cit., pág. 413; PFLEIDERER, loc. cit., pág. 116. En contra ARMIN KAUFMANN, loc. cit.

(17) RUDOLPHI, loc. cit., pág. 93.

(18) SIGFRIED KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, Breslau, 1933, págs. 101, 102.

(19) SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit.; JESCHECK, loc. cit., pág. 415.

(20) FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, en *Fest. zum 60 Geburtstag f. Gleispach*, Berlín y Leipzig, 1936, pág. 70; ANTÓN ONECA, loc. cit., pág. 193.

(21) RUDOLPHI, loc. cit., págs. 100, 102, 106, 108 y 109. Para este autor las representaciones de valor y los principios ordenadores de la ley que deciden sobre la posición de garante, "dependen no sólo de las formas de aparición de las diversas relaciones de protección, sino, además, de las necesidades sociales a las que se remiten las relaciones particulares de protección". La necesidad social de la posición de garante se percibe en un grupo de casos que directamente le exigen por lo dado en la comunidad de vida (posición primaria de garantía) y en otro grupo de casos que consisten en la perturbación del equilibrio de fuerzas". Las primarias son correlato necesario para el mantenimiento de una próspera comunidad de vida. Las secundarias se caracterizan por ser dependientes de la propia conducta del garante. El orden jurídico, en tanto orden de protección, contiene necesariamente un orden de lo individual, para la protección de los valores jurídicos reconocidos. Por ello, la contrariedad al deber aparece como un elemento fundamental de la perturbación.

peligro al bien jurídico, generalizando el contenido a partir de ciertos casos que aparecen en la ley y que se suponen ordenados en la idea de que "todo el que crea un riesgo o lo agudiza debe realizar las acciones adecuadas para evitar la producción de resultados antijurídicos" (22). Mediante esa generalización se lograría un principio de idénticas características a los que en la ley expresamente se conecta un deber de actuar. Pero aquí comienza el problema y no, como allí se pretende, termina. En efecto, si lo esencial para la posición de garante fuera la infracción de un deber, ese deber no puede deducirse generalizando a partir del caso famoso de la obligación del padre o madre de proveer a la supervivencia del hijo. Pues ese deber dice simplemente: "alimentalo", "cuidalo", etc., pero *no dice que su no-cumplimiento (omisión) equivale a la acción positiva de matarlo* y como tal realiza el tipo del art. 79, C. p. *Una cosa es que exista el deber, y otra muy distinta que su infracción omisiva realice un tipo de comisión*. Quien razona deduciendo del deber de alimentar, la tipicidad de una omisión respecto a un tipo de comisión, en realidad supone, sin fundamento alguno, la tipicidad.

Es aquí, donde la búsqueda de un punto de vista legal nos conduce a reparar en el artículo 106, C. p., lo que aquella argumentación ha soslayado: "El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro... abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse... a la que *el mismo autor haya incapacitado*, será reprimido con prisión de seis meses a tres años. La pena puede llegar a ser de tres a diez años si se produce la muerte. Evidentemente, la no prestación de ayuda a la misma persona que se ha incapacitado, p. ej., en un accidente de tránsito, presenta un caso en el que no puede dudarse de la creación del riesgo para el bien jurídico por el propio omitente y tampoco de la omisión posterior de ayuda para impedir el resultado de muerte o lesiones. Tanto es esto así que el Tribunal Federal Alemán así lo ha resuelto para el caso de accidentes de tránsito similares (BGH: 7:287) (23). Sin embargo, es evidente que la ley penal, a pesar de estar en consideración un bien jurídico de la importancia de la vida, *no considera equivalente* la omisión de ayuda que no impide la muerte con la producción activa de la misma que es sancionada con una pena mucho mayor en el artículo 79, C. p. (ocho a veinticinco años). *Por lo menos este artículo está demostrando con evidencia que si se pudieran generalizar de unos deberes de acción que aparecen en el orden jurídico un deber de acción emergente del acto precedente, es en todo caso incorrecto afirmar que su infracción es equivalente a la producción activa del resultado*. Con lo que se da una prueba más de la insuficiencia conceptual de la teoría de la infracción de deber.

(22) NORBERTO SPOLANSKY, *la estafa y el silencio*, Buenos Aires, 1969, página 80. La afirmación va acompañada de referentes a la problemática general de la omisión impropia que no responden al planteamiento actual del problema, pero que no es posible discutir aquí.

(23) Ver JESCHECK, loc. cit., pág. 416: señala estos casos como el ejemplo clásico.

La cuestión que a nuestro entender debe plantearse es, la siguiente: ¿Puede deducirse en términos generales de este artículo 106, C. p. una exclusión de la equivalencia de los casos de ingerencia con respecto a la producción activa del resultado?

IV

En principio, pretender una diferenciación por el contenido del deber prescrito en el tipo del art. 106, C. p. y el deber que funda la responsabilidad en la omisión impropia que realizaría el tipo del artículo 79 (homicidio) es absolutamente desechable. Sólo encontrando una diferencia de esta clase podrían todavía distinguirse la omisión propia y la impropia, pues infracción de un deber de actuar lo hay tanto en una como en otra y por lo tanto ésta nada significa (si se la considera aisladamente) respecto de la equivalencia de acción y omisión. No sólo resulta difusa la línea divisoria entre “deberes de ayuda” y “deberes de evitar el resultado”, sino que hace ya mucho tiempo que se comprobó que también en los delitos *proprios* de omisión (como el caso del art. 106), el contenido y la dirección del deber es también evitar el resultado (24). En todo caso no cabe duda de que en el Código penal argentino el deber de acción conectado a la conducta precedente de imposibilitar a la víctima, también se dirige inequívocamente a que el autor evite el resultado de muerte o de lesión corporal grave, no obstante lo cual no hay equivalencia alguna con la acción positiva de producir la muerte.

Hasta ahora, es decir, hasta la reforma introducida en 1968 (artículo 106, C. p.) la jurisprudencia hizo uso de los principios de la ingerencia, acordando la equivalencia en estos casos de acción y omisión respecto del resultado de un tipo de comisión. Sin embargo, en la actualidad parece ser que la situación es diferente (25).

El artículo 106 pone de manifiesto —por tanto— que la sola re-

(24) ARMIN KAUFMANN, loc. cit., pág. 275; RICHARD BUSCH, *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*; en *Fst. f. H. Mayer*, páginas 192 y sigs.; ver en la trad. española del Lehrbuch de WELZEL (Buenos Aires, 1956, pág. 207): implícitamente SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit., notas previas sobre la parte general número 102 (pág. 36 de la ed. 14-1969). Ver también mi *Delitos impropios de omisión*, Bs. As., 1970, cap. III.

(25) Ver el importante trabajo de JUAN BUSTO, CLAUDIO FLISFISCH y SERGIO POLITOFF, *Omisión de socorro y homicidio por omisión*, en *Rev. de Ciencias Penales*, tomo XXV/3-1966, págs. 163 y sigs., donde se hace un estudio de los problemas modernos de la omisión impropia a la luz de los cuales se busca resolver justamente el problema inverso, ya que con acierto se encuentra la diferencia de dos omisiones estructuralmente iguales en la posición de garante. Esta determina que un caso sea homicidio, y otro, donde no concurre, omisión de socorro. El Código argentino ahora ha incorporado un caso tradicional en que se reconoció un deber de garante emergente de una conducta anterior en un tipo de omisión pura (art. 106).

lación causal entre la conducta precedente, creadora del peligro, y el resultado no es suficiente para fundar una posición de garante, con lo que coinciden las opiniones doctrinales en general (26). En efecto, en el artículo 106 existe sin duda una relación de causalidad entre el hecho precedente y el resultado no evitado, y sin embargo el autor no es garante y por ese motivo responderá sólo por una omisión propia que el mismo artículo configura. Por lo tanto, *ni la causalidad del hecho anterior ni la infracción del deber de evitar el resultado son suficientes para definir una posición de garante.*

Lo que importa, entonces, como se dijo, es la posición del autor respecto del bien jurídico, y en este sentido los casos de ingerencia quedarán reducidos a una subespecie dentro de la clase más amplia del "cuidado de una fuente de peligros frente a daños que de ella puedan derivarse". En este sentido, lo importante será si el autor tiene el dominio del ámbito dentro del que se ha producido el resultado típico (27). Es decir, si el daño causado o, mejor dicho, si el daño que amenaza producirse se ha desprendido de la fuente de peligro que debe custodiar o encausar el autor, y tiene lugar en su ámbito espacial de dominio del peligro. Esto implica una respuesta, también, a la pregunta formulada por WELP relativa a saber si es posible un "dominio" social de un determinado ámbito de vida que fundamente un deber de evitar el resultado, independientemente de su causalidad" (28). En efecto, aunque en el caso concreto del "dominio social de un ámbito determinado" sea requisito la subyacencia de un nexo causal, como indica el mismo WELP (29), ello no interfiere en la utilidad que representa aquel concepto, pues, de cualquier manera, de ello no podrá deducirse la limitación que este autor propone respecto de la función de protección del bien jurídico. En este sentido, no resulta admisible que quien usurpa una función de garante carezca del deber de desempeñar la protección que le corresponde al titular, como lo sostiene WELP (30), pues la tarea de defensa se impone por el *hecho* de ocupar socialmente una posición, sin consideración a la legitimidad del autor en esa posición. Esto es claro si se tiene en cuenta que la ingerencia se refiere precisamente a intervenciones de hecho, por oposición a los casos que tradicionalmente se agrupan bajo el rubro de libre aceptación de una función de protección (31), que siempre estuvieron ligados a la concreción de un negocio jurídico, o a una concreta manifestación de voluntad.

Por otra parte, no parece acertado criticar el "ámbito de dominio"

(26) BLEI, loc. cit., pág. 136; MEZGER-BLEI, *Strafrecht, AT*, 12.^a ed., München, 1967, pág. 85; RUDOLPHI, loc. cit., pág. 152; WELZEL, loc. cit., pág. 209; PFLEIDERER, loc. cit., pág. 149; WELP, loc. cit., pág. 249; SCHWARZ-DREHER, *StGB Kommentar*, 28.^a ed., Berlín, 1966, pág. 22.

(27) Conf. WELZEL, loc. cit., pág. 209; HENKEL, loc. cit., págs. 190 y sigs.

(28) Loc. cit., pág. 249.

(29) Loc. cit., pág. 250.

(30) Loc. cit., pág. 251.

(31) BLEI, loc. cit., pág. 137.

como criterio para decidir en estos casos la posición de garante del autor, pues solamente la actuación sobre la fuente de peligro custodiada por el autor genera un deber de evitar el resultado, como agrega WELP (32). En realidad, este contenido más amplio, por el que se reconoce un deber de garantía aún en los casos en que no hay una actuación previa sobre la fuente de deber, es el contenido del deber de garantía que corresponde a quien tiene el cuidado de una determinada fuente de peligro, categoría de la que los casos de ingerencia son sólo una sub-clase. El caso del caballo que se encabrita y que ya no es dominado por el jinete, no ofrece por lo tanto dificultades. Si bien es cierto que el caballo ha salido del dominio del jinete y sin embargo éste está obligado a impedir que se produzcan daños derivados de ello, la solución es clara si se tiene en cuenta que en ese caso no es el dominio efectivo lo que determina la responsabilidad, sino la actividad omitida tendiente a impedir que de la fuente que debe custodiar el autor se derive un resultado mayor (33), y sin ser un caso de ingerencia, cae sin embargo bajo el rubro de la "custodia de una fuente de peligro". Téngase presente que la posibilidad física real de evitar el resultado es presupuesto de la posición de garante (34).

De todo esto queda claro que la idea de la ingerencia, o sea, de la producción de un peligro cercano para la lesión de un bien jurídico, sólo admite fundamento en la causalidad del hecho anterior y no puede evitar entonces el "dolo-subsequens", ni la inexistencia de un concreto deber de acción que surja del hecho del peligro causado, que permita constituir en garante al omitente. Por este motivo, no es acertado rechazar la necesidad de un complemento que permita, junto a la causalidad, determinar la posición del autor, como hace RUDOLPHI (35). Precisamente este complemento es lo que permitirá distinguir casos en los que, aún existiendo una base causal, la distinta posición del autor determina también diversas consecuencias penales.

Sin embargo, el "ámbito de dominio" sólo no es suficiente para determinar la equivalencia de omisión y acción positiva en el Código Argentino y sólo ofrece una primera delimitación para los casos de un peligro producido para el bien jurídico y no evitación posterior del resultado. *Es preciso además que la conducta precedente sea contraria al deber.* Es decir, que el artículo 106 queda limitado en su ámbito a los casos en que el autor se ha conducido dentro de los límites del peligro permitido en el tráfico. La adecuación a Derecho de la conducta precedente impide que de ella pueda deducirse un deber de garantía.

(32) Loc. cit., pág. 253.

(33) Sobre este ejemplo, ver WELP, loc. cit., pág. 256.

(34) WELZEL, loc. cit., pág. 205, BACIGALUPO, loc. cit., pág. 114.

(35) Loc. cit., pág.

(36) Conf. JIMÉNEZ DE ASÚA, quien puntualizó ya con agudeza este requisito, *Tratado*, tomo III, 3.ª ed., Bs. As., 1965, 425; RUDOLPHI, loc. cit., pág. 157 y siguientes. En contra WELP, loc. cit.

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 encauzar, o sea, que se encuentra bajo su dominio para que su omisión sea equivalente a una acción; de lo contrario no habrá posición de garante (37).

Como se ve, la idea de la ingerencia no tiene ya prácticamente lugar en el sistema penal argentino, por lo que la fundamentación de la responsabilidad por una omisión impropia basada en la sola conducta precedente como se admitió en general —salvo el caso de JIMÉNEZ DE ASÚA Y NÚÑEZ, aunque éste menos claramente— en nuestra dogmática no tiene hoy vigencia. *La ley no establece en ninguna parte una posición de garante semejante, ni permite deducirla con la amplitud que se ha pretendido.* Si esto ya era claro antes de la sanción del artículo 106, C. p., ahora no puede ofrecer dudas.

V

Frente a esta concepción no puede resistir el análisis el intento de designar como garante y responsabilizar por estafa al vendedor de un inmueble que ha silenciado, al comprometerlo en venta, un gravamen real que pesa sobre aquél y que impedirá el traspaso de la propiedad (38). En primer lugar, porque es evidentemente un abuso de lenguaje afirmar que el vendedor “emplaza” al comprador en una situación de peligro, pues en todo caso éste ha aceptado la oferta, o sea, que ha colaborado en ponerse en peligro o, inclusive, puede haber sido el autor de la oferta. ¿Es posible creer que cuando el vendedor se limita a *aceptar* una oferta que le hace el comprador silenciando el gravamen, ha *emplazado* al vendedor en una situación de peligro? Por cierto, que, de cualquier manera, si fuera factible hacer aquella exagerada afirmación del vendedor que promueve con su oferta la celebración del acto jurídico, ello no sería adecuado respecto del caso en que el comprador ha impulsado y “dominado” la realización del negocio jurídico. En este supuesto el comprador se emplazó solo. Por otra parte, y teniendo en cuenta que la compraventa es un contrato bilateral, en el que ambas parte ocupan simétricamente posiciones contrarias, el comprador que silencia un embargo de su dinero depositado en un banco y luego no cumple con la cancelación del precio por ese motivo, también debería ser responsable de estafa, si se aplicara el criterio que venimos analizando.

Pero, además de ser incorrecto el criterio empleado para definir la creación del peligro y para la deducción de la posición de garante del vendedor, aquél no puede jugar en el caso de pago al contado y entrega de la posesión que ocurren en el mismo momento de la escritura

(37) Conf. WILHELM GALLAS, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten*, Heidelberg, 1964, pág. 40.

(38) SPOLANSKY, loc. cit.

pública, pues en este caso no hay posibilidad de recurrir a un hecho temporalmente previo a la omisión de comunicar el gravamen, que actúe como fundamento de la posición de garante, y lo cierto es que la idea de la ingerencia (o de la omisión propia fundada en la conducta precedente) es consustancial con el distinto momento *temporal* del hecho *previo* y de la omisión *posterior*. Esto ya lo vio BIDDING (39) y no lo negó ni puso nunca nadie antes o después de él en duda. Pretender ahora reemplazar esa sucesión necesariamente temporal por otra *meramente lógica* tiene consecuencias muy graves.

Especialmente cabe destacar que, de esta manera —y al amparo de un concepto de omisión cuyo substracto es valorativo—, se convierte la *realización positiva* de una acción en *una acción no realizada* (omisión). ¿Cómo puede derivarse de la contrariedad al deber de informar con que se *realiza* una acción, su transformación en una *omisión*? ¿Cómo algo que tiene lugar, pasa a no tener lugar? Un caso puede mostrar esto mejor: V (vendedor) acepta la oferta de C (comprador) sin manifestar que el inmueble está hipotecado. Nadie puede dudar que V realiza algo positivo (aceptar la oferta) aunque violando el deber de informar del Código civil. Lo mismo ocurre en el delito culposo, se *realiza* una acción omitiendo el cuidado exigido: ¿podremos creer que en el homicidio culposo es primero la acción de conducir a excesiva velocidad, más la omisión posterior de evitar el resultado evitable? Como lo ha afirmado con razón ARMIN KAUFMANN, mientras en la comisión se requiere esencialmente un acto positivo del autor, en la omisión es preciso que *falte la realización* de una acción (40).

Con la afirmación de que la determinación de un hecho como acción u omisión depende de instancias valorativas se llega a soluciones verdaderamente arbitrarias, no sólo como la que estamos analizando, sino también como la del famoso caso que presentan MEZGER y MAURACH y BAUMANN para ejemplarizar este criterio (40 bis).

En efecto, el dueño de la fábrica que *entrega* a sus obreros los pelos de cabra *sin desinfectar* y los produce la muerte, los mata mediante un acto positivo; lo mismo ocurre cuando la enfermera que, negligentemente, es decir, sin las verificaciones que el cuidado exige, aplica una inyección equivocada que causa la muerte del paciente, ¿podría decirse que la enfermera omitió dar la inyección?, ¿qué diferencia hay en este caso respecto del que acepta o formula una oferta, omitiendo a la vez informar la existencia de un gravamen? El caso de los pelos de cabra constituirá un homicidio culposo cometido activamente si el autor no quiso el resultado, y doloso si lo quiso o por lo menos se lo representó y lo asintió. Recurrir allí a la omisión impropia es una manera de ampliar arbitrariamente el tipo. Precisamente en la solución del caso de la estafa que estamos criticando esto se ve con más claridad, pues la acción positiva no es típica, y para adecuarla al tipo se

(39) NORMEN, loc. cit.

(40) Loc. cit., págs. 88 y 89.

(40 bis) BAUMANN, *Strafrecht*, AT, 4.^a ed., Bielefeld, 1966, pág. 220.

prescinde de ella y se recurre al criterio de la responsabilidad emergente de una conducta precedente, que como tampoco siempre es precedente, se reemplaza por una sucesión lógica, que cuando el impulso para la conclusión del negocio jurídico (oferta) proviene del comprador, debe terminar entonces en una responsabilidad por omisión en que la conducta "precedente" pertenece al del propio lesionado. Esta concepción, como se ve, contradice todos los principios en que se apoya la responsabilidad penal (41). Para afirmar una solución como esta, sería necesario previamente establecer la posibilidad de la concomitancia de momentos activo (tendientes al resultado) en la omisión. Pero ello es radicalmente imposible. Sería, en realidad, lo opuesto a la teoría de las acciones concluyentes, es decir, de acciones que por el contexto social en que son realizadas implican también la afirmación de circunstancias que se omiten al mismo tiempo declarar expresamente (42). La posibilidad de construir una estafa por omisión en el caso de la compraventa, requiere previamente la destrucción de la teoría de las acciones concluyentes y la afirmación de momentos comisivos en la omisión (43) que, como vimos en el párrafo anterior, exige por un lado el sospechoso concepto valorativo de la omisión (44), y por otro conduce a una ampliación del tipo que, por lo menos, es analógica.

Finalmente, es innecesario demostrar que el criterio analizado no cumple con los requisitos que exige el Código penal para admitir la posición de garante: ni puede afirmarse que el vendedor haya sido puesto por el orden jurídico para custodiar y encausar una fuente

(41) Dejamos aquí de lado que la solución propuesta además es objetable en la medida en que los gravámenes de los inmuebles y los prendarios de los muebles son públicos por estar asentados en registros públicos y quien no toma conocimiento de ello es porque no quiere o por lo menos porque *assume el riesgo*, de donde se deriva que es también arbitrario sostener que la causa de la disposición patrimonial lesiva sea el silencio del vendedor, y no la propia conducta del comprador. Es el caso que frecuentemente se presenta en los delitos culposos cuando, a pesar de la infracción de reglamentos del sujeto activo, la víctima pone una causa con su propia conducta imprudente.

(42) Ver PAUL BOCKELMANN, *Estafa por medio de silencio*, Cuadernos de los Institutos, núm. 88 (Univ. Nac. de Córdoba), págs. 127 y sigs. (traducción de Conrado Finzi).

(43) Este es el método que intenté seguir en *Insolvencia y Delito*, Buenos Aires, 1970, en el capítulo dedicado a *Estafa, estelionato y silencio*, en el que, como se expresa en el prólogo, queda vigente, de cualquier manera, la demostración de que la ley que impone el deber de informar (Cód. civil) no equipara su infracción con la acción positiva de engañar del art. 172, Código penal.

(44) El concepto normativo de la omisión conduce en realidad a una decisión del sujeto que juzga la determinación de si un hecho es comisivo u omisivo, en base a pautas normativas que ningún autor ha expresado concretamente. De allí se deduce el amplio margen de arbitrariedad que hace inaceptable la solución. Como dice COSSIO, con razón, "la realidad de la comisión o de la omisión es un prius lógico de la realidad de la ejecución o de la abstención", y son realidades que "implican un juicio afirmativo cuando se trata de la ejecución o de la comisión, y un juicio indefinido cuando se trata de la omisión o de la abstención" (*La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2.ª ed., Bs. As., 1964, pág. 699).

de peligro, frente a bienes jurídicos determinados, ni que el peligro para el bien jurídico se haya producido en su ámbito de dominio. Por supuesto que la omisión de informar es contraria al Derecho, pues el C. c. establece ese deber, pero la sola infracción del deber es insuficiente para constituirlo en garante: la propia ley civil excluye por sus consecuencias, del ámbito del tipo de estafa, las infracciones del deber de informar, dado que de otra manera la ley debería determinar la nulidad del acto, cosa que no sólo no hace, sino que excluye (45).

Con esto no se quiere afirmar que la estafa no sea susceptible de cometerse por omisión. Simplemente se procura demostrar que la idea de la ingerencia resulta inaplicable en los casos de compraventa de inmuebles.

(45) Conf. BACIGALUPO, *Insolvencia y delito*, loc. cit.