

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

PROPUESTA DE REGULACIÓN  
COMISIÓN POR OMISIÓN

JUAN PABLO COX LEIXELARD

Viña del Mar, 15 de marzo de 2013

Siguiendo las indicaciones sugeridas por la Comisión de Anteproyecto de Código Penal del Ministerio de Justicia para la redacción de las propuestas de regulación, entregaré en primer lugar una recomendación de articulado (i), seguida de una fundamentación general (ii) y de una particular, centrada en consideraciones conceptuales (iii, en la que se distingue, también, entre el supuesto problema que pretende resolverse a través de la regulación expresa de la punición de las omisiones comisivas (iii.a), las soluciones que se han entregado (iii.b), y los genuinos problemas preexistentes a la regulación y los derivados de ésta, y la solución (iii.c) que me parece preferible). Además, incluiré una propuesta alternativa que avance posibilidades regulatorias en caso de adoptarse una posición distinta de la sugerida en la primera parte (v). Antes, esbozaré las razones –más intensamente pragmáticas que conceptuales– que tengo en cuenta para proceder como lo hago (iv).

i. *Articulado propuesto*

Propongo no regular expresamente la punición de la comisión por omisión, de manera tal que no contemplo la redacción de uno o más artículos específicos sobre la materia.

## ii. *Fundamentación general*

La propuesta supone mantener la actual situación legal, esto es, la ausencia de regulación expresa de la punición de la comisión por omisión<sup>1</sup>.

Con esta propuesta no se pretende, por supuesto, validar los términos en que ha discurrido la discusión académica y la evolución jurisprudencial sobre el tópico, que justamente han pivotado sobre un cierto entendimiento de la ausencia de regulación expresa que aquí se critica.

Esta decisión abstencionista, en cambio, se fundamenta en la asunción de la corrección de la(s) tesis de la equivalencia entre la comisión activa y la comisión por omisión. La consecuencia inmediata de esta visión consiste en la superfluidad de alguna cláusula general de punición de la comisión por omisión. La tentación de incluirla explícitamente en la legislación debe, por tanto y en aras a la consistencia, resistirse. El costo de esa resistencia (esto es, el distanciamiento con los códigos penales de referencia para nuestra tradición) debe asumirse: el modesto fin de clarificación y restricción que las mentadas cláusulas pudiera satisfacer se ve indefectiblemente opacado por los problemas que habitualmente generan.

### iii. *Fundamentación particular*

Con la consagración de cláusulas generales que reconozcan la punibilidad de comisiones omisivas se intenta superar la aparente imposibilidad de atribuir responsabilidad penal por afectaciones de bienes jurídicos imputables a omisiones cuando la descripción legal no las contempla explícitamente como modo comisivo. Esta imposibilidad es inexistente; se trata, en realidad, de una pura apariencia. Con ello, la necesidad de contar con una tal cláusula es un espejismo. Como la regulación legal no es un ejercicio (puramente) estético, contar con ellas es innecesario.

#### a. El (aparente) problema

Para un importante sector de los operadores jurídicos la ausencia de estas cláusulas *vale* como un problema. En esa medida, y tratando de desterrarlo, su identificación es crucial.

La (aparente) imposibilidad se hizo evidente con el fortalecimiento y hegemonía del *causalismo naturalista*, que impelió a la búsqueda de causalidad (frecuentemente adjetivada) en la omisión, de manera tal que ésta también pudiera ser entendida como una comisión delictiva. Y así, asentada dicha causalidad se consagraría una imagen englobante de la comisión: activa y omisiva. Sobre estos mismos elementos se fraguaron las teorías del *deber jurídico*, que ya a comienzos del siglo xx terminaron desplazando hacia la antijuridicidad la identificación de la presencia de una comisión por omisión, en términos tales que sólo frente a una (causalidad “jurídica” unida a una) infracción de un deber jurídico –formal o materialmente concebido–, puede predicarse su existencia. Con esto se asentó un esquema dualista de la realización típica, basado en la “irreductibilidad ontológica” de los delitos de comisión y de omisión. De paso, este modelo afianzó la intuición de una equiparación entre comisión por omisión y comisión activa fundada en consideraciones axiológicas (de merecimiento de pena), crecientemente alejada de estándares normativos (estructuralmente dogmáticos). Con ello la comisión por omisión pasó a reconstruirse, mixtamente, como un *aliud* y como un *minus* respecto de la comisión activa: en concreto, como una “*mera omisión cualificada por una especial intensidad del deber*”. Luego, ni sería subsumible directamente en los tipos de la parte especial ni correspondería aplicarle al autor, a todo evento, las penas conminadas en las correspondientes disposiciones. Así fue como la versión activa del delito mantuvo un perfil ontológicamente definido (acción causal o final) mientras que la omisiva se construía sobre pilares normativos.

Justamente el gradual abandono de las posiciones naturalistas produjo el enriquecimiento normativo del juicio de tipicidad, que luego de algún tiempo se tradujo en una cierta asimilación (normativa y no ontológica) de la comisión activa y la comisión por omisión bajo los rótulos –siempre difusos– de la “imputación objetiva” y la “posición de garante”. Este estadio evolutivo está aún asentándose y, pese a contar con conspicuos representantes, no parece ser el mayoritariamente defendido por los autores ni el mayoritariamente aceptado por la jurisprudencia.

La visión mayoritaria, en concreto, parte del entendido de que los supuestos de hecho comisivos sólo pueden hacerse verdaderos a través de conductas activas (sea por razones de legalidad formal o por consideraciones conceptuales relativas al dogma causal) pero, a la vez, reconoce que existen conductas que merecen igual pena que ellas (paradigmáticamente, conductas de no evitación por parte del garante del resultado descrito en el supuesto de hecho): estas conductas –omisivas– no quedan cubiertas por el alcance del tipo. De esta forma,

para proceder al castigo (merecido) sería necesario o una interpretación paralela del tipo, o una tipificación expresa, caso a caso, de los supuestos omisamente comisivos, o, por último, contar con una cláusula de equivalencia/correspondencia o norma de conversión. Esta última es, como se sabe, la solución que siguió, entre otros, el legislador alemán y el español.

También en Chile la ausencia de una regulación específica es vista como problemática por muchos, que ponen el acento en que alguna equiparación valorativa entre la no evitación de un resultado y su producción, formulada por la doctrina y no por la ley, cuando menos plantea dudas sobre su adecuación al principio de reserva legal. Sobre esta misma base, el intento de encontrar una cláusula general-acotada en el artículo 492 inciso primero del Código penal tampoco alcanza para despejar las dudas de todos. Lo que fuera, en el último tiempo se han ensayado intentos de difuminar las fronteras entre la comisión activa y la comisión por omisión acordes con ciertas variantes de las tesis de la equivalencia. La jurisprudencia, a su turno, muestra una validación de la imputación de responsabilidad para estos casos limitada a los supuestos de afectación de la vida humana.

#### b. La (aparente) solución

Luego de procesos legislativos más o menos extensos, los países cuya legislación nos sirve de referencia en materia penal adoptaron modelos de cláusula general que permitieran la atribución de responsabilidad penal por omisiones no explícitamente descritas en la parte especial.

Cabe destacar el § 13 del Código penal alemán:

“Comisión por omisión. (1) El que omita evitar un resultado que pertenece al supuesto de hecho [*tipo*] de una ley penal es punible según esta ley sólo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y si el omitir corresponde a la realización del supuesto de hecho legal [*tipo legal*] mediante un hacer. (2) La pena puede ser atenuada conforme al § 49.I”<sup>2</sup>

y el artículo 11 del Código penal español:

“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 del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará 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”<sup>3</sup>.

Dichas cláusulas también están presentes en otros ordenamientos de referencia, como el austríaco<sup>4</sup>, el suizo<sup>5</sup> y el italiano<sup>6</sup>. Aunque puede ser discutido, entiendo que también está (débilmente) consagrada en el Código penal francés<sup>7</sup> y, por supuesto, en otras muchas legislaciones que, aunque a veces próximas a nuestra tradición, finalmente escapan del alcance de este análisis<sup>8</sup>.

Aun cuando existen diferencias entre ellas, es evidente que todas responden a unos mismos objetivos. En Chile esos objetivos también han sido perseguidos, y por eso se explica que en la Comisión Foro Penal se haya tenido muy a la vista esta opción regulativa.

Así, la Secretaría Técnica propuso un artículo 10 del siguiente tenor:

“El que omite evitar la consumación de un delito sólo será punible por dicho delito cuando se encuentre especialmente obligado a evitarlo”<sup>9</sup>.

Finalmente, la iniciativa (de inclusión de la cláusula) no prosperó<sup>10</sup>.

### c. Los (verdaderos) problemas y la (correcta) solución

Cláusulas como la alemana o la española no resuelven los problemas por los cuales se consagraron. Sobre esto reina cierto consenso entre los especialistas, algunos de los cuales incluso postulan que lo más sensato sería no contar con ellas.

Entiendo que el déficit estructural de estas cláusulas es que parten de supuestos erróneos. Y así, pretenden superar –defectuosamente, por lo demás– problemas inexistentes. En efecto, la premisa fundamental que explica su existencia estriba en que de esta forma se permitiría atribuir responsabilidad penal a quienes sin haber causado una afectación a un bien jurídico, omitieron evitarla estando obligados a ello. En otras palabras, pretenden esclarecer cuándo omitir equivale o cuando menos corresponde con hacer, que sería el único comportamiento directamente subsumible en la descripción legal. Pues bien, para imputar dicha responsabilidad no es necesaria una tal cláusula: basta con abandonar la impronta causalista que terminó cuajando en una “interpretación reduccionista-descriptiva-causalista” de los (verbos de los) tipos, de manera tal de reconocer su sentido adscriptivo, para seguidamente dar cuenta de la estructura *comisiva* de la comisión por omisión. Todo ello redundaría en la afirmación de la mentada equivalencia, que es estructural o normativa y no puramente axiológica.

Aunque las críticas a la cláusula alemana se han centrado en que deja en casi total orfandad al intérprete de cara a la configuración de la correspondencia, lo verdaderamente cuestionable es que estableciéndola y luego permitiendo la atenuación se contradice dogmáticamente, alimentando de paso la presión político-criminal por la extensión punitiva. El modelo español, que pretende superar la ambigüedad apuntada, yerra no sólo al identificar los parámetros de la equivalencia, sino que termina indefectiblemente rigidizando los criterios de atribución de responsabilidad (salvo, claro está, que se alimente una interpretación que en la práctica descarte su aplicación).

Así, la nota común entre las comisiones activas y las omisivas estriba en que ambas reflejan un idéntico dominio sobre el proceso causal, que se traduce normativamente en un también idéntico dominio sobre la relación de riesgo. De esta forma, puede predicarse de ambas que suponen una lesión al principio de autonomía, sea por arrogarse directamente la organización de una esfera ajena, sea por extender la propia esfera al ámbito ajeno para luego no adoptar medidas de protección. Infringen, en definitiva, la prohibición material contradictoriamente subyacente al supuesto de hecho legal (haciendo verdadero el supuesto de hecho). Y por eso en las dos variantes puede atribuirse directamente al comitente –como obra

suya– el estado de cosas mundano que el legislador pretende evitar con el establecimiento de prohibiciones materiales en la parte especial. En definitiva, justamente por quebrar el deber negativo básico de no dañar concretado en la norma de conducta, el comportamiento del autor es inmediatamente subsumible en la descripción típica.

Así, entiendo que la distinción entre acciones y omisiones es secundaria frente a la distinción existente entre comisiones y omisiones.

*iv. Razones pragmáticas para una propuesta alternativa.*

Aunque estimo correcta, y por tanto conveniente, la actual ausencia de una cláusula de punición, igualmente planteo como alternativa la consagración de una, en el entendido que pudiera hacer más evidentes los fundamentos de la posición que defiendo.

Los objetivos de una cláusula de estas características debieran reducirse a los de consagrar la equivalencia entre la comisión activa y la comisión por omisión, de la que debe desprenderse, por supuesto, una misma penalidad. Explicitar lo anterior despejaría la sorprendente nebulosa existente respecto de la posibilidad de punir tales conductas (y, consiguientemente, la existente respecto de la forma en que debiera punirse a sus autores). Por el contrario, no debiera intentarse una regulación que profundizara respecto de los criterios que permiten la atribución del hecho al omitente y que en definitiva marcan la equivalencia, pues ello supondría no sólo quebrar la simetría regulativa que debiera existir entre la comisión activa y la comisión por omisión, sino que también redundaría en la producción de una rigidez particularmente indeseable en el estadio evolutivo en que la investigación sobre estas figuras se encuentra.

Por otra parte, y aunque estimo correcta la tripartición de las omisiones –comisivas, puras, y de garante o gravedad intermedia–, entiendo que las no equivalentes a la comisión activa requieren tipificación expresa en la regulación de la parte especial. En otras palabras, su punición no puede quedar entregada a alguna regla de atenuación, general o especial, respecto de las descripciones de la parte especial que no las contemplen explícitamente.

v. *Articulado propuesto alternativamente.*

Art. A. *Comisión por omisión.* Cuando la omisión equivalga a la comisión activa del delito, se sancionará [a los responsables] en idénticos términos.

<sup>1</sup> Se asume como premisa que ni la regulación de la definición de delito ni la regulación de la intervención punible vedan (vedarán) la punición de las omisiones comisivas no explícitamente descritas como tales.

<sup>2</sup> “Begehen durch Unterlassen. (1) Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht. (2) Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden”.

El texto se aleja del contenido en el § 12 del Proyecto Alternativo (AE-AT): “§ 12 Comisión por omisión. El que omita impedir el resultado requerido por el tipo, pese a

1. estar obligado a ocuparse de que el resultado no se produzca en virtud de un deber legal o asumido voluntariamente frente a la comunidad o al perjudicado; o

2. haber creado un peligro próximo para la producción del resultado, será castigado de acuerdo con el tipo correspondiente sólo cuando el injusto de la conducta resulte equivalente, según las circunstancias del caso, al injusto de la comisión activa” (“§ 12 *Begehen durch Unterlassen*. Wer es unterläßt, den zum Tatbestand gehörenden Erfolg abzuwenden, obwohl er

1. auf Grund einer gesetzlichen oder freiwillig übernommenen Rechtspflicht gegenüber der Allgemeinheit oder dem Geschädigten dafür zu sorgen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, oder

2. eine nahe Gefahr für den Eintritt des Erfolges geschaffen hat, ist nach dem betreffenden Tatbestand nur dann strafbar, wenn das Unrecht seines Verhaltens nach den Umständen der Tat dem Unrecht der Begehung durch Tun entspricht”).

<sup>3</sup> El origen del mentado artículo 11 es, cuando menos, accidentado: el Proyecto de Código Penal de 1980 renunció a la consagración de una cláusula de equivalencia, la que fue incluida en la Propuesta alternativa de la Parte General del Código Penal del Grupo Parlamentario comunista (PCE-PSUC) y luego dejada de lado en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983. En los Proyectos de 1992 (que es tal vez el antecedente de la normativa vigente) y 1994 se retomó la opción por la regulación. En el Anteproyecto de 2012 se suprime la referencia a las faltas (artículo único, noveno), manteniéndose en todo lo demás el tan cuestionado artículo 11.

<sup>4</sup> § 2 ÖStGB: “Begehung durch Unterlassung. Bedroht das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe, so ist auch strafbar, wer es unterläßt, ihn abzuwenden, obwohl er zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist”.

<sup>5</sup> Artículo 10 del Code pénal: “Commission par omission: (1) Un crime ou un délit peut aussi être commis par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir. (2) Reste passif en violation d'une obligation d'agir celui qui n'empêche pas la mise en danger ou la lésion d'un bien juridique protégé par la loi pénale bien qu'il y soit tenu à raison de sa situation juridique, notamment en vertu:

- a. de la loi;
- b. d'un contrat;
- c. d'une communauté de risques librement consentie;
- d. de la création d'un risque.

(3) Celui qui reste passif en violation d'une obligation d'agir n'est punissable à raison de l'infraction considérée que si, compte tenu des circonstances, il encourt le même reproche que s'il avait commis cette infraction par un comportement actif. (4) Le juge peut atténuer la peine”

<sup>6</sup> Artículo 40 del Codice penale: “Rapporto di causalità. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”.

<sup>7</sup> Al menos en relación con las infracciones imprudentes: artículo 121-3 del Code pénal: [1] Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. [2] Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. [3] Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. [4] Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité

---

prévues par la loi ou le règlement, soit commises une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. [5] Il n'y a point de contravention en cas de force majeure”.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, el artículo 10 del Código penal portugués: “Comissão por acção e por omissão. (1) Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei. (2) A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado. (3) No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada”.

En el plano de los proyectos o modelos regulatorios, en el concierto latinoamericano, el Código Penal Tipo para Latinoamérica contempla un artículo 12 (“acción y omisión”) según el cual “[1] El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. [2] Cuando la ley reprime el hecho atendiendo al resultado producido, responderá también quien no lo impidió si pudo hacerlo de acuerdo con las circunstancias, y si tenía el deber jurídico de evitarlo”.

A su turno, y en Estados Unidos, el § 2.01 (3) del MPC contiene una regla *formal*: “Liability for the commission of an offense may not be based on an omission unaccompanied by action unless: (a) the omission is expressly made sufficient by the law defining the offense; or (b) a duty to perform the omitted act is otherwise imposed by law”.

<sup>9</sup> En la fundamentación de la propuesta se reconoce que es probablemente cierto que la tipicidad de las omisiones impropias pasa por una “correcta interpretación de los tipos penales” (Materiales de discusión presentados a la Comisión Foro Penal. Parte General: 42), pero de todas formas se juzga conveniente la regulación expresa en aras a una mayor seguridad y a una suerte de simplificación argumental.

La decisión supuso, en concreto, decantarse por un modelo de la infracción de un deber especial (deber de actuar), que marca cierta distancia con los modelos mixtos seguidos en España y Alemania (infracción de deber y equivalencia/correspondencia).

<sup>10</sup> Materiales de discusión presentados a la Comisión Foro Penal. Parte General (50): Algunos la criticaron por innecesaria, otros por “aumentar el campo de la represión” al consagrar un “pensamiento autoritario y moralizante” y algunos por intentar resolver una cuestión todavía muy discutida. En fin, tampoco hubo acuerdo en una redacción concreta y la disparidad de criterios fue la tónica entre quienes formularon observaciones.