

# INTERVENCIÓN Y OMISIÓN

*Carlos Arturo Gómez Pavajeau\**

## **I. ACLARACIÓN PREVIA Y NECESARIA**

El presente texto es una versión ampliada de aquel que fue leído en el desarrollo de las xxvi Jornadas Internacionales de Derecho penal, celebradas en la Universidad Externado de Colombia durante los días 19, 20 y 21 de agosto de 2004, dedicadas al tema de la “Autoría y participación”.

El Departamento de Derecho penal de la mencionada Universidad, dirigido por el Maestro JAIME BERNAL CUÉLLAR, me asignó la investigación y ponencia del tema “Autoría y participación en los delitos de omisión”.

A tal tarea me dediqué, pero pronto pude advertir y comprobar que en la doctrina no se hace un desarrollo sistemático del tema y en muchas ocasiones se trata indistintamente con otras manifestaciones relevantes del comportamiento omisivo, que no se encuadran precisamente en el ámbito de la autoría y participación en los delitos de omisión, tal como sucede con la participación omisiva en los delitos de acción o el concierto para delinquir omisivamente.

Son pues múltiples las manifestaciones de la “intervención en los delitos de omisión” y de la “intervención omisiva en los delitos de acción”, como también de la “concertación para omitir”, que no quedan abarcadas en el tema de la autoría y participación en los delitos de omisión y que demandan como justifican el intento de sistematización de la temática concernida a un nivel superior, que podríamos denominar *intervención y omisión*. De allí el título de este trabajo.

---

\* Profesor de Derecho penal y disciplinario de la Universidad Externado de Colombia. Viceprocurador General de la Nación.

## II. LA PROBLEMÁTICA Y SUS PRESUPUESTOS

La dogmática de los delitos de omisión es sin duda alguna uno de los temas más difíciles de la teoría moderna del delito; tal dificultad se acentúa de manera significativa cuando se trata de dilucidar lo concerniente al delito de omisión impropia, y mucho más si se trata de perfilar el contenido y límites de las llamadas posiciones de garante, especialmente cuando nos movemos en el ámbito de la llamada teoría material de las funciones. Pero si se quiere complicar aún más la problemática de los delitos de omisión, basta adentrarnos en el estudio de la autoría y participación en tal modalidad de aparición de la conducta punible<sup>1</sup> y, subiendo aún más de tono, efectuar la distinción entre intervención en los delitos de omisión e intervención omisiva en los delitos de acción.

En cuanto a la omisión impropia y las posiciones de garante, la doctrina señala que a pesar de la abundancia de la bibliografía producida en los últimos años, tildada de “inabarcable”, la conclusión no puede ser más decepcionante: los resultados son raquíticos y el estado de la “ciencia” apenas se encuentra en pañales<sup>2</sup>, muy a pesar de que un muy importante autor haga referencia al “explosivo desarrollo que en las últimas décadas ha experimentado la dogmática de los delitos de omisión”<sup>3</sup>.

Pero si se aborda el tema de la autoría y participación en los delitos de omisión y especialmente en los de omisión impropia donde el concepto de posición de garante juega un papel significativo, la decepción presenta un aumento geométrico inversamente proporcional a la escasez de estudios, pues, como afirma ROXIN, su interés ha sido apenas preocupación reciente<sup>4</sup>.

La autoría en los delitos de comisión ha sido construida modernamente sobre la idea del dominio del hecho, empero, tal forma de ver las cosas no opera en el ámbito de los delitos de omisión. Ya ROXIN hablaba de “delitos de dominio” y de “delitos de infracción de deber”, todo lo cual incide, de manera fundamental, en la delimitación de las subcategorías dogmáticas de la autoría y participación. Últimamente la categoría de los delitos de “infracción de deber” ha sido limitada a la explicación de los “delitos especiales” y a los “delitos de omisión”, mas no a los delitos de acción culposos<sup>5</sup>.

1. Se dice, por un muy autorizado autor, que “la delimitación entre autoría y participación en las omisiones representa en la actualidad el ámbito menos esclarecido de la teoría de la participación”; ROXIN CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 711.
2. Cfr. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, en *Ensayos penales*. Madrid, Tecnos, 1999, pp. 258 y 259.
3. KARL-HEINZ GOESSEL. “Estado actual de la teoría del delito de omisión”, en *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Bogotá, Temis, 1984, p. 37.
4. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 495. Se dice que es una de las “cuestiones más complicadas” y “escasamente tratada”: VÍCTOR MANUEL AMAYA GARCÍA. *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Madrid, Edit. Dykinson, 1993, p. 255.
5. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., pp. 701 y 702.

Nuestra dogmática patria ha sido edificada casi exclusivamente sobre la base de la dogmática de los delitos dolosos de acción, bajo la égida de una concepción naturalista de la teoría del delito. Doctrina y jurisprudencia no se han ocupado con seriedad científica de los llamados delitos especiales y delitos de omisión, han sido titubeantes por no decir diletantes, en la dilucidación de la autoría y la participación en la primera categoría de ilícitos mencionados. Qué no decir entonces de lo exótico que resulta en nuestro medio hablar de “posiciones de garante” y de autoría y participación en los delitos de omisión, especialmente en la omisión impropia; súmase a ello las dificultades propias de la delimitación de las formas de intervención delictiva en los delitos especiales.

La doctrina mayoritaria, salvo algunas honrosas excepciones, se mueve todavía sobre las inseguras bases de las teorías subjetiva, objetivo-formal y objetivo-material de la autoría, encontrándose, por un método de descarte, la noción de participación. Algunos, los más modernos y representativos de la actualidad nacional, han avanzado hacia la teoría del dominio del hecho.

La jurisprudencia ha conocido toda clase de argumentos y los ha utilizado, desde una perspectiva eclécticamente confusa y contradictoria, para la producción de fallos *ad-hoc*. Parece que en los delitos dolosos de acción, últimamente se ha decantado para obtener el concepto de autor por las ideas de dominio del hecho (autoría inmediata), dominio funcional del suceso (coautoría material propia e impropia) y dominio de la voluntad (autoría mediata); son partícipes quienes no sean autores<sup>6</sup>.

El paralelismo entre delitos especiales y delitos de omisión –aunque a estos se los suele involucrar en aquellos, no siempre coincidiendo–, como especies de los delitos de infracción a deber, es un tema poco conocido. La diferente trama que informa a la autoría y a la participación en cada uno de ellos es asunto totalmente desconocido<sup>7</sup>.

Las posiciones de garante ni siquiera se mencionan por la jurisprudencia y apenas resulta tema de importancia tangencial para la doctrina. La autoría y participación en los delitos de omisión son ignoradas sistemáticamente.

La oscuridad y confusión son la muestra palpable de tan sugestivas cuestiones.

El concepto de “interviniente”, incluso en los delitos especiales contra la administración pública, es confuso y diletante en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

---

6. Para una exposición detallada ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 93 a 116.

7. Por ejemplo, señalando que existe en ellos una “concordancia con el concepto extensivo de autor”; ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 412.

La sentencia del 25 de abril de 2002 afirma en principio, correctamente, que la expresión interviniente apunta tanto a la autoría como a la participación, empero, en su desarrollo da un giro inesperado y decide que no es una categoría dogmática definida sino un “concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado”.

La sentencia del 8 de julio de 2003 propugna por entender como interviniente sólo al “coautor de delito especial sin cualificación”: de manera tal que la jurisprudencia busca equiparar determinadas formas de concurrir en el delito con el concepto de interviniente.

La primera línea jurisprudencial propugna una interpretación extensiva y la segunda una restrictiva. Sin embargo, si se revisan los antecedentes doctrinales y legislativos de la figura del interviniente de que da cuenta el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, pronto se verá como la jurisprudencia apura una interpretación descontextualizada histórica, lógica y sistemáticamente<sup>8</sup>.

Lo anterior es cuestión decisiva para el manejo de la punición en materia de los delitos de omisión, toda vez que si los mismos se caracterizan por cuanto son delitos especiales al reclamar un autor con calidades personales especiales, la intervención de personas sin dichas calidades nos ubica dentro de los presupuestos de la rebaja de pena por razón de no tener tal perfil personal.

Por otra parte, la más alta corporación de justicia penal se ha referido, en Sentencia de casación del 4 de abril de 2003, radicación 12742, a una posición de garante del “cómplice” en los delitos de omisión impropia, lo cual contradice la doctrina en general, pues precisamente tal fenómeno es el que suministra el carácter de “autoría”; posteriormente incurre en un error mayor al señalar en Sentencia del 20 de mayo de 2003, radicación 16636, que “la *posición de garante* es predicable tanto del autor como del partícipe en todo tipo de delito, sea doloso, culposo, comisivo u omisivo”.

Respecto de la afirmación de la exigencia de una posición de garante, a nivel de la imputación jurídica por complicidad –complicidad omisiva–, se incurre en grave error, imputable también a la jurisprudencia penal española con el giro significativo que en tal materia se dio, al reclamar que para que se configure dicha modalidad de participación se requiere la presencia de un elemento normativo que le da sentido jurídico penal a la omisión, “integrado por la existencia de un específico deber de actuar derivado de un precepto jurídico” que obliga al cómplice “a garantizar la no producción del resultado, que le incumbe a él, personalmente”<sup>9</sup>. Tal criterio contradice

---

8. Ampliamente en GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU. Ob. cit., pp. 117 a 135.

9. Así AMAYA GARCÍA, quien, además, concluye que la posición de garante debe estar fundada en “un determinado precepto jurídico” o en “una situación de peligro precedentemente creada por el omitente”;

la mejor doctrina, encabezada por ROXIN, quien afirma que “son garantes los que están emplazados a evitar el resultado, de modo que si existe tal deber y el delito es realizable por omisión, la imputación a que dan pie estos requisitos lo es a título de autor y no a título de partícipe”<sup>10</sup> y no resulta posible diferenciar materialmente entre deberes de garante “fundamentadores de autoría” y deberes de garante “fundamentadores de complicidad”; y como no se ha elaborado doctrinalmente una teoría en tal sentido, significaría hacer distinción entre “un *más* y un *menos obligado*”, lo cual no tiene respaldo alguno en la ley, con la contradicción de que si la amenaza al bien jurídico no descansa en un tercero, surge nuevamente la autoría en todos los eventos<sup>11</sup>.

Por otro lado, con relación a la segunda línea jurisprudencial, se ha desconocido la diferencia fundamental entre los llamados delitos de dominio y los de infracción de deber, pues seguramente siguiendo al funcionalismo radical de JAKOBS, que pregona una posición indiferenciada y de notas intercambiables entre la acción y la omisión, cuyo resultado es una nueva clasificación que apunta a la afirmación diferencial entre delitos por competencia por organización, donde la posición de garante se funda en la administración de los riesgos por el ejercicio de la libertad –o por el compromiso derivado del contrato social de “contención de los peligros que surgen del propio cuerpo”<sup>12</sup>–, y la competencia institucional en razón de compartir unas instituciones previamente configuradas por la sociedad, se termina generalizando el concepto de delitos de infracción a deber y, si se quiere ser riguroso, acabando también con la diferencia entre autoría y participación al trasladarse a la participación, igualmente, la exigencia de una posición de garante<sup>13</sup>.

Para aproximarnos a una propuesta dogmática adecuada que sea respuesta concordante con el texto y el espíritu del Código Penal de 2000, e insertada en los principios, valores y derechos consagrados en nuestra Carta Política de 1991, dentro del marco de la doctrina moderna, es preciso tener en cuenta presupuestos como los que a continuación se exponen.

---

Ob. cit., pp. 258, 259, 262 y 271. También LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ. “Participación por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *La comisión por omisión*, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG (dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 155.

10. Cfr. JUAN ANTONIO LASCURAIN SÁNCHEZ. *Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, Civitas, 2002, p. 88; DEL RÍO FERNÁNDEZ señala que ni legal ni jurisprudencialmente se ha desarrollado el “elemento normativo de la participación”, del cual se extraiga un “deber específico de actuar para impedir obstaculizar la producción del resultado iniciado por una tercera persona”, para poder concebir al *partícipe omitente*: ob. cit., p. 156.
11. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 547.
12. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, Edit. Grijley, 2004, p. 122. En la tradición hebraica, el hombre, por ser una creación divina, debía responder a Dios por lo que él le hiciera a su cuerpo y por lo que hiciera con su cuerpo; PAUL JOHNSON. *La historia de los judíos*, Barcelona, Edit. Vergara, 2004, p. 57.
13. Cfr. JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 22 y 137.

### III. EL CONCEPTO DE INTERVINIENTE EN DERECHO PENAL<sup>14</sup>

JAKOBS habla de “interviniente impune” cuando estudia las diferencias y repercusiones de los conceptos determinación y autoría mediata, de “interviniente” como autor de un delito de infracción de deber, “interviniente obligado”, “intervención en los delitos especiales y en los delitos de propia mano”, “intervención en cadena”, “intervención” en los delitos de omisión “con deberes de garante en virtud de responsabilidad por organización” y por “virtud de responsabilidad institucional” y por comisión en el “delito especial en sentido estricto”, y de “formas de intervención accesorias” para referirse a la coautoría mediante el dominio de la configuración o participación<sup>15</sup>.

La expresión intervención no tiene una especial connotación jurídica y mucho menos jurídico-penal<sup>16</sup>. No está referida de manera específica ni a los autores ni a los partícipes. Simple y llanamente da cuenta de una intervención singular o plural en el acto delictivo<sup>17</sup>.

Pero, definitivamente, cuando afirma que “partícipe (inductor o cómplice) es todo interviniente que no puede ser autor”<sup>18</sup>, resulta obvio que son “intervinientes” tanto los autores como los partícipes; los últimos porque a ellos se refiere expresamente, y los primeros por cuanto está planteando una relación de correlatividad distintiva: intervinientes-autores e intervinientes-partícipes.

MIR PUIG afirma, cuando trata de los requisitos necesarios para ser autor en los delitos especiales, que todo autor y coautor deben reunir las condiciones personales necesarias para ser autor: “El interviniente no cualificado no puede ser autor, sino sólo partícipe”<sup>19</sup>.

Aquí también MIR, al igual que JAKOBS, al referirse al “interviniente no cualificado” lo hace con base en otra postura de correlatividad diferencial, para contraponerlo al “interviniente cualificado”.

14. Es claro que tal expresión está adquiriendo categoría dogmática como lo reflejan los más recientes estudios del fenómeno. Paradigmáticos JAVIER SÁNCHEZ. Cfr. GÓMEZ TRELLES y HEIKO H. LESCH en los trabajos aquí citados.

15. GÜNTHER JAKOBS. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 767, 791, 792, 825, 1026, 1029 y 1030.

16. La jurisprudencia penal parece entender lo contrario, postulando una idea específica de interviniente: “... un coautor, un determinador o el interviniente del artículo 30, pues unos y otros al concurrir con su intervención con el autor material estarán integrando el *obrar en coparticipación criminal*”; Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de mayo de 2004, rad. 20642, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

17. Criterio diferente, circunscrito a la participación, esboza JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ. “Autoría y participación. Balance jurisprudencial”, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 215. Así también MIGUEL CÓRDOBA ANGULO. “La figura del interviniente en el Derecho penal colombiano”, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 82 y 83.

18. JAKOBS. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 794.

19. SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, PPU, 1996, p. 389.

ARLUCEA se refiere a los “participantes intervinientes” que originan la figura de la “codeinuencia”, que se caracteriza porque actúan en un delito varias personas con diverso carácter: “como autor o autores, más cómplices, inductores y cooperadores necesarios”<sup>20</sup>.

Ya aquí, con este autor, la conclusión extractada de la postura de los anteriores profesores no necesita un juicio de inferencia: intervinientes son todas aquellas personas que “participan en el delito”.

ZAFFARONI es bien claro en el planteamiento del asunto cuando trata lo que llama “concurencia de personas” en el delito. También se refiere al fenómeno como “concurso de personas” en el delito y que en la legislación argentina toma el nombre de *participación*; empero, afirma que tiene dos connotaciones: la primera, responde a una idea amplia, cobijando a todos los que toman parte en el delito como autores, cómplices e instigadores, caso en el cual se engloban en la expresión *participantes*; la segunda, en sentido estricto, para referirse a aquellas intervenciones que implican tomar parte en un delito ajeno, esto es, los cómplices e instigadores<sup>21</sup>.

TIEDEMANN es muy claro en la temática, puesto que utiliza la expresión “intervinientes” para denotar “la intervención de varios sujetos” en una actividad delictiva, llegando a proponer, toda vez que encuentra consenso en el tratamiento del tema en Europa, una norma que disponga: “*Intervención en el hecho delictivo*. Intervienen en el hecho delictivo el autor, el inductor y el cómplice”. Cuando el interviniente “*extraneus* no se ve afectado por un deber especial [...] sólo puede realizar un injusto derivado”<sup>22</sup>.

Como vimos, también ello es evidente en JAKOBS, puesto que da cuenta clara de la intervención a título de autor y a título de partícipe: “interviniente en concepto de autor” y “comportamiento de intervención es el motivo por el que se imputa al partícipe”<sup>23</sup>.

El Proyecto de Código Penal presentado por el Fiscal General, ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, al Congreso de la República establecía en su artículo 30 inñso final<sup>24</sup>: “Al partícipe que no teniendo la calidad de servidor público, acceda a la realización de un tipo penal con tal exigencia, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

---

20. ESTEBAN ARLUCEA. *Lecciones de teoría jurídica del delito*, Granada, Edit. Comares, 1999, pp. 144 y 145.

21. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 2000, p. 735.

22. KLAUS TIEDEMANN. “La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo”, *Revista Penal*, n.º 5, Barcelona, Edit. Praxis, 2000, pp. 91, 94 y 97.

23. JAKOBS. *Derecho Penal*, cit., p. 796.

24. ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ. *Proyecto de Ley por la cual se expide el Código Penal*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 1998, p. 76.

La norma con el contenido mencionado fue aprobada tanto en la Comisión Primera como en la Plenaria del Senado de la República, empero, ya en el trámite ante la Cámara de Representantes, concretamente ante la Comisión Primera, se sustituyó la redacción por la que finalmente se aprobó y hoy tiene vigencia: “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”<sup>25</sup>.

La nueva redacción surgió de una propuesta que buscaba ampliar el radio de acción del instituto, puesto que, como se puede ver, el original tenía varias limitaciones:

- a. Sólo operaba respecto de los partícipes, esto es, para los determinadores y cómplices;
- b. Se aplicaría exclusivamente en un ámbito muy restringido de delitos especiales, por la calificación de servidores públicos del sujeto activo.

Así entonces, resulta obvio y claro, que la expresión “interviniente” y la redacción final dada, tenían y tienen los siguientes propósitos:

- a. Utilizar una expresión lo suficientemente flexible que, sin tener la pretensión de crear una categoría dogmática especial, describiera de la manera más amplia posible las diferentes formas de involucrarse en un delito;
- b. Que no quedara limitada su aplicación a un ámbito determinado de delitos, puesto que, si su redacción se encuentra ubicada en la parte general, no había razón alguna para circunscribirla a una determinada tipología de punibles.

De allí que, para nada resulte válido y convincente ensayar interpretaciones como la de que allí de lo que se trata es de una categoría especial diferente a la autoría y participación o de que sólo se refiere a determinado tipo de autores, pues tales conclusiones serían, de todas, las más descabelladas, habida cuenta que la norma está ubicada en el artículo 30 del Código Penal donde precisamente, discriminando lo que sucede respecto de la autoría que se regula en el artículo 29 ídem, se trata de las formas de participación criminal.

Cualquiera que se acerque a una interpretación desapasionada y desinteresada de la norma, que no pretenda asignar efectos diferentes para propósitos extradogmáticos, así muy fácilmente puede entenderlo.

La utilización de expresiones sin connotación técnico-jurídica como la de interviniente no es para nada novedosa en temas penales.

---

25. JAIRO LÓPEZ MORALES. *Antecedentes del Nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000, p. 904.

Es así como el artículo 250 original de la Carta Política utilizaba la expresión “infractores” y el artículo 204 del Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, base de los trabajos que se tuvieron en cuenta para la elaboración del nuevo Código de Procedimiento Penal, maneja la expresión “intervinientes”<sup>26</sup>.

Por el contrario, sin desconocer lo anterior, otras normas, refiriéndose al mismo asunto, hablan de autor y partícipe como aparece en el numeral 2 del artículo 331 de la Ley 660 de 2000 y el artículo 287 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

La nueva redacción del artículo 250 de la Carta Política (modificada por el Acto Legislativo 03 de 2002) no utiliza, para referirse a los autores y partícipes, la expresión “infractores”, no obstante, en su numeral 7 señala entre las funciones del fiscal “velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás *intervinientes* en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán *intervenir* las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia privada” (resaltado fuera de texto).

Cuando la norma hace referencia a los demás *intervinientes*, es absolutamente claro que se refiere también a los procesados autores y partícipes, esto es, sin utilizar técnico-jurídicamente la expresión *interviniente*, con la misma se arroja tales formas de tomar parte en el delito que, cuando se sujetan al ejercicio de la acción penal, reciben el nombre de imputados o procesados. Pero además, cuando en una segunda utilización de la palabra se refiere a *intervenir*, la misma tiene la connotación que en el lenguaje general se le asigna al “tomar parte en un asunto”<sup>27</sup>.

Esa y no otra connotación es la que utiliza el inciso final del artículo 30 del Código Penal cuando se refiere a la expresión “intervinientes”.

Otra cosa es que, para efectos de un tratamiento diferencial y desde la órbita de los delitos de infracción de deber, se distinga entre *intervinientes* con las calidades personales que lo hacen autor inmediato, coautor o autor mediato de un delito de tales características e *intervinientes* sin tales calidades que tendrán la naturaleza de partícipes (determinador o cómplice), o autor en lugar de otro sin cualificación específica y autores por asimilación<sup>28</sup>.

El otorgamiento necesario e imprescindible de la rebaja de pena dispuesta por el inciso final del artículo 30 del Código Penal viene determinado por el menor injusto que se capta en la conducta del *interviniente* sin calidades especiales<sup>29</sup>.

---

26. JAIME GRANADOS PEÑA, JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA, JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN y MILDRED HARTMANN ARBOLEDA. *Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, Legis, 2003, p. 125.

27. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 21.ª ed., Madrid, 1992.

28. GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU. Ob. cit., pp. 117 a 135.

29. También así, aun cuando limita los efectos exclusivamente a los partícipes; URBANO MARTÍNEZ. *Autoría y participación...*, cit., pp. 216 y 217. En la misma línea también CÓRDOBA ANGULO. *La figura del interviniente...*, cit., pp. 83, 93 y 94.

La doctrina extranjera así también lo ha determinado: por un lado, tanto para el determinador como para el cómplice, por cuanto no se encuentran sujetos a un “deber especial” tratándose de delitos especiales y, para el segundo, otra rebaja por virtud de que su aporte es de complicidad<sup>30</sup>.

El Tribunal Supremo español, por sentencia del 12 de febrero de 1997, sentó jurisprudencia en el sentido de que “el partícipe *extraneus* en el delito especial propio debe ser condenado, de todos modos, con una pena atenuada respecto del autor *intraneus*. Ello se debe a que el primero no infringe personalmente el deber específico que da materialmente contenido al tipo del delito especial propio, lo que reduce el contenido de ilicitud”<sup>31</sup>.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES comparte dicha opinión, esto es, que el partícipe en los delitos especiales tiene derecho a la aminoración de pena, “puesto que él no se encontraba especialmente obligado”, señalando que ello es asunto “indiscutido en la doctrina científica actual”. Pero para el “cómplice” procede una doble aminoración de la pena, toda vez que si ello no fuere así, se le estaría dando, desde la perspectiva del Código Penal español, un tratamiento inequitativo comparable con el tratamiento que debe recibir un “cooperador necesario” en un delito de infracción de deber<sup>32</sup>.

Pensar lo contrario es, más que aplicación de la analogía en perjuicio del sujeto pasivo de la acción penal, romper con toda lógica formal y material.

Formal por cuanto todo tratamiento a través de *argumentum a simili* o *argumentum a pari* presupone que los objetos comparados mantengan una relación simétrica y reflexiva –en el primero– o que posean una misma cualidad –en el segundo–, si queremos mantenernos aún en un plano de la lógica formal, esto es, respetar como mínimo la regla formal de justicia que presupone que se deben tratar de manera igual los casos iguales o semejantes<sup>33</sup>, cuestión que no sucede respecto de los intervinientes sin calidades y los intervinientes con calidades que concurren en un delito especial. Se rompe la lógica material en razón de que introduce un trato manifiestamente inequitativo, puesto que le exige igual al interviniente sin calidades que sólo se enfrenta a la contribución en la puesta en peligro o lesión del bien jurídico que al interviniente con calidades que, además de realizar lo anterior, vulnera un deber específico y especial que lo vincula en mayor grado de intensidad con el bien jurídico tutelado.

30. JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2002, p. 293.

31. Citada por JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Atribuciones normativistas en Derecho penal. Comentarios a la Jurisprudencia Penal*. Lima, Edit. Grijley, 2004, pp. 110 y 111.

32. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Atribuciones normativistas en derecho penal...*, cit., pp. 124 y 125.

33. Cfr. MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ. *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 180, 181 y 186.

De allí que, la interpretación que la jurisprudencia penal ha realizado sobre los alcances del inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, debe censurarse por conducir a los siguientes resultados.

a. Resulta inicua por inútil, puesto que conduce a la inaplicación de la ley, pues si la norma va dirigida al manejo de la autoría y participación en los delitos especiales y según la rectora de la jurisprudencia penal su alcance se reduce al estricto campo de la autoría, es obvio que aparece contradictoria en su estructura conceptual misma, toda vez que todo autor de un delito especial debe tener las calidades personales o no podrá ser autor, salvo los eventos de servidores públicos por asimilación o la autoría por otro sin los requisitos demandados para quien resulta “representado”;

b. Desconoce que el inciso final del artículo 30 de la ley 599 de 2000 hace parte de un artículo que se titula *partícipes*, por tanto, cualquier interpretación que tienda a extenderlo a los autores sería válidamente discutible y hasta procedente, pero lo que sí resulta inaudito es que se diga que no cobija a los partícipes pero sí a los autores;

c. La interpretación de la jurisprudencia conduce al absurdo de entender, pues no se indica por la corporación judicial cuál o cuáles serían los eventos cobijados por dicha hermenéutica, que sí procedería una rebaja de la pena para el autor sin calidades de un delito especial y no para un partícipe. El absurdo es tal que se discute en la doctrina si el determinador merece igual o menor pena que el autor, pero nadie ha planteado, ni siquiera en gracia de discusión, que un autor merezca menor pena que un determinador bajo los parámetros de una misma calificación jurídica.

JOAQUÍN ESCRICHÉ, en su magna obra, muy claramente da cuenta que la expresión “intervenir” en materia jurídica, o como extremo de una relación jurídica, hace referencia a quienes toman parte o participan en ésta<sup>34</sup>.

Así las cosas, impera desarrollar los siguientes temas:

1. Autoría, coautoría y autoría mediata en un delito de omisión.

2. Autoría accesoria en un delito de omisión.

3. Respecto de la participación tendríamos:

3.1. Participación por omisión en un delito de comisión<sup>35</sup>: “*participación por omisión en un delito de comisión*”<sup>36</sup> o “*participación mediante una acción omisiva*”<sup>37</sup>; mejor aún, “*participación omisiva en un delito de acción*”<sup>38</sup>.

---

34. JOAQUÍN ESCRICHÉ. *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, t. III, Bogotá, Temis, 1992, pp. 198 y 199.

35. Así, sin distinción, LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ. *Ob. cit.*, p. 108.

3.2. Participación por omisión en un delito omisión: “*participación por omisión en un delito de omisión*” (JESCHECK) o “participación mediante una acción omisiva” (MAURACH, GÖSSEL y ZIPF); mejor aún, “participación omisiva en un delito de omisión” (CUERDA RIEZÚ).

3.3. Participación por comisión en un delito de omisión: “*participación en un delito omisivo por medio de un hacer positivo*” (JESCHECK) o “participación en un delito de omisión” (MAURACH, GÖSSEL y ZIPF); mejor aún, “participación activa en un delito de omisión” (CUERDA RIEZÚ).

#### IV. LA DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE OBLIGACIÓN Y DEBER

En la dogmática penal se habla indistintamente de obligación y de deber. Tales expresiones, denotativas de vínculos jurídicos entre sujetos y el Estado, son tratadas bajo una suerte de sinonimia que no permite determinar si fundan institutos penales diferentes y consecuentemente originan efectos diversos.

CARRIÓ, en la nota de presentación del importante libro de HOFELD, preñsa que la “existencia de un orden jurídico en una determinada comunidad humana se traduce en la paralela existencia de situaciones de tipo muy diverso en las que pueden hallarse los miembros de esa comunidad”, que implican la utilización de “términos y expresiones” diferentes, que denomina *predicados deónticos*, en orden a “aislar o identificar las múltiples y complejas situaciones que derivan de la existencia de un orden jurídico”, pues de no hacerse nos podemos ver abrumados por un “cúmulo de perplejidades” que irían en contra de “la comprensión clara, la enunciación ordenada y la solución correcta de los problemas jurídicos”<sup>39</sup>.

Resulta imprescindible, ante el lenguaje equívoco a partir del cual se trata en el ámbito jurídico los predicados deónticos “obligación” y “deber”, adoptar las necesarias precisiones que reflejen para cada una de ellas el “núcleo” de su “significado central”. Se pretende, siguiendo a CARRIÓ, determinar su “contenido significativo relevante para la adecuada representación de un sistema jurídico sobre bases científicas”<sup>40</sup>.

36. HANS-HEINRICH JESCHECK. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, MIGUEL OLMEDO CARDENETE (trad.), Granada, Edit. Comares, 2002, p. 688.

37. Así REINHART MAURACH, KARL HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF. *Derecho penal. Parte general*, t. II., Buenos Aires, Edit. Astrea, 1995, p. 418.

38. ANTONIO CUERDA RIEZÚ. “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en derecho penal español” en, *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal-Libro Homenaje a Claus Roxin*, J. M. SILVA SÁNCHEZ, B. SCHÜNEMANN y J. DE FIGUEIREDO DIAS (coords.), Barcelona, J. M. Bosch, 1995, p. 298.

39. GENARO CARRIÓ. “Nota preliminar”, en HOFELD WESLEY NEWCOMB. *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, pp. 7, 19 y 28.

40. *Ibíd.*, p. 11.

Ya desde KANT tal diferenciación se hacía necesaria, puesto que señalaba, a partir del imperativo categórico que significa la ley por su incondicionalidad, cuando se trata de *mandar*, que la existencia de “la relación de una voluntad semejante con esa ley es de *dependencia*”, tomando el nombre de “obligación” como “*compulsión* aun cuando sólo ejercitada por la mera razón y su ley objetiva, hacia una acción, llamada por eso *deber*”<sup>41</sup>.

De una lectura textual y literal podría afirmarse que ya en KANT se encontraba muy clara la diferencia entre obligación y deber; no obstante, las cosas no son tan simples, puesto que el concepto de deber jurídicamente entendido tiene aparición en el ambiente político-social del nacimiento del concepto de Estado Social y el gran filósofo de la ilustración, como es sabido, escribió en el clima político del Estado liberal.

Pero, haciendo una reconstrucción sistemática del pensamiento KANTiano y especialmente ubicándolo históricamente en el clima político en el cual expuso sus ideas, siquiera, desde el punto de vista sustancial, podemos encontrar diferencias entre los conceptos de obligación y deber, no así, o al menos no tajantemente, desde una perspectiva formal.

KANT pontificaba, desde el punto de vista ético, que el “imperativo moral manda, pues, absolutamente, sin atender a los fines” y nuestro libre albedrío está referido a un “hacer” u “omitir” que posee una “bondad propia” y “un valor interno absolutamente inmediato”; la buena voluntad es buena “sólo por el querer”, esto es, “buena en sí misma”. De allí que en la ética se demande que en la conducta, “el motivo de su cumplimiento” sea “tomado de la disposición interna”, es decir, en la conducta “la disposición interna viene exigida” por la conciencia del individuo en razón de la autonomía de la voluntad: “el principio de la moralidad es *intelectualle internum*, ha de ser buscado en la acción misma por la razón pura”, el “motivo ha de ser interno”<sup>42</sup>.

Por el contrario, cuando se tratare de exigir la “necesidad de mis acciones”, nos encontramos ante la ley. Lo ajustado a derecho “estriba en la conformidad de la acción con la regla del derecho”, al sujeto le basta cumplir “con la ley *quoad litteram*” y las “*leges* pueden ser *preceptivae*, cuando ordenan algo, *prohibitivae*, cuando prohíben determinadas acciones y *permisivae*, cuando consienten otras”: por tanto, para que exista “*rectitudo jurídica*” basta que una acción “coincida con las leyes coercitivas”, sin demandar “disposición de ánimo” en tanto su “naturaleza” impide reconocerla al “soberano”<sup>43</sup>. El derecho es una “disciplina objetiva” y aparece como la “posibilidad de unir las acciones de personas que entran en relación con la libertad de los demás” y por tanto debe “valer como la legislación de lo exterior”<sup>44</sup>.

41. IMMANUEL KANT. *Crítica de la razón práctica*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2002, p. 51.

42. IMMANUEL KANT. *Lecciones de ética*, Barcelona, Biblioteca de Bolsillo, 2002, pp. 42 a 87. De manera muy clara y explicativa en MANUEL GARCÍA MORENTE. *La filosofía de Kant*, Madrid, Espasa-Calpe, 1975, pp. 152 y ss.

43. KANT. *Lecciones de ética*, cit., pp. 72, 73, 74 y 86.

44. Cfr. GARCÍA MORENTE. *La filosofía de Kant*, cit., pp. 169 y 172.

Como se puede ver la moral como el derecho exigen comportamientos tanto omisivos como activos, esto es, dan lugar a normas de prohibición y de mandato. Es decir, conocen las infracciones por acción como por omisión, aunque estas últimas muy limitadamente.

Empero, para nuestros intereses, no marca la teoría KANTiana una tajante y clara diferencia entre “obligación” y “deber”.

En efecto, la obligación cuando se cumple por motivos internos toma el nombre de “deber”, cuando sólo lo sea por razón de la coacción se queda con el mero rótulo de “obligación”, toda vez que, y ello vale para la moral pero también en no pocas ocasiones para el derecho, “las motivaciones internas que manan de mi arbitrio son deberes; las que manan del arbitrio ajeno son coacción”<sup>45</sup>.

Para la ética la acción que se cumple sólo por coacción es contraria a la moral: “la ética tiene en cuenta toda obligación cuya motivación sea interna, y la pondera por el deber y por la índole interna de la cosa misma, y no por la coacción”. Para el derecho se “considera el cumplimiento de la obligación no por deber sino por coacción”: “si lo hago únicamente por coacción, la acción sólo es correcta jurídicamente”<sup>46</sup> hablando.

Si los conceptos de deber y obligación se utilizan intercambiamente –que no indistintamente– tanto para la ética como para el derecho, pero el *deber* eleva a motivo el cumplimiento de la obligación (“los motivos subjetivos son fundamentos del sentimiento y de la determinación de la voluntad, de la regla para hacer algo”, afirma KANT<sup>47</sup>), puede y debe colegirse que la regla diferencial para distinguir los efectos de “saldar” los compromisos éticos y jurídicos es la “naturaleza de la vinculatoriedad”.

En la ética la vinculatoriedad es de naturaleza subjetiva y sólo subjetiva, luego entonces, sólo se saldan los compromisos u obligaciones morales en razón del deber: la regla de cumplimiento se llama “deber”. Por el contrario, en el derecho la vinculatoriedad es objetiva y los compromisos jurídicos se saldan objetivamente sin más ni más, caso en el cual el vínculo queda en la denominación de “obligación”; empero, si se cumple con los mismos elevando a motivo la “regla universal de comportamiento”, toma el nombre de “deber”. Así las cosas, las reglas éticas son sólo reglas “internas u obligaciones internas”, mientras que las jurídicas son “externas u obligaciones externas”, pero nada obsta para que también, y ello en razón de una exigencia individual y no general, las últimas puedan ser cumplidas “internamente”; surgiendo la necesidad de “distinguir la bondad moral de la acción de la *rectitudo jurídica*”<sup>48</sup>, que se impone

45. KANT. *Lecciones de ética*, cit., p. 72.

44. Ídem.

47. KANT. *Lecciones de ética*, cit., p. 71.

48. *Ibíd.*, pp. 70, 71 y 74.

como consecuencia del tratamiento transversal a que KANT somete los conceptos de obligación y deber al abordar las relaciones entre ética y derecho.

Pero si se analiza bien la “filosofía práctica” de KANT<sup>49</sup>, nos encontramos con que clasifica también las obligaciones en, por un lado, *obligatione activa* (obligación activa) y *obligatio obligantis* (obligación pasiva), y por otro, en *obligatio affirmativa* y *obligatio negativa*.

La obligación activa está referida a “las acciones nobles” en las que “me hallo vinculado a una actuación que, sin embargo, es un mérito” y por tanto actúo “instado por mi propia reflexión”, quedando el asunto en la “instancia de la razón”; la obligación activa “no es algo que se padezca sin más”, toda vez que la misma implica una obligación de “actuar para con alguien, sin estar vinculado con él”, nos “vemos obligados a la acción, pero no para con el sujeto paciente de la misma”, esto es, se está obligado a la acción “mas no para con la persona en concreto”: aquí siempre el “vínculo de compromiso”, por tratarse de un *acto meritorio* tomará el nombre de “deber” (*obligati sumus ad actionem ita ut et illi non obligati sumus*). Como ejemplo señala la “obligación de socorrer al desdichado” (*Obligatio activa est obligatio erga non obligantem –Obligatio activa est obligatio obligantis erga obligatum*).

Por el contrario, la obligación pasiva “tiene que acontecer en mor de algún otro”, se padece sin más por razón de otra persona, existe un sujeto que da cuenta de su intrínseca correlatividad, puesto que donde exista una obligación pasiva existirá un derecho de otro: allí se pone de presente la correlatividad *derecho-deber*. Como ejemplo señala que “si estoy en deuda con alguien, entonces no sólo estoy obligado al pago, sino también al acreedor” (*Obligatio pasiva est obligatio obligati erga obligantem*).

Significa lo anterior, sin necesidad de hacer demasiadas disquisiciones, que el concepto de “obligación pasiva” se corresponde con el vínculo de obligatoriedad propio de la correlación *derecho-deber*. Allí, en consecuencia, puede hablarse desde la perspectiva de la vinculatoriedad de, en la mayoría de los eventos, obligación simplemente o cumplimiento literal de lo exigido por la ley y por tanto estamos exclusivamente en el campo de lo jurídico o de una obligación elevada a deber cuando cumplo el compromiso no por la coacción externa sino principalmente porque elevo a motivo de mi actuación el cumplimiento de la ley; el compromiso está referido tanto al hacer como al no hacer, es decir, al mandato como a la prohibición reflejo de un derecho del cual surge una regla de *mandato* o una regla *prohibitiva*: existe un titular de un derecho.

Por otro lado, el concepto de “obligación activa” sólo nos permite hablar de obligación interna, pues el vínculo de obligatoriedad no tiene como beneficiario al titular de un derecho. El compromiso nunca toma el nombre de “obligación”, sino exclusivamente de “deber”; pero además, está asociado con reglas de *mandato* y obviamente con

---

49. Ibíd., pp. 58 y 61.

compromisos de “hacer algo”. La obligación activa cuando no se corresponde con el correlato derecho-deber es una regla de exclusiva aplicación en la ética, por tanto sólo genera compromisos éticos.

Desde luego, si KANT afirma que la *obligatio affirmativa* nos obliga *ad committendum*, es lógico que se corresponde, en mayor medida, con la *obligatione activa* u *obligatio obligantis*. Por el contrario, la *obligatio negativa* genera obligaciones *ad omittendum* y es el contrapunto no de la positiva sino de la afirmativa, luego entonces puede co-existir con la *obligatio positiva* y la *obligatio negativa*.

Como conclusión debe afirmarse que *el concepto de deber tiene una mayor carga ideológica que el concepto de obligación*. De entrada y sin discusión alguna, lo cual se deduce claramente de la ética kantiana, lo anterior es evidente por cuanto si de obligación hablamos cuando nos ocupamos del derecho y aquí en tal sector de la “filosofía práctica” no importa el mérito interno de las acciones sino la conformidad exterior para con la ley –“ser un hombre legal”–, empero, será “*meritoria* la adecuación de la máxima de tales acciones como deberes, es decir, el *respeto* por el derecho”. No es necesario este último compromiso vinculante cuando del derecho se trata, pero hace meritorias las acciones realizadas en su órbita de demanda; en cambio, siempre será necesario cuando del ámbito de la moral se trata: en la ética debe respetarse el “mandato ético universal”: “obra conforme al deber por deber”<sup>50</sup>. Cuando hablamos de *deber* “significa en todo momento la bondad de lo bueno y no de lo agradable”<sup>51</sup> (sustancia de la ética), cuando nos conformamos con la *obligación* sólo importa la conformidad externa de la conducta con la ley (sustancia de lo jurídico), indiferente de si se cumple por bueno o porque estimamos que es agradable el cumplimiento del derecho.

En consecuencia, puede adelantarse, que en KANT las obligaciones “activas”, “internas” y “afirmativas” coinciden en gran medida.

Las “activas” tienen que ver con acciones en beneficio de otra persona que no vienen exigidas por el orden jurídico, por tanto, no tienen un titular de un derecho que las reclame o demande, de allí que sea meritorio su cumplimiento y por tanto sólo son exigidas como obligación “interna”; las segundas comportan la necesidad que una persona lleve a cabo una acción a favor de otra.

El paralelismo no del todo absoluto entre obligaciones “activa”, “interna” y “afirmativa” es evidente. Basta examinar los ejemplos utilizados por KANT: de la “activa” propone como modelo el “socorrer al desdichado”<sup>52</sup>; de la “interna” la “de ayudar a alguien”<sup>53</sup> y sobre la “afirmativa” asegura que da origen a la necesidad de desplegar

50. IMMANUEL KANT. *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 242 a 244.

51. KANT. *Lecciones de ética*, cit., p. 63.

52. *Ibíd.*, p. 58.

53. *Ibíd.*, p. 71.

una acción y por ello nos obliga *ad committendum*<sup>54</sup>. Son, por necesidad lógica, de naturaleza puramente ética, habida cuenta que “las omisiones éticas no constituyen acción alguna”. “Aquel que no lleva a cabo acción benevolente alguna, pero tampoco ha lesionado nunca el derecho de los demás, siempre puede ser tenido por justo”, jurídicamente hablando<sup>55</sup>.

Las anteriores obligaciones, que necesariamente son denominadas por KANT como “deberes”, hacen parte de lo que se denomina “deberes hacia otros” y como tal pertenecen a la “doctrina ética elemental”, los cuales, si se desconocen, ello sólo puede ser entendido como una “falta de virtud” y sólo genera un *peccatum*, en tanto “no se ofende a hombre alguno”<sup>56</sup>.

Tienen que ver, sin duda alguna, con el “predicado deóntico” *deberes sociales*, que surgiría posteriormente con el advenimiento del Estado Social, como concepto que determina la vinculatoriedad con lo exigido como consecuencia de la adopción del “principio de solidaridad”, sólo entendible en aquel sistema político que consagra “normas que garantizan un derecho a una prestación positiva”<sup>57</sup>.

Por el contrario, también nos encontramos con un paralelismo cuando se analizan las obligaciones “pasiva”, “externa” y “negativa” que pueden funcionar tanto para la ética como para el derecho. Como ejemplo de la obligación “pasiva” se trae el compromiso de cancelar una deuda que tiene el deudor para con el acreedor<sup>58</sup> y de la “negativa” se dice de la obligación de “no arrebatarse a otro lo suyo”<sup>59</sup>; en ambos casos se trata de una obligación “externa”, esto es, que viene impuesta por el derecho. Son, por necesidad lógica, primordialmente de naturaleza jurídica, toda vez que “las omisiones jurídicas sí son acciones” en tanto “se trata de inhibiciones a lo que puedo ser obligado por la ley”<sup>60</sup>.

Tienen que ver, fundamental y principalmente, con la llamada “obligación originaria” kantiana. Si la “ley penal es un imperativo categórico” y la ley “solo obliga externamente”, tiénese que la primera obligación que debe cumplirse inexorablemente, salvo que exista una ley “permissiva” –ley *permissivae* que origina un *jus permissi*–, es la de no dañar los derechos de otro: se “daña al hombre en su legítima pretensión” del “*respecto* debido a cada hombre en general”, cuando se le ofende en sus derechos<sup>61</sup>.

54. *Ibíd.*, p. 61.

55. *Ibíd.*, pp. 99 y 256.

56. KANT. *Metafísica de las costumbres*, cit., pp. 316, 317 y 338.

57. El concepto de “deberes sociales” surge a la par del concepto de “derechos sociales”; ANTONIO BALDASARRE. *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 17 y 192.

58. KANT. *Lecciones de ética*, cit., p. 58.

59. *Ibíd.*, p. 89.

60. *Ibíd.*, p. 99.

61. KANT. *Metafísica de las costumbres*, cit., pp. 166 y 338 y *Lecciones de ética*, cit., pp. 74 y 75.

Esta obligación jurídica es la propia y típica del Estado liberal: la obligación de abstenerse de causar daños a los demás o de no interferir los derechos ajenos, de allí que KANT la denomina *complexu legum prohibitarum*<sup>62</sup> y se expresan en forma jurídica “sólo negativamente”, generando prohibiciones o, en expresión kantiana, “prohibiendo lo contrario”<sup>63</sup>, en tanto obligaciones de “no hacer”. Es “un deber que los demás tienen para con él y un derecho a cuya pretensión no puedo renunciar”<sup>64</sup>.

Nos encontramos ante lo que HOHFELD llama la correlación de derechos subjetivos-deberes<sup>65</sup>; allí donde hay un derecho subjetivo de un sujeto existe el deber de respeto de otros hacia él, esto es, como señala NIEMI: “el derecho de una persona significa la obligación de otra”<sup>66</sup>.

Ya AUSTIN había expuesto que “cada ley, que realmente confiere un derecho, impone expresa o tácitamente un deber relativo, o un deber correlativo al derecho”<sup>67</sup>.

No significa lo anterior que KANT como el filósofo más importante del Estado liberal desconociera las obligaciones de “hacer”. Es cierto que sentenció desde tal perspectiva que en derecho las acciones más importantes son las que presentan “forma negativa”<sup>68</sup>, esto es, las de no hacer que generan las prohibiciones; empero, también y en términos numéricos reducidos conoce las de “hacer”, es decir, las que generan mandatos y demandan acciones positivas o “afirmativas” en terminología kantiana.

Las obligaciones negativas están referidas fundamental y principalmente, sin duda alguna, al campo penal y por tanto generan los llamados “delitos de acción”. Las obligaciones positivas pertenecen, fundamental y principalmente, al ámbito civil y por tanto son exigibles cuando “una persona [...] tiene derecho a exigirme algo”<sup>69</sup>

62. KANT. *Lecciones de ética*, cit., p. 74. En economía política se afirma que el famoso *laissez faire*, traducido como “dejadnos hacer”, tiene nacimiento en la primera escuela de economistas denominada como de los Fisiócratas y quienes postularon: por libertad debe entenderse “el derecho del individuo a hacer con su propiedad lo que quisiera, mientras no dañe a otros”. Tal axioma fue calificado por ADAM SMITH como doctrina “tan justa como generosa y liberal”, afirmando por tanto que “todo hombre, sino viola las leyes judiciales, debe tener total libertad para dedicarse a perseguir sus propios intereses en la forma que considere adecuada”; Cfr. LEO HUBERMAN. *Los bienes terrenales del hombre*, Bogotá, Panamericana, 2002, pp. 167, 169 y 173.

63. KANT. *Metafísica de las costumbres*, cit., p. 338.

64. *Ibid.*, p. 337.

65. HOHFELD. *Conceptos jurídicos fundamentales*, cit., p. 47.

66. MATTI NIEMI. *Hohfeld y el análisis de los derechos*, México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2001, p. 11. Tal postulado parece que resulta invertido en el funcionalismo radical en tanto se afirma que “todo orden personal comienza con deberes, con deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden. Los derechos se generan donde son necesarios para poder cumplir deberes”; GÜNTHER JAKOBS. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 36.

67. Citado por NIEMI. *Ob. cit.*, p. 25.

68. KANT. *Lecciones de ética*, cit., p. 89.

69. *Ibid.*, p. 89.

y en consecuencia se expresan como *legum praeceptivarum* y generan un *ius mandati*<sup>70</sup>: la omisión del mandato genera “infracción a la ley” y “la persona puede ser lesionada”<sup>71</sup>.

De allí que los deberes de “hacer” sólo se activan cuando se encuentre de por medio un derecho de otro, reconocido en la ley, para que actúe una persona.

Los deberes de “hacer” en tanto *obligatio activa* implican una mayor libertad moral del obligado en tanto él no se encuentra constreñido por el derecho. Por el contrario, en la obligación pasiva, que necesariamente se corresponde con la obligación externa, se es menos libre moralmente hablando, por que se es constreñido por el derecho<sup>72</sup>.

Significa lo anterior, entonces, como conclusión inexorable en esta temática, que los deberes de “hacer” cuando se juridifican y por tanto son exigibles por coacción, generan la forma más radical de coartar la libertad externa del individuo; de allí que su aparición en el ordenamiento jurídico debe y tiene que ser verdaderamente excepcional, como por ejemplo, aquellas derivadas de la imposiciones de deberes de acción, fundadas en el círculo de la familia cercana consanguínea y las adquiridas de los pactos o contratos, en tanto tienen como correlativo el derecho de otra persona como contrapunto del obligado.

Tales deberes de acción, a pesar de que parecieran ser asistemáticos dentro de un esquema de orden jurídico propio del Estado liberal, no es menos cierto que se hacen depender de la “voluntad” de la persona y de la existencia de un “derecho subjetivo”.

En efecto, en tales conceptos está representado la más cara expresión del Estado liberal y del “individualismo liberal clásico” y su “concepción individualista” de las relaciones jurídicas. En el Estado liberal la idea de “persona” coincide, desde el punto de vista jurídico, con “el *sujeto de voluntad* que crea relaciones jurídicas por medio de su volición”, en tanto “señor absoluto (*dominus*) de la esfera de acciones que se le reconoce”<sup>73</sup>.

Con relación al pacto o contrato hay que afirmar que es la expresión máxima de la capacidad de la voluntad humana para crear relaciones jurídicas. En cuanto a los vínculos consanguíneos y matrimoniales como generadores de deberes de “hacer”, también está presente la todopoderosa mano creadora de relaciones jurídicas que es la voluntad, habida cuenta que también tales relaciones jurídicas que demandan acciones

---

70. *Ibíd.*, p. 74.

71. *Ibíd.*, p. 87.

72. *Ibíd.*, p. 69.

73. BALDASARRE. *Los derechos sociales*, cit, p. 15.

positivas, sólo es posible encontrarlas en KANT como amparo en la protección de la familia creada por el matrimonio<sup>74</sup>.

Ello es claro, por ejemplo en FRIES, quien amparado en KANT apuntaba a afirmar que la obligación de actuar de los padres respecto de los hijos estaba anclada en que aquellos han traído al mundo a estos en “forma libre y espontánea”<sup>75</sup>.

Ir más allá, en cuanto a exigencias positivas, resultaba contrario al sentido y contenido del orden jurídico del Estado liberal<sup>76</sup>: se usurpaba el “espacio vital” del individuo como “señor de sus propias capacidades y de sus bienes”<sup>77</sup>. KANT decía que “todas las acciones y obligaciones que se basan en el derecho ajeno suponen los principales deberes para con los demás”<sup>78</sup>.

Así las cosas, haciendo un parangón que respete las diferencias, exigir más allá de las principales y generales obligaciones negativas de abstención –no hacer– y las complementarias y excepcionales positivas de acción –hacer– resultaba tanto como, al igual que la dicotomía planteada entre derecho subjetivo como esencia del Estado liberal y derechos sociales como esencia del Estado Social, “algo no comprensible en su esencia jurídica y no asimilable a las concepciones corrientes” de un sistema político individualista, con la consecuencia de crear graves “incertidumbres definitorias”<sup>79</sup>.

De allí que FEURBACH, el más importante penalista seguidor del modelo de Estado liberal en Alemania, autor kantiano por excelencia, encontrara serias dificultades para la explicación de los delitos de omisión impropia y especialmente para la formulación de las posiciones de garante.

En efecto, respecto de lo primero, su posición es coincidente con la de KANT, puesto que afirma que todo delito debe lesionar un derecho y el de omisión sólo tiene existencia, “siempre que una persona tiene un derecho a la exteriorización efectiva de nuestra actividad”. Con relación a los deberes de actuación positiva se imbuía su posición

74. Tan categórico era KANT en tal exigencia, que por obvia no se menciona respecto de las uniones maritales de hecho, que lo llevaba a afirmar que el “niño venido al mundo fuera del matrimonio ha nacido fuera de la ley (que es el matrimonio), por tanto, también fuera de su protección”; KANT. *Metafísica de las costumbres*, cit., p. 173. También, modernamente, sin llegar a los extremos de la “ética formal” kantiana, se afirma que de la institución del matrimonio surgen derechos y deberes correlativos; BALDASARRE. *Los derechos sociales*, cit., p. 145.

75. Citado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 98.

76. ROBERT NOZICK, desde una perspectiva puramente liberal, ha señalado que “el Estado no ha de usar su aparato coercitivo para el propósito de lograr que algunos ciudadanos ayuden a otros”; citado por EDUARDO NOVOA MONREAL. *Fundamento de los delitos de omisión*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1984, p. 26.

77. BALDASARRE. *Los derechos sociales*, cit., p. 16.

78. KANT. *Lecciones de ética*, cit., p. 256.

79. BALDASARRE. *Los derechos sociales*, cit., pp. 29 y 31.

en la teoría de los deberes formales, habida cuenta que por vincular estrechamente al derecho penal y especialmente a la omisión con la “obligación originaria del ciudadano” en términos kantianos, sólo admita como posiciones de garante aquellas que tuviesen un fundamento jurídico en la ley o en el contrato<sup>80</sup>, en fin, en la voluntad.

BIDART CAMPOS ha dado cuenta, coinñadiendo en ello con KANT y HOHFELD, en la necesidad de precisar la existencia de una “obligación pasiva universal” cuya misión, obviamente en el ámbito del Estado liberal, resulta ser aquella que apunta al compromiso que todos los ciudadanos tienen de “omitir daño al derecho de un sujeto”, en tanto la técnica jurídica utilizada coloca en el anverso la “obligación” y en el reverso el “derecho”<sup>81</sup>.

En la doctrina del importante constitucionalista argentino queda absolutamente clara una cosa ya ínsita en todo lo antes afirmado: la relación de vinculatoriedad, cuando se trata de la protección de derechos por medio de las normas prohibitivas, en un Estado liberal toma el nombre de “obligación”.

Allí, por un procedimiento de diferenciación, podemos encontrar que la vinculatoriedad cuando se trata de delitos de omisión diversos de aquellos estrictamente delimitados por FEUERBACH no es la misma, tiene que fundarse en otro concepto diferente del de “obligación” o, si se mantiene tal expresión, con un sentido y contenido diferente.

Ello es palpable y diáfano en GÜNTHER, quien, muy a pesar de no utilizar la expresión “obligación”, a cambio se refiere a “deber”, pero diferenciando dos tipos de deberes: aquel al que hemos denominado como obligación simplemente y que está presente en el grueso de las teorías de FEUERBACH y CARRARA, soportada en la teoría constitucional por BIDART CAMPOS, a través de la cual se refiere a un “deber complementario, general y negativo” que resulta recíproco a la existencia de un derecho<sup>82</sup> y otros que se moverían en el entendimiento del derecho penal moderno.

80. PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH. *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1989, pp. 66 y 76. El gran Maestro CARRARA también precisaba que los delitos de omisión sólo tienen existencia “en los casos en que otro tenga *derecho a exigir* la acción omitida” en tanto se requiere, como para cualquier delito, la verificación de la violación de un derecho; FRANCESCO CARRARA. *Programa de Derecho criminal*, t. I. Bogotá, Temis, 1983, pp. 48 y 49. Otro autor anota que “tradicionalmente se viene afirmando que en el *Estado liberal*, el omitir es un fenómeno de menor importancia en el ámbito jurídico-penal; la omisión, en este mismo sentido, se asocia a un deber de solidaridad, y por ello se la diferencia sustancialmente de la comisión”, sólo los mandatos referidos a los delitos de infracción de deber tienen que ver con comportamientos exigidos por solidaridad; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva...*, cit., pp. 22 y 122.

81. GERMÁN BIDART CAMPOS. *Las obligaciones en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1987, pp. 13 y 67.

82. GÜNTHER KLAUS. “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho Penal?”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Edit. Comares, 2000, pp. 489 a 491.

Ese deber “complementario, general y negativo” no es otro instituto diferente a lo que se denomina la “obligación originaria” kantiana<sup>83</sup>, lo cual resulta evidente si se tiene en cuenta que antes de postular dicho concepto viene tratando la problemática con fundamento en KANT y FEUERBACH. De allí que GÜNTHER<sup>84</sup> concluya respecto de dicho tópico que “el deber correlacionado con el derecho subjetivo de libertad es *negativo*. Es el deber de no lesionar el derecho subjetivo de libertad y de omitir injerencias en la igual libertad de otro”; compartiendo con FEUERBACH el que “como negativo, el deber es preciso y exclusivo”.

GÜNTHER continúa señalando, siguiendo al más significativo penalista liberal alemán, que los “deberes positivos, por el contrario, son siempre imprecisos y dependientes de las especiales circunstancias de la situación”; haciendo referencia, respecto de ellos, a otro tipo de deberes que se corresponden con los deberes propios de los delitos de omisión en general, ya que, cuando se refiere a los excepcionales delitos de omisión que se admiten por un derecho penal liberal, no cambia el concepto deber como correlativo de derecho subjetivo, pues siendo para puntuales casos de “contenido activo”, sólo se explica “cuando a éste le corresponde un derecho subjetivo” derivado de la ley o un contrato<sup>85</sup>.

Así las cosas, cuando se habla de “obligación” o de “deber complementario, general y negativo”, se está haciendo referencia a la llamada “obligación originaria” kantiana, que comprende la explicación de la vinculatoriedad jurídica propia de los delitos de acción y de los delitos de omisión excepcionalmente mencionados.

También LESCH ha puesto de presente tal forma de ver las cosas, puesto que categóricamente ha señalado que la “formulación kantiana del imperativo categórico” está vinculada con el “liberalismo”, en tanto apunta a “impedir extralimitaciones en esferas de libertad ajenas”, esto es, va dirigida a que se “respeten sus respectivos estados de posición” (de la persona) y como tal conducen a la “limitación negativa”<sup>86</sup>.

Pero, así mismo, por contra, si existe una “obligación originaria” técnicamente denominada como “deber complementario, general y negativo”, debe existir otro tipo de deber que tendrá la naturaleza de “principal, particular y positivo” y que debería recibir la denominación de “obligación derivada”. Comprendería ésta la explicación de la vinculatoriedad jurídica propia de los delitos propios de omisión y de la comisión por omisión como concepto específico.

---

83. Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 78 a 105.

84. Por demás cita a ALVIN GOULDNER, quien asegura, en época reciente, que complementariedad significa “que los derechos del uno son las obligaciones del otro y viceversa”; GÜNTHER. *De la vulneración a un derecho...*, cit., pp. 492 y 493.

85. Ídem.

86. H. LESCH HEIKO. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 19.

La “obligación originaria” tiene sentido por constituirse en el primer vínculo jurídico que establece el Estado liberal para la protección de los derechos depositados en el pacto social, originando las obligaciones negativas de las que se desprenden las normas prohibitivas.

La obligación originaria está expresamente formulada en el credo del Estado liberal, también denominado como el “Evangelio político”, concretado en el artículo 4.º de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro...”. Se complementa lo anterior con lo dispuesto en el artículo 5.º ídem: “La Ley sólo puede *prohibir* las *acciones* perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no esté impedido por la Ley no puede estar prohibido...”.

La libertad está vinculada con el poder “hacer” como facultad, luego entonces, como tal, las obligaciones positivas o de hacer no encajan muy bien en este pensamiento. Nótese cómo, además, se hace énfasis en la utilización de la técnica de la norma prohibitiva y su sustrato material: la acción; así, la ley se encargaría de diseñar los obstáculos al ejercicio de la libertad a través de las prohibiciones como “impedimentos”: normas de “no hacer”.

Muy tímidamente podría aparecer la técnica contraria en el aparte final del artículo 5.º: “... y nadie puede ser obligado *a hacer* lo que aquélla (la Ley) no ordena”.

Muy tímidamente, decimos, porque el “estado normal de libertad” es el “hacer”, cuyo contrario es la prohibición y viene *per se* garantizado como algo que fluye por sí mismo: no puede ser menos, toda vez que el Estado liberal garantiza “una esfera de libertad negativa previa al Estado”<sup>87</sup>. No necesita reglas sino cuando por necesidad y de manera excepcional requiere ser limitado.

Por el contrario, es un estado anormal la imposición de obligaciones de “hacer”, y como tal, por tener naturaleza excepcional, requieren de desarrollo legal. Es obvio en tal engranaje, es una intervención mucho más drástica y limitante de la libertad: para cumplir con el ajuste de libertad individual y derechos de los demás, en el estado *normal de libertad* gobernado por la técnica de las *obligaciones de no hacer*, basta tener en cuenta el precepto de que se puede hacer todo lo que no perjudique a otro; aquí, en el sector de las *obligaciones de hacer*, ya se requiere la existencia de una norma legal que imponga el deber positivo.

El énfasis exclusivo que se hizo en torno a la libertad es lo que se conoce, según PETER HÄBERLE, como la “libertad unilateralmente individualista”, que desconoce y olvida “la referencia de la libertad a lo social”. Aquella concepción producto de la

---

87. Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 254.

interpretación aislacionista del “desaforado individualismo de la burguesía propietaria”, que se impuso en la realidad social y que desconoció la existencia de “deberes fundamentales” que emanaban del concepto de “fraternidad”, lo cual se pretendió corregir con posteriores reformas como la de 1795 y a partir de allí se ha venido construyendo el “principio de solidaridad social” propio del Estado Social o Estado constitucional social<sup>88</sup>.

La “obligación derivada”, entonces, surge como consecuencia del advenimiento del Estado Social y como tal comporta una restricción más drástica del ejercicio de la libertad, sólo justificable por razón de la necesidad de que los derechos fundamentales no sean de mera consagración formal.

Tal “obligación derivada” implica, en el marco del moderno Estado social y democrático de derecho, un “tipo de pensamiento” que la doctrina denomina muy bien como “equilibrado” –que “no intermedio entre dos extremos encontrados”–, esto es, como “pensamiento de superación” que porta la idea central de “llevar consigo la capacidad de romper los límites propios de las ideologías cerradas”<sup>89</sup>.

Significa lo anterior, sin más, que el elemento social del Estado ya no permite que sólo se mire la norma penal desde una perspectiva del “no hacer” (prohibiciones), sino, también, la necesidad de tener en cuenta el “hacer” (mandatos)<sup>90</sup>.

Sin embargo, esto último, debe manejarse con la más estricta cautela, puesto que, si bien, tal elemento introduce el concepto de “servicio a la sociedad”, que incorpora un talante de “convivencia y solidaridad”, la cooperación en principio está a cargo del Estado y sólo en eventos que justifiquen en extremo garantizar a través de los particulares “el marco y las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan desarrollar íntegramente su personalidad”, es cuando surgen como exigibles jurídicamente ciertos deberes de solidaridad. Ello es evidente, pues si “el Estado está para fomentar, promover y facilitar que cada ser humano pueda desarrollarse como tal a

---

88. PETER HÄBERLE. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Edit. Trotta, 1998, pp. 51 a 53, 79, 91 y 92. Se dice que a partir del concepto “utilidad pública”, que enunciaba la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se construye en el Estado social el “principio de solidaridad social [...] la idea de bien común, que hasta entonces había hecho alusión al imperativo de garantizar al individuo el mayor espacio posible de autonomía privada, se transformó con el fin de incluir al principio de solidaridad como núcleo rector de su contenido”; BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 347.

89. Así JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. *Nuevas claves del Estado del bienestar*, Granada, Edit. Comares, 1999, p. 5. Se ha afirmado que el Estado social y democrático de Derecho que se funda en el equilibrio entre los principios de libertad positiva e igualdad social, logra un reparto adecuado entre los derechos sociales y la libertad, propiciando el “equilibrio de los sujetos implicados”; BALDASARRE. *Los derechos sociales*, cit., pp. 72 y 73.

90. Se dice que los “deberes positivos” de ayuda tienen origen en “una obligación nacida de un deber de solidaridad” y, a su vez, la solidaridad “hunde sus raíces en el Estado social”; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Atribuciones normativistas en derecho penal...*, cit., pp. 32 y 34.

través del pleno ejercicio de todos y cada uno de sus derechos humanos”, la libertad ocupa un papel central como elemento legitimador y justificador del poder, el cual, encarnado en el Estado, “haga presente el bien de todos, para que se den las circunstancias reales para que cada ciudadano se desarrolle en libertad”<sup>91</sup>.

La versión moderna de deber, con su mayor carga ideológica, encuentra así su debido y correspondiente lugar.

La libertad tiene que ser restringida lo menos posible: así, el derecho penal debe ser mínimo en materia de prohibiciones que originen delitos de acción, y doblemente mínimo en materia de mandatos que originen delitos de omisión.

Los iuspublicistas afirman que en un Estado moderno debe existir “tanta libertad como sea posible y tanta intervención como sea imprescindible”, en aras de la “mayor libertad posible en un marco de mínima regulación estatal”<sup>92</sup>; luego entonces, siendo los mandatos normativos las regulaciones de mayor y más drástica intervención, resulta lógico que opere la siguiente regla: si en un Estado liberal, la mayor libertad se obtiene con un mínimo “aritmético” de prohibiciones, en un Estado social, si quiere seguir siendo liberal, admitiendo necesaria y lógicamente el principio de “solidaridad social”, el mayor grado de libertad se obtiene conservando los presupuestos del Estado liberal y autorizando las normas de mandato sólo en un marco mínimo “geométrico” de exigencias de actuar.

El Estado moderno es Estado de derecho, esto es, Estado liberal que impone límites a la actividad de intervención. Pero los agregados materiales de “democrático” y “social” introducen cambios y matizaciones importantes en el Derecho penal sin que éste pierda su fisonomía liberal<sup>93</sup>.

De allí que BALDÓ LAVILLA afirme con innegable acierto que a pesar de constituirse el “principio de solidaridad” en un valor superior que “informa el paradigma del *orden social justo*”, esto es, en una “idea rectora” que se encuentra “inmanente en el ordenamiento jurídico”, no puede desarrollarse de manera ilimitada, habida cuenta que éste “no puede exigir a sus ciudadanos un nivel desmesurado de solidaridad intersubjetiva. La operatividad restrictiva de este principio únicamente estará legitimada materialmente *cuando concuerde con el nivel normativo de solidaridad que define el marco constitucional*”<sup>94</sup>.

---

91. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. *Nuevas claves del Estado del bienestar*, cit., pp. 6, 8, 58 y 66.

92. *Ibíd.*, p. 39.

93. La doctrina ha sido muy clara en señalar que el Estado Social no significa una “sustitución radical del Estado de Derecho”, sino, más bien, “una adaptación del Estado de Derecho”; BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 349.

94. FRANCISCO BALDÓ LAVILLA. *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, J. M. Bosch, 1994, p. 64.

Ya lo expresaba GOESSEL cuando afirmaba que en tratándose de *acción* “la norma puede exigir de todos no desplegar actividad corporal alguna para realizar el menoscabo de un bien jurídico”, pero, a la inversa, cuando nos referimos a la omisión, “no es posible [...] que todos se sientan obligados por la norma a desplegar una actividad corporal para evitar el menoscabo de un bien jurídico”<sup>95</sup>.

La “obligación derivada” genera el concepto de “deber” que se constituye en el núcleo duro de los delitos de omisión propia e impropia, pasando de un papel secundario, como el que cumple cuando es apenas correlativo a un derecho en la órbita del Estado liberal, a un papel necesario, pero no suficiente, como el que cumple en el Estado Social<sup>96</sup>, pues muy a pesar de que se presenta como cofundante del injusto, la nota que eleva su categoría deviene por cuanto no accede a un derecho “sin más ni más”<sup>97</sup>. Es de carácter particular en tanto los delitos de omisión son “delitos de infracción de deber” por cuanto requieren, para su comisión, que el autor tenga una específica calificación que se constituye en un elemento *personal* de autoría, deslindándola “jurídicamente” de la participación y originando las obligaciones positivas de las cuales se derivan las normas de “mandato”, vinculados con situaciones y relaciones muy *especiales*. Se expresa en forma de “mandato”, esto es, de obligación positiva consistente en un hacer que satisfaga el deber.

Finalmente, en torno a este punto, debe convenirse que el concepto de “obligación” debe reservarse para dar cuenta del vínculo jurídico de obligatoriedad existente entre el sujeto activo del delito, por un lado, y el Estado liberal y los titulares de los derechos ofendidos por el otro<sup>98</sup>. El concepto de “deber” debe y tiene aplicación específica para instrumentar la operatividad del “principio de solidaridad social” y muy especialmente el concepto de “deberes funcionales” de los servidores públicos en un Estado Social de Derecho.

Aquí se incluyen, incluso, las posiciones de garante fundadas en la asunción voluntaria de la protección de un bien jurídico o de una fuente de peligro y la llamada injerencia.

95. GOESSEL. *Dos estudios*, cit., p. 55.

96. Si bien es cierto que el concepto de “deber” resulta importante en el ámbito de los delitos de omisión, por lo cual adquiere la categoría de “necesario”, no es menos cierto que no tiene la calidad de suficiente, habida cuenta que el deber se exige en aras de la protección de un bien jurídico. De allí que sea muy clara la doctrina cuando precisa que los “derechos prestacionales”, propios del Estado Social, tienen una “fundamentación instrumental”; BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 353.

97. En efecto, con un sentido y significado diferentes, por eso se habla en el Estado Social de “derechos fundamentales de prestación”, los cuales “establecen reglas de cooperación social que trazan las condiciones en las cuales se desarrollan los vínculos entre los individuos, y entre éstos y el Estado”, reglas de cooperación que “desarrollan el principio de solidaridad”; BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 350 y 351.

98. Aunque rechazando la idea, se ha dicho que la posición de entender que existe una preponderancia de las prohibiciones sobre los mandatos proviene de FEUERBACH, quien postulaba que la “obligación originaria del ciudadano” sólo genera deberes de omisión y no de acción, aunque tenga excepciones que presuponen “una especial razón jurídica”; JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 947.

La doctrina extranjera (JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES) y nacional (PERDOMO TORRES), en el ámbito del funcionalismo radical, sin titubeos aceptan que el principio de solidaridad cumple un papel determinante en la configuración de las posiciones de garante en la órbita de la competencia institucional, no así en la competencia por organización.

Creemos que tal posición no puede aceptarse, puesto que si se hace una revisión de las fuentes materiales del principio de solidaridad, se tiene que en sus primeras versiones estuvo anclada en la voluntad de los sujetos concernidos.

En efecto, tal vez los primeros registros que se tienen de la solidaridad como institución provienen de la secta judía denominada de los Esenios, quienes, desde el siglo II a. C. hasta el I d. C., fundaron su comunidad en dicho principio. Empero, muy a pesar de que tenían origen en el pueblo judío, no es menos cierto que los historiadores han constatado que no se habían agrupado por razones raciales, por cuanto, se dice, afirmaban que “no debe hablarse de raza, cuando se trata de una cuestión de actos voluntarios”<sup>99</sup>.

La importancia de lo anterior no es de poca monta, pues se resalta por los estudiosos del tema, que tal doctrina de la “confraternidad humana” tiene una gran semejanza con el cristianismo primitivo, que sin duda alguna es la base filosófica del moderno principio de la solidaridad social. Es más, se afirma, como hipótesis, que los documentos de los esenios tuvieron una gran influencia en los primeros cristianos y hasta en Jesucristo<sup>100</sup>.

Se afirma que lo que más sorprendía al paganismo grecorromano de los cristianos era su espíritu de “amor muto y caridad”, tanto que ampliaron la cobertura de los fondos que se aportaban, hasta el punto que se afirma constituyeron una especie de “estado de bienestar en miniatura en un imperio que en general carecía de servicios sociales”. Pero lo verdaderamente sorprendente es que los fondos que financiaban las obras de caridad eran “esencialmente voluntarios” y todavía más asombroso, puesto que en ello superaban el concepto de solidaridad de la “diáspora judía”, los beneficiarios de aquellos eran, indistintamente, cualquier ser humano, poniendo en entredicho incluso la credibilidad del Imperio romano, según lo anota el importante autor JOHNSON. De allí que se diga con voz autorizada que dicho concepto de fraternidad fue “un rasgo principal de las primeras comunidades cristianas”<sup>101</sup>.

99. Cfr. EDMUND WILSON. *Los rollos del Mar Muerto*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 46. Otro autor confirma el alto grado de desarrollo que había conseguido el concepto de fraternidad en los esenios, tanto que el individuo aislado no tenía importancia sino la comunidad. Empero, sostiene que el fundamento de ello estaba anclado en la idea de comunidad pura por “raza y cuna”; PAUL JOHNSON. *Historia del cristianismo*, Barcelona, Edit. Vergara, 2004, p. 34.

100. WILSON. *Los rollos...*, cit., pp. 45 y 110. Así, recientemente, JOHNSON. *La historia de los judíos*, cit., p. 155.

101. El emperador romano pagano JULIÁN, se quejaba, dice JOHNSON, de que ningún judío “jamás tiene

Como se puede ver, sin mayor esfuerzo, la fraternidad judía podría ser enmarcada dentro de lo que se denominaría solidaridad por competencia institucional, mientras que la de los cristianos tendría apenas el tenue calificativo de solidaridad mínima, que se encuentra en la competencia por organización. ¿Resulta ello lógico?

Hoy nadie osaría negar la importancia que la Iglesia católica ha tenido en el desarrollo del principio de solidaridad. Así lo ha expresado JUAN PABLO II en su *Sollicitudo rei socialis*, donde se expone que “la solidaridad es sin duda una virtud cristiana”<sup>102</sup>.

Igualmente, fueron muy conocidas en la Edad Media las instituciones gremiales, cuyo fundamento estribaba en el entendimiento de lo que eran las “asambleas como fraternidad”, materialmente ancladas en una “especie de amistosa fraternidad”. Se buscaba, con tal tipo de asociaciones, cuidar de los “agremiados caídos en desgracia”, ayudarse “unos a otros en caso de infortunio”, como también, cuando algún miembro no pudiere cumplir con su trabajo, los restantes del gremio “deberán ayudarle para que dicho trabajo no se pierda”<sup>103</sup>. En fin, pues, en criterio de un importante historiador medievalista, los fundamentos de tales “cofradías” eran la fraternidad y caridad, pero las mismas se constituían a partir de la “asociación voluntaria”<sup>104</sup>.

Sin duda alguna el acto de agremiación resultaba voluntario y como tal se aceptaban las reglas del gremio. Entre tales reglas, la Ordenanza de un gremio denominado “Tawyers”, en el Londres de 1346, consagraba obligaciones de hacer, fundadas en la solidaridad y asumidas voluntariamente.

Pero a su vez, también se encuentra un nexo importante entre la secta esenia, el cristianismo y las órdenes monásticas religiosas de la Edad Media, pues éstas servían al cristianismo y tuvieron inspiración en los esenios, tal como afirma BLASCHKE, a quienes por su forma de vida, organización y reglas, “en realidad, deberíamos calificar como las primeras órdenes de monjes organizados que existieron”<sup>105</sup>; lo que conecta con las cofradías o gremios medievales, toda vez que éstos, por sus “tendencias piadosas y caritativas”, se inspiraron en “las asociaciones religiosas formadas alrededor de las iglesias y de los monasterios”<sup>106</sup>.

---

que mendigar” por la asistencia de sus hermanos de cuna y raza, pero lo sorprendente es que los cristianos no sólo atienden a su propios pobres sino también a los de los romanos, lo cual le resultaba vergonzoso, pues no hace lo mismo el Estado romano; JOHNSON. *Historia del cristianismo*, cit., pp. 26 y 106.

102. Citado por MIGUEL LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES. *La solidaridad universal: ámbitos y exigencias*, Zaragoza, Sociedad Española para los Derechos Humanos –SEDH–, 1995, pp. 8 y ss.

103. HUBERMAN. *Los bienes...*, cit., pp. 67, 68 y 90.

104. HENRI PIRENNE. *Historia económica y social de la Edad Media*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 32 y 134.

105. JORGE BLASCHKE. *El enigma medieval*, Bogotá, Intermedio, 1994, p. 25.

106. PIRENNE. *Historia económica y social de la Edad Media*, cit. p. 132.

Tan estrecho fue el vínculo entre la secta de los esenios, el cristianismo, las órdenes monásticas y los gremios de la Edad Media fundados en la fraternidad con el principio de solidaridad, que hoy por hoy, la Iglesia católica, partiendo de las encíclicas *Populorum progressio* y *Sollicitudo rei socialis*, hace coincidir los conceptos de “solidaridad fraterna” y “fraternidad solidaria” como fundamentos de la *universal solidaridad humana* que expresa el *sentimiento de la fraternidad cristiana*, pues “solidaridad y bien común no son en el fondo sino dos medios distintos de referirse a la misma realidad”<sup>107</sup>.

¿Se excluyen, pues, la voluntad y el principio de solidaridad? Puede excluirse una relación mutua entre dichas fuentes de las obligaciones de hacer o puede afirmarse que si dichas asociaciones se fundan en la voluntad también, por surgir del acto de agremiación mismo, lo hace el principio de solidaridad?

La *Enciclopedia Jurídica Omeba* señala que la solidaridad en materia de obligaciones civiles nace de la ley o de la convención, pero también, afirma que puede tener origen en el “testamento”, esto es, en términos jurídicos en una voluntad unilateral.

Pero además, señala como característica de la obligación solidaria el que en ésta los vínculos son múltiples e independientes, resaltando su carácter excepcional y su necesidad de consagración expresa<sup>108</sup>.

Como se puede notar fácilmente, la estructura de la obligación solidaria se corresponde con lo que anteriormente hemos denominado *obligación derivada*. No existe necesariamente correlatividad, tiene carácter excepcional y debe estar consagrada expresamente.

Por lo demás, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, no es posible en varios eventos separar limpiamente las posiciones de garante fundadas en la competencia por organización o en la competencia institucional: piénsese en los soldados profesionales vinculados a la función pública por contratos de prestación de servicios<sup>109</sup> y en general la prestación de funciones públicas por parte de los particulares, que siempre deben estar ancladas en un contrato o convenio<sup>110</sup>, definidos por el criterio de la asunción voluntaria.

No dudamos en afirmar que la “solidaridad no le resta sino que le suma a la voluntad como creadora de deberes u obligaciones de hacer”.

---

107. Cfr. LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES. Ob. cit., pp. 10 y 19.

108. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. I, Buenos Aires, Edit. Driskill, 1979, pp. 510 y ss.

109. Este tipo de relaciones jurídicas no crea un vínculo con el Estado diferente al que tienen entre sí los particulares producto de cualquier contrato y por tanto no son servidores públicos.

110. Para el efecto consultar GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU. Ob. cit., pp. 79 a 83.

Lo anterior es obvio, puesto que, si lo que se “asume voluntariamente” tuviese que circunscribirse a lo propio de la “esfera organizativa” del sujeto, irremediamente habría de concluirse la imposibilidad de admitir “obligaciones solidarias” que vienen impuestas por la ley en el Derecho civil, paradigma de la “competencia por organización” desde una perspectiva genérica.

Pero además, el que la evolución de la “teoría del delito de omisión” haya permitido abandonar el concepto de “contrato” como fuente formal de posiciones de garante, para darle cabida a la institución más amplia y flexible de la “asunción voluntaria”, es algo que no se puede soslayar desde el punto de vista de entender allí un avance, tanto cuantitativo como cualitativo del asunto, sólo explicable como el abandono de la idea de la “voluntad” como fundamentadora y delimitadora de las relaciones jurídicas, toda vez que no debe perderse de vista que tal cambio fue propiciado por cuanto “no era indispensable un acto jurídico formal y que tampoco podía admitirse que defectos legales de éste pudieran afectar su validez o su vigencia”<sup>111</sup>, para adentrarse necesariamente en una concepción informada por la solidaridad social.

Lo anterior es claro si se entiende como razonable el que las consecuencias y efectos de tener en cuenta la naturaleza de un determinado modelo de Estado, para la configuración de las instituciones jurídicas, y aquí específicamente la “relación jurídica”, no prejuzga inexorable e indefectiblemente sobre un “concepto cerrado” de las mismas, esto es, si del Estado liberal surgen los “deberes negativos” no quiere decir que, exclusivamente, en su órbita sólo son admisibles como punibles la infracción a norma prohibitivas y toda ilicitud debe reconducirse al dejar “hacer dejar pasar” o a la “competencia por organización”.

Normas de mandato o “deberes positivos” los encontramos incluso antes del advenimiento del Estado liberal, como sucede con las omisiones en el ámbito de las funciones estatales y los deberes de familia que se caracterizan como provenientes de la “solidaridad natural”, pues como dice BERNAL PULIDO, respecto del tipo de obligaciones derivadas de un determinado modelo de Estado, “las posiciones jurídicas fundamentadas por las teorías materiales no pueden entenderse como correlativas de modo exclusivo a ciertas disposiciones”, esto es, “no pueden comprenderse como posiciones definitivas” o “absolutas, en el sentido de posiciones irrestringibles o inderrotables”<sup>112</sup>.

En cuanto a la injerencia se tiene que quien da origen a un peligro para bienes jurídicos ajenos, como la vida o la integridad personal, tiene la obligación de solventarlo.

Pues bien, si existe el deber de solidaridad cuando no se ha ocasionado por una persona el peligro para la vida e integridad personal de otro, tal como sucede en la

---

111. NOVOA MONREAL. *Fundamentos...*, cit., pp. 142 y 143.

112. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 397.

omisión de socorro (arts. 131 Ley 599 de 2000 y 95 num. 2 Carta Política), con más razón, por virtud de un argumento *a fortiori*, cuando es la misma persona llamada al salvamento quien lo ha creado.

Así queda de presente, en JAKOBS, cuando propone que cuando no alcanza a estructurarse una posición de garante fundada en deberes de aseguramiento, que tienen origen en los “deberes de relación y en la injerencia”, no se presenta el delito de comisión por omisión pero sí un delito de omisión propia por vulneración de la “prestación de socorro”<sup>113</sup>.

Es evidente pues, cuando se trata de la posición de garante fundada en la injerencia, que nos encontramos ante un deber de solidaridad incrementado, sin que resulte posible hacer abstracción de tal figura.

Pero también, si la injerencia tuviese sólo fundamento en la organización de la propia esfera de libertad, la conclusión ineludible debería y tendría que ser que el hacer peligroso previo fuera exclusiva y necesariamente antijurídico.

Si bien la institución del *neminem laede* representa el pilar filosófico de la postura liberal individualista sobre la libertad, no es menos cierto que la misma puede ser interpretada de forma tal que se ajuste al espíritu de nuestra época sin que pierda su esencia.

En efecto, en una versión moderna, donde la sociedad reconoce la consustancialidad de los riesgos sociales y su adecuación a las estructuras sociales de la actual civilización, resulta obvio y natural que la conducta que se ajuste a los riesgos permitidos haga parte de lo requerido y observable, en cuanto se trata de organizar la propia esfera de libertad. Es más, podría decirse que el riesgo permitido, si se tiene en cuenta que de manera objetiva y general resulta acorde con la “utilidad común”, como parte del credo liberal reconocido en el artículo 1.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, engrana perfectamente con aquello que no limita la libertad de acción, pues la misma sólo puede ser restringida si no quedan asegurados a “los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos”, esto es, de la libertad y demás derechos naturales (art. 4.º, 2.ª parte, ídem)<sup>114</sup>, lo cual se asegura globalmente y de manera efectiva con la tolerancia respecto de lo adecuado socialmente.

Como se sabe, existe una importante línea doctrinal que no condiciona dicha posición de garante a la antijuridicidad del hacer peligroso previo, lo que indica que en tal

---

113. JAKOBS. *Derecho penal...*, cit., pp. 972 a 974.

114. Tal artículo señala: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden estar determinados por la Ley”.

caso, el fundamento es el principio de solidaridad, puesto que ya aquí no se podría hablar exclusiva y necesariamente de una arrogación de una organización ajena, esto es, de un abuso de la propia esfera de libertad, en tanto también surge la posición de garante cuando se ha organizado conforme a deber, esto es, se ha producido una organización acorde con lo adecuado socialmente. El hacer peligroso previo, si no es exclusiva y necesariamente antijurídico, implica que también surge la posición de garante cuando el sujeto no se ha arrogado una organización ajena, sino que actúa dentro de lo que le compete por su propia organización: quien actúa dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico “no organiza defectuosamente”, en expresión muy significativa y comunicativa para el funcionalismo.

Incluso JAKOBS no puede desprenderse de tan inexorable lógica, puesto que, muy a pesar de reclamar que el “comportamiento previo ha de haber sido objetivamente contrario a deber”, acepta que en algunos eventos tal requisito no es exigible, tal como sucede en aquellos donde “en el marco del riesgo permitido se deriva el deber de salvación”, si se trata de un comportamiento “con mayor riesgo que el existente en el comportamiento cotidiano ineludible” y “la persona puesta en peligro debe haber adoptado las prevenciones de seguridad de su incumbencia”<sup>115</sup>.

Tiénesse pues, que, en lo anteriormente expuesto, el profesor JAKOBS no diferencia limpiamente la naturaleza del hacer peligroso previo, debido a que desconoce que el principio de solidaridad opera tanto en lo que denomina competencia por organización como en lo que llama competencia institucional. Sólo que, y ello es claro como lo vamos a ver a continuación, no hace la distinción entre deberes de solidaridad *estándares* y deberes de solidaridad *incrementados* o *intensificados*.

SILVA SÁNCHEZ<sup>116</sup> reconoce que por virtud del surgimiento del Estado social se ha producido una “extensión e intensificación de los deberes de solidaridad y de sus repercusiones incluso penales”. No obstante, para el caso de la comisión por omisión, vehementemente anota que tal figura jurídica “no tiene nada que ver con consideraciones de solidaridad” y su respuesta adecuada se encuentra en la “vinculación originaria”, esto es, se trata de “una cuestión de organización de la propia esfera de libertad”.

Por el contrario reconoce, sin aceptar que la solidaridad adquiera el rango de bien jurídico, que ella se constituye en criterio o título de imputación jurídica, en los delitos de omisión propia y en los así denominados delitos de *omisión cualificados*, *agravados* o *delitos de omisión de garante*. Los primeros se fundan en el deber de solidaridad mínima interpersonal y los segundos en un deber de solidaridad cualificado pero sin llegar a tener el rango de delitos de comisión por omisión.

---

115. JAKOBS. *Derecho penal...*, cit., pp. 982 a 984.

116. SILVA SÁNCHEZ. *Estudios sobre los delitos de omisión*, cit., pp. 241 a 263, y 285 a 301.

La diferencia entre deberes de solidaridad mínima y solidaridad cualificada es de grado y está dada por la “densidad del vínculo institucional que recae sobre el sujeto” especialmente obligado.

De allí que los delitos de omisión cualificados se diferencian de los de omisión propia por cuanto en éstos no se exige un resultado y en cambio en aquéllos sí; de los de comisión por omisión por cuanto en éstos se presenta una identidad estructural que viene exigida por la ley y que implica su entendimiento “normativo” como delitos de “comisión propia”, cuestión que no tiene ocurrencia en los delitos de comisión cualificados, agravados o de omisión de garante, puesto que si bien en éstos existe un deber de actuar fundado en la solidaridad, “no alcanzan la equivalencia con la comisión activa”.

Son, en conclusión, los delitos de omisión de garante figuras delictivas de gravedad intermedia: se mueven entre los delitos de omisión propia y los delitos de comisión por omisión.

Tampoco aquí creemos posible aislar la influencia de la solidaridad del delito de comisión por omisión. Precisamente, la posición de garante es la que se encuentra fundada en el principio de solidaridad, luego entonces, así se tratare de los que llama delitos de gravedad intermedia o de comisión por omisión, se tiene que verificar la existencia de un deber de actuar, sólo que en los últimos no se presenta la equivalencia que viene exigida por legislaciones como la alemana y española, que no en la colombiana.

Pero, habría que agregar, además, si desde un punto de vista dogmático los “deberes de solidaridad” se encuentran “implícitos en los derechos prestacionales que favorecen a quienes no pueden velar por sí mismos”<sup>117</sup>, quien se encuentre necesitado de ayuda y el garante lo sea en razón de deberes por aseguramiento, asunción voluntaria o injerencia, para nada cambia lo anterior, por el contrario, lo potencia.

Creemos que la práctica de un derecho penal mínimo, en materia de los delitos de omisión y especialmente de comisión por omisión, no se consigue adecuadamente por la vía de la creación de la categoría de los llamados delitos de omisión de gravedad intermedia o de omisión cualificada o de garante, sino en la mejor y mayor determinación de las posiciones de garante y en la fijación del ámbito de los bienes jurídicos dentro de los cuales tiene cabida la comisión por omisión.

De lo contrario, político-criminalmente, el remedio saldría peor que la enfermedad. Lo primero por cuanto existiendo unos delitos de gravedad intermedia resulta cierto que en un ámbito de aplicación abierta de la comisión por omisión ésta se reduce, pero existirá siempre la tendencia, por la menor gravedad, a considerar cada vez más posiciones de garante por la vía doctrinal y jurisprudencial, que aumentarán los

---

117. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 354.

delitos de omisión de garante que, de contera, en vez de ser tratados como simples omisiones, de existir la correspondiente tipificación y por supuesto con la asignación de una pena mucho menor, tendrán una pena mayor.

Es decir, resulta cierto que los delitos de omisión de garante reducirán aritméticamente los delitos de comisión por omisión, pero también sucederá así con los de simple omisión de socorro, aumentándose, geométricamente, cuantitativa y cualitativamente, los delitos de omisión de garante en perjuicio de los delitos de omisión de socorro y de muchas otras conductas que deberían simplemente quedar impunes por atipicidad.

No distinguir entre los conceptos de obligación y deber comporta, según lo indica el sugestivo trabajo de HOHFELD, dar cabida a las “palabras *camaleón*”, suponiendo, expresa o tácitamente, “que todas las relaciones jurídicas pueden ser reducidas” a conceptos que, por simples, resultan imprecisos, sin que puedan tener claridad las soluciones que involucran “los intereses jurídicos más complicados”, permitiendo el “enquistamiento de ideas en frases” no apropiadas con el análisis que impone el desarrollo del derecho<sup>118</sup>, muy especialmente cuando se transita de un Estado liberal a uno Social para concluir en la fórmula sincrética de Estado Social y Democrático de Derecho.

También tendría como consecuencia, como afirma PERELMAN, desde una lógica material, admitir los efectos equívocos y la generación de oscuridad de las nociones que en no pocas ocasiones –sin que *per se* ello resulte negativo– comporta la utilización de “metáforas dormidas”, entendiéndose por éstas aquellas “expresiones que, a fuerza de ser usadas metafóricamente, acaban por no verse ya como el resultado de la fusión de términos de campos distintos, sino como la aplicación de un vocablo a lo que designa normalmente”, lo cual debe tener límites impuestos por lo *razonable*<sup>119</sup>.

Se busca, pues, mediante el análisis del derecho, racionalizar el lenguaje jurídico y obtener significados más precisos de lo que implica la utilización de las diferentes expresiones jurídicas o predicados deónticos<sup>120</sup>.

Vistas así las cosas, es claro, o al menos ya no se presenta para confusión, que el papel que cumple el concepto de obligación en los delitos de acción es muy diferente de aquel del que se ocupa el concepto de deber en la órbita de los delitos de omisión propios<sup>121</sup> e impropios<sup>122</sup>.

118. HOHFELD. *Conceptos jurídicos fundamentales*, cit., pp. 45 y 46.

119. Citado por ATIENZA RODRÍGUEZ. *Sobre la analogía en el Derecho...*, cit., pp. 150 y 151.

120. Cfr. NIEMI. Ob. cit., pp. 48 y 49.

121. Algunos autores adoptan una posición restrictiva en cuanto a la fundamentación de los delitos de omisión con base en el principio de solidaridad, como parece desprenderse de lo afirmado por PARMA, quien confusamente afirma: “... en el Estado liberal se interpretaba el omitir como un fenómeno jurídico de menor importancia, como si el injusto penal en dichos supuestos fuera menos gravoso. La omisión, en este sentido se asociaba a un deber de solidaridad, y por ello se la diferenciaba sus-

La mayor carga ideológica que implica en la teoría kantiana el concepto de deber (como obligación interna, positiva y afirmativa) respecto del concepto de obligación (como obligación externa y a veces interna pero no necesariamente, pasiva y negativa aunque excepcionalmente afirmativa), debe y tiene que trasladarse al ordenamiento jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho, en tanto el deber da cuenta de obligaciones positivas en el marco del “principio de solidaridad” y la obligación del vínculo que asegura el respeto por los derechos de los demás que se expresa como obligación negativa.

La mayor carga ideológica que en KANT representa el concepto de “deber”, tiene que ver con los grados de mayor exigencia a nivel del juicio moral o ético que tiene el concepto de deber y su casi nula expresión en el ámbito jurídico, lo cual se transfiere, modernamente, al campo del derecho, cuando al hablar de deber nos referimos a las obligaciones positivas o de hacer que implican sin hesitación alguna una intervención más drástica, más intensa, por parte del Estado en la vida de las personas, que las simples obligaciones negativas o de no hacer, por lo que en los delitos de omisión la idea de un derecho penal como *ultima ratio* tiene que operar con mayor juicio y rigor.

Lo anterior se trasunta en la ley penal de forma manifiesta, puesto que, si revisamos los códigos penales de 1980 y 2000, nos damos perfecta cuenta que es la ley la que expresamente utiliza el concepto de “deber” cuando trata a los delitos de omisión.

El Código Penal de 1980 utilizaba expresamente la palabra “deber”, o cualquiera de sus derivadas, cuando trataba de la omisión en general, habida cuenta que para precisar el tiempo de realización del hecho punible señalaba que la “conducta omisiva se considera realizada en el momento en que *debió* tener lugar la acción omitida” (inc. 2.º art. 20); igualmente, también a nivel de parte general, al consagrar la cláusula de transformación en la omisión impropia, se da cuenta del “deber jurídico” como elemento definitorio de tal categoría dogmática (inc. 2.º art. 21) y, finalmente, se tiene como causal de justificación el cumplimiento de un “deber legal”, como contrapartida del delito de omisión, pues si se cumple con el mismo no se incurre en tal modalidad

---

tancialmente de la comisión. En realidad dicho fundamento sirve sólo para fundamentar los delitos propios de omisión”; CARLOS PARMA. *El pensamiento de Günther Jakobs. El Derecho penal del siglo XXI*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 306. Calificamos tal posición de restrictiva porque afirma que la solidaridad sólo fundamenta los delitos de omisión propia y no los de “omisión impropia”; pero confusa por cuanto, precisamente, es la línea doctrinal donde se mueve PARMA, la que opina totalmente lo contrario, esto es, para JAKOBS y sus más cercanos seguidores, la solidaridad fundamenta las posiciones de garante que originan la “competencia institucional”, donde precisamente se genera en calidad y cantidad el mayor ámbito de lo que la doctrina mayoritaria denomina “comisión por omisión” u “omisión impropia”.

122. Por el contrario, respecto de los delitos de omisión en general, otro sector de la doctrina señala coherentemente que una temática donde irradia principalmente sus efectos el “principio de solidaridad”, es en la “teoría de la omisión” en donde la “idea rectora de la solidaridad intersubjetiva desempeña un papel axiológico de primer nivel”; BALDÓ LAVILLA. *Estado de necesidad...*, cit., pp. 64 y 65. En la misma tendencia NOVOA MONREAL. *Fundamentos...*, cit., pp. 29 a 39.

delictiva. En la parte especial, si se miran detenidamente las descripciones típicas omisivas, podemos llegar a igual conclusión.

La Carta Política de 1991 diferencia los conceptos de obligación y deber. En efecto, el capítulo 5.º del título II, denominado “De los deberes y obligaciones”, es ilustrativo sobre el tema, puesto que utiliza la palabra “y” para separar dos nociones, esto es, allí tiene significado disyuntivo y como tal diferencia los conceptos de “deber” y “obligación”; el desarrollo del tema en el artículo 95 pareciera no asignar importancia a tal diferencia, empero, nótese cómo cuando repite en su inciso 2.º la fórmula vinculante propia del Estado liberal, referida al respeto del ordenamiento jurídico por la persona, utiliza la expresión “obligada”, y a continuación enumera los deberes, pudiéndose identificar, materialmente hablando, que sólo el primero (respetar los derechos de los demás y no abusar de los propios) es de aquellos conocidos como pertenecientes a la “obligación originaria” kantiana, correspondiendo los demás a típicos deberes del Estado Social.

Con el Código Penal de 2000 no existe la menor duda del tratamiento diferencial que reciben los conceptos de obligación y deber, correspondiendo éste a todo lo que atañe a los delitos de omisión. Basta referir lo que acontece con el manejo de la expresión deber en los artículos 10.º inciso 2.º, 25, 26 y los inherentes y tácitos propios de los delitos de omisión ubicados en la parte especial.

## **V. DEBERES “ESTÁNDARES” Y DEBERES “INCREMENTADOS” O “INTENSIFICADOS”**

JAKOBS anota certeramente que el delito de omisión propia, como el omitir denunciar delitos planeados o la prestación de un auxilio, implica la penalización de una “lesión de la solidaridad mínima *general* ante un peligro para bienes importantísimos”<sup>123</sup>. A su vez, los delitos que se originan en la competencia institucional se fundan en el principio de solidaridad, y, como en éstos, las posiciones de garante tienen origen en instituciones cuya cobertura no es general, puede decirse, en nuestro sentir, que se trata de una “solidaridad mínima específica”.

Unos y otros deberes generan posiciones de garante; empero, la intensidad en unos es mayor que en otros, pues no hay duda que los primeros se corresponderían con los delitos de omisión propia<sup>124</sup> y en cambio los segundos con los de omisión impropia, en el ámbito de la doctrina ajena a JAKOBS.

---

123. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 945.

124. Lo anterior es claro si se tiene en cuenta que lo que denomina JAKOBS “deber de solidaridad mínima”, tiene que ver con el artículo 323c del Código Penal alemán: “Quien no preste ayuda en situación de accidentes o de peligro general o de necesidad, a pesar de serle esto exigible y, de acuerdo a las circunstancias, requerible, y, especialmente, si es posible prestarla sin un peligro propio notable y sin daño de otros deberes importantes, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta un año o con multa”.

También ARZT ha mencionado la existencia de posiciones de garante *más fuertes y más débiles*<sup>125</sup>. La consecuencia de la diferenciación estriba en que los segundos autorizarían la aplicación facultativa de una atenuación punitiva.

SILVA SÁNCHEZ, como lo vimos, destaca la diferencia entre los delitos de omisión propia y delitos de omisión de garante, fundada en la existencia de deberes de solidaridad mínima interpersonal y deberes de solidaridad cualificados respectivamente. Los primeros comportan penas menores y los segundos, intermedias, teniendo en cuenta los delitos de comisión por omisión, dignos estos del mayor reproche y por tanto de la mayor escala punitiva.

Como puede verse, pues, la doctrina extranjera consagra niveles diferentes de intensidad al interior del vínculo jurídico, que hemos diferenciado del concepto de obligación.

Tal fenomenología no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico.

A propósito de la elaboración de un articulado, como preparativo de un Proyecto de Código Jurisdiccional Disciplinario, a cargo de la Presidencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se dijo:

Un derecho disciplinario soportado y fundamentado en la infracción de deberes, sólo conoce autores: todos los intervinientes, y en la misma medida en que son cobijados por los mismos deberes generales, infringen en la misma forma cuantitativa y cualitativamente un deber. No obstante, es claro que la normatividad también contempla deberes muy específicos para determinadas órbitas de competencia, y resultaría verdaderamente injusto sancionar en el mismo plano a individuos que infringen deberes generales y específicos en connivencia con otros de los cuales se predicen sólo los primeros<sup>126</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha dicho, en torno al manejo diferencial que implica las particularidades y especificidades de la Fuerza Pública, que en ésta nos encontramos ante el “sometimiento a reglas de conducta prescrita en el marco de una estricta línea de subordinación y el cumplimiento de deberes ajenos a los de la vida civil, los cuales en muchos casos, exceden los compromisos asumidos por el ciudadano común”<sup>127</sup>.

Valores militares como la valentía, veracidad y el compromiso también ponen de relieve un especial tratamiento intensificado de deberes oficiales (arts. 25 a 27 Ley

---

125. Citado por SILVA SÁNCHEZ. *Estudios...*, cit., p. 295.

126. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN. “Presentación anteproyecto Código Jurisdiccional Disciplinario”, *Revista Jurisdiccional Disciplinaria*, año 2, n.º 4. Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1995, p. 280.

127. Corte Constitucional. Sentencia C-171 del 3 de marzo de 2004, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

836 de 2003) De especial importancia para el entendimiento de la problemática aquí planteada es lo dispuesto respecto del valor “compromiso”: “Es propio del superior aceptar los compromisos institucionales sin acudir a disculpas relacionadas con la escasez de recursos para el cumplimiento de los deberes, cuando la obtención de los mismos se encuentre a su alcance”; así mismo, comporta la prohibición de “reducir la actividad del servicio a lo estrictamente necesario”.

Como puede verse es la misma ley, valores relevantes, principios de proporcionalidad e igualdad los que justifican la existencia de deberes intensificados o incrementados frente a los deberes *estándares*.

De allí que la jurisprudencia constitucional haya manifestado en forma coherente que “ciertamente, el principio de igualdad constitucional no excluye el trato diferenciado. La igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales”<sup>128</sup>.

Lo anterior no puede ser desconectado del principio de proporcionalidad, entendido éste como una “metanorma” que impone “reglas orientadoras para el conocimiento, para la interpretación y para la aplicación de las restantes normas jurídicas”, “inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad”, que “obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto”, según lo ha anotado la doctrina. En fin, como muy bien lo dice BERNAL PULIDO, el principio de proporcionalidad es “una estructura, mediante la cual se hacen efectivos los contenidos sustanciales de los derechos fundamentales”<sup>129</sup>.

Y señalamos que todo lo antes mencionado no puede ser desconectado del principio de proporcionalidad, por cuanto, en todo juicio que pretenda ponderar intereses en conflicto, resulta imperioso, y con más razón en un sector del derecho penal donde se enfrentan libertad y deber en un plano verdaderamente crítico, tener en cuenta criterios de justicia material.

La utilidad, pues, del principio de proporcionalidad es innegable, si se tiene en cuenta que la doctrina ha señalado que el mismo “representa un *límite de los límites de los derechos fundamentales*”<sup>130</sup>, en un ambiente natural propicio para desarrollo de tal idea como lo es el Derecho penal: en efecto, el Derecho penal es la forma de control social más agresiva respecto de los derechos fundamentales y por tanto las limitaciones más drásticas que se pueden imponer a los mismos emanan de su aplicación, en consecuencia, si se quiere entender al Derecho Penal como *ultima ratio* y por tanto como mínimo, lo cual es todavía más exigente en materia de delitos de omisión,

---

128. Ídem.

129. Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 502, 504, 505 y 513.

130. *Ibíd.*, p. 501.

resulta imperativo *limitar al límite* cuando ello sea necesario por razones de justicia material.

En conclusión, hasta lo ahora tratado, se tiene que debe y tiene que diferenciarse entre obligación y deber, lo cual se sustenta en razones *cualitativas* de los efectos de la vinculatoriedad jurídica, propios de dichas relaciones jurídicas. Pero también, al interior de los deberes, pero ya por razones *cuantitativas*, cabe distinguir entre *deberes incrementados* o *intensificados* y *deberes estándares*.

## VI. DELITOS DE DOMINIO Y DE INFRACCIÓN DE DEBER

Los códigos penales no tratan el asunto de los delitos de dominio y de infracción de deber en sus articulados, empero, lo cierto es que, hoy en el Derecho penal moderno nadie puede desconocer sus diferencias, así no esté del todo o en parte de acuerdo con la teoría. Es, sin hesitación alguna, un tema ineludible especialmente cuando se aborda el estudio de los delitos de omisión y si se quiere, para inexorablemente convertirlo en asunto de obligatorio estudio, cuando se trata de la autoría y participación en los delitos de omisión.

La importancia es tal, que ROXIN, de decisiva influencia en el tema, ha apuntado que los conceptos de delitos de dominio y delitos de deber “se presentan frente a los respectivos tipos como datos previos de estructura definida”, aun cuando “es cuestión de decisión valorativa del legislador el configurar un tipo como delito de dominio o infracción de deber”<sup>131</sup>.

WELZEL, representante máximo de la teoría finalista de la acción, postuló un concepto de autor fundado en una “estructura lógico-objetiva”, esto es, bajo la égida de una concepción ontológica o pretípica: lo es “aquel que mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo”. Autor es quien tiene “dominio final sobre el acontecer”, puesto que “conforma” el hecho “mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada”, convirtiéndose en “señor del hecho”; partícipe es quien “sólo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión”<sup>132</sup>.

WESSELS ha expuesto que la “teoría del dominio del hecho se funda, como concepto, en puntos de vista objetivos y subjetivos, constituyéndose en *principio conductor* para deslindar autoría y participación, en tanto en la primera encontramos que el dominio del hecho implica que el autor es la “figura central del suceso”, lo que significa “tener en las manos el decurso del suceso típico abarcado por el dolo” y se manifiesta como dominio de la acción (autoría), dominio funcional del hecho (coautoría) y dominio de

131. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., pp. 418 y 419.

132. HANS WELZEL. *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1997, pp. 119 y 120.

la voluntad (autoría mediata); por el contrario, partícipe es quien “sin tener el dominio propio del hecho, causa o de cualquier manera promueve, como *figura marginal* del suceso real, la comisión del hecho”<sup>133</sup>.

El criterio del dominio del hecho sólo es apto para explicar la autoría en los delitos de acción dolosos, puesto que “sirve para caracterizar al que ha dirigido la realización del suceso, es decir, al que ha ejecutado la acción”, lo cual no tiene existencia en los delitos omisivos, pues en éstos la “omisión como tal, no brinda dominio alguno sobre el curso del suceso. Únicamente presupone la *posibilidad* de intervenir en él”<sup>134</sup>.

En los delitos especiales, que se caracterizan por la infracción de un deber, es “precisamente la infracción del deber lo que determina la autoría, lo que en particular también es válido para los delitos impropios de omisión”, habida cuenta que estos son el “prototipo de los delitos especiales”<sup>135</sup>.

Como los delitos de omisión son delitos de infracción de deber y en aquéllos no se domina el acontecer final, esto es, no se conforma el hecho al no conducirse o supradeterminarse la causalidad, por cuanto más bien se deja que la causalidad siga su curso, tiénese que la teoría del dominio del hecho resulta incompatible con un concepto de autor apropiado para los delitos de omisión.

BOTTKE postula, como tesis personal, que lo característico en los eventos de “no hacer” para configurar al autor directo es el concepto de establecer que “la propia indolencia corporal supone un riesgo típicamente relevante, omite infringiendo un deber, quien, por su actuación corporal, es origen del riesgo para otro, que desconoce el riesgo y que busca un contacto legítimo, su conocimiento sobre su singularidad, el poder de su cuerpo, será origen característico de un riesgo típicamente relevante”, de allí que, la “autoría directa se constituye a través del ejercicio efectivo y actual del *dominio de configuración de por actuación corporal*”, que viene precisado, para los delitos de omisión, por el “ejercicio efectivo y actual del *dominio de configuración asumido y relevante*”. El dominio de configuración por el coautor es el elemento que fundamenta la autoría, por tanto, lo “constitutivo de la coautoría es el ejercicio del *dominio de configuración equivalente y concertado*”. En la autoría mediata alguien perpetra el hecho a través de otro, esto es, existe un “dominio de configuración de superior relevancia”, habida cuenta que el “hombre de atrás conoce más sobre la cualitativa relevancia penal de la cantidad de riesgo, que el que se ocasiona a la víctima”<sup>136</sup>.

---

133. JOHANNES WESSELS. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, pp. 154 y 155.

134. GÜNTER STRATENWERTH. *Derecho penal. Parte general*, “1. El hecho punible”, Caracas y Madrid, Edit. Edersa, 1982, pp. 314 y 315.

135. Cfr. WILFRIED BOTTKE. “Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisitos para la construcción de un sistema de derecho penal de la comunidad europea”, en *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*” cit., pp. 312 y 314.

136. BOTTKE. *Estructura de la autoría...*, cit., pp. 315 a 322.

JAKOBS sienta la regla de que en los delitos de dominio, que son la mayoría, puesto que se fundan en la categoría dogmática que denomina competencia por organización, la definición de la autoría tiene como característica el que tal figura de intervención “ha de limitarse a delitos en los que la relación con el afectado se agota en que ésta no sea dañosa”, por lo tanto “la responsabilidad es consecuencia de un acto de organización”; arrojando como consecuencia la idea de que las “posiciones de garante en virtud de responsabilidad por organización no dejan al margen el principio de accesoria”. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber, la característica principal es que determinadas personas no sólo tienen que ocuparse de que su propia organización no afecte ese bien sino también de la “existencia” de ese bien, por lo que “la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria” y por tanto pierde toda importancia la diferencia entre autor y partícipe (“la participación decae a favor de una autoría más amplia”), puesto que todo interviniente es “al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión”, razón por la cual no vale la pena ni tiene sentido distinguir tampoco entre autoría por omisión y autoría por comisión<sup>137</sup>.

Tal vez el más significativo e influyente doctrinante en estas materias es ROXIN, quien desde los años 60 ha venido trabajando con gran intensidad en el tema, expresando muy claramente, respecto de los delitos de dominio, que “el criterio del dominio de hecho resulta de las singularidades del curso concreto del suceso”, depende de “la configuración decisiva del curso del suceso”. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber, el asunto no se orienta con miras al resultado, sino “a la persona del autor”, los determinantes “son siempre los deberes personales”; por tanto, los componentes de la acción de raigambre “cognitivo-naturalísticos” no cumplen ningún papel, contrario a lo que sucede en el ámbito de los delitos de dominio, puesto que en los delitos de infracción de deber éstos se encuentran “avecindados exclusivamente en lo normativo”<sup>138</sup>.

Como se puede ver, la doctrina ha ido trabajando en la construcción jurídica de los conceptos de delitos de dominio y de infracción de deber<sup>139</sup>, asunto que no es de poca monta, pues refleja la discusión más actual del derecho penal moderno.

Pero también, ante un claro método normativo utilizado para la construcción del concepto de “delito de infracción de deber”, resulta igualmente necesario distinguir el concepto de injusto, propio de esta manifestación delictiva del correspondiente a los delitos de dominio, pues el significado de la infracción a la norma no es el

---

137. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 791.

138. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., pp. 411 a 413.

139. Se dice que “cuando se infringe un deber especial, es indiferente la forma mediante la que se infrinja, por acción, por omisión, mediante cooperación, complicidad o inducción, etc.”, toda vez que “se cumple con el deber o no se cumple, *tertium non datur*”; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Atribuciones normativistas en derecho penal...*, cit., p. 39.

mismo. Y no puede serlo, puesto que si bien en los delitos de dominio se utiliza un método jurídico, no es menos cierto que el mismo está impregnado en alto grado de cierto naturalismo<sup>140</sup>, cuestión que no tiene ocurrencia en los “delitos de infracción de deber”<sup>141</sup>.

Si la autoría refleja la imagen del “protagonista principal y vertebral” de la actividad delictiva, ello sólo puede ser determinado a partir de la definición de la forma de ataque respectiva, correspondiendo en los delitos de dominio a aquel sujeto que lleva a cabo los actos de “interferencia” en los bienes jurídicos ajenos. Partícipes serán los demás intervinientes.

Por el contrario, si el núcleo de lo antijurídico en los delitos de omisión está dado por la “no interferencia” en una determinada actividad o en un curso causal riesgoso para bienes jurídicos ajenos, resulta obvio concluir, si la omisión es el no llevar a cabo la acción esperada, que el injusto tiene contenido y significación diferente en los delitos de “infracción de deber”.

Bajo la égida de un sistema político-social, propio del Estado liberal, el ordenamiento jurídico se construye atendiendo la máxima que indica que “los derechos implican las relaciones jurídicas entre personas”<sup>142</sup>. No sucede lo mismo respecto de lo que se constituye como novedoso en un Estado Social, puesto que en éste ya no existe esa separación tajante entre los componentes individuo, sociedad y Estado<sup>143</sup>, habida cuenta que las personas no sólo tienen obligaciones frente a otras sino también ante la sociedad y el Estado.

Las relaciones recíprocas entre el modelo de Estado Social, el principio de solidaridad, los delitos de omisión propia e impropia y las posiciones de garante en los últimos es hoy verdad inconcusa<sup>144</sup>. Ya sobre el tema nos hemos pronunciado en otros trabajos y a ellos nos remitimos<sup>145</sup>.

140. Ya desde la óptica de la Teoría general del derecho, en el ámbito de la “filosofía analítica”, se decía que “parece necesario destacar la importancia de distinguir entre las relaciones puramente jurídicas, por un lado, y los hechos físicos y psíquicos que las hacen surgir, por otro”; HOHFELD. *Conceptos jurídicos fundamentales*, cit., p. 31. Una comentarista de HOHFELD anota que tal autor “consideraba los conceptos de la dogmática jurídica como puramente jurídicos”, en tanto el “derecho es un uso normativo especial del lenguaje”; NIEMI. Ob. cit., p. 30.

141. En estos se reclama una metodología puramente normativa, esto es, viene impuesta la “existencia de un código jurídico propio en nuestra ciencia”, lo cual se califica como una “obviedad”, si es que se quiere hablar de “ciencia jurídica”; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Atribuciones normativistas en derecho penal...*, cit., p. 31.

142. NIEMI. Ob. cit., p. 14.

143. Reconoce sus repercusiones en materia penal BALDÓ LAVILLA. *Estado de Necesidad...*, cit., p. 64.

144. Ya no se puede hablar de la subvaloración que profesaba el estado de cosas reales propio del Estado liberal clásico, calificado como un “verdadero cierre ideológico”, ni de las “especiales categorías jurídicas” que imponía tal modelo político; BALDASARRE. *Los derechos sociales*, cit., pp. 19 y 45. En Colombia ya es opinión común fundar los delitos de omisión en la “solidaridad social”: JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ. *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Legis, 2002 y JOSÉ URBANO MARTÍNEZ. “Los

Dicha posición es la que nos permite sostener, siguiendo a la mejor doctrina, la diferencia entre delitos de “dominio” y de “infracción de deber”. Empero, esta última, bajo un entendimiento moderado de sus repercusiones jurídicas.

Muy a pesar de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado tiene una importancia significativa y fundamental en la configuración del injusto, ocupando un lugar principal y fundante en los delitos de dominio, a la par, debe reconocerse que en los delitos de infracción de deber se complementa su función con la lesión del deber, ocupando éste una posición cofundante.

Empero, debe quedar muy claro que el tratamiento, al interior de los delitos de infracción de deber, cuando los clasificamos en delitos especiales informados por la existencia de una “relación especial de sujeción” y los demás delitos especiales entre los que se cuentan los de omisión propia e impropia, no puede ser igual y exactamente paritario.

El injusto en los delitos de infracción a deber, cuando éste depende de la existencia de una relación especial de sujeción, no se explica sin más ni más con base en el “principio de solidaridad”, aun cuando, como es evidente, adquiere cierta importancia<sup>146</sup>. En tales delitos, referidos a los punibles contra la administración pública y de justicia, cuando tienen sujeto activo cualificado por razón de ser el autor servidor público o tener tal calidad por asimilación, la diferencia cualitativa del injusto está dada por el quebrantamiento de los deberes que emanan de la relación especial de sujeción que se suman a la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado<sup>147</sup>.

---

delitos omisivos en el nuevo Código Penal”, en *Memorias xxiii Jornadas internacionales de Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001. O al menos las posiciones de garante por responsabilidad institucional: JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES. “Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad”, en *El funcionalismo en Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, y “Dos cuestiones actuales del delito de omisión”, en *El funcionalismo en Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. En la doctrina extranjera SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Atribuciones normativistas en Derecho penal...*, cit., p. 32.

145. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, 1.<sup>a</sup> parte, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2004, pp. 75 a 102, 117 a 139 y 319 a 375; también en *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, 2.<sup>a</sup> parte, Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2004, pp. 113 a 139. JAKOBS apunta contrariamente a que los deberes de garante, que emanan de “los mandatos que existen debido al aseguramiento del tráfico o una acción previa (injerencia), tienen tan poco que ver con la solidaridad como las prohibiciones, ya que son sólo deberes de acotar el propio ámbito vital, no de sacrificarse en aras de otros”, recibiendo la denominación de “delitos de omisión semejantes a la comisión”, por tanto, “hay mandatos que no presuponen solidaridad, y mandatos que sólo existen en caso de solidaridad”; JAKOBS. *Derecho penal*, cit, pp. 948 y 949.
146. En efecto, se dice que los “funcionarios del Estado tienen deberes especiales, deberes que no incumben a todo ciudadano, y que [...] son deberes positivos de cuidado basados en la solidaridad estatal en sentido amplio [...] sobre la base de la solidaridad estatal”; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Atribuciones normativistas en derecho penal...*, cit., p. 33.

No obstante, en los delitos de omisión que tienen como sujeto activo cualificado a un servidor público, el tratamiento no difiere en mayor medida, desde el punto de vista dogmático, del suministrado a los delitos de omisión en general, aunque, como es obvio, los fundamentos político-jurídicos pueden ser diferenciables.

Así, entonces, surge como determinante, en el ámbito de los delitos de omisión, el concepto de solidaridad social<sup>148</sup> como eje central para determinar un tipo diferencial de injusto penal, cualitativamente diferente en gran medida al que informa a los delitos de dominio. Si ello es así, también influye, notoriamente, a la hora de determinar quién es autor y quién es cómplice en los delitos de omisión propia e impropia.

Resulta verdaderamente paradójico que sea en los delitos de omisión, contruidos sobre bases y metodologías normativas, en cuyo sector se pretenda como tendencia mayoritaria de la doctrina, abordar la imputación al sujeto por la vía de un concepto extensivo, o más bien unitario, de autor, con exclusión de la participación en sus niveles de determinación y complicidad.

Y es que no tiene explicación razonable el que precisamente sea en los delitos de dominio, influidos ante todo por una metodología ontológica o naturalística, donde se haya luchado por introducir los conceptos de gradualidad, ponderación y valoración a nivel de los intervinientes en el delito<sup>149</sup>, y ello sea un presupuesto totalmente ausente (¡vaya insensatez!) en el campo por excelencia de lo normativo: al que pertenecen los delitos de infracción a deber.

LESCH afirma que el “*quantum* determinante de la intervención debe ser deducido del significado, que para la dimensión del daño a la vigencia de la norma, posea la fijación del suceso exterior causal”<sup>150</sup>, criterio puramente normativo que no tendría por qué no operar en los delitos de infracción a deber, guardando las respectivas diferencias.

Como se vio, los deberes pueden ser calificados como de mayor o menor intensidad, por vía de ponderación anclada en principios, valores y derechos fundamentales, por

147. Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU. *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 37 a 44.

148. Muy bien ha señalado la doctrina que en el Estado social y democrático de derecho la “*dignidad humana*, que es el valor fundamental de la democracia, como del Estado liberal, ya no es el correlato del individuo *aislado* y soberano absoluto de su propio *espacio vital* sino que corresponde a una *imagen de hombre* fundada en el concepto de *persona* (es decir: en la consideración del individuo tanto en sí como en sus relaciones sociales como relación social [...] persona que no tiene valor sólo como individuo sino también como relación social o, más precisamente, como parte de una sociedad)”; BALDASARRE. *Los derechos sociales*, cit., pp. 51, 52 y 77.

149. En efecto, el funcionalismo radical, que, por cierto, es la metodología que introduce con mayor rigor los conceptos normativos en el ámbito de los delitos de dominio, expone que “en la delimitación entre autoría y participación importa el rango y la graduación de responsabilidad, pero no de datos psíquicos”; JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 800.

150. LESCH. Ob. cit., p. 76. Así también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva...*, cit., p. 133 y 134.

reconocimiento expreso de la ley al establecer deberes incrementados, o por decaimiento en razón de circunstancias especiales que justifican la aplicación del principio de la igualdad material.

Los ejemplos dogmáticos son pocos pero representativamente significativos: el exceso de justificantes, el no reconocimiento del estado de necesidad cuando se tiene el deber de afrontar el peligro, el tratamiento de tal causal como justificación o exculpación, la colisión de deberes como causal de atipicidad o justificación, el cumplimiento del deber objetivo de cuidado como fenómeno excluyente de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, etc.

Ciertamente el tema de la ponderación de deberes ha sido poco explorado hasta ahora en la dogmática penal. Aquellos eventos particulares donde se ha ensayado, todavía son temas que apenas tangencialmente reciben tratamiento y difusión –piénsese en la colisión de deberes o en lo atinente al “deber objetivo de cuidado” que debe ser observado en un especial ámbito de relación social–, pues el tema ha penetrado por la vía de la fundamentación del injusto, pero resulta inmensamente descuidado por el lado de la exoneración de responsabilidad, degradación de la imputación y, en general, como atenuante punitivo.

En este trabajo, especialmente, cuando se trate de plantear situaciones que conllevarían a apreciar complicidad en vez de autoría en los delitos de omisión, intentaremos ensayar algunas propuestas de desarrollo de tal posición.

JAKOBS anota una idea muy importante: el partíape, determinante o cómplice en los delitos de responsabilidad por organización lleva a cabo una intervención caracterizada, por cuanto “su realización organizativa sólo entraña una aportación atenuada al delito” por falta de dominio del hecho, en consecuencia, “la participación es entonces *autoría menguada*”<sup>151</sup>.

Si se recuerda que en JAKOBS la responsabilidad derivada de los deberes de garante por aseguramiento, asunción voluntaria e injerencia hacen parte de la responsabilidad por organización y no de la competencia institucional<sup>152</sup>, el tema de la “autoría menguada” no tiene por qué ser ajeno del todo a lo que deba suceder en el ámbito de los deberes de garante, que generan responsabilidad institucional, al menos desde la óptica de quien profese que sólo se puede hablar de posiciones de garante en los delitos de omisión.

---

151. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 794.

152. Así también, precisando que “los *mandatos* que no tienen su base en una solidaridad especialmente asegurada, originan delitos de comisión por omisión, en los que el fundamento de la responsabilidad es el mismo que en el de los delitos comisivos: la extensión del ámbito de organización de forma no permitida, y ello, porque se trata de la defraudación de expectativas, y no de la forma en que estas son defraudadas”; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva...*, cit., pp. 53 y 54.

Paragonando tal idea, aunque guardando las diferencias cualitativas y cuantitativas respecto de los delitos de omisión como delitos de infracción de deber, podría pensarse que cuando se llegue a la conclusión de encontrarnos ante deberes de mayor o menor intensidad, por vía de ponderación anclada en principios, valores y derechos fundamentales, por reconocimiento expreso de la ley al establecer deberes incrementados, o por decaimiento en razón de especiales circunstancias que justifican la aplicación del principio de la igualdad material, también se podría y debería admitir una especie o manifestación especial de “autoría degradada” –en vez de menguada, para insistir en el plano axiológico–, que permita construir la idea de participación en esta categoría de delitos.

Los deberes, al moverse en el campo normativo, deben y tienen que ser ponderados con base en el ordenamiento jurídico. La cuestión es simple y obvia: si la obligación originaria –nudo deber de respetar al otro– no sirve para fundar posición de garante, ello indica de manera diáfana que, previamente, la ley ha ponderado intensificadamente el grado de vinculatoriedad; igualmente, el que existan deberes que sólo sustentan y legitiman un delito de omisión de socorro y no una posición de garante así lo confirma; y qué no decir respecto de un atentado contra el patrimonio público, realizado por un servidor que ostente la misma naturaleza frente a otro, llevado a cabo por un particular.

Entre obligación y deber existen, como aquí lo hemos defendido, diferencias de tipo cualitativo que implican que respecto de la primera categoría jurídica sólo hablemos en el ámbito de los delitos de dominio y de la segunda en el de los delitos de infracción de deber. Así mismo, la intensidad cuantitativa de un deber al interior de los delitos de infracción de deber, debe y tiene que permitir algunas diferencias que reflejen las ideas, y, por ende, los conceptos de una autoría propiamente dicha, fundada en un deber *incrementado o intensificado* y de una “autoría degradada” o complicidad fundada en un deber *estándar*.

Cuando se trata de utilizar argumentos *a pari* resulta evidente, según ALCHOURRÓN, que debe cumplirse, para recibir un mismo tratamiento jurídico por tener un mismo grado, con las exigencias de que entre un objeto y otro –entre los cuales se realiza la comparación– se presenta como característica una relación *transitiva, simétrica y reflexiva* que adquiere el rango de *equivalencia*, y, por tanto, de *identidad*, afirmándose así su igualdad. Pero lo anterior no basta, pues nos quedaríamos en la mera lógica formal, requiriéndose, en criterio de ATIENZA RODRÍGUEZ, también un juicio axiológico que vaya más allá de operar con una lógica formal<sup>153</sup>.

El concepto de “delitos de infracción de deber” no depende, como se vio, de una metodología naturalística sino jurídica, por tanto, de conformidad con la concepción

---

153. Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ. *Sobre la analogía en el Derecho...*, cit., pp. 125, 180 y 181.

normativa introducida por el Código Penal de 2000<sup>154</sup>, no existe dificultad ninguna para la construcción de dicha categoría de intervinientes (determinadores y cómplices), incluso cuando –aun que excepcionalmente–, se tenga el deber de actuar.

Tal afirmación muy a pesar de que los artículos 29 y 30 del Código Penal no hacen diferenciación en el tratamiento, puesto que si bien en principio debe afirmarse que la parte general de un código se aplica a todas las figuras delictivas, no puede dejarse de lado la idea histórico-dogmática de que la misma está construida sobre la base del entendimiento de los delitos de acción dolosos, por tanto, no es menos cierto que aquello se constituye también en un derrotero para enjuiciar las particularidades de otras modalidades delictivas poco atendidas en cuanto a estructuras especiales, como ocurre en los delitos de acción culposos y nuestros delitos de omisión aquí referidos.

De allí que, compartiendo la opinión de ROXIN, digamos con él que las diferencias en el tratamiento de los delitos de dominio y de infracción de deber “no se deducen de cómo se configure el concepto de autor, sino de la distinta estructura de los tipos”<sup>155</sup>.

La historia legislativa de la Ley 599 de 2000 así lo confirma, como también las normas que definitivamente fueron aprobadas por el Congreso de la República.

En efecto, el inciso 2.º del artículo 10.º del Proyecto de Ley presentado por ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, Fiscal General de la Nación, disponía de manera expresa:

En los tipos penales que tengan como fundamento la *infracción de un deber*, éste deberá estar consagrado y claramente delimitado en la Constitución Política o en la ley<sup>156</sup>.

En la exposición de motivos se dejó expresa constancia que los “deberes” son la “fuente de los delitos de omisión”. Como respaldo se citó la Sentencia C-067 de 1996 de la Corte Constitucional, por medio de la cual la rectora de la jurisprudencia constitucional precisó que los deberes de actuación que contienen algunos tipos penales de omisión, amparan “su sustento en los deberes constitucionales” que tienen los ciudadanos<sup>157</sup>.

En la ponencia para el primer debate ante la Comisión Primera del Senado de la República, publicada en la *Gaceta del Congreso* n.º 280 del 20 de noviembre de 1998, la comisión de ponentes decidió variar la redacción del inciso 2.º del artículo 10.º del Proyecto de Ley:

---

154. Así lo hemos sostenido y sustentado en GÓMEZ PAVAJEAU. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 213 a 279.

155. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 412.

156. GÓMEZ MÉNDEZ. “Proyecto de Ley...”, cit., p. 71. El mencionado Proyecto de Ley fue publicado en la *Gaceta del Congreso* n.º 189 del 6 de agosto de 1998, que aparece registrada en LÓPEZ MORALES, cit., pp. 11 y ss.

157. GÓMEZ MÉNDEZ. *Ob. cit.*, p. 18.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

No se ofreció, específica y expresamente, una explicación del por qué se excluyó de la redacción la expresión “tipos penales que tengan como fundamento la infracción de un deber”, pues sólo se limitó la exposición de motivos a afirmar que se perseguía extender “la garantía de la legalidad también a los tipos de omisión propia e impropia”<sup>158</sup>.

Con tal redacción concluyó el debate parlamentario, empero, de allí no se puede extraer que se varió de criterio respecto de lo expuesto en la exposición de motivos que acompañó la propuesta del Fiscal GÓMEZ MÉNDEZ.

Podemos afirmar, con conocimiento de causa, que las razones para cambiar la redacción fueron las siguientes:

a. Hablar de delitos de “infracción de deber”, tal como había quedado la redacción, implicaba que dentro de su consideración se tuvieran en cuenta los delitos culposos, puesto que, como se puede observar, el Proyecto de Ley había clarificado, y así definitivamente quedó, que es fundamento de su construcción la constatación de la “infracción al deber objetivo de cuidado” (art. 23 Código Penal de 2000), lo cual es un tema de crucial discusión y disputa, puesto que el mismo ROXIN, quien introdujo la categoría de los “delitos de infracción de deber”, entre los cuales incluyó los delitos culposos, posteriormente excluyó a éstos. Ante tema tan debatido no valía la pena tomar partido, quedando el asunto librado a los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia;

b. Comoquiera que se exigía que el “deber” se encontrara claramente consagrado y delimitado por la Carta Política y la ley, se podían crear graves inconvenientes de interpretación en materia de los delitos culposos, pensándose que podría entenderse que se producía, por fuerza de la ley, una “formalización de las fuentes de establecimiento del deber objetivo de cuidado”, en tanto sólo podía configurarse de conformidad con ella, perdiéndose la idea fundamental de que la ley es apenas un derrotero, y que de todos modos su determinación depende del “especial ámbito de relación” en el cual se desenvuelve la conducta, y finalmente;

c. Expresar, como se hacía, que en ciertos delitos el fundamento del injusto es la “infracción a un deber”, conllevaría a pensar que en los delitos de omisión propia o impropia no se cumple con el postulado de la “antijuricidad material”, lo cual no resulta acorde con nuestro sistema penal prefigurado por la Carta Política de 1991. Es importante y principal el concepto de infracción a un deber, pero el mismo no puede fundar el injusto independientemente de la consideración de la afectación del bien jurídico tutelado.

---

158. Cfr. LÓPEZ MORALES. Ob. cit., p. 345.

Empero, ello no toca para nada a los delitos de omisión, pues su pertenencia a la categoría de los delitos de infracción de deber queda intacta, en cuanto, como lo afirmó la exposición de motivos, su fundamento son los deberes jurídicos, obviamente, en armonía necesaria con la protección de un bien jurídico.

## VII. LA INTERVENCIÓN EN LOS DELITOS DE OMISIÓN

Al igual que la omisión, la autoría y participación en la omisión son, sin duda alguna, fenómenos fundamentalmente normativos. Como dice DEL RÍO FERNÁNDEZ, no se trata de captar una “realidad puramente naturalística”, sino “una realidad dotada de significado social”<sup>159</sup>.

ROXIN ha preñado que, así como en los delitos de dominio, también en los delitos de infracción de deber, para preservar una unidad sistemática debe concebirse al autor como la “figura central del suceso de la acción”, eso sí, entendida a partir de la “diferencia estructural situada en los tipos concretos”, imponiéndose una ordenación razonable de “los fenómenos concretos dados”<sup>160</sup>. En los primeros de la acción realizada y en los segundos de la acción omitida, agregamos.

Cualquiera que sea la postura que se asuma, no puede negarse, so pena de caer en inexactitudes, incoherencias y contradicciones *in objecto*, que cuando se trata de delitos de omisión en tanto el tipo es fundamentalmente una “figura normativa”, resulta imposible desconocer que “la relación entre menoscabo del bien jurídico y sujeto del delito sólo queda instituida por el quebrantamiento del deber, frente al cual son irrelevantes las variantes del curso externo del acontecer”, en consecuencia, “el omitente no llega a ser autor por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado”, habida cuenta que “no haciendo nada, no cabe dirigir, configurándolo, el curso de la acción” puesto que el sujeto “se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso”<sup>161</sup>.

De todos modos, si bien existen diferencias estructurales entre los delitos de omisión propia e impropia, lo cierto es que lo predicable del primero también lo es para el segundo, y no necesariamente lo contrario.

En efecto, si, desde la perspectiva del tipo objetivo, la estructura típica de los delitos de omisión propia está dada por la existencia de una “situación típica”, la “ausencia de acción ordenada” y la “capacidad individual de acción en la situación concreta”, se marcarán algunas diferencias, cuando de ocuparnos de los delitos de omisión impropia se trata, puesto que en éstos no sólo se exigen los elementos anteriores, sino además la “posición de garante” y la “imputación objetiva del resultado”, construida

---

159. DEL RÍO FERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 108 y 109.

160. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 429.

161. *Ibíd.*, pp. 499 y 500.

a partir de la verificación de que si se hubiese actuado con una probabilidad rayana en la certeza, no se hubiera producido el resultado que resulta atribuido al sujeto a través de un juicio de imputación.

Como los delitos de omisión, tal como se ha reconocido, son delitos de infracción de deber, cualquiera que sea el interviniente sin las calidades personales exigidas –autores por asimilación (especialmente en delitos contra la administración pública) o en lugar de otro y partícipes (determinados y cómplices)– tendrá derecho a la rebaja de pena consagrada en el inciso final de artículo 30 del Código Penal.

## A. EN LOS DELITOS DE OMISIÓN DOLOSOS

### *1. En los delitos omisión propia*

#### a. La autoría

– El autor del delito de omisión propia

Como se ha expresado, en este ámbito de la autoría no se puede hablar de dominio del hecho. El autor, en el delito de omisión, no tiene dominio del hecho<sup>162</sup>.

Debe convenirse, casi con gran probabilidad de construir un concepto que en buena medida goce de la imposibilidad de contradecirlo, que desde el punto de vista naturalístico no cabe hablar de “dominar un hecho” cuando en la omisión propia no se produce un resultado apreciable en el mundo fáctico, y se carece por completo en ella de un curso causal que haya partido del autor omisivo, que haga parte como tal de la descripción típica, esto es, que se exija en la “situación típica” como primer elemento del tipo de omisión propia.

De allí que, sólo en sentido figurado, o si se quiere insistir en ello pero valorativamente, apenas resulta adecuado hablar de “dominio social del hecho”, como hacen los finalistas cuando tratan de explicar la autoría en materia de delitos omisivos al confrontar que en ellos no funciona una teoría prefigurada ontológicamente.

De lo que entiende ROXIN sobre el tópico, se desprende, que lo que en los delitos de omisión se denomina “dominio del hecho social”, no es más que la vinculatoriedad de la acción mandada con la situación típica derivada de “un deber funcional social” del

---

162. Sin embargo, algún sector de la doctrina, partiendo del concepto de que “el pretendido menoscabo del bien jurídico se alcanza por una actividad corporal, o bien, por inactividad corporal”, reclama también en los delitos de omisión –al menos en los delitos de omisión impropia–, cuando se trata de establecer la autoría, la existencia del “dominio del hecho”, toda vez que acción y omisión son “subformas de la acción final”, por consiguiente, en la omisión “la inactividad corporal es empleada como medio para lograr la meta del hecho”; GOESSEL. *Dos estudios...*, cit. pp. 46 y 48.

autor, siendo la circunstancia primaria fundamentadora el “deber”. Lo que fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber es “la infracción de un deber especial extrapenal”, lo cual encuentra hoy un número apreciable de adeptos y presupone que la “delimitación entre autoría y participación ha de llevarse a cabo con arreglo a criterios distintos que el del dominio del hecho”, lo que se aprecia como “doctrina en auge”: “es precisamente la estructura de los delitos de infracción a deber, previa a la ley, lo que fuerza aquí a otro concepto de autoría”<sup>163</sup>.

De allí que SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES exprese de manera contundente que “quien está obligado *personalmente* al cumplimiento de un deber, y lo incumple, siempre lo incumple *personalmente*, esto es, como autor”<sup>164</sup>.

Independientemente de lo que considera GOESSEL respecto del “dominio del hecho” en los delitos de omisión, lo cierto es que tiene toda la razón cuando afirma que “no todas, sino sólo determinadas personas pueden transgredir la norma por omisión de una acción debida”, esto es, “la pertenencia a un círculo determinado de personas especialmente obligadas”. Tratándose de “los autores por omisión existen normas especiales”<sup>165</sup>.

– La coautoría en el delito de omisión propia

En el Código Penal de 1980 no se hablaba de coautoría. Se decía, y por eso recibía cuestionamientos al amparo del principio de legalidad y su categoría dogmática de la tipicidad, que el concepto de coautor emanaba del tipo penal. Lo cierto es que no se desprendía ni expresa ni implícitamente, del articulado del estatuto penal anterior, el instituto de la coautoría, y muy a pesar de ello doctrina y jurisprudencia nunca tuvieron reparo alguno en aceptarlo.

La coautoría propia, obviamente, y valga como complemento de lo antes dicho, no necesita regularse expresamente. De hecho ella surge de la autoría misma; de allí que, como tal, no sea tratada expresamente en el artículo 29 del Código Penal de 2000.

Por el contrario, no con dicha expresión, pero sí materialmente definida, el artículo 29 antes citado en su inciso 2.º da cuenta de la coautoría impropia: “Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

Tratándose de un delito de dominio, el exigido “acuerdo común” involucra, obviamente, el dolo de llevar a cabo la conducta que conduce causalmente al resultado. Pero no debe ser entendido así el asunto cuando se aplica el instituto a los delitos de

---

163. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 504, 700, 701 y 706.

164. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Atribuciones normativistas en derecho penal...*, cit., p. 142.

165. GOESSEL. *Dos estudios...*, cit., pp. 41 y 54.

infracción de deber, aun cuando en tal tópico SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES rechaza la coautoría cuando se trata de la responsabilidad en el ámbito de la competencia institucional, en tanto “los dos obligados no lesionan conjuntamente los deberes de la institución positiva –sólo de forma externa–, sino cada uno por sí. Puesto que el deber que impone la institución es personalísimo, así también lo será su lesión: siempre individual”<sup>166</sup>.

Para el específico sector de los delitos de infracción de deber, que atañe a los delitos de omisión, el “acuerdo común” sólo involucra el conocimiento y la manifestación, expresa o tácita, de la voluntad conjunta entre los omitentes de no llevar a cabo la acción esperada y jurídicamente exigible por el mandato normativo. No se requiere en grado de necesidad la voluntad de producción del resultado jurídico, basta el conocimiento de su ocurrencia.

Pareciera que, en principio, habría que descartar coautoría en los delitos de omisión, toda vez que la intervención plural conduce a “considerar cómplice al omitente cuando cooperan varios”, lo que rechaza ROXIN, aun cuando refiere que así parece entenderlo la mayoría de la doctrina<sup>167</sup>.

Debe aclararse que, por lo obvio de la intervención plural de naturaleza principal y accesoria, o los varios intervinientes son autores cuya imputación y responsabilidad es principal, o son cómplices; pero, en este último caso debe, necesaria e inexorablemente, existir como mínimo un autor, en tanto la complicidad única o múltiple, por su carácter accesorio, sólo puede existir si tiene presencia una autoría o coautoría. En lo anotado por ROXIN debe entenderse, como se desprende de una concreción que efectúa más adelante, que de lo que se trata es de poner de presente el tratamiento que la doctrina mayoritaria dispensa a aquella situación que se presenta, cuando haya de juzgarse la “inactividad del garante, siempre sólo como participación, cuando éste no interviene contra el hacer activo de un tercero”<sup>168</sup>.

Por tanto, el fenómeno aquí tratado hace referencia a la intervención múltiple a nivel de la coautoría. Allí, la imputación y responsabilidad de todos es principal y por tanto no se puede hablar de participación; en consecuencia, por ser la responsabilidad principal necesaria, y a la vez suficiente para la coautoría, no cabe hacer mención de la complicidad.

Otra cosa es la intervención como cómplice, lo que será objeto de tratamiento en otro lugar, pero de lo cual se puede adelantar que, como imputación y responsabilidad accesoria, viene configurada teniendo como presupuesto la existencia de un autor. La

---

166. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 285 y 286.

167. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 500.

168. *Ibíd.*, p. 504.

responsabilidad accesoria no es necesaria ni suficiente por sí sola: solo es contingente e incidental.

Se dice, por un sector amplio de la doctrina, que la “coautoría no es posible ya que, al no darse en los delitos de omisión un dolo en el sentido de los delitos de comisión, no es posible una *decisión común al hecho*”<sup>169</sup>. STRATENWERTH no la descarta del todo<sup>170</sup>.

Como ya se vio, el mínimo acuerdo entre coautores no va referido necesariamente a la producción del resultado jurídico, sino al omitir conjunto.

ARLUCEA estima que nada impide, y por el contrario ello se deriva del Código Penal español, que se dé la figura colegiada en la coautoría en los delitos de omisión:

“... posibilidades de actuación en común” son relevantes en el actuar omisivo”, pues “en los delitos de omisión no existe inconveniente en apreciar este colegio en la autoría [...] donde el acuerdo común ha de referirse a la conducta que omite”<sup>171</sup>.

Creemos que es perfectamente viable, jurídicamente, hablar de coautoría en los delitos de omisión. Empero, se trata, como es obvio, de una intervención coordinada bien por acuerdo expreso o, “mínimo”, tácito; igualmente por adhesión no rechazada.

Si no está presente esa omisión coordinada por acuerdo, expreso o tácito, o por adhesión no rechazada, es totalmente irrefutable la afirmación que hacen los críticos de esta posibilidad de intervención en los delitos de omisión, cuando sostienen que en tales eventos cada uno por sí es “autor por omisión” o “autor simultáneo” de la omisión<sup>172</sup>.

Pero, si se quiere ser más preciso, allí lo que existiría, si no está presente la “omisión conjunta coordinada por acuerdo” o al menos una “adhesión no rechazada”, es una autoría accesoria por omisión.

- La coautoría propia en el delito de omisión propia

JESCHECK da vía libre a la coautoría “entre varios omitentes”, afirmando, que se configura “cuando éstos no cumplen un deber que les obliga conjuntamente”<sup>173</sup>. También ROXIN es explícito: “varios omitentes pueden ser considerados como coautores de un

169. Así, apoyándose en ARMÍN KAUFMANN: BACIGALUPO ZAPATER ENRIQUE. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 564.

170. STRATENWERTH. Ob. cit., p. 316.

171. ARLUCEA. Ob. cit., pp. 145 y 146.

172. Así ARMIN KAUFMANN cit. por ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 506 y 507.

173. JESCHECK. *Tratado...*, cit., p. 689.

hecho omisivo” y “allí donde existe un deber común resulta perfectamente posible la coautoría por omisión”<sup>174</sup>.

Sólo es factible, jurídicamente hablando, desde la óptica de la regulación legal dada por el artículo 29 del Código Penal, admitir la coautoría propia, esto es, cuando todos los omitentes obligados a actuar no lo hacen por acuerdo común, expreso o tácito, o por adhesión no rechazada.

Ejemplo: el acuerdo que realizan los magistrados de un tribunal colegiado para no pronunciarse en torno a un punto en el cual deben tomar una decisión jurídica comporta un prevaricato por omisión en coautoría propia.

- La coautoría impropia en el delito de omisión propia

No es factible pensar la coautoría impropia en los delitos de omisión propia. La conducta de quienes omiten en esta tipología de punibles es, naturalística y jurídicamente hablando, exactamente igual para todos: ninguno de los obligados hace; tampoco se produce un resultado que transforma la realidad exterior y no existe relación de causalidad.

No existe, puntualmente hablando, ninguna base fáctica ni valorativa para distinguir una omisión de otra. De hecho quienes omiten pueden estar llevando a cabo actividades diferentes, empero, como la omisión no es sin más una acción, sino el no realizar la acción mandada y esperada, poco o nada importa lo que, mientras se omite, haga cada uno de los omitentes bajo el acuerdo plural o cada uno por su cuenta.

Obviamente, aquí, también adicionalmente, dado el concepto de “aporte” que se utiliza en la redacción de la fórmula jurídica de la coautoría impropia, por el artículo 29 inciso 2.º del Código Penal de 2000, daría pábulo para pensar con mucha seriedad que sólo cabe la coautoría propia en los delitos de omisión propia. En la nada, naturalísticamente hablando, no se puede aportar nada diferente a la omisión misma y consecuentemente el aporte, así se entienda en sentido figurado, no puede ser calibrado como de mayor o menor importancia en cuanto a los obligados a actuar.

- El autor mediato en los delitos de omisión propia

Muy a pesar de lo que piensa la doctrina mayoritaria, no puede descartarse sin más la autoría mediata en los delitos de omisión, toda vez que la rica y compleja variedad de la vida social en interacción, transida por multiplicidad de deberes que pueden ser enervados por sujetos ajenos a los mismos, indica la posibilidad de existencia de esta figura de autoría.

---

174. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 507.

- El autor mediato activo en los delitos de omisión propia

BACIGALUPO rechaza la posibilidad de autoría mediata en un delito de omisión: quien “mediante fuerza irresistible, impide que otro realice la acción mandada, no se da sino la acción positiva del que impide realizar la acción y produce la lesión del bien jurídico”<sup>175</sup>. Como dice STRATEWERTH, el autor mediato “no es siquiera imaginable en los delitos de omisión”, en tanto “un transcurso real del hecho no se lleva a cabo por el omitente”<sup>176</sup>.

En el llamado “concurso mediante acción en la omisión ajena”, DEL RÍO FERNÁNDEZ destaca la posibilidad de la autoría mediata: “determinación de quien actúa como instrumento a omitir una acción exigida: [...] alguien impide, mediante coacción o engaño, el cumplimiento de su deber a quien se halla obligado y dispuesto a actuar. En este caso el hombre de atrás asume por sí mismo la autoría del hecho mediante un hacer positivo, mientras que el instrumento queda inactivo bajo su influjo”<sup>177</sup>. Dice JESCHECK que tal figura está presente “cuando se determina al instrumento a omitir una acción preceptiva; así sucede cuando alguien impide el cumplimiento del mandato por medio de la fuerza o el engaño a quien se encuentra obligado a ello y quiere actuar en consecuencia”<sup>178</sup>.

Participamos de la viabilidad jurídica de la autoría mediata activa en un delito de omisión, puesto que, al igual que en los delitos de acción, alguien es actuado para desencadenar un curso final-causal, en los de omisión otra persona puede ser enervada de cumplir con un deber positivo de actuar por medio de engaño o violencia enmarcada en la *vis absoluta*.

Ejemplo: un menor de edad se encuentra atrapado en un caño cuyas aguas aumentan vertiginosamente y un transeúnte se apresta a salvarlo. Otra persona, que no tiene al alcance el niño, le informa que antes de que lo logre se verá también atrapado por cuanto de manera inmediata se avecina un inmenso torrente, por lo cual desiste de su deber de actuar: se presenta una omisión de socorro en autoría mediata.

El único obstáculo que debe ser salvado es el atinente a aquellos delitos de omisión que reclaman un sujeto con especial cualificación, puesto que quien ostente la categoría de autor mediato también reclama las calidades típicas.

Tal figura es posible y viable en aquellos eventos de la administración pública donde no se requiera la intervención de varias personas pero alguna otra ejerce algún acto de supervisión: quien ha delegado en otro la función puede, por medio de engaños,

---

175. BACIGALUPO. *Derecho penal*, cit., p. 564.

176. STRATENWERTH. Ob. cit., p. 315.

177. Llega a tal conclusión bajo la premisa de que en estas hipótesis de participación en el delito de omisión “siguen las reglas propias del delito de acción”, DEL RÍO FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 111.

178. JESCHECK. *Tratado...*, cit., p. 689.

inducir al delegado para que no actúe conforme a su deber como servidor público manifestándole que le ha sido revocada la facultad delegada: prevaricato por omisión por autoría mediata activa.

- El autor mediato omisivo en los delitos de omisión propia

Se niega por la doctrina en general “la posibilidad de la comisión de la autoría mediata por omisión”<sup>179</sup>. ROXIN dice: muy a pesar de dar cuenta de que tal posibilidad ha sido admitida “en múltiples ocasiones”, no es menos cierto que “hay que negarla en general”<sup>180</sup>; este autor de aquilatadas virtudes en estas específicas materias, sentencia determinadamente que “la autoría mediata mediante omisión está excluida”<sup>181</sup>.

En efecto, según ROXIN, si la autoría mediata debe ser entendida cuando se “presupone que el sujeto de detrás se sirve de una persona interpuesta a la que, mediante hacer activo, emplea en el curso de la acción, bien sea dirigiendo el suceso en virtud de su dominio de la voluntad, bien sea simplemente impulsando él, como obligado, a un *extraneus* doloso”, ello no es posible encajarlo como modalidad de autoría mediata omisiva, habida cuenta que tal “*impulso* falta por naturaleza en la omisión”<sup>182</sup>.

Somos de la opinión antes señalada, toda vez que resulta verdaderamente difícil pensar que omitiendo se pueda instrumentar a otra persona, aun cuando ante procedimientos reglados o convencionales podríamos idear ejemplos en abstracto: un supervisor de reparto de quejas se abstiene de imponerle la rúbrica a un documento que indica que debe ser enviado por otro servidor público a la autoridad competente, y éste, ante tal omisión, cree fundadamente que lo que se le entrega es para archivar, cuando lo que contiene es una denuncia sobre graves actos de corrupción: prevaricato por omisión o abuso de autoridad por omisión de denuncia por autoría mediata omisiva.

– La autoría accesoria en el delito de omisión propia

Por autoría accesoria debe entenderse, por vía general, la ejecución de un mismo hecho, sin acuerdo ejecutivo, cuando intervienen dos o más personas “de forma que la suma de sus actos de ejecución producen el resultado típico que no se hubiera producido sin la intervención conjunta”<sup>183</sup>.

Cada quien de los que en división del trabajo deben participar en la toma de una decisión conjunta en la administración pública retarda lo que le corresponde hacer sin acuerdo expreso o tácito: prevaricato por omisión de varios servidores públicos en autoría accesoria.

179. STRATENWERTH. Ob. cit., p. 315.

180. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 509.

181. *Ibíd.*, p. 506.

182. *Ibíd.*, p. 509.

183. JOSÉ SÁINZ CANTERO. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Edit. Bosch, 1990, p. 809.

## b. La participación en los delitos de omisión propia

Por vía general, HUERTA TOCILDO afirma que la doctrina dominante, tanto alemana como española, no estiman dificultad alguna para admitir la participación en un delito de omisión propia, bien como inductor (determinador) o como cómplice<sup>184</sup>.

STRATENWERTH admite que no hay duda de la viabilidad de “instigar a un delito de omisión, así como prestar ayuda al mismo”<sup>185</sup>.

DEL RÍO FERNÁNDEZ ha efectuado un importante esfuerzo, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, para clarificar el interrogante de “si cabe participación mediante omisión en un delito comisivo realizado mediante actividad de un tercero”, y, por tanto, si le resulta imputable a tal título –partícipe– un delito cometido por otra persona si “de actuar correctamente, se hubiera evitado, obstaculizando o minimizando la infracción delictiva”<sup>186</sup>.

No obstante representar un muy importante punto de vista, de todos modos el evento planteado por DEL RÍO FERNÁNDEZ no es precisamente el objeto tratado en este acápite, sino que tiene que ver con la temática de la situación jurídica del garante omitente frente a la acción de un tercero que procede contra el bien jurídico garantizado.

De todos modos DEL RÍO FERNÁNDEZ sí trata el tema aquí concernido en lo que denomina “concurso mediante acción en la omisión ajena”, esto es, la “participación en un delito de omisión”; inducción y complicidad por acción en un delito de omisión<sup>187</sup>.

### – La determinación activa y omisiva en los delitos de omisión propia

La determinación es admitida por vía amplia por SÁINZ CANTERO: “la influencia ha de ejercerse, *generalmente* por actos positivos, admitiendo en casos excepcionales la forma omisiva”<sup>188</sup>.

#### • La determinación activa en los delitos de omisión propia

Inducción “por un hacer activo” consiste en la “provocación dolosa de la decisión del omitente”<sup>189</sup>; esto es, “la provocación dolosa de la resolución del autor a permanecer inactivo, no obstante el conocimiento de la situación típica”<sup>190</sup>. Sólo esta modalidad es aceptada por GÓMEZ BENÍTEZ<sup>191</sup>.

184. SUSANA HUERTA TOCILDO. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 244 y 245.

185. STRATENWERTH. Ob. cit., p. 317.

186. DEL RÍO FERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 108 y 109.

187. *Ibíd.*, p. 111.

188. SÁINZ CANTERO. Ob. cit., p. 823.

189. DEL RÍO FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 111.

190. JESCHECK. *Tratado...*, cit., p. 689.

HUERTA TOCILDO señala que si alguien induce a otro a omitir, en el ámbito de un delito de omisión propia, pero se encuentra “por sí mismo obligado a actuar, será técnicamente un autor en sentido estricto y no un partícipe”, aun cuando a efectos de pena ello carezca de trascendencia práctica<sup>192</sup>.

Nos afiliamos a la tesis que sí admite la determinación activa en los delitos de omisión, habida cuenta que en este ámbito operan, *mutatis mutandi*, los mismos argumentos utilizados para la autoría mediata activa en el delito de omisión. Es más, en el ámbito de la determinación, no se presentan problemas relacionados con la participación en delitos de omisión de sujeto activo cualificado, ya que del partícipe no se reclaman las calidades típicas que vienen exigidas para los delitos especiales.

Si quien interviene como determinador en un delito especial no tiene la calidad personal exigida por el tipo, tiene derecho a la rebaja de pena de que da cuenta el inciso final del artículo 30 del Código Penal.

Por el contrario, tal figura facilitaría el tratamiento de algunos casos límite, como por ejemplo aquella situación de la persona que no está obligada a presentar denuncia contra un pariente cercano en aquellos eventos de delitos graves: no está obligado por parentesco a denunciar y por tanto no incurriría en un delito de omisión de denuncia, pero sí actuaría como determinador punible, si induce al que sí está obligado a denunciar para que no lo haga.

- La determinación omisiva en los delitos de omisión propia

También, al igual que en la autoría mediata omisiva en un delito de omisión, pensamos que teóricamente, y en alto grado de abstracción, podría presentarse una hipótesis de la figura de la determinación omisiva en un delito de omisión, atendiendo a la naturaleza de cada una de las instituciones.

Bastaría modificar el ejemplo de los servidores públicos que, bajo la relación de supervisor y supervisado, omiten en el ámbito de la administración pública: el primero acuerda que, ante la no contestación de una consulta en determinados días, que el segundo le haga, se abstenga éste de darle trámite a una petición para iniciar un proceso administrativo de otorgamiento de una licencia, donde la no absolución de la consulta en determinados días es la señal para la realización de un prevaricato por omisión.

- La determinación múltiple. Determinadores accesorios y determinadores cómplices

La determinación múltiple puede tener lugar cuando son varios los determinadores que bajo acuerdo ejercen su influencia sobre el autor inmediato.

191. JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ. “Teoría jurídica del delito”, en *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 520 y 521.

192. HUERTA TOCILDO. *Problemas fundamentales...*, cit., pp. 244 y 245.

Si se ejerce dicha influencia por varias personas, pero sin acuerdo previo o concomitante, ni expreso ni tácito, nos encontramos ante determinadores accesorios, lo cual es posible en trámites complejos en la administración pública, cuando existe multiplicidad de interesados.

Es posible, como más adelante lo vamos a ver, que bajo la modalidad de influencia activa se determine a un sujeto para que no actúe, omitiendo llevar a cabo un comportamiento que para él sólo es calificable como de complicidad: aconseja a otro sujeto para que a su vez refuerce la idea de un obligado a actuar de abstenerse. Estará sujeto a la pena, obviamente, que corresponda al cómplice.

– La complicidad en los delitos de omisión propia

Abierto el camino para la admisión de la determinación en los delitos de omisión no habría, en principio, mayor dificultad en pregonar también la complicidad.

• La complicidad activa en los delitos de omisión propia

STRATENWERTH estima viable tanto la compliãdad psíquica como física<sup>193</sup>. Tanto una como otra son admitidas por GÓMEZ BENÍTEZ<sup>194</sup>.

Se concibe, por ROXIN, la complicidad “por un hacer activo” generalmente como “complicidad psíquica”. Se presenta por medio del “fortalecimiento de la decisión del omitente de permanecer inactivo”, esto es, resulta aceptable “la viabilidad de una complicidad consistente en una actividad meramente psíquica”<sup>195</sup>; por ejemplo, “reafirmando al omitente en su decisión de no intervenir”, pues de otro modo “en muchos casos no se considera concebible”<sup>196</sup>.

También JESCHECK se mueve en tal sentido al plantear la viabilidad de la complicidad en la omisión, donde “no surge la problemática del deber de garante”, por lo general de naturaleza psíquica, entre otros medios por el “reforzamiento de la resolución del autor a no intervenir”<sup>197</sup>.

CEREZO MIR señala que, para la admisión de la compliãdad o cooperación moral o psíquica, no resulta necesario un texto legal, como se propuso en el Proyecto de Código Penal Español de 1980, quedando impune aquellos “supuestos en que la ayuda moral no representa siquiera una condición de la realización del hecho delictivo”<sup>198</sup>.

193. STRATENWERTH. Ob. cit., p. 317.

194. Coloca como ejemplo la mera presencia en el lugar del crimen de otra persona “si se manifiesta como favorecedora del hecho del autor”; GÓMEZ BENÍTEZ. Ob. cit., p. 535.

195. DEL RÍO FERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 111 y 116.

196. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 563 y 564.

197. JESCHECK. *Tratado...*, cit., p. 689.

198. JOSÉ CEREZO MIR. *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 45,

Sin embargo, tal complicidad activa, se reduce, según BACIGALUPO, a una “ayuda psíquica”<sup>199</sup>.

Retomando el tema, si una influencia psicológica sobre otro que logra caracterizarse como idónea para hacer surgir la idea delictiva que conduce a la omisión es aceptada, bajo un argumento *a fortiori* no habría obstáculo alguno para admitir también el fortalecimiento en otro de una idea delictiva que ya surgió previamente, que tiene como forma de realización una omisión: la complicidad activa en un delito omisivo se funda con base en un argumento *a maiori ad minus* respecto de su correlación con la determinación activa en un delito de omisión

Ejemplo de complicidad activa: un servidor público busca, a través de su omisión, dejar que un proceso disciplinario prescriba y un particular que tiene información privilegiada le mantiene al tanto de las visitas que pueda efectuar un órgano de control: complicidad activa en un delito de prevaricato por omisión.

VÁSQUEZ ABAD ya hace muchos años traía el siguiente ejemplo: “un particular conviene con un funcionario público que aquél oponga algún obstáculo para que éste tenga alguna excusa o disculpa con el pretexto de retrasar, rehusar u omitir un acto al que legalmente está obligado el funcionario”<sup>200</sup>.

Obviamente, cuando el tipo penal reclame un autor con calidades personales especiales, habrá de otorgarse la doble rebaja de pena consagrada en el inciso final del artículo 30 del Código Penal.

- La complicidad omisiva en los delitos de omisión propia

DEL RÍO FERNÁNDEZ descalifica a quienes afirman que no puede presentarse esta modalidad de la participación mediante la omisión, por cuanto la legislación penal española exigía “cooperación por actos, y en este concepto no puede entrar la conducta omisiva”. Señala que “nada impide desde un punto de vista legal, ni mucho menos doctrinal, la posibilidad de admitir la complicidad por omisión”, toda vez que “acto no es igual a acción, no existiendo motivo alguno gramatical, ni menos jurídico, para que se excluya de esta forma de cooperación criminal los actos pasivos”<sup>201</sup>.

Creemos muy difícil que esta modalidad de la complicidad omisiva en un delito de omisión tenga manera de presentarse en la realidad.

191 y 192. La propuesta normativa echada de menos decía: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan material o moralmente a la ejecución del hecho...”.

199. BACIGALUPO. *Derecho Penal...*, cit., p. 566.

200. ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD. *Tratado de Derecho penal colombiano*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1949, pp. 108 a 110.

201. DEL RÍO FERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 116 y 117. En contra MIR PUIG quien manifiesta que resulta muy difícil admitir la “cooperación por omisión”, no así la “cooperación psíquica”, *Derecho penal...*, cit., p. 406.

La afirmación anterior se destaca desde una perspectiva tradicional, pues, como se anotará más adelante, bajo la óptica de una metodología normativa resulta concebible, a partir de una diferenciación intensiva de deberes: ante un prevaricato por omisión, respecto de una decisión que deba tomarse en un proceso penal, resulta claro que no deben responder en un mismo plano el juez y el sustanciador, pues el primero es el “director del proceso” y por tanto debe responder como autor; el segundo, es apenas un apoyo logístico a su labor y en consecuencia sólo responde como cómplice.

– La participación culposa en la omisión dolosa

La determinación y la complicidad sólo pueden realizarse dolosamente y no culposamente. Esto es, la necesidad de un acuerdo, expreso o tácito, descarta la participación imprudente tanto en un delito doloso como en uno culposamente omisivos.

## 2. En los delitos de omisión impropia

– La autoría en el delito de omisión impropia

Para ser autor de un delito de comisión por omisión se requiere que se encuentre el sujeto agente en una posición de garante. Como dice la doctrina, sólo puede ser “autor idóneo” de un delito de omisión impropia aquel que aparece vinculado con un precepto, como concretización de un “actuar manteniendo el bien jurídico”, lo que constituye el “llamamiento especial característico de autor”<sup>202</sup>.

La posición de garante es un elemento de autoría. De allí que todo aquel que es garante responde como autor<sup>203</sup>, “con independencia de que la lesión del bien jurídico provenga del azar, del descuido humano o de un tercero [...] autoría como única forma de intervención [...] No cabe, por tanto, distinguir entre autoría y participación”<sup>204</sup>.

Ciertamente que no es tema de la autoría en los delitos de “comisión por omisión” el definir la adscripción a una “teoría formal de las fuentes del deber de actuar”, o a una “teoría material de las funciones”. Ya en otra ocasión hemos tomado partido por la aceptación de una teoría que combine ambas posiciones<sup>205</sup>, así, en consecuencia, resulta de buen recibo la opinión de GOESSEL: si una formulación material de las posiciones de garante implica dilucidar el asunto referido a su “contenido”, esto es, si se trata de “una *posición de protección* de determinados bienes jurídicos” o de “una

202. GOESSEL. *Dos estudios...*, cit., p. 56.

203. JAKOBS sentenaa que “autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un *deber de responder* de que se evite el resultado (deber de garante)”; JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 968.

204. EMILIO MORENO Y BRAVO. *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo*, Madrid, Edit. Dykinson, 1997, pp. 128, 140 y 170. Contrario LUZÓN PEÑA según el autor aquí citado, *ibíd.*, pp. 147 y 148 y CUERDA RIEZÚ. *Estructura de la autoría...*, cit., p. 301.

205. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, 1.ª parte, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, pp. 117 y ss.

*posición de vigilancia* en relación con determinadas fuentes de peligros para bienes jurídicos”, pero también, para evitar objeciones por desconocimiento del principio de determinación que tal idea implicaría, lo adecuado es que dicha formulación material se combine “con las citadas causas formales de su origen”, permitiendo que la teoría del garante facilite “una determinación suficientemente exacta del autor, así como una delimitación idónea desde el punto de vista político-criminal, de la punibilidad por omisión”<sup>206</sup>.

Salvo los casos de complicidad imputables a quienes puedan encontrarse en posición de garante, que por demás tienen carácter excepcional, podemos afirmar que en principio resulta acertado seguir la tesis de la autoría en los eventos omisivos por parte del garante.

Bien lo dice NOVOA MONREAL: “la precisión del autor brota de la posición de garante”<sup>207</sup>.

Para nuestro país debe destacarse que la omisión impropia no tiene un alcance general-generalizado, como sí lo puede tener en otras legislaciones, habida cuenta que es la misma ley la que debe señalar cuándo tiene aplicación la fórmula jurídica del dispositivo amplificador del tipo de la comisión por omisión. Podríamos afirmar que caben los delitos de comisión por omisión en aquellos contra la vida e integridad personal, libertad individual, libertad y formación sexual, administración pública y eficaz y recta impartición de justicia.

– La coautoría en el delito de omisión impropia

BACIGALUPO la niega por razones dogmáticas vinculadas con el concepto de dolo del finalismo –especialmente ARMIN KAUFMAN–, puesto que el mismo no presupone la voluntad de realización, lo que impide entonces hablar de “una resolución común al hecho”<sup>208</sup>.

Ya en lo referido a los delitos de omisión propia, sentamos nuestro criterio, el cual basta reiterarlo: el acuerdo requerido no versa sobre la producción del resultado sino en torno al incumplimiento del deber de actuar.

Pero también BACIGALUPO anota como argumento impeditivo para la aceptación de la coautoría en los delitos de omisión impropia, la indebida parcialización de los deberes que competen a cada garante por sí mismos, lo cual conlleva a que “toda infracción del deber emergente de una posición de garante no admite subdivisión alguna”<sup>209</sup>.

---

206. Así la llamada “teoría material-formal de la posición de garante”; GOESSEL, *Dos estudios...*, cit., p. 61.

207. NOVOA MONREAL. *Fundamentos...*, cit., p. 190.

208. BACIGALUPO ENRIQUE. *Delitos impropios de omisión*, Bogotá, Temis, 1983, p. 173.

209. *Ibíd.*, p. 173.

JAKOBS estima que no es posible encontrar aquí –aunque, como es obvio, limitado a la responsabilidad institucional– coautoría, sino autoría simultánea<sup>210</sup>.

De todos modos, siguiendo lo anotado para los delitos de omisión propia, sí es posible hablar de coautoría, siempre y cuando nos encontremos ante un acuerdo, expreso o tácito, o una adhesión no rechazada.

- La coautoría propia en el delito de omisión impropia

Se habla así de un “concurso en la omisión idéntica” o “coautoría en el delito de omisión”, generando la “existencia de coautoría” –afirma DEL RÍO FERNÁNDEZ–, cuando los padres del niño deciden no alimentarlo o no llamar al médico si está gravemente enfermo, produciéndose su muerte<sup>211</sup>.

Tal es el ejemplo que trae a colación STRATENWERTH para plantear la coautoría en los delitos de omisión impropia, cuando varias personas en posición de garantes, “de común acuerdo omiten intervenir”; caso en el cual, afirma, teóricamente puede darse una coautoría, “pero carece de significación práctica dado que cada *coautor* hubiera tenido que evitar por sí mismo el resultado”. Otro tanto sucede, señala, cuando nos encontramos ante la posibilidad de intervención que presuponga un obrar conjunto –cuando alguien queda encerrado en el recinto del tesoro por descuido y éste solamente puede ser abierto por dos personas que tienen las diferentes llaves necesarias respectivamente–, hipótesis donde “puede resultar razonable” la coautoría<sup>212</sup>.

MIR PUIG entiende que existe coautoría en los delitos de omisión “cuando el deber infringido sólo podía ser cumplido por la actuación conjunta de varias personas”<sup>213</sup>; en lo cual coincide con BOTTKE, cuando aprecia la viabilidad jurídica de entender coautoría por *dominio de configuración equivalente y concertado* en la omisión impropia, cuando “varias personas, que tienen deber de control, solamente pueden impedir un resultado típico si renuncian a intervenir juntas y consensualmente”<sup>214</sup>.

BONINI no comparte tal afirmación por cuanto, al ser la omisión individual, no es posible la codelinencia –“una correidad *in omitiendo*: es decir, en el omitir, no es concebible”–. Ya PESSINA había afirmado que “hay contradicción en los términos si se admite que un individuo puede cooperar no obrando”<sup>215</sup>.

Si no existe imposibilidad jurídica de entender la coautoría en los delitos de omisión propia, tampoco habría de negarse en los de omisión impropia si se dan los requisitos de un acuerdo señalados para la primera.

210. JAKOBS. *Derecho penal*, cit, p. 1030.

211. DEL RÍO FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 111.

212. STRATENWERTH. Ob. cit., p. 316.

213. MIR PUIG. *Derecho penal*..., cit., p. 390.

214. BOTTKE. *Estructura de la autoría*..., cit., p. 319.

215. Citados por DEL RÍO FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 111.

La dificultad estriba en la aceptación de la coautoría impropia en los delitos de omisión impropia, que en principio habría que negarla en aquellos sistemas de la comisión por omisión que disponen la existencia de una cláusula de transformación, de equivalencia o de identidad del actuar omisivo con el activo.

En principio, si se hace un parangón con los delitos de dominio sin apreciar las diferencias cualitativas y cuantitativas, tendría que afirmarse la imposibilidad de coautoría impropia en los delitos de omisión impropia.

En efecto, la coautoría impropia en los delitos de dominio está dada por el dominio funcional del suceso por parte de cada coautor que lleva a cabo actividades diferentes pero concernidas en el tipo penal, lo cual no es posible hallarlo en los delitos de omisión, especialmente en los de omisión propia, puesto que en este sector no existe un curso causal que se dirige o supradetermina “funcionalmente” por los autores, sino que por el contrario se deja que siga su curso o, simplemente, no se actúa ante la situación típica teniendo el deber y pudiendo hacerlo.

Por tanto no es entendible la coautoría impropia en los delitos de omisión impropia si la misma se piensa de forma paralela a la de los delitos de dominio.

Sólo sería pensable bajo la óptica diferencial del tratamiento debido a los delitos de omisión, cuando se entrecruzan acción y omisión de dos o más sujetos.

ROXIN, como se vio, enseña que “varios omitentes pueden ser considerados como coautores de un hecho omisivo”, lo cual está presente cuando “un sujeto actuante y otro omitente” cooperan como “coautores de un hecho común [...] no sería correcto descartar la posibilidad de coautoría del autor por comisión y del autor por omisión en este grupo de delitos”<sup>216</sup>.

No obstante, como se precisó, debe estar presente una coordinación por acuerdo, expreso o tácito, o adhesión no rechazada entre quien actúa y quien omite.

De todos modos, si se admite tal posibilidad, muy bien caería el cuestionamiento de que si la comisión por omisión se sustenta jurídicamente en una cláusula de equivalencia o transformación, la omisión equivale a la acción o simplemente se transforma en tal, desde una óptica valorativa, y así entonces no existiría coautoría impropia sino coautoría propia por imposibilidad jurídica de diferenciar entre acción y comisión por omisión<sup>217</sup>, al menos que se entienda que lo únicamente equivalente es “la producción de un resultado”, al modo de lo que se extraía de la redacción del artículo 21

---

216. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 506 y 508.

217. Tal conclusión resulta ineludible, precisando la necesidad del acuerdo, cuando concurre la conducta activa de un tercero y la omisión del garante cuando por la equiparación estructural surge el delito de comisión por omisión en la teoría de SILVA SÁNCHEZ. *Estudios...*, cit., p. 122.

inciso 2.º del Código Penal de 1980: “Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado no hacerlo equivale a producirlo”.

Con el Código Penal de 2000, como quiera que no consagra una cláusula de transformación, equivalencia o identidad entre el hacer activo y el omisivo del garante, sino que simplemente la figura del artículo 25 opera como un “dispositivo amplificador del tipo” o una “cláusula de extensión de la punibilidad”, la coautoría impropia en los delitos de omisión impropia sólo sería viable jurídicamente cuando bajo acuerdo, expreso o tácito, o adhesión no rechazada una persona lleva a cabo un comportamiento activo y otra, en posición de garante, omite. La diferencia entre acción y omisión perfilan el camino de la coautoría impropia.

- ¿Coautoría impropia? o ¿Coautoría por acción y omisión?

Cuando uno actúa y otro omite, encontrándose ambos cubiertos por una posición de garante —uno de los padres maltrata al hijo y, frente a esto, el otro permanece inactivo—, de existir “un acuerdo recíproco” es viable “coautoría, pero, prácticamente, carece de significado”<sup>218</sup>.

Para ROXIN, WELZEL y KAUFMANN “todo el que es garante, si se lesiona el bien jurídico protegido, responde como autor con independencia de que el hecho sea realizado por otro sujeto”<sup>219</sup>. El garante omitente es autor por comisión por omisión y quien realiza el tipo penal por acción lo es también en virtud del dominio del hecho, salvo en aquellos eventos de los delitos de propia mano y los especiales propios para el autor activo<sup>220</sup>.

Lo anterior no cambia si se discute que al omitente garante no le era posible “evitar el resultado” si, efectivamente, le era dado “dificultar la realización del delito al menos en lo que está en su mano”. Tampoco tiene incidencia discutir en torno a lo posible y exigible sobre la base de “más fácil” o “menos difícil”, ya que si ello no tiene efecto en la autoría única por omisión tampoco aquí debe tenerlo<sup>221</sup>.

De todos modos, según ROXIN, como una valoración material que preceda al juicio del legislador y la legislación alemana, si en la actualidad se entiende que una omisión es menos grave que una acción, ello debe reflejarse en una menor punibilidad.

Sin embargo, debe precisarse que de ello se exceptuarían los llamados delitos donde es la misma ley la que equipara la acción con la omisión (carcelero que abre la puerta o no la cierra para que escape el detenido), o en aquellos donde existe un “dominio

218. STRATENWERTH. Ob. cit., p. 316.

219. Cfr. MORENO Y BRAVO. Ob. cit., p. 146.

220. GÓMEZ BENÍTEZ. Ob. cit., p. 608.

221. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 527 y 536.

social del hecho”, definido como aquellos eventos donde de conformidad con el lenguaje común y la opinión social, la acción y la omisión no se diferencian, por cuanto la omisión es una forma de aparecer del delito de comisión, puesto que se trata de que el comportamiento del autor se considera ya en el “marco de su función social” (la madre que deja morir de hambre a su hijo), o no se trate de “corregir casos accidentales”, sino que la acción mandada aparece en el “normal devenir de la vida (que se encuentra planeada)” (caso del guarda-agujas, que no hace los cambios pertinentes y se produce el choque de trenes con resultados mortales): en ambos casos se puede decir que se ha matado<sup>222</sup>.

Así, en los casos de comisión por omisión diferentes a los anteriores, ante la intervención de un tercero, deben recibir los garantes, sin serlo, el tratamiento punitivo de la complicidad: “La autoría por omisión nunca es, cuando media un sujeto agente, más que la complicidad por comisión, y consiguientemente tampoco puede ser castigada de otro modo”. Recientemente se ha decantado por la rebaja facultativa de la pena en los delitos de omisión sin acudir a la figura analógica que propicia la pena de la complicidad<sup>223</sup>.

Nos parece, de todos modos, que la habilidosa solución de ROXIN en el campo punitivo no es más que una forma de eludir los efectos de una posible “responsabilidad accesoria”, donde materialmente sí cambiaría de actividad: de agente central del suceso a simple agente periférico. Frente a esto, nos preguntamos, ¿cuál es, entonces, la solución punitiva a la complicidad omisiva en una comisión por un tercero, de que más adelante se dará cuenta, siguiendo al propio ROXIN? ¿Habría, entonces, para ser coherentes, en estos eventos proceder a la rebaja de la pena por razón de la complicidad –marco formal punitivo– y a su vez también por virtud de la valoración material que indica que siempre la omisión es menos grave que la acción? ¿Si es menos grave la autoría por omisión respecto de la autoría por comisión, igualmente no es menos grave la complicidad por omisión que la complicidad por comisión?

Si la autoría del omitente, referida al delito de dominio llevado a cabo por el ejecutor, aparece sólo como “cooperación sin dominio” y por tanto desde una perspectiva dogmática merece la pena de complicidad<sup>224</sup>, cuándo nos encontramos frente a una “cooperación con dominio” que no sea coautoría?

Nuestro ordenamiento jurídico penal no sufre las anteriores críticas, puesto que la pena del omitente garante es la misma que la del autor activo, ambos son autores y por tanto sí cabe la coautoría impropia en un delito de omisión impropia.

---

222. En total desacuerdo, por cuanto también muchos otros casos presuponen actividades planeadas previamente y dentro de la órbita del ejercicio normal o habitual (la función policial y la actividad de los socorristas), por lo que tales criterios resultan perfectamente intercambiables con las otras instituciones; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 57 a 61.

223. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 539, 540, 556 y 711.

224. *Ibíd.*, p. 556.

Sin embargo, así lo reporta ROXIN, la teoría dominante en la actualidad sobre el tratamiento que debe recibir el garante omitente y el tercero que por realizar la acción tiene dominio del hecho, lleva a tratar al primero como cómplice y al segundo como autor<sup>225</sup>.

Finalmente, desde una perspectiva funcionalista radical, que por cierto rechazamos, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico consagra las diferencias fáctica y jurídica entre los delitos de acción y omisión, la coautoría impropia en un delito de omisión impropia estaría llamada a ser descartada.

Es así como JAKOBS opina que “la autoría del delito de infracción de deber se sobrepone a la eventual participación mediante acción. Ejemplo: el esposo que entrega el medio para matar a su mujer, es autor”<sup>226</sup>.

Así también, en la misma línea, se dice por LESCH que “el comportamiento ajeno se le imputa al especialmente obligado como si fuese causalidad natural y no como un actuar en forma accesoria de división de trabajo”, esto es, “el portador de un rol enlazado a una institución comete siempre un delito de infracción de deber, por tanto, responde por toda participación de forma inmediata y tan sólo en calidad de autor”<sup>227</sup>.

Sea una u otra la posición que se adopte, lo cierto es que, siempre la omisión del garante ante la acción de un tercero, salvo los eventos que más adelante se anotarán y cuyo aporte debe reconocerse a ROXIN, deberá considerarse a título de autoría en comisión por omisión.

Por tanto no son situaciones que conviertan al garante omitente en cómplice las que a continuación se anotan.

1. La diferenciación entre deberes de protección y de garante<sup>228</sup> no genera complicidad

STRATENWERTH anota, con respecto a la acción delictiva de un tercero, que existe autoría cuando “el deber de garantía del omitente se fundamente en su relación con el bien jurídico amenazado” y complicidad si el deber de garante está “en relación con una persona que amenaza el bien jurídico”<sup>229</sup>.

ROXIN trata como un despropósito tal afirmación desde el punto de vista de la aplicación de marcos penales diferentes<sup>230</sup> y JAKOBS anota que ello no es posible, dada la “inter-

---

225. *Ibíd.*, p. 707.

226. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 1028.

227. LESCH. *Ob. cit.*, pp. 69 y 106.

228. Cfr. MORENO Y BRAVO. *Ob. cit.*, pp. 142 y ss.

229. STRATENWERTH. *Ob. cit.*, p. 318.

230. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 540.

cambiabilidad de esta clase de garantes, la solución se basará en un círculo vicioso”, por tanto se atribuye una u otra posición de garante para concluir en autoría<sup>231</sup>. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES opina que la inseguridad propia de la clasificación de las posiciones de garante, en cuanto a si pertenecen a deberes de protección o de vigilancia de una fuente de peligro, introduce incertidumbre en la definición del tema<sup>232</sup>.

Las críticas anteriores son demoledoras y resulta a todas luces correcto acoger la imposibilidad jurídica de efectuar una diferenciación tan artificial, cuando es normal que en la práctica se presente una constante intercambiabilidad de posiciones de garante de aquella fundada en la protección de un bien jurídico a la de vigilancia de una fuente de peligro y viceversa.

## 2. La graduación de la intensidad del riesgo no genera complicidad

La jurisprudencia española, en alguna época, graduaba “la responsabilidad del omitente en función de la importancia de su favorecimiento para la realización del hecho”, lo cual es rechazado por GÓMEZ BENÍTEZ con el argumento de que no es posible “establecer graduaciones en cuanto al nivel de infracción de su deber de garante”<sup>233</sup>.

Se ha dicho con toda razón que “la exigibilidad sólo puede afirmarse si la prestación de auxilio es *posible* sin peligro propio relevante y *sin que resulten lesionados otros deberes importantes*”<sup>234</sup>.

Por tanto resulta claro que la intensidad del riesgo no determina la ubicación de la imputación a nivel de autoría o complicidad, sino la existencia de una posición de garante.

## 3. Cuando la víctima responsable genera su propio peligro tampoco se varía la imputación a título de autor

Se trata de los eventos en que se tiene el deber de garante frente a quien se trata de suicidar.

Algunos opinan que “cuando la víctima es la generadora del riesgo por una conducta no adecuada a derecho, el omitente no podrá responder como garante sino dentro del ámbito de la omisión del deber de socorro”<sup>235</sup>.

ROXIN anota que, como “únicamente el quebrantamiento del deber fundamenta la autoría”, no hay por qué atender ni al “dominio del hecho” ni a la “voluntad del

231. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 1026.

232. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva...*, cit., p. 124.

233. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ. *Ob. cit.*, p. 608.

234. WESSELS. *Derecho penal...*, cit., p. 221.

235. MORENO Y BRAVO. *Ob. cit.*, p. 170.

autor” ni cualquiera otra circunstancia. Se descarta la “complicidad” y sólo, cuando se esté presente ante una situación de garante, ésta “obliga a intervenir en cualquier fase del suceso”<sup>236</sup>.

En realidad el punto en discusión no afecta la autoría, pues pensar que, cualquiera que sea la posición que deba tomarse respecto de cuál debe ser la posición del garante ante quien se trata de quitar la vida –garantido–, la cual variará entre la impunidad, la imputación por una omisión de socorro o una comisión por omisión, es asunto ajeno a este trabajo<sup>237</sup>.

De todos modos, lo único que no puede ser discutido es la inviabilidad de una participación, pues resulta obvio que ésta presupone la autoría y la misma no puede ser desplazada por aquella, sin que desaparezca la complicidad.

– La coautoría impropia paralela

Al militar que omite actuar ante un genocidio, muy a pesar de tener una posición de garante, si no concurre en él aquel ánimo especial constitutivo del ingrediente subjetivo del tipo, sólo podría imputársele una complicidad en el delito mencionado de conformidad con la tesis de ROXIN, que más adelante expondremos y que desde ahora avalamos.

Empero, a la luz de la legislación penal colombiana, es autor de comisión por omisión de un homicidio o concurso de homicidios, según el caso, por cuanto si bien su conducta se queda corta respecto de la tipicidad de genocidio, sí se cumple a cabalidad respecto de las exigencias típicas de un homicidio en comisión por omisión paralela al genocidio.

Si no es posible establecer un acuerdo o una adhesión no rechazada, la figura que se presentaría tomaría la denominación de autoría accesoria paralela entre genocidas y homicidas en comisión por omisión.

– El autor mediato en el delito de omisión impropia

La autoría mediata en el delito de omisión se rechaza por la doctrina, pues cuando se logra por violencia o engaño que otro omite, esto es, que el garante cumpla con su deber, se trata de autoría directa por acción<sup>238</sup>.

Sin embargo, aquí, creemos pueden seguirse los mismos derroteros ya señalados para la omisión propia.

---

236. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 510 y 511.

237. Cfr. SILVA SÁNCHEZ. *Estudios sobre los delitos de omisión*, cit., pp. 169 a 207.

238. MORENO Y BRAVO. *Ob. cit.*, pp. 168, 169 y 170.

- El autor mediato activo en el delito de omisión impropia

Creemos que no ofrece teóricamente dificultad alguna si se aplican, *mutatis mutandi*, los mismos criterios señalados para la autoría mediata activa en los delitos de omisión propia.

Es evidente que aquí los eventos prácticos serán muy difíciles de encontrar si se tiene en cuenta que el autor mediato tiene que tener también la posición de garante.

- El autor mediato omisivo en el delito de omisión impropia

Presenta las mismas dificultades, incluso acentuadas, que en los delitos de omisión propia.

- La autoría accesoria en el delito de omisión impropia

La autoría accesoria es aceptada por SILVA SÁNCHEZ cuando concurre la conducta activa de un tercero y la omisión de un garante equiparable a la comisión cuando falta un acuerdo preciso<sup>239</sup>:

Si un funcionario de prisiones deja que un preso que él custodia sea agredido por otro recluso, parece claro que habrá dos autores; el recluso agresor, por su acción, el funcionario, por su omisión en posición de garante<sup>240</sup>.

Tal figura sólo es posible si entre los autores, activo y omisivo, no se pueda hablar de la existencia de un acuerdo o de una adhesión no rechazada.

– ¿Autoría accesoria diferencial?

Se presenta tal figura cuando concurre un garante y un no garante ante una situación típica donde un niño se encuentra en grave riesgo de perder la vida.

Se trata de autoría por cuanto cada uno responde como autor; es accesoria por no encontrarse un acuerdo o una adhesión rechazada y es diferencial porque el garante comete homicidio en comisión por omisión y el otro una omisión de socorro.

### c. La participación en los delitos de omisión impropia

Comoquiera que el delito de omisión impropia tiene su núcleo fundamental en la temática de la posición de garante, la cual, en definitiva, es la clave de bóveda para concentrar el tema de la intervención delictiva en la “autoría”, la mayoría de la doctrina, al encontrar que en la intervención plural hay garantes, inmediata e indefectiblemente asocia tal asunto con la autoría.

239. SILVA SÁNCHEZ. *Estudios...*, cit., p. 122.

240. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Atribuciones normativistas en Derecho penal...*, cit., p. 44.

Otra cosa sucede respecto de los no garantes, quienes, según GÓMEZ BENÍTEZ, sólo son punibles por vía de la participación en la omisión impropia<sup>241</sup>.

En consecuencia, como en el ámbito de los delitos de omisión impropia el tratamiento del tema resulta mucho más complejo que en la omisión propia, se hace necesario desmembrar las manifestaciones de tal fenómeno en dos diferentes direcciones: la participación de los no garantes y la participación de los garantes.

– La participación de los no garantes en los delitos de omisión impropia

No existe mayor dificultad en el entendimiento de este tópico, habida cuenta que se rige por las reglas ya fijadas para los delitos de omisión propia, obviamente guardando las respectivas diferencias.

Tiene como particularidad sólo que, desde el punto de vista punitivo, a los intervinientes no garantes, por no poseer las calidades personales exigidas para el autor, deben recibir la rebaja de pena consagrada en el inciso final del artículo 30 del Código Penal: una rebaja única al determinador por razón de que al no tener las calidades personales que caracterizan la autoría su injusto es de menor entidad que el del autor; y una doble rebaja al cómplice por la misma razón anterior y por virtud de que su aporte al delito es de mera contribución o ayuda.

• Determinación activa y omisiva de los no garantes en los delitos de omisión impropia

Algún sector de la doctrina prácticamente niega la posibilidad de la determinación activa en el delito de omisión, toda vez que convierte al determinador en un autor directo: “El que disuada a otro –garante– del cumplimiento del mandato de acción es autor directo, y no instigador de la acción”<sup>242</sup>, esto es, quien disuada a otro del cumplimiento de un deber lleva a cabo “una disuasión del cumplimiento del mandato”, por tanto es autor de un delito de comisión<sup>243</sup>.

Estimamos que la simple y mera disuasión, salvo que contenga un engaño o violencia relevante constitutiva de autoría mediata y que por tanto de origen a la instrumentalización del garante, será configuradora de determinación activa en los mismos términos precisados para el delito de omisión propia.

El problema que surge, cuando se trata de autoría mediata en el ámbito de los delitos de omisión impropia, es que el instrumento no puede ser considerado autor y por tanto se desestructura, por la no presencia del garante, la comisión por omisión.

241. GÓMEZ BENÍTEZ. Ob. cit., p. 592.

242. MORENO Y BRAVO. Ob. cit., p. 170.

243. BACIGALUPO. *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 159 a 162.

Sólo es posible entender la autoría mediata en aquellos eventos en que quien obra como autor mediato también tiene posición de garante, pero en el momento en que debe desarrollarse la actividad de bloqueo del peligro para los bienes jurídicos no se encuentra en circunstancias de llevar a cabo el acto de salvamento por faltarle en forma directa la capacidad individual de acción en la situación concreta, aún cuando sí la tuvo indirectamente a través del instrumentado. En caso de encontrarse en capacidad directa de ejercer individualmente la acción demandada por el orden jurídico, será autor inmediato.

Si no se tiene, por parte de quien lleva a cabo la instrumentalización, la posición de garante surgen varias hipótesis: a. Si es por medio de una actividad que no esté recogida como delito independientemente, la conducta será impune, lo cual sucede con el engaño; b. Si es por medio de violencia puede constituirse en un constreñimiento ilegal, y c. Si el delito de comisión por omisión que no logra estructurarse por falta del requisito posición de garante, de todos modos sus restantes elementos coinciden con otra figura delictiva, será ésta la que deba ser imputada, tal como sucedería si un no garante por medio de engaño instrumentaliza a un garante impelido a ejercer una acción de salvamento en un delito contra la vida o la integridad personal: nos encontraremos ante un “omisión de socorro” por autoría mediata.

A pesar de que no compartimos la siguiente doctrina, las dificultades antes planteadas quedan reveladas en la postura de MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, quienes estiman posible la participación en un delito de omisión, empero, “la posición de garante por sí sola no puede fundar la autoría, ni tampoco delimitar autoría y participación: acerca de ello decide exclusivamente la posesión del dominio”, esto es, “un garante y *solamente* un garante puede participar en el hecho punible de otro (comisión y omisión) por omisión”<sup>244</sup>.

Mucho más complejo resulta el punto relacionado con la determinación omisiva en un delito de omisión. Prácticamente la doctrina confluye en su rechazo, pues lo que se origina es otra figura.

Así MIR PUIG da cuenta de la inducción por omisión, precisando, siguiendo en ello a la doctrina mayoritaria, que “no es lo mismo inducir a delinquir que no impedir la aparición en otro de la resolución delictiva. Esto último sólo será punible, si se admite, como cooperación por omisión”<sup>245</sup>.

En efecto, si un médico psiquiatra tiene conocimiento que un determinado paciente, si no se le suministra un medicamento, puede tener comportamientos violentos con respecto a otros pacientes, y sabe que el enfermero encargado de controlarlo no actuará de presentarse una crisis en tal sentido, al omitir la conducta que le corresponde, se presentaría como cómplice sí efectivamente se materializa el riesgo anotado.

---

244. MAURACH y otros. Ob. cit., pp. 418 y 419.

245. MIR PUIG. *Derecho penal...*, cit., p. 400.

- La determinación múltiple. Determinadores accesorios y determinadores cómplices

Teniendo en cuenta los criterios sentados para los delitos de omisión propia y los adicionales requeridos por los de omisión impropia, *mutatis mutandi*, encontraremos aplicación de esta figura.

- La complicidad activa y omisiva de los no garantes en los delitos de omisión impropia

#### 1. La complicidad psíquica

La doctrina señala que “la complicidad psíquica activa, por ejemplo, aconsejar o aprobar, puede requerir una medida mínima de energía interna, sin actividad externa, y sin embargo es punible”<sup>246</sup>.

Ya en los delitos de omisión propia se trató el tema, y los criterios allí precisados también encuentran aplicación en este ámbito<sup>247</sup>.

#### 2. La complicidad activa en el delito de omisión impropia

No presenta mayores dificultades en tanto la actividad aparezca como favorecedora para la ejecución de una omisión impropia.

Ejemplo: un niño se está ahogando en una piscina y su padre omite salvarlo, pero, para lograr su cometido, se vale de un tercero, no garante, para que le advierta si alguien se acerca al lugar y pueda darse cuenta de lo que está ocurriendo.

#### 3. La complicidad omisiva en un delito de omisión impropia

Las dificultades prácticas en este tópico son las mismas esbozadas para los delitos de omisión propia.

#### 4. La particular posición de JAKOBS: participación en los delitos cuya responsabilidad surge “en virtud de incumbencia por organización”

El pontífice del funcionalismo radical, el profesor JAKOBS, ha desarrollado una muy particular teoría de la participación que se caracteriza por: a. No distinguir entre participación por acción o por omisión en los delitos de acción o de omisión, toda vez que la externalidad naturalística de dicha división no tiene significado relevante para la comunicación en un sistema social y su subsistema jurídico; b. Su ámbito de

246. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 526.

247. En contra BACIGALUPO. *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 184 a 186.

aplicación se circunscribe a la responsabilidad por “competencia por organización” y no a la responsabilidad por “competencia institucional”, pues en ésta rige en principio un concepto unitario de autor, y c. Que en la responsabilidad por “competencia institucional” sólo excepcionalmente aparecerá la “complicidad”, la cual se reduce a aquellos eventos que ROXIN ha caracterizado como de “auténtica complicidad por omisión”.

Como se puede ver, pues, lo que se expone en este aparte tiene validez general tanto para los delitos de acción como de omisión –propios e impropios–, como respecto a las diferentes formas de participación y en cualquier modalidad de presentación externa.

JAKOBS afirma:

La distinción materialmente más significativa no es, pues, la que separa comisión y omisión, sino la que atiende al fundamento de la responsabilidad: entre responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional. Los deberes en virtud de incumbencia por organización se llaman *deberes en virtud de responsabilidad por organización* y los deberes en virtud de incumbencia institucional toman el nombre de *deberes en virtud de responsabilidad institucional*, caracterizándose estos últimos por cuanto en ellos se aplican las reglas de los delitos de infracción de deber, que no se atienen a la accesoriedad<sup>248</sup>.

En los delitos de omisión, en virtud de responsabilidad por incumbencia por organización, “la distinción de las formas de intervención hay que llevarla a cabo al igual que en el delito de comisión”, por lo que “hay autoría por omisión en todas sus formas y además participación por omisión [...] Quien sólo es garante de que se mantengan inaccesible ciertos objetos peligrosos, o de asegurar objetos puestos en peligro (mantener cerradas puertas, o niños protegidos), sólo será por lo general cómplice, dado que la configuración del hecho no se determina en la misma medida a través de la accesibilidad del medio o de la falta de aseguramiento, que a través del hecho principal”; así, “A quien es garante de que un veneno no esté accesible libremente, si permite el acceso de un homicida al veneno, en caso de que lo permita por omisión (no asegurar, no revocar), se le trata como en caso de que lo permita por acción (entregar), es decir, generalmente como cómplice”<sup>249</sup>.

Así mismo “es cómplice mediante omisión aquel que, infringiendo su deber, no prepara un obstáculo superable para el hecho; ejemplo: quien, infringiendo su deber, no cierra las puertas que el ladrón de todos modos habría escalado, es cómplice”<sup>250</sup>.

248. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., pp. 949, 971, 992.

249. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., pp. 1023 y 1024. Así también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES. *Intervención omisiva...*, cit., p. 138.

250. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 1024.

En “los delitos de omisión en los que se quebranta un deber en virtud de responsabilidad institucional son delitos de infracción a deber” y con ellos se trata de “garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente”. Aquí no es posible la participación, dado que “la vinculación es siempre directa, o sea, que su quebrantamiento se lleva a cabo siempre en concepto de autor”. De allí que, la “participación sólo aparece en los deberes en virtud de responsabilidad institucional cuando el obligado no puede ser autor porque no cumple en su persona todos los elementos de la autoría”<sup>251</sup>.

La clave para establecer la anterior diferencia se encuentra, según los funcionalistas, en la idea de que en los delitos que surgen de la competencia por organización los “deberes son negativos” –instituciones negativas– y, muy a pesar de ello, no sólo generan deberes de abstención sino también de actuación. Como el tratamiento a los primeros admite la participación también en los últimos tiene que admitirse por cuanto la diferencia acción-omisión es un puro dato naturalístico sin significado comunicativo<sup>252</sup>.

Por el contrario, como se dijo, no cabe la participación en las instituciones positivas y por tanto todo obligado por ellas es autor y comete un delito de infracción de deber bien que la presentación de la defraudación de expectativas se produzca con la forma externa de acción o de omisión, afirma SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES:

Toda institución positiva (“fomenta y ayuda”) encierra, en sí misma, la institución negativa (“no dañes”). El quebranto de la institución negativa llevado a cabo por un obligado positivamente viola también la institución positiva<sup>253</sup>.

– La complicidad del garante en los delitos de omisión impropia o complicidad por diferenciación cuantitativa de deberes de incumbencia

Como se ha dicho, se niega por un sector de la doctrina la posibilidad de distinguir entre autoría y participación, pues “en la comisión por omisión sólo hay autoría”<sup>254</sup>.

CEREZO MIR ha señalado, a propósito de la no inclusión en la legislación española de un artículo que regulase la complicidad por omisión, que ello no resulta necesario,

251. *Ibíd.*, pp. 1027 y 1028. JAKOBS ha venido considerando como generadoras de responsabilidad por competencia institucional las “relaciones paterno filiales”, el “matrimonio”, la “confianza especial” y los “deberes genuinamente estatales”, pero últimamente ha suprimido de la lista a la “institución matrimonial”: cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 41.

252. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 93 a 1005.

253. *Ibíd.*, p. 285.

254. Así DEL RÍO FERNÁNDEZ. *Ob. cit.*, pp. 113 y 114 y BACIGALUPO. *Derecho penal...*, cit., pp. 565 y 566.

pues la inactividad del garante ante un delito de omisión es propia de lo requerido, entre otros requisitos, “para que el sujeto pueda ser autor del correspondiente delito de comisión por omisión”<sup>255</sup>. De allí que, “si el hombre no puede ser causal”, no es posible entender el favorecimiento de un delito de acción por medio de la omisión, toda vez que cuando en tales eventos el que omite es garante de impedir un resultado, será autor si podía evitarlo<sup>256</sup>.

No obstante, como ya se precisó, tales concepciones conducen a un concepto extensivo de autor en los delitos de omisión impropia, que si bien resulta acorde con un desarrollo lógico-formal de la institución de la posición de garante, en no pocos casos entra en franca desarmonía con la idea de igualdad material que rige instituciones tan afines a su aplicación como lo es la autoría y participación.

No es menos cierto también que podría verse ofendido el principio de proporcionalidad.

El desconocimiento de ciertas situaciones, como las que más adelante se plantearán, resulta a todas luces hiriente del sentimiento jurídico y se constata en ellas, que de no efectuarse las debidas diferencias y por consiguiente el adecuado y pertinente tratamiento, una clara vulneración al principio de justicia material.

Los instrumentos jurídicos a través de los cuales se denotan las relaciones jurídicas entre el Estado y las personas destinatarias de la ley penal, por virtud de la función de la norma subjetiva de determinación inserta en el principio de la imperatividad del derecho, son diferencialmente, como se vio, la obligación y el deber.

Entre obligación y deber existe una importante diferencia que marca límites cualitativos en cuanto al tratamiento de las instituciones que fundan: la obligación encarna la relación de vinculatoriedad en los delitos de acción y el deber cumple tal papel en el ámbito de la omisión.

Pero también, en la órbita de los deberes encontramos, según lo estudiado, que el ordenamiento jurídico ha consagrado de manera expresa algunos deberes intensificados o incrementados.

Allí se marcan importantes diferencias cuantitativas que también deben tener sus repercusiones jurídicas.

El incremento o intensificación de los deberes no puede recibir un tratamiento jurídico de soslayo.

---

255. La norma propuesta señalaba que “se consideran también cómplices los que, conociendo la perpetración de un delito y teniendo obligación de evitarlo, no lo impidieron”; CEREZO MIR. *Estudios...*, cit., pp. 45, 191 y 192.

256. BACIGALUPO. *Derecho penal...*, cit., p. 565.

Así, como ha sucedido con los ingredientes subjetivos y objetivos del tipo, el grado de aporte del sujeto para la definición de la autoría o la participación en los delitos de dominio, el grado de afectación al bien jurídico en la definición de la antijuridicidad material, el grado del conocimiento y la voluntad en la determinación del dolo (directo o eventual) y la culpa (consciente o inconsciente), la evitabilidad o inevitabilidad del error y la exigibilidad o inexigibilidad de otra conducta, como en muchas otras categorías o subcategorías del delito, el asunto de la gradualidad tiene un peso definitivo en materia de esculpir los elementos de lo jurídicamente relevante, los grados de lo relevante y el surgimiento de lo jurídicamente diferencial en que se sustentan instituciones similares y, necesariamente, la asignación de la respectiva consecuencia jurídica<sup>257</sup>.

Nada de lo anterior está aislado de las consideraciones de justicia material, pues, recuérdese bien, el legislador no puede sin más construir caprichosamente las instituciones jurídicas, so pena de negar un tratamiento adecuado en el marco de la justicia material.

También en la omisión ello está presente, puesto que la intensidad o incremento de un deber diferencia a los delitos de omisión propia de los de omisión impropia, marca la pauta para definir si la colisión de deberes excluye la tipicidad o la antijuridicidad, si el estado de necesidad libera de responsabilidad a quien, por virtud del ejercicio de su profesión, se le demanda afrontar el peligro, la admisión de la culpa inconsciente por el deber de prever y la determinación del error.

Nos preguntamos ¿por qué tampoco operan tales criterios en la determinación de si un garante es autor o cómplice?

Es cierto que la respuesta al anterior interrogante tiene que ser muy cuidadosa, pues no puede quedar librado al arbitrio, capricho o intuición del operador jurídico su determinación.

Debe partirse, sin duda alguna, del criterio que indica que, en principio, el garante es autor y sólo excepcionalmente puede hablarse de complicidad.

Para hablar de complicidad debe verificarse: a. Que exista un autor; b. Que se presente un acuerdo, expreso o tácito, o una adhesión no rechazada al acto de omisión, y c. Que exista una o más condiciones relevantes que determinen la existencia de un deber intensificado o incrementado frente a otro o ante varios deberes alguno resulte degradado, en cabeza de personas diferentes.

---

257. Muy ilustrativo y significativo resulta la afirmación de que “en función del *grado de responsabilidad* que por la fuente amenazante posea el sujeto que resultaría eventualmente afectado por la acción de salvaguarda, la idea rectora de solidaridad introducirá restricciones de distinto *alcance*”; BALDO LAVILLA. *Estado de necesidad...*, cit., p. 65.

Somos conscientes de lo difícil que resulta una delimitación adecuada del tema, empero, también las injusticias de naturaleza material que podrían surgir hacen imperioso que se aborde y se efectúen los intentos necesarios para una mejor delimitación.

En fin, la discusión en torno a la aprehensión jurídica de las posiciones de garante se traslada a este tópico, sin que por sí mismas impliquen el abandono del tema o una salida por la tangente para evadirlo.

Si esas dificultades se abordan cuando se trata de limitar lo relevante penalmente de aquello sin dicha significación jurídica, afectando no sólo la libertad, igualdad y seguridad jurídica, un argumento *a fortiori* en su versión *a maiori ad minus*, nos aconseja y casi nos obliga, inevitablemente, a abordarlas también cuando de definir la autoría y complicidad se trata, pues aquí, lejos de ponerse en peligro los anteriores principios, valores y derechos fundamentales, los mismos se aseguran.

Como se vio, ejemplificativamente, los deberes pueden ser calificados como de mayor o menor intensidad: a. Por vía de ponderación anclada en principios, valores y derechos fundamentales; b. Por reconocimiento expreso de la ley al reconocer deberes incrementados, y c. Por decaimiento de algunos deberes en razón de especiales circunstancias que justifican la aplicación del principio de la igualdad material.

Ante tales situaciones es obvio que, si existe un autor por comisión por omisión, el que se encuentre cobijado por el deber de menor entidad sólo puede tener la categoría de cómplice.

Es, como ya lo anunciamos, una *autoría degradada* que equivale jurídicamente a *complicidad*.

Empero, estos cómplices sólo recibirán una rebaja de pena por concepto de lo que punitivamente corresponde a tal forma de intervenir en el injusto, pero no aquella atinente al injusto complejo y que da lugar a la rebaja del inciso final del artículo 30 del Código Penal, pues sí tienen las calidades personales exigidas.

- Por diferenciación en cuanto a la naturaleza de la intensidad de los deberes basada en los roles de dirección o colaboración en la función

Los roles de dirección y colaboración permiten identificar deberes intensificados atribuibles al primero, luego entonces, por virtud de los principios de igualdad y proporcionalidad el colaborador que omite sólo puede ser tratado como cómplice.

Un Proyecto de Código Jurisdiccional Disciplinario ya reseñado en este trabajo, establecía una fórmula compatible con dichos principios.

*Artículo 15. Cómplices.* Es cómplice quien teniendo las calidades personales exigidas, pero no le compete directamente el cumplimiento del deber, contribuya a la realización de la falta disciplinaria o preste ayuda posterior<sup>258</sup>.

WAGNER anota que cuando un superior y un inferior, en el ámbito estatal, omiten conjuntamente evitar un delito, se les castiga como autor y cómplice respectivamente<sup>259</sup>.

Ejemplo: si un equipo médico que no atiende a un paciente implica que, al menos, la instrumentadora no sea tratada como autor.

- Complicidad aditiva

Cuando un garante y un no garante acuerdan no actuar, el primero, como es obvio, tiene el rol de autor y el otro sólo de cómplice si tiene el deber general de actuar fundado en la solidaridad general.

Ejemplo: un padre se encuentra acompañado de un amigo y el hijo del primero se ahoga en una piscina. El primero indudablemente es autor por comisión por omisión y el segundo, en principio, sería autor de omisión de socorro; empero, como medió un acuerdo de no actuar, no se podría, sin violar el principio de no imputar dos veces el mismo hecho, tomar dicha situación para imputarle al amigo una omisión de socorro y una complicidad en la comisión por omisión.

Allí, por razones de justicia material, dentro del desvalor del injusto de complicidad en la comisión por omisión queda integrado el injusto de la omisión de socorro.

- Por diferenciación, en cuanto al mayor riesgo que *deban* y *hayan* de asumir, los garantes en la actividad de salvamento necesariamente conjunta

La doctrina ha dicho, respecto de los delitos de acción, que “la importancia de una contribución al delito no está sólo en función de la escasez o abundancia del medio o instrumento suministrado o de la facilidad o dificultad de conseguir la colaboración prestada”<sup>260</sup>.

No obstante, como ya se vio, el orden jurídico ha consagrado la existencia de deberes incrementados.

Ya quedó reseñado el valor “compromiso” de que da cuenta el artículo 27 de la Ley 836 de 2003, del cual se deriva un deber intensificado a cargo de los miembros de la Fuerzas Militares en cuanto a la protección de la vida e integridad personal: la escasez

258. MAYA VILLAZÓN. *Presentación...*, cit., p. 289.

259. Citado por ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 709.

260. CEREZO MIR. *Estudios...*, cit., p. 42.

de recurso no es óbice para que el militar cumpla con su deber de garante si, de todos modos, la obtención del resultado se encuentra a su alcance, toda vez que no puede reducir a lo estrictamente necesario la actividad del servicio.

Ejemplo: miembros de un Gaula integrado por militares y agentes del DAS deben solventar el peligro para la vida en que se encuentra un secuestrado, empero, los recursos humanos y materiales disponibles para una operación no son suficientes y se necesita actuar de inmediato.

Si se omite, resulta obvio que el tratamiento a uno y otro no puede ser el mismo, toda vez que el militar tiene indefectiblemente que actuar y por tanto sería autor por comisión por omisión. En cambio el agente del DAS, cuyo concurso también es necesario, pero sin que sus deberes sean tan intensos como los del primero, no puede negarse a hacerlo; de omitir, le sería imputable una complicidad si se verifica un acuerdo con los primeros para no actuar.

- Por diferenciación en cuanto a la posición del decisor y del requirente

El artículo 160 de la Ley 734 de 2002 consagra, en cabeza de los representantes del Ministerio Público Procuraduría y Personerías, una importante facultad que consiste en que “podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará el patrimonio público”.

La Corte Constitucional ha precisado que tal medida tiene naturaleza preventiva, se lleva a cabo en el marco de la autonomía de las entidades públicas –aun cuando también procede respecto de particulares que realizan funciones públicas- y la colaboración armónica entre ellas, independientemente del concepto de rama del poder público. En cuanto a su ejercicio y efectos ha sido muy clara la rectora de la jurisprudencia en señalar que no es una medida “imperativa” sino facultativa, “no es una orden sino una solicitud” que se materializa en un acto jurídico motivado y “no tiene efectos vinculantes” para el destinatario, aun cuando lo obliga a dar respuesta a la petición, pero de todos modos carga o “asume los riesgos jurídicos que implica permitir que tales procedimientos, actos y contratos sigan surtiendo efectos”<sup>261</sup>.

Si un alcalde municipal ha delegado la contratación administrativa y el manejo del presupuesto en un secretario de despacho, y, muy a pesar de que conoce que éste se apropia de los dineros públicos, no actúa, incurrirá en peculado en comisión por omisión. Por su parte, el Procurador tiene el deber de instar a uno u otro para que suspenda el trámite administrativo, pero si no lo hace y se dan los requisitos para estimar un

---

261. Sentencia C-977 de 2002.

acuerdo o adhesión no rechazada, su tratamiento sólo puede captarse en el ámbito de la complicidad: si como garante está en mis manos evitar el resultado, soy autor; si necesito de uno de uno u otro de los involucrados sin más ni más, seré cómplice.

- Por la acumulación de posiciones de garante en torno a una que aparece como de mayor relevancia a cargo de uno de los varios omitentes

Un miembro de la Policía Nacional, encargado de salvaguardar la vida e integridad de las personas, que ante un ataque armado se encuentra en el dilema ineludible de salvar a su hijo o a otro niño en iguales y exactas circunstancias, y lo hace respecto del primero, no puede formularse reproche alguno en tal caso de colisión de deberes, en tanto, además, está de por medio su deber de padre.

Pero también, cuando en un mismo garante pesan varios deberes de salvamento respecto de otro u otros garantes, y entre aquellos se revela uno que muestra una vinculación más estrecha respecto del garantido, resulta de elemental justicia el que los otros garantes no queden en la misma e igual posición jurídica; podría modificarse el ejemplo anterior planteando el caso del mismo agente de policía, que encontrándose en presencia de otros uniformados, no salva a su hijo en una misma situación.

Pues bien, si en el primer caso no se le formula juicio de reproche respecto al salvamento de su hijo, encontrándose en la misma situación otro niño, es obvio que tal circunstancia nos indica que sus “deberes de padre” deben y tienen que tener un peso mayor respecto de los deberes comunes que comparte con los otros garantes, si se quiere tratar igual lo igual y desigual lo desigual, así como mantener también la vigencia del principio de proporcionalidad.

Entonces, si se dan los presupuestos mínimos de un actuar conjunto, por virtud de la degradación de los deberes a cargo de los demás garantes, el del padre surge intensificado para caracterizar la autoría y los primeros sólo podrán ser considerados como cómplices si se quiere respetar los principios de igualdad y proporcionalidad.

Los deberes de solidaridad de la persona respecto de “familiares y allegados” es tal, que han sido calificados como “*un vínculo de solidaridad muy estrecho*”, que impone diferentes y graduales niveles de observancia: “si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en esta primera instancia –familiares–, se traspasan, de modo subsidiario, sobre todos y cada uno de los miembros de la sociedad, que se aúnan en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional”<sup>262</sup>.

Lo anterior no puede ser más elocuente para demostrar nuestra tesis de la necesidad, en algunos eventos, de efectuar una *diferenciación cuantitativa de deberes de incumbencia en un plano valorativo*.

262. Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 351 y 352.

- Por la infracción del deber de garante cuando la situación de riesgo es creada por la omisión de otro garante llamada directa, inmediata y personalmente a la protección de un bien jurídico

Ejemplo: el padre que, viajando con su hijo menor y su niñera, por una imprudencia genera un accidente automovilístico del cual resulta herido el menor y ambos se abstienen de llevar a cabo acciones de salvamento.

Resulta evidente que el padre queda cobijado por dos posiciones de garante –injerencia y solidaridad natural– y la niñera sólo por una, con el agregado de que el primero dio origen a la situación que reclama acciones de salvamento.

Tampoco aquí pueden ser considerados ambos autores: lo será el padre, y la niñera sólo cómplice por razones vinculadas con los principios de igualdad y proporcionalidad.

– La participación culposa en la omisión dolosa

No es posible admitir una participación culposa en cuanto es impensable un acuerdo, expreso o tácito, o adhesión no rechazada de carácter involuntario.

### 3. Los delitos culposos de omisión

#### a. La autoría

Sólo es autor quien tenga el deber de actuar y no lo haga por infracción al deber objetivo de cuidado, pero con la exigencia imprescindible que la ley haya consagrado expresamente la modalidad culposa delictiva (*numerus clausus*).

La doctrina mayoritaria reclama un concepto unitario de autor que debe ser rechazado, pues considera, con base en prejuicios introducidos por el finalismo, que, dado que los criterios sobre la supradeterminación de la causalidad en la persecución de un fin comporta el dolo, el mismo queda excluido en el delito imprudente y en consecuencia lo decisivo –aunque con la morigeración que comporta el nexo de antijuridicidad reclamado entre la infracción al deber objetivo de cuidado y el resultado–, es el vínculo de causalidad.

#### b. La participación

Como consecuencia de lo anterior, pero además, por estimarse que la participación delictiva se funda en una estructura lógico-objetiva que presupone un necesario acuerdo, sólo viable en el delito doloso, la doctrina mayoritaria excluye la participación en el delito culposos.

No se concibe un “acuerdo” en torno a la infracción del deber objetivo de cuidado, bien como determinación o como ayuda, entre un partícipe y un autor. Todo el que interviene es autor.

También rechazamos tal posición, pero no es este el lugar para desarrollar el tema.

## VIII. LA INTERVENCIÓN OMISIVA EN LOS DELITOS DE ACCIÓN

No se trata aquí de la participación en un delito de omisión, sino de la intervención omisiva en un delito de acción, lo cual reclama un *status* separado en su tratamiento.

### A. LA AUTORÍA MEDIATA POR OMISIÓN EN LOS DELITOS DE ACCIÓN

Se trae como autoría mediata por omisión el ejemplo del enfermero que omite impedir que un enfermo mental a su cargo le quite la vida a otra persona, lo cual, en cierta forma, se resuelve disputadamente por la doctrina.

Unos afirman la autoría mediata y otros la comisión por omisión para solucionar la situación jurídica del enfermero<sup>263</sup>.

Así las cosas, como se lo reconoce expresamente, en todos los eventos en que un garante no interviene para contrarrestar un delito, si se tuviera que renunciar al impulso mencionado, se coincidiría con el fenómeno de la autoría directa en comisión por omisión, sin que tenga aplicación práctica el fenómeno de la autoría mediata por omisión en un delito de comisión por omisión.

Ante un ejemplo propuesto por MAURACH, sobre el evento del enfermero que encargado de vigilar a los enfermos mentales en un hospital psiquiátrico “deja, adrede, que un enfermo mental ataque a otro”, dice ROXIN que si la agresión se ha llevado a cabo “con independencia del cuidador, por propia iniciativa”, sería autor por comisión por omisión y si, por el contrario, lo ha hecho “determinando de algún modo al enfermo” a llevarlo a cabo, será autor mediato pero por comisión.

ROXIN también descarta esta figura en tanto se requiere un “*impulso* al autor por parte del no ejecutor que convertiría la acción necesariamente en hecho comisivo”<sup>264</sup>.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, por vía teórica, da cuenta del fenómeno cuando ejemplifica con quien “teniendo un deber jurídico y la posibilidad de actuar, nada hace para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar las consecuencias más graves de él”. Niega terminantemente la llamada “autoría mediata por omisión”, en tanto, “siempre habrá autoría directa (no mediata) por omisión” en dichos eventos<sup>265</sup>.

---

263. ZAFFARONI y otros. Ob. cit., p. 749. La doctrina mayoritaria niega la autoría mediata y reafirma la autoría por comisión por omisión, entre la que sobresale BACIGALUPO. *Delitos impropios de omisión...*, cit., p. 176.

264. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 522.

265. DEL RÍO FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 112.

MIR PUIG enseña que “*nunca* puede considerarse autor directo de comisión por omisión a quien no impide que *otro cometa* un delito”, de lo cual deriva la posibilidad de la “autoría mediata por omisión”, si concurren “los presupuestos generales de la autoría mediata”<sup>266</sup>.

Por su parte JAKOBS afirma que en “la autoría mediata, el que omite debe tener dominio de la decisión [...] La autoría mediata mediante omisión se da cuando la circunstancia que en el ejecutor excluye la imputación es el fundamento de responsabilidad para el autor de la omisión; ejemplo: el portero-administrador de una vivienda, que no libera a la persona que por error ha quedado encerrada, supuesto el dolo, es autor mediato por omisión, mediante la utilización de un instrumento justificado, si la persona encerrada se libera rompiendo una puerta”<sup>267</sup>.

Ejemplo: A, padre de los menores B, C y D, no les suministra siquiera la manutención básica y E, esposa de aquél y madre de éstos, como servidora pública, administra dineros. Ante una penosa e irremediable situación E se plantea la muy probable apropiación de dineros, evento que muy bien conoce A, quien a pesar de ello, sabiendo de la encrucijada de su esposa y teniendo la posición económica para solventar la situación omite el amparo económico ante una necesidad extrema e inmediata que no da espera para la vida y salud de un hijo. Por ello E se ve empujada irremediablemente a apropiarse de parte del dinero.

## B. LA PARTICIPACIÓN OMISIVA EN LOS DELITOS DE ACCIÓN

STRATENWERTH niega, acudiendo a la doctrina mayoritaria, la posibilidad de “llevar a cabo *por* omisión la participación en un delito de comisión o de omisión”<sup>268</sup>. MIR PUIG señala que cuando “concurran sujetos que actúan unos positivamente y otros omisivamente, será preferible considerar al omitente como partícipe (cooperador) de un delito de comisión positiva”<sup>269</sup>.

DEL RÍO señala que la pasividad del garante, frente aun tercero que ejecuta activamente una lesión de un bien jurídico cuya protección aquel tiene a cargo”, se “convertirá en participación en comisión por omisión”<sup>270</sup>. No distingue que tipo de participación.

Se tiene participación, según ROXIN, en los eventos en que se presenta “una cooperación fuera de la autoría determinante para el tipo en cuestión”, así, “se presenta participación por omisión allí donde esa inactividad, con arreglo a patrones jurídicos, aparece como cooperación en un delito, sin reunir los requisitos de la autoría”<sup>271</sup>.

---

266. MIR PUIG. *Derecho penal...*, cit., p. 379.

267. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., pp. 1024 y 1025.

268. STRATENWERTH. *Ob. cit.*, p. 317.

269. MIR PUIG. *Derecho penal...*, cit., p. 390.

270. DEL RÍO FERNÁNDEZ. *Ob. cit.*, p. 119.

HUERTA TOCILDO admite la *participación omisiva en un delito de comisión* siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: “se dé un acuerdo de voluntades entre el que omite y el autor del delito comisivo” y quien omite “tenga la característica de *garante*, imprescindible en todo supuesto de responsabilidad a título de *comisión por omisión*, ya sea la actividad –en este caso, omisiva– desarrollada constitutiva de autoría, ya se quede en el nivel de la participación. Si tales condiciones se dan, el omitente responderá de su participación por omisión en el delito no impedido”<sup>272</sup>.

Otro sector doctrinal entiende que la situación jurídica del garante que omite, ante la acción de un tercero sobre el bien jurídico garantido, sólo puede ser entendido, en principio, como relevante para la complicidad. Empero, JESCHECK señala que si “el dominio del hecho únicamente pasa al omitente”, el “actuante deja de dominar”<sup>273</sup>.

Tal ejemplo, en consecuencia, implicaría que la autoría omisiva del omitente desplaza en el evento señalado la autoría comitiva, lo cual resultaría claro si se señalara qué sucede entonces con el interviniente activo y cuál es la calificación jurídica de su comportamiento, para concluir en si es o no punible.

### *1. La determinación por omisión en los delitos de acción*

Sólo la modalidad activa es aceptada por GÓMEZ BENÍTEZ, en tanto “difícilmente puede decirse que la omisión sea, por sí misma, la que hace surgir la determinación delictiva en alguien”, no tiene eficacia y sólo podría favorecer la espontánea aparición de la decisión en otro, lo cual, como mucho, si es suficiente, puede generar “complicidad por omisión”<sup>274</sup>.

Se dice por BACIGALUPO, siguiendo la doctrina dominante, que debe rechazarse la posibilidad de inducción por omisión, puesto que “el inductor debe crear el dolo del delito en el autor, es decir, la decisión del hecho. Mediante omisión no se crea la decisión sino que sólo no se impide que ésta surja”<sup>275</sup>.

La inducción a través de conductas puramente omisivas o “concurso mediante omisión en la acción de otro (participación por omisión, *stricto sensu*)” es negada, compartiendo lo afirmado por la doctrina mayoritaria, por DEL RÍO FERNÁNDEZ, toda vez que no resulta posible, puesto que el “inductor debe provocar en el autor la resolución de la acción por la vía del influjo psíquico”<sup>276</sup>.

271. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 514.

272. HUERTA TOCILDO. *Problemas fundamentales...*, cit., p. 249.

273. JESCHECK HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Granada, Edit. Comares, 1993, pp. 634 y 635.

274. GÓMEZ BENÍTEZ. *Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 520 y 521.

275. BACIGALUPO. *Derecho penal...*, cit., pp. 564 y 565. El “auxilio moral por omisión”, no puede constituir inducción por falta de eficacia inductora, como máximo complicidad por omisión: GÓMEZ BENÍTEZ. Ob. cit., p. 536.

276. Aunque cita a algunos autores que “concluyen que nada impide que la inducción revista en algunas ocasiones la forma de omisión”: DEL RÍO FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 112.

ROXIN también descarta esta forma de aparición del punible en razón a la falta de “impulso” al autor, ya expuesta en la autoría mediata por omisión.

JAKOBS anota que, si resulta “necesaria una comunicación acerca de que el hecho ha de ejecutarse, no hay inducción mediante omisión”<sup>277</sup>.

Contrario a los anteriores SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES afirma que:

Existe inducción omisiva, allí donde se ha producido por imprudencia una *comunicación suficiente*, esto es, la que de haber mediado dolo habría supuesto una inducción activa, si después de esa comunicación suficiente, imprudente, el sujeto del que partió descubre los planes delictivos del receptor de la misma y no hace nada por impedirlos. Veamos un ejemplo: el supuesto más evidente se produce cuando el agente provocador, tras haber *inducido* al autor, comprueba que el hecho puede consumarse y de todas formas, no lo impide. Ejemplo: el detective privado, D, ha sido contratado para esclarecer los robos que se vienen produciendo en una sucursal bancaria. Tras algunas averiguaciones, D está prácticamente convencido de que L, un *conocido de la policía*, es el que busca. Como ya en otras ocasiones L se ha librado de la cárcel por falta de pruebas, y para facilitar un rápido proceso, D *induce* a L a cometer un nuevo atraco en la sucursal bancaria. D está seguro de que gracias al nuevo y sofisticado equipo de seguridad instalado en el banco y que él mismo recomendó, el atraco no podrá en ningún caso consumarse con éxito. Poco antes de que L lleve a cabo el atraco, D se entera por el director de la sucursal, que el *último modelo* en medidas de seguridad se ha estropeado. Como D, debido al cobro de sus honorarios, se encuentra en malas relaciones con el director, omite impedir el atraco a pesar de que ello le hubiera sido posible sin dificultad<sup>278</sup>.

Muy a pesar de los criterios adversos de la doctrina podríamos idear de todos modos en un plano abstracto y en teoría, situaciones que darían pábulo para admitir la posibilidad de una determinación omisiva.

Ejemplo: al padre de los menores B, C y D no les suministra siquiera la manutención básica y E, esposa de aquél y madre de éstos, como servidora pública, administra dineros. Ante una penosa y difícil situación E se plantea la probable apropiación de dineros, evento que muy bien conoce A, quien a pesar de ello, sabiendo del dilema de su esposa y teniendo la posición económica para solventar la situación omite el amparo económico ante una necesidad inmediata de la cual se puede derivar peligro para la vida y salud de un hijo. Por ello E se ve empujada a apropiarse de parte del dinero.

---

277. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 1025.

278. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva...*, cit., p. 112.

## 2. La complicidad por omisión en los delitos de acción

Podría decirse, en términos generales, que existen tres posiciones en torno a la posición del garante omitente frente al tercero que afecta un bien jurídico delictivamente<sup>279</sup>:

a. Una de carácter extensivo, según la cual “en la comisión por omisión sólo hay autoría”, incluso “aunque el hecho lo haya cometido activamente otro sujeto y éste también sea autor del mismo”.

En principio esta es la tesis correcta si se tiene una posición de garante. Conlleva a negar la complicidad del garante en un delito de omisión.

b. Otra posición admite en tal caso “participación por omisión en el garante (concretamente cooperación omisiva)”, habida cuenta que cuando interviene activamente otro en él se refleja el dominio del hecho necesario en la autoría, lo cual no ocurre en quien omite.

Tal tesis no es de recibo en nuestro medio por cuanto la figura de la “cooperación necesaria” no tiene existencia legal.

c. Finalmente una posición intermedia postula que habrá autoría en los eventos en que no actúe el garante, pero participación, en orden a evitar la impunidad del garante, “en aquellos tipos en que, por requerirse especiales formas de ejecución o cualidades especiales en el autor o requisitos adicionales subjetivos u objetivos, al garante omitente no se le puede considerar autor: por ejemplo, si aquel no impide delitos de propia mano, o de actividad, o especiales o con elementos subjetivos del injusto, etc.”.

a. La omisión del garante ante un comportamiento activo de un tercero es en principio autoría

En principio, salvo las excepciones que se irán precisando, en la intervención plural, si todos los concernidos son garantes así también serán autores.

Empero, cuando se trate de la “complicidad de un garante”, en algunos eventos muy precisos y excepcionales, es claro y evidente que el cómplice sólo tendrá derecho a una rebaja de pena: a aquella que le corresponde como cómplice. No tendrá derecho a la rebaja de pena, de que da cuenta el inciso final del artículo 30 del Código Penal, por cuanto es un interviniente con las calidades personales exigidas por el tipo penal de comisión por omisión.

b. La complicidad omisiva como forma de facilitar el comportamiento activo de un tercero

---

279. Cfr. DEL RÍO FERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 113 y 114. También respecto de la última posición BACIGALUPO. *Derecho penal...*, cit., pp. 565 y 566.

En términos generales SÁINZ CANTERO acepta contribución omisiva del partícipe, en este caso complicidad, en la aportación omisiva del “criado que deja de cerrar la puerta de noche para facilitar la entrada de los ladrones” –ejemplo tomado de ANTÓN ONECA–, puesto que “contribuye con una condici3n para la realizaci3n del delito, y esto es lo que debe ser valorado, no la forma externa de la aportaci3n”<sup>280</sup>.

Es la complicidad por v3a general sin que intervenga la posici3n de garante cuando la omisi3n “favorece el hecho”. As3 “la inactividad aparece como facilitamiento y favorecimiento positivo de un hecho cuando el sujeto, en consideraci3n al delito planeado, omite una acci3n que estaba dispuesto a llevar a cabo al margen de toda comisi3n delictiva y que habr3a impedido o dificultado objetivamente la comisi3n del hecho”: “quien para posibilitar un delito abandona la resoluci3n de actuar ya adoptada, incurre en participaci3n”, pues, siguiendo a KANT, “toda disminuci3n de impedimentos de una actividad es favorecimiento de esa actividad”: el vecino que no cierra con llave la puerta de su casa por la noche, sabiendo que se prepara un asesinato contra su otro vecino, “est3 despejando una circunstancia que obstaculizar3a el resultado, favoreciendo el hecho exactamente igual que mediante hacer positivo”<sup>281</sup>.

Se cita como ejemplo el de quien por descuido “no evita que un asesino se lleve el veneno que 3l debe custodiar, s3lo ser3a mero c3mplice del asesino, aun cuando hubiera podido f3cilmente impedirselo”<sup>282</sup>. Tamb3n ORTS ALBERDI es de tal criterio, al postular que existe, por ser f3cilmente concebible, la participaci3n “mediante una omisi3n”: “Ser3a el caso del criado que en complicidad con el ladr3n omite cerrar la puerta de la casa para que 3ste pueda entrar a robar”<sup>283</sup>.

### c. La llamada por ROXIN “aut3ntica complicidad por omisi3n”

La complicidad del omitente garante en un delito de acci3n realizado por otra persona s3lo es posible “cuando el supuesto de hecho requiere para la autor3a *exigencias adicionales*, que van m3s all3 de la omisi3n de evitar el resultado, dirigidas a elementos subjetivos especiales, deberes especiales o ejecuci3n de propia mano”<sup>284</sup>. Cuando “el garante no impide que un tercero realice la acci3n delictiva y el delito no es comisible omisivamente”, por ejemplo, por ser de propia mano o por requerir del autor un elemento subjetivo de la autor3a del cual carece el garante, nos encontramos frente a “complicidad omisiva”<sup>285</sup>.

280. SÁINZ CANTERO. Ob. cit., p. 811.

281. ROXIN. *Autor3a y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 514, 525 y 526.

282. *Ib3d.*, p. 708.

283. FRANCISCO ORTS ALBERDI. *Delitos de comisi3n por omisi3n*, Buenos Aires, Ghersi-Editor, 1978, pp. 97 y 98.

284. As3, calific3ndola de 3nica forma de participaci3n cometida por omisi3n. STRATENWERTH. Ob. cit., p. 318.

285. MORENO Y BRAVO. Ob. cit., p. 170.

Los eventos que se señalarán a continuación toman el nombre de “auténtica *complicidad por omisión*”, en tanto la “calificación penalmente relevante del omitente desciende hasta constituir una cooperación a título distinto de autoría que sólo puede valorarse como complicidad”, puesto que “como la autoría del que actúa resulta de su dominio exclusivo, es insoslayable recurrir para su fundamentación al carácter periférico (en esta medida) de la cooperación por omisión”. Esto es, se encuentra, por la posición de garante, fundada la punibilidad pero no la autoría<sup>286</sup>.

Aunque GOESSEL no desarrolla las consecuencias de su punto de vista, resulta obvio entender, para los efectos anteriores, su criterio consistente en afirmar que cuando falta la “correspondencia” ello no presupone que “desaparezca el *estar obligado*”<sup>287</sup>.

Muy bien, cabe entonces, determinar a título de qué se encuentra obligado el sujeto que se encuentra en posición de garante frente a la acción de terceros que afectan bienes jurídicos cuyo salvamento está a cargo de aquél.

De todos modos estos cómplices sólo recibirán una rebaja de pena por concepto de lo que punitivamente corresponde a tal forma de intervenir en el injusto, pero no aquella atinente al injusto complejo y que da lugar a la rebaja del inciso final del artículo 30 del Código Penal, pues sí tienen las calidades personales exigidas.

Para su aplicación en Colombia, esta posición, que resulta dogmáticamente válida y aceptable político criminalmente, de todos modos está sujeta a las limitaciones impuestas por la órbita de bienes jurídicos que admiten la comisión por omisión.

– En los delitos de propia mano

Es necesario considerar que los delitos de propia mano imponen irremediamente limitaciones a las formas de autoría<sup>288</sup>.

Pera además, para atender la posibilidad jurídica de este fenómeno, debe quedar muy claramente establecido, como lo propone ROXIN, no puede seguir atendiéndose la oscuridad con que la doctrina tradicional ha venido trabajando el tema de los delitos de propia mano, puesto que no se suelen separar con claridad de los delitos de infracción de deber<sup>289</sup>.

---

286. Así, aunque limitándolos a los delitos de propia mano –prácticamente reducidos al *incesto*– y a los delitos de apropiación, ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 520, 521, 706, 707, 711 y 712. También, con la precisión de la exigencia de la equiparación estructural necesaria en los delitos de comisión por omisión para establecer la autoría, se presenta la figura de la participación en los eventos donde ya no es posible la “específica configuración” que demanda el tipo; SILVA SÁNCHEZ. *Estudios...*, cit., pp. 260 y 261.

287. GOESSEL. *Dos estudios...*, cit., p. 59.

288. Por todos MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU. *Los delitos de propia mano*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 70 y ss.

289. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 435.

Evidentemente, no hacerlo así, implicaría tanto como aceptar la gobernabilidad jurídica del asunto por virtud de una tautología, que conllevaría a la no aceptación de la complicidad en tales casos a partir de un argumento apenas aparentemente circular: si en los delitos de infracción de deber sólo cabe la autoría, como los delitos de propia mano son de infracción de deber, obviamente, no cabe la participación.

De allí que, acogiendo la postura de ROXIN, debe aceptarse que los delitos de propia mano son construidos sobre la base de “tipos que describen un comportamiento que no pueda dominarse a través de un agente personalmente, ni entenderse como infracción de un deber especial extrapenal”<sup>290</sup>.

En los delitos de propia mano la posición de garante fundamenta la “punibilidad” pero no la “autoría” ante la intervención de un tercero, por tanto, como no se puede ser autor, será cómplice ya que aquel contraviene el “deber de evitar un resultado”, pero no existe “un tipo autónomo omisivo del que se derivara la punición por autoría”: “es posible que en el caso concreto se den los requisitos de la punibilidad, pero no los de la autoría”<sup>291</sup>.

Implica entonces, ante las limitaciones que para efectos de la configuración de la autoría impone la categoría de los delitos de propia mano, ciertamente no imputar como autor pero tampoco dejar impune el comportamiento omisivo del garante frente a la acción de un tercero.

Tal forma de pensar presupone dejar de lado la opinión dominante que entiende que en los delitos de propia mano, dado que en ellos, “por una exigencia típica, el comportamiento prohibido que vincula personal e inmediatamente al autor con su hecho está referido a un hacer, y quien no lo evita, por el sólo hecho de no evitarlo, no lo realiza”, el omitente garante responde por comisión por omisión<sup>292</sup> o por nada.

Es decir, aquí la omisión no equivale a la acción, toda vez que sólo el autor inmediato puede dominar personalmente el suceso.

O como afirma AUERBACH: “esa estrecha relación existente en los delitos de propia mano entre el autor y su hecho” se ve “afectada en forma *cualitativamente distinta* con una omisión del deber de evitación del hacer ajeno que a través del hacer personal”. Reconduciendo el evento a una misma solución dogmática, pero por vía diferente, STEINER señala que “la realización por omisión en los delitos de propia mano no es posible porque éstos son impensables sin un *movimiento corporal*”<sup>293</sup>.

290. *Ibíd.*, p. 444.

291. *Ibíd.*, pp. 514, 515, 516 y 517. O como dice MAQUEDA ABREU, respecto de ROXIN, se tiene que allí nos encontramos ante un deber “general de evitación del resultado” que no puede reemplazar, por no ser idéntico, al “cumplimiento de un específico deber”; MAQUEDA ABREU. *Los delitos de propia mano*, cit., p. 97.

292. MAQUEDA ABREU. *Los delitos de propia mano*, cit., p. 96.

293. *Ibíd.*, p. 96.

En fin, afirma MAQUEDA ABREU, “lo que se niega a admitir la doctrina, con relación a estos delitos, es la posibilidad de trazar una *equivalencia* entre la realización de propia mano de la acción descrita en el tipo y la no evitación de su ejecución por mano ajena, de parte de quien tiene la obligación de evitarla”, lo cual es correcto para excluir la autoría en comisión por omisión por “ausencia de un requisito esencial para la autoría”, pero habrá de apreciarse “participación”<sup>294</sup>, concretamente complicidad.

Tal sería el caso en aquel evento, resuelto por la vía de la autoría de comisión por omisión por la jurisprudencia española, donde “la madre que conociendo las persistentes e ilícitas relaciones carnales entre su esposo y la propia hija legítima de ambos (con la que llegó a tener dos hijos) se mantuvo en completa pasividad por ser aquel el único sostén de la familia”.

– En los delitos que exigen deberes altamente personales

Por su parte, dice ROXIN, que son “delitos de infracción de deber personalísimos”, los llamados por él “delitos de propia mano inauténticos”, citando, por ejemplo, el caso de la injuria por omisión, puesto que existiendo en ésta un deber de respeto personalísimo, “se puede llegar a ser autor de injurias por omisión negándole a otro ostensiblemente la mano o el saludo”; pero quien no evita las injurias estando obligado a ello sólo puede ser cómplice<sup>295</sup>.

– En los delitos con elemento subjetivos del tipo

“El padre que no evita que roben a su hijo, es (por falta de ánimo de apropiación, no autor, sino) cómplice por omisión en el robo”. En los delitos de “transmisión de información [...] El padre que no impide que estafen gravemente a su hijo, responde por complicidad”<sup>296</sup>.

ROXIN denomina a esta forma de compliãdad omisiva como específica para los “delitos de apropiación”, donde la sustracción del bien debe producirse con el objeto de aprovecharla económicamente”, de allí que, “el vigilante nocturno que, quebrantando su deber, no impide un hurto, simplemente puede así favorecer el hecho ajeno, pero no realizar en su persona” el delito de apropiación, excluyéndose la autoría por el “dominio cualificado”<sup>297</sup>.

d. La posición del garante que, ante el comportamiento activo de un tercero, sólo puede dificultar pero no impedir la lesión del bien jurídico

294. *Ibíd.*, pp. 97 a 100.

295. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 518 y 519.

296. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 1012.

297. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., pp. 519 y 520.

PORTILLA CONTRERAS estima que “al igual que es posible graduar la responsabilidad del partícipe en la acción, debe graduarse la responsabilidad del que no la evita”. Así, concluye que, “si se demuestra que la omisión sólo ha podido dificultar la acción y, en ningún caso, impedirla, entonces, aunque el sujeto sea garante, no responderá como autor sino como partícipe”<sup>298</sup>.

Resulta claro que tal distinción resulta relevante si se quiere respetar el principio de proporcionalidad.

La intensidad del deber decae, sin que desaparezca, en aquellos eventos donde el garante omite pero el comportamiento que deja de realizar no habría conducido a la evitación del resultado, siempre y cuando nos encontremos ante un comportamiento activo de un tercero.

Se aplican aquí, *mutatis mutandi*, la teoría de los deberes incrementados y los criterios esbozados para lo que hemos llamado *complicidad por diferenciación cuantitativa de deberes de incumbencia*.

Es obvio, por las mismas razones, que éste cómplice no tiene derecho a la rebaja de la pena por cuenta del inciso final del artículo 30 del Código Penal.

e. Cuando el garante no impide que el cómplice de un tercero actúe

Existe complicidad omisiva y no autoría cuando “el garante no impide un injusto con calidad de participación. Ejemplo: el padre no impide que su hijo menor de edad, favorezca un hecho delictivo ajeno facilitando el arma”<sup>299</sup>.

Según JAKOBS “se da también omisión en concepto de autor cuando el obligado no impide el delito de otra persona contra el bien, aun cuando este delito a su vez sólo constituya participación”<sup>300</sup>, lo cual desconoce flagrantemente los principios de igualdad y proporcionalidad.

También SILVA SÁNCHEZ admite la complicidad en aquellos eventos “en que el compromiso de neutralización abarca sólo conductas de partícipes activos en el hecho y no la del autor” y a ello es a lo que se ha comprometido el garante<sup>301</sup>.

Aquí, muy a pesar de que se involucra el concepto de “posición de garante”, es obvio que el mismo no interviene para nada en la configuración de la complicidad inmediata,

---

298. GUILLERMO CONTRERAS PORTILLA. “La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro-Homenaje a Ángel Torío López, Granada, Edit. Comares, 1999, p. 463.

299. Citando a RUDOLPHI y ROXIN, trae tal ejemplo SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES. *Intervención omisiva...*, cit., p. 121.

300. JAKOBS. *Derecho penal*, cit., p. 1028.

301. SILVA SÁNCHEZ. *Estudios...*, cit., pp. 260 y 262.

por tanto tal cómplice tendrá derecho también a la rebaja del inciso final del artículo 30 del Código Penal.

f. Cuando la situación de riesgo para el bien jurídico es creada por otro garante que domina corporalmente el suceso

La conducta del esposo que no impide que su mujer aborte, realizándose sobre su cuerpo maniobras abortivas, es calificada por la doctrina como *complicidad por omisión* en un delito de aborto, pues “dicha pasividad no integrará una autoría en sentido estricto –pues el que lleva a cabo la conducta típica es *otro*, al que no se le impide hacerlo, sino de participación por omisión”, contrario a lo que ha apreciado el Tribunal Supremo Español al entender allí autoría por omisión<sup>302</sup>.

Es obvio que un garante que domina el suceso hace decaer, por razones de proporcionalidad e igualdad, la intensidad del deber del garante que omite. No podría, sin herirse la idea fundamental de justicia material, equiparar a raja tabla la situación de ambos garantes.

También es ejemplo de esta tónica la situación del padre que arremete violentamente contra su menor hijo y la niñera se mantiene impasible.

Este cómplice sólo tendrá derecho a la rebaja de pena por razón de su injusto de participación y no por lo dispuesto en el inciso final del artículo 30 del Código Penal, pues sí tiene las calidades personales especiales exigidas en el tipo de comisión por omisión.

## IX. EL CONCIERTO PARA DELINQUIR OMISIVAMENTE

El Código Penal colombiano, en su artículo 340, consagra el delito de “concierto para delinquir”: “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión...”.

En este tópico resulta absolutamente imposible hablar de “participación”. Todos los intervinientes tienen la calidad de autores, sin que pueda hablarse de coautoría y autoría mediata.

Por tanto, cuando se trata de un concierto para delinquir, respecto de la imputación a los intervinientes, en el mismo sólo cabe la autoría, incluso si se tratare de una concertación de varias personas para realizar comportamientos omisivos erigidos como delitos.

---

302. HUERTA TOCILDO. *Problemas fundamentales...*, cit., pp. 249 y 250.

No es posible la determinación ni la complicidad, pues tales actos son ya parte del concierto para delinquir y no cabe la complicidad, ni siquiera en aquellas manifestaciones “exclusivamente fundadas en una metodología normativa” de que se ha dado cuenta en este trabajo, por cuanto el sólo hecho del “concierto”, sin más ni más e independientemente de una valoración ontológica y/o jurídica, caracteriza esta modalidad delictiva.

Otro tanto habría de estudiarse con respecto a los delitos de omisión cometidos en desarrollo del concierto para delinquir, en lo cual se siguen las reglas ya sentadas.

## X. FIGURAS NO PUNIBLES

### A. LA PROPOSICIÓN ACTIVA PARA DELINQUIR OMISIVAMENTE

El artículo 30, numerales 1 y 2, del Código Penal alemán consagra la figura de “tentativa de la participación”<sup>303</sup> o “proposición para delinquir” tanto activa como pasiva: a. Cuando una persona intenta convencer a otro de cometer un delito; b. Cuando una persona induzca a otro a cometer un delito pero no alcanza siquiera actos ejecutivos; c. Quien se declare dispuesto ante el intento de convencer o ante la inducción de otro; d. Quien inducido acepte el ofrecimiento de otro para delinquir; e. Quien acuerde con otro cometer un delito, y f. Quien acuerde con otro inducir a otro a la comisión de un delito.

Las anteriores formas de “intervención en el delito” son perfectamente viables de llevarse a cabo respecto de los delitos de omisión, empero, fundadas en el más craso “desvalor de acción”, resultan incompatibles con los principios de bien jurídico y lesividad, como con su consecuente dogmático “antijuridicidad material”, razón por la cual no son punibles en el ordenamiento jurídico colombiano.

### B. ¿LA PROPOSICIÓN OMISIVA PARA DELINQUIR ACTIVA O PASIVAMENTE?

La proposición omisiva para delinquir por acción o por omisión se enfrenta a dos escollos insalvables: a. Aquel determinado por la “naturaleza de las cosas”, pues aunque teóricamente podría pensarse en una proposición omisiva, la misma resulta imposible en la práctica por razones muy similares a las expuestas para la autoría mediata y la determinación omisiva, tanto en los delitos de acción como de omisión; y b. Su inviabilidad jurídica, por razones de constitucionalidad y contraria a la principialística derivada de las normas rectoras de la ley penal colombiana (arts. 11 y 13 de la Ley 599 de 2000).

---

303. Cfr. EMILIO EIRANOVA ENCINAS. *Código Penal Alemán-Código Procesal Penal Alemán*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 29.

### C. LA TENTATIVA IMPOSIBLE DE OMISIÓN

Resulta claro que la tentativa no es tema del cual debamos ocuparnos en el presente estudio, no obstante, el manejo de algunas figuras de la intervención podrían conducir a la necesidad de acudir al tópico de la tentativa imposible, al menos en el derecho comparado.

Es difícil imaginar ejemplos de tentativa imposible de omisión, empero, si se acude a la imposibilidad de consolidarse una adecuación típica por falta de alguno de los elementos de la descripción, la misma en teoría podría ser admitida.

Se trata del evento aquel en el cual se lleva a cabo un comportamiento constitutivo de autoría mediata en un delito de comisión por omisión, sin que el hombre de atrás –sólo el instrumentado– tenga las calidades personales requeridas para ser autor –posición de garante–.

Es cierto que aquí no se trata de falta del objeto ni de inidoneidad de los medios, sin embargo, en la comisión por omisión como no se requiere de la gobernabilidad de un curso causal, precisamente, para entender tal forma delictiva, es necesario vincular al autor con los medios en sentido jurídico. Esto es, el medio para ser autor de comisión por omisión está inescindiblemente vinculado con la autoría y no con otro componente del tipo penal, si se puede hablar de medios en la omisión en forma diferente a su entendimiento en los delitos comisivos.

De todos modos, también en este tema nuestro ordenamiento jurídico constitucional-penal no permitiría –por inconstitucional– una tal penalización, como sucede en otras latitudes, especialmente con lo dispuesto en el artículo 23 numeral 3 del Código Penal alemán.

