

# **LA IMPUTACIÓN POR OMISIÓN IMPROPIA** **EN EL ART. 4 DE LEY 7492/86**

Raúl Cervini <sup>1</sup>

## **I. PLANTEAMIENTO**

**1.** Con anterioridad nos hemos referido al art. 4 de la Ley 7492/86, entendiendo que esta norma carece de la suficiente nitidez y concreción como para permitir distinguir aquello que pretende punir <sup>2</sup>. En esta oportunidad nos ocuparemos de otro aspecto dogmáticamente trascendente relacionado con la misma norma: la posibilidad de imputar este tan impreciso tipo penal por vía de omisión impropia.

**2.** Aclarado lo anterior resulta de portada señalar que no puede haber responsabilidad penal por la simple pertenencia funcional de alguien a una persona jurídica, cuya gestión es señalada como delictuosa (fraudulenta o temeraria, en el caso). Lo contrario importaría la violación a dos grados del principio de culpabilidad, mediante el expediente de crear en la cabeza de una persona física responsabilidad vicariante por actos imputados a una persona jurídica. Ni las personas jurídicas son penalmente responsables (por más que una tendencia a darle un sesgo penalizante al Derecho Administrativo así lo propugne), ni, mucho menos, sus administradores son garantes formales, ante el Derecho Penal, por la rectitud de su gestión. Esto ni siquiera ocurre en lo que atañe a la responsabilidad estatutaria y civil del administrador, según se desprende de la lectura del art. 158, II, par. 1º, de la Ley de Sociedades Anónimas (Ley N° 6.404, de 15 de diciembre de 1976, con las modificaciones de la Ley N° 9.457, de 5 de mayo de 1997): “El administrador no es responsable por actos ilícitos de otros administradores, salvo si fuere connivente con ellos, hubiere tenido negligencia en descubrirlos o si, teniendo conocimiento de ellos, dejara de actuar para impedir su práctica”.

**3.** En mérito a lo expuesto, y entrando en el tema objeto de esta contribución, pensamos que la posibilidad de imputación por omisión impropia o, en otras palabras, por omiso impedimento de un resultado que podría y

---

<sup>1</sup> Profesor Agregado Grado 4 Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Catedrático y Director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Secretario General para América Latina y 2º Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies).

<sup>2</sup> Cervini, Raúl: "El Principio de legalidad y el tipo evanescente previsto en el art. 4 de la Ley 7492/86" Disponible na internet: <http://7www.direitocriminal.com.br>, 02.10.2001)

debería haber impedido, sólo sería posible si se diera respuesta afirmativa a tres cuestiones sucesivas:

**3.1** La primera, si todo delito, y, en especial, el de gestión temeraria, puede ser cometido mediante omisión, en los términos del art. 13, par. 2° del Código Penal.

**3.2** La segunda, admitida respuesta positiva a la primera, si la calificación de “temeraria”, que pueda darse a la gestión (y salvada su inherente indeterminabilidad) es compatible o no con la inactividad que es esencia de la omisión.

**3.3** Finalmente, en tercer lugar y ya salvadas estas dos cuestiones previas por la respuesta afirmativa, decidir si el eventual autor por omisión impropia tenía en el caso hipotético, las facultades y conocimiento suficientes como para evitar el resultado, esto es, si se encontraba en posición de garante.

Estos serán los temas que trataremos sucesivamente.

## **II. LA PROBLEMÁTICA DE LA EQUIPARACIÓN ENTRE CAUSAR Y NO IMPEDIR REFERIDA AL CONJUNTO DE DELITOS EN QUE ELLA PUEDA LEGÍTIMAMENTE TENER LUGAR.**

**1.** Sin duda, no es cuestión menor la de examinar si el omiso impedimento de un resultado es vía de imputación aplicable a toda clase de delitos o, más concretamente, a toda clase de resultados propios de un tipo de prohibición, o si sólo lo es para **algunos** que reúnan en sí determinados requisitos, precisamente aquellos sobre cuya base se edificó la teoría de la omisión impropia.

**2.** Quien probablemente haya examinado la cuestión con mayor rigor y sentido de garantía, sea Giovanni FIANDACA, en su famosa monografía dedicada al delito comisivo mediante omisión <sup>3</sup>.

Ya en las primeras páginas de dicha obra, el autor prelude la preocupación que luego desarrollará más detenidamente, como un *Leitmotiv* de toda la obra: *“El haber establecido el principio general, que la responsabilidad por omisión presupone una especial obligación de actuar, no dice todavía nada, sobre todo en tema de la omisión denominada impropia, sobre el ámbito operativo de la responsabilidad misma: permanece, en efecto, abierto el problema de ver si el*

---

<sup>3</sup> FIANDACA, Giovanni “Il Reato Comissivo mediante Omissione”, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. En la misma línea GRILLE, Vincenzo: “La omissione nel codice penale italiano. Osservazioni”, Bertini, Napoli, 1985.

*campo de aplicación del delito omisivo impropio deba entenderse limitado en consideración, no sólo de la peculiaridad estructural de determinadas “fattispecie”, sino aun (y fundamentalmente), de la naturaleza y de la calidad de los bienes a su turno protegidos”* <sup>4</sup>.

**3.** La preocupación garantizadora es plenamente fundada y, podría decirse, de premiosa satisfacción, so riesgo de que todo el sistema de libertades que pretende salvaguardar el principio de legalidad, sucumba a un gravamen oculto, de hipertróficos y, consecuentemente imprecisos contornos, según el cual seamos llamados a responsabilidad por cualquier resultado lesivo, y de acuerdo a obligaciones que se ponga en nuestra cabeza, no ya en nombre de la ley, del contrato o de nuestro hacer peligroso precedente, sino en nombre de la ética, de la solidaridad, de la estrecha comunidad de vida o de peligro, o, lo que es más grave aun, de las exigencias de “la más elemental sensibilidad jurídica”, como lo ha postulado recientemente MUÑOZ CONDE <sup>5</sup>.

La delimitación del campo de obrar de esta equiparación valorativa entre el hacer y el no impedir es, entonces, una necesidad de primer orden, para prevenir una amenaza a nuestra libertad que venga, no ya del relativamente delimitado campo de lo prohibido, sino del impreciso y amenazante contorno de lo que se pretenda sernos mandado.

**4.** FIANDACA examina la cuestión demarcatoria desde la portada misma de la norma de cláusula general que funda la responsabilidad por omiso impedimento del resultado. Recuerda, en efecto, que el art. 40 del Código penal italiano (y en ello, al igual que el art. 13 del brasileño y el art. 4 del uruguayo) regula la materia desde el título “Relación de causalidad”. No desconoce, por

---

<sup>4</sup> FIANDACA, Ob. cit., pág. 7.

<sup>5</sup> Esta realidad propia de un sector de la doctrina actual, puede constatarse con la lectura del Manual de Derecho Penal, de Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCIA ARAN (Tirant lo Blanch, Valencia, 1996). Luego de enumerar las tres fuentes legales que el art. 11 del Código Español establece como fundadoras de posición de garante (en sustancia, al igual que en el art. 13 del Código penal brasileño, el contrato, la ley y el hacer peligroso precedente), los autores establecen estas inquietantes consideraciones (pág. 261 y ss.): “Pero no siempre se puede fundamentar directamente en alguna de estas tres fuentes la posición de garante, y, sin embargo, la más elemental sensibilidad jurídica dice que el sujeto que omite debe responder del resultado. Piénsese, por ej. en la convivencia de facto de una pareja no casada y, por tanto, sin obligaciones legales ni contractuales específicas derivadas de esa situación. ¿Podría decirse que todo lo más hay pura omisión del deber de socorro y no comisión por omisión de un homicidio, si uno de los miembros de la pareja deja morir sin prestarle ayuda a quién convive con él desde hace años, o a un hijo pequeño de la persona con la que convive?” (Enfasis agregado). Con los respetos debidos, no parece haber diferencia, en esta invocación a la más elemental sensibilidad jurídica, respecto de aquella que hacían los representantes de la *Kieler Schule* al sano sentimiento del pueblo alemán. El punto de partida es el mismo: la materia social no es valorativamente inerte (y en ello la *Kieler Schule* rebatía con razón a RADBRUCH), sino que es un ente que impone sus propias valoraciones y exigencias al jurista. No hay objeción en que esto suceda *secundum ius*, pero sí la hay cuando se concede a la valoración la facultad de ampliar o, aun, de sustituir la ley, como parece ser el caso de esta hipertrofiada y, por ilimitada, imprecisa, concepción del garante. De ahí la necesidad, aludida en el texto, de operar su racional limitación.

cierto, que tal colocación del tema de la omisión preste flanco a las objeciones, como podría ser la confusión entre la causalidad y la ilicitud de la omisión.

**5.** Pero, más allá de ellas, es procedente determinar si, a los efectos de la problemática en examen, no hay indicaciones útiles, a partir del tipo de relación que el código ha operado.

*“La conexión entre regla de equivalencia y problema causal puede, en verdad, valer como indicación a favor de una cierta delimitación del ámbito operativo de la fattispecie omisiva impropia: precisamente, tal conexión podría denotar que el campo de acción de la fattispecie considerada va limitado a los casos en los cuales aflora el problema del nexo causal entre conducta y resultado lesivo; se trataría, en otras palabras, del reconocimiento, en el nivel de normativización positiva, que la regla del art. 40 C.P. es aplicable solamente a delitos de resultado”*<sup>6</sup>

E insiste, párrafos adelante: *“El resultado penalmente relevante, punto terminal del nexo de causalidad, es el resultado en sentido naturalístico; esto es, una modificación del mundo externo que es consecuencia de la conducta criminosa. Según una enseñanza que puede retenerse prevalente, los delitos de resultado consisten, precisamente, en la causación de un resultado naturalísticamente percible y relevante por la lesión o puesta en peligro del bien objeto de la tutela”*.

*“Al interno de los delitos de resultado, aún, es operativa una diferenciación. El legislador, en efecto, al formular la fattispecie penal, puede describir la conducta causativa del resultado de dos modos: sea centrando la tipicidad del comportamiento sobre la mera eficacia causal; o bien tipificando la conducta criminosa mediante el agregado de modalidad y notas ulteriores respecto a su actitud etiológica”*.

*“Ahora bien, es con relación a la primera hipótesis que aparece como preferible usar la etiqueta ‘delitos causales puros’: esto para significar que la carga de desvalor del hecho se especifica en la producción del resultado lesivo, en tanto aparecen indiferentes las modalidades del comportamiento causativo del resultado”*<sup>7</sup>.

**6.** Esta distinción, agrega el autor citado, tiene plena relevancia a los efectos de determinar la configurabilidad de la *fattispecie* de comisión por omisión, dado que, (como se verá en el capítulo siguiente de este estudio, con más detalle), la inactividad carece del alcance de suplir aquellas modalidades de la acción típicamente requeridas para caracterizarla como punible. *“Aquí hay,*

---

<sup>6</sup> FIANDACA, ob. Cit., págs. 37 y 38.

<sup>7</sup> FIANDACA. Ibídem, págs. 38 y 39.

*propiamente un límite de naturaleza ontológica a fin de impedir que, mediante omisión, pueda configurarse el específico Handlungsunrecht (injusto o desvalor de acción) del delito en cuestión”* <sup>8</sup>

**7.** En razón de ello, el autor postula un círculo restrictivo de delitos cuya imputación por omisión impropia resulta admisible: los delitos contra la vida y la integridad personal, ya sea considerada la persona individualmente (Delitos contra la personalidad física del hombre), ya lo sea como miembro indeterminado de una comunidad puesta en peligro común (Delitos contra la seguridad pública). Y ello, respecto de los delitos causales puros, donde el *“comportamiento criminal correspondiente es apreciado, ante todo, por su idoneidad para incidir en la modificación (física) del bien objeto de protección. Y ello acaece porque el mismo interés tutelado reposa sobre un quid dotado de estructura naturalística: la vida y la integridad física, en efecto, son entidades a las cuales es inherente un sustrato de naturaleza orgánica; esto explica por qué el evento lesivo puede verificarse a continuación de una alteración física del bien mismo”* <sup>9</sup>.

**8.** *“Determinado que la propia estructura real del interés tutelado, en los casos mencionados, se presta a una tipificación del hecho criminoso en términos puramente causales, queda una última consideración de no leve relevancia”*.

*“En verdad, el legislador, al incriminar hechos lesivos de los bienes señalados, habría podido incluir, en los correspondientes tipos legales, elementos idóneos para caracterizar el hecho más allá de su eficacia causal: y elementos, como ya se ha observado, de naturaleza que impida acceder, por un límite ontológico a una integración de la fattispecie mediante inactividad. Si esto, por el contrario, no ha acaecido, como lo prueba la formulación legal de los tipos de ilícito en examen, es por una significativa razón: al haber tipificado la conducta ilícita en el modo menos restricto, esto es, sobre la base de la mera relación de causalidad – en términos naturalísticos o normativos (en base al art. 40 cpv. Del C.P.), según se trate de acción o de omisión – no puede sino suponerse en el legislador el intento de otorgar una tutela penal lo más amplia posible. Y la amplitud de la protección aparece, aquí, justificada propiamente por la consideración debida al altísimo rango de los bienes a salvaguardar, que son, precisamente, aquellos de la vida y la integridad física del individuo, ya lo sea en tanto tal, ya lo sea como miembro de la colectividad”* <sup>10</sup>.

**9.** Esta tentativa demarcatoria encuentra válidos motivos de confirmación, por otra parte, en la propia tradición doctrinaria y jurisprudencial: del mismo modo que la problemática causal se ha desenvuelto a la sombra del delito de

---

<sup>8</sup> Ibídem. Pág. 39.

<sup>9</sup> FIANDACA, Ibídem. Págs. 40 a 45.

<sup>10</sup> Ibídem. Pág. 45.

homicidio, es este mismo delito el que ha ofrecido el modelo para la configuración mediante omisión.

**10.** Una última consideración, para finalizar esta tan extensa como justificada cita de FIANDACA, que toca las raíces mismas del pensamiento liberal (decía FEUERBACH que la obligación originaria <ursprünglich> del ciudadano sólo concierne a las abstenciones de hechos lesivos): *“Ya se ha visto cómo la responsabilidad por omisión, históricamente, tiende a asumir un carácter de excepcionalidad: la obligación fundamental del ciudadano, al menos en una sociedad de tradición liberal, es aquella de no agredir positivamente los bienes jurídicos de terceros. Si esta es la regla, las desviaciones aparecen justificadas en la medida en que la creación de obligaciones de actuar se revele indispensable: precisamente, cuando la exigencia de tutelar en modo reforzado un determinado bien es advertida como prevaleciente respecto al grave sacrificio de la libertad personal, inevitablemente conexo a la activación del mecanismo de la responsabilidad por omisión”*. Sin duda alguna, concluye FIANDACA, los bienes de la vida y la integridad física revisten una posición tan prominente como para requerir una protección que sea lo más completa posible <sup>11</sup>.

**11.** Por lo expuesto y sin duda alguna de nuestra parte, el tipo penal previsto en el art. 4 de la Ley 7492/86 es totalmente ajeno a aquellos en que, según la opinión ampliamente fundada, que se viene de mencionar, pueda tener presencia la omisión impropia.

### **III. IMPOSIBILIDAD DE EQUIPARACIÓN DE LA OMISIÓN CON LA CARACTERÍSTICA DE TEMERIDAD, PROPIA DEL TIPO EN EXAMEN.**

**1.** De todos modos, aunque no se compartieran las conclusiones expuestas en el apartado anterior y no se considerara tan restringido el círculo de delitos a los que es accesible la imputación por vía de omisión impropia, sobreviviría todavía una dificultad insalvable para imputar, por modo omisivo, la conducta analizada.

**2.** En efecto y sobre este aspecto llamamos a una lectura sumamente cuidadosa del art. 13 del Código penal brasileño. Este texto no deja lugar a dudas en el sentido de que la omisión relevante es aquella “sin la cual el resultado no habría ocurrido”. La referencia es, inequívocamente, al **omiso impedimento del resultado**. No alcanza, por consiguiente, ni podría hacerlo, a equiparar a la omisión los **modos** típicamente relevantes, mediante los cuales el resultado es causado. La responsabilidad por no-evitación del resultado sólo puede tener lugar cuando el mismo es elevado al rango de hecho típico, con

---

<sup>11</sup> FIANDACA, *Ibíd.* Págs. 46 y 47.

independencia de la modalidad de su causación, precisamente porque, en virtud, como ya se vio, de la amplísima tutela dispensada a determinados bienes jurídicos de primera importancia, el **centro de gravedad del injusto está constituido por la lesión misma**, de donde se legitima la equiparación entre causarla y no impedirla, en presencia, en el último caso, de específica obligación de hacerlo.

**3.** Pero parece cierto que la vía omisiva está expresamente descartada cuando a la ley interesa, para determinar la punibilidad de un resultado, **no sólo su causación en sí**, sino el **modo** en que la misma se produce. Cuando el fulcro del injusto se traslada desde el resultado hacia el acto, acentuándose el disvalor de éste.

**4.** Se advierte, de esta manera, que una forma muy clara y evidente de evadir la tipicidad de una ley incriminatoria de la **modalidad de producción de un evento** sería la de imputarla por una vía, como la omisiva, que precisamente ni fue prevista ni incorporada por el legislador a la *fattispecie*. No parece, en efecto, razonable, que determinado requisito de tipicidad se considerara igual e indiferentemente cumplido, tanto con el real y efectivo acaecimiento del mismo, como con la ausencia absoluta de tal ocurrencia. Es igualmente patente que, para justificar tal acto de ilusionismo jurídico, no podría invocarse el principio de equiparación entre hacer y omitir, porque el mismo sólo rige, como ya se vio, para aquello que está expresamente dispuesto y, de paso, para lo que en pura lógica puede funcionar, esto es, para la igualación, **según el disvalor** (no en causalidad real), entre evento causado y evento no impedido, en presencia de obligación y posibilidad específicas de impedirlo.

**5.** Al respecto, por otra parte, parece haber difundido consenso doctrinario. Ya se adelantó, en el capítulo anterior, la opinión de FIANDACA. En el presente, puede citarse también la opinión de Giovanni GRASSO, quien descarta la posibilidad de equiparación en aquellas hipótesis “*en que la conducta causativa del evento es descrita por línea interna, requiriéndose que el resultado sea causado por una cierta conducta positiva y no otra, como ocurre en la estafa, en la cual la inducción en error debe ser causada mediante artificios o engaños (que no constituyen un quid extraño a la conducta, sino son la conducta conforme a la fattispecie) o en la extorsión, en la cual el daño y el correlativo provecho deben ser producidos a través del constreñimiento de otros mediante violencia o amenaza*”.

*“En estas últimas hipótesis la falta de impedimento del resultado lesivo puede equivaler (para usar la misma expresión empleada en el art. 40, 2º ap. C.P.) a la mera causación, pero no a aquella particular ‘forma’ de causación que es a su*

vez requerida para la subsumibilidad del comportamiento en el tipo delictuoso”<sup>12</sup>.

6. Seguramente sea Filippo SGUBBI probablemente quien, mediante sus reflexiones, conduzca la cuestión al centro exacto del debate: “*En todos aquellos casos en los cuales la norma penal describe la conducta típica recibiendo (reenviando a) parámetros normativos extraños a ella, es al complejo de reglas extrapenales que el intérprete debe hacer referencia para definir el comportamiento vedado*”.

“*Serán por esto reglas extrapenales las que nos dirán si la fattispecie incriminadora de qua comprenda (o no) también la omisión*”.

“*Es una observación relevantísima a los efectos de nuestra investigación: en todas estas fattispecie en que la definición de la conducta está normativizada (en el sentido, repetimos, que es comprensible solamente a la luz de reglas puestas a lo externo de la incriminación), el problema de la inserción de la omisión en el hecho descrito en el modelo legislativo de tipicidad no es afrontable en el plano de la ‘asimilación’. Es la incriminación misma que, si bien en vía mediata - esto es, por el trámite del reenvío -, indica al operador si y cómo existen, al interno del conjunto de reglas reclamadas, normas que imponen un comportamiento positivo*”<sup>13</sup>.

7. Es éste el punto exacto de interrumpir la cita, a los efectos de compararla con la situación en examen: sin duda alguna, **el tipo de gestión temeraria es de aquellos que reenvían fuera de sí** (y con la problemática ya tratada en el capítulo primero de este estudio) **y hacia el intérprete, la tarea íntegra de centrar el fulcro del injusto**.

8. Cualquiera sea el concepto de temeridad, es muy claro que el mismo tiene como factor común un emprendimiento que **hace más** de lo prudente, cualquiera sea el entendimiento que se acuerde a este término; que evade positivamente los límites de lo adecuado<sup>14</sup>.

Esta caracterización de la conducta **es plena y absolutamente incompatible con la imputación de omisión**, de cargo del paciente. Es, si se quiere, una

---

<sup>12</sup> GRASSO, Giovanni. “Il reato omissivo improprio”. La estructura objetiva de la *fattispecie*. Milano. Dott. A Giurfrè Editore, 1983, págs. 156 y 157.

<sup>13</sup> SGUBBI, Filippo “Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento”, Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975, págs. 108 y 109.

<sup>14</sup> En este sentido, y por toda la doctrina, que es al respecto absolutamente concorde y pacífica, puede citarse la opinión siempre esclarecedora de SOLER (Derecho Penal Argentino, Tomo II, TEA, 1967, pág. 143): “Hay negligencia, cuando el sujeto *podía* evitar el daño, si hubiese desplegado *más* actividad en determinado sentido. Hay imprudencia, cuando el sujeto *podía* evitar el daño con ser más reposado, es decir, desplegando *menos* actividad, u obrando *más* reflexivamente”.



*contradictio in adjectio* que en sí misma descarta toda posible imputación. *Mutatis mutandi*, equivaldría a imputar el delito de Ultraje Público al Pudor, con la agravante de ejecutarlo de noche y en despoblado.

#### IV. EXISTENCIA DE POSICIÓN DE GARANTE

1. Finalmente, aunque se tuvieran por salvadas las objeciones (a nuestro juicio, insalvables) a una imputación, vía omisiva, de la conducta de gestión temeraria, todavía quedaría por resolver si el paciente se encontraba, efectivamente, en posición de garante.

2. En orden a ello, cabe citar en primer término (porque seguramente no ha sido superada, por su claridad), la explicación de BINDING de lo que muy posteriormente, con NAGLER, se denominó la “posición de garante”, aquella por cuya mediación se responsabiliza a una persona, en posición de custodia de un bien jurídico o de vigilancia de una fuente de peligro, por el no impedimento de un resultado que estaba en su posibilidad y obligación impedir. Notoriamente, BINDING refería su discurso al tema de la causalidad en la omisión (una obsesión que acompañó al pensar del siglo XIX: cómo reconducir el fenómeno de la omisión al cerne de causación de lesión de bienes jurídicos, que era la tesis fundamental del pensamiento causalista), determinando su momento en la contención de la voluntad (“Unterdrückung des Willens”). Pero si la conclusión de BINDING, de ingresar la omisión dentro de un fenómeno de causalidad, puede considerarse equivocada, a la vista de la evolución ulterior de la teoría, no lo es en cambio la caracterización, embrionaria pero inequívoca, de quien luego se llamó el “garante”<sup>15</sup>.

3. Como ya se dijo, BINDING veía la causalidad de la omisión en la contención de la voluntad de impedir la lesión del bien jurídico. De ese pensamiento básico, dice RUDOLPHI<sup>16</sup>, *“resultan importantes consecuencias para la pregunta acerca de cuál debe ser la naturaleza del **hacer precedente**, para fundar una responsabilidad por la omisión de impedir el resultado. El mismo debe, como expresa BINDING, ser portador de un doble carácter: si bien, por una parte, debe impedir el peligro de ocurrencia del resultado, por otra parte debe también promoverlo. El omitente debe, por un lado decidir ‘funcionar como una condición impeditiva’, esto es, como BINDING en otro lugar explica, ‘debe*

---

<sup>15</sup> En el mismo sentido del texto, véase especialmente, Giovanni FIANDACA, ob. cit., pág. 18: “Y en verdad, ya según la concepción bindingniana, el sujeto asume la calidad de ‘garante’ de la salvaguarda de determinado bien, en la medida en que, en fuerza de una acción precedente, ha manifestado...” la promesa que se verá más detenidamente en el texto.

<sup>16</sup> RUDOLPHI, Hans Joachim. “Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungskelikte und der Gedanke der Ingerenz” (La problemática de la equiparación en los delitos impropios de omisión y el concepto de ingerencia), Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1966, pág. 16.

*prometerse no sólo a sí mismo sino a terceros, dedicar su atención y su empeño a la represión de determinados peligros”.*

**4.** Esta promesa de ayuda y combate al peligro, puede consistir, entre otros, y en lo que a nuestro caso interesa, en la aceptación de cargo, pero debe ser tal que provoque la expectativa de la prestación de la ayuda prometida. *“Mediante su hacer precedente (promesa de ayuda) el agente se coloca, según la concepción de BINDING, no sólo como garante contra determinados peligros, con lo que se establece como una condición negativa, impidente del resultado dañoso, sino que, también y además, coloca una condición positiva para el resultado dañoso (el buen nadador induce al mal nadador a ponerse en peligro, sin adoptar ulteriores medidas de previsión) u ocasiona la supresión de condiciones impeditivas del resultado (determina al guardia del puente a abandonar su puesto) o, en fin, impide la aparición de condiciones impeditivas del resultado”* (el farero no enciende la luz).

*“Para la punibilidad de los delitos impropios de omisión, esto significa que ella sólo puede tener lugar cuando el omitente no contiene a aquellas fuerzas causales de la lesión de un bien jurídico que con su promesa de evitar el resultado provocó, esto es, cuando renuncia a su voluntad de enfrentar el peligro”*<sup>17</sup>.

**5.** La apreciación de la figura del garante debe hacerse, entonces, preliminarmente, según esta idea rectora: solamente puede serlo quien se ha colocado a sí mismo (o ha sido legalmente investido) como condición de que un determinado resultado no acaezca.

**6.** Esta idea rectora debe ser complementada y en el supuesto fáctico del art. 4 de la Ley 7492/86, sólo será admisible el funcionamiento de la posición de garante cuando la persona eventualmente imputada, además de contar con poderes idóneos como para modificar la situación, conociera en plenitud la medida del riesgo y la real situación financiera de la empresa<sup>18</sup>.

Las precitadas consideraciones de corte dogmático tienen claro aval en el campo de la teoría operativo-financiera. El riesgo ha sido conceptualizado por SOLOMON y PRINGLE<sup>19</sup>, en su forma más simple y práctica, como el grado de incertidumbre respecto de un evento. Ese grado de incertidumbre está directamente vinculado, en el área financiera, a la previsión de resultados y se

---

<sup>17</sup> RUDOLPHI, ob. Cit., pág. 17.

<sup>18</sup> Conf. CAVALLIERI, Ericco: " Omesso Impedimento dell' evento in Diritto Penale", Luccini Editori, Padova, 1999, p. 34 y ss.)

<sup>19</sup> "Introducción a la administración financiera", Sao Paulo, Atlas, 1981, citado por SECURATO, Decisiones financeiras..., ob. cit., pág. 21

entiende por previsión “*el proceso por el cual, a partir de **informaciones existentes**, admitidas ciertas hipótesis, a través de algún método de gerenciamiento, llegamos a informaciones sobre el futuro, con una determinada finalidad*” <sup>20</sup> (Enfasis no original). En forma convergente ha señalado SEVERIN, que, dentro del conjunto de las corporaciones, las entidades financieras se caracterizan por constituir un complejo de actividades de operatividad no siempre convergente. Esto, en el sentido de que, conforme al citado autor, el resultado de un segmento no se traduce en todos los casos, inmediata y apreciablemente, en el resultado de otro<sup>21</sup>. Recientemente agrega<sup>22</sup>, que, a los efectos del diagnóstico de la salud de una institución financiera, no alcanza con apreciar el resultado de sus segmentos, sino que corresponde estudiar el entramado de los mismos. Y dentro de una institución son muy pocas las personas que están en condiciones de establecer y detectar la urdimbre de esas variables. Consecuentemente, el tema, a su juicio, no pasa sólo por el conocimiento de uno o más datos aislados, sino por la cabal aprehensión de sus significados en el contexto del universo de información **disponible**.

**7.** De conformidad a este criterio, no puede admitirse sin más que, por el hecho de desempeñar una persona un cargo ejecutivo en un segmento determinado de una entidad financiera, haya estado necesariamente en condiciones de apreciar, y evaluar los resultados que registraban otros segmentos de la corporación y ésta en su conjunto. Solamente a partir de esa constatación podrá considerarse la posición de garante.

## **V. CONCLUSIONES**

**1.** No todos los delitos (siquiera aquellos de resultado) admiten imputación por vía de omisión de impedir el resultado. Conforme a la mejor doctrina, la omisión impropia tiene su génesis y justificación en aquellos delitos de pura causación que refieren a bienes supremos, como la vida y la integridad corporal, sean éstos considerados con relación a un individuo determinado, ya lo sean con vinculación al individuo como integrante de un conglomerado social o colectividad. O sea: La omisión impropia refiere, según la mejor doctrina, a aquellos delitos de resultado puros, esto es, edificados a base de pura causalidad en la provocación del evento y, por la historia dogmática y relevancia legislativa, referidos a la vida y la integridad física, bien consideradas con relación al individuo singular, bien como delitos de común peligro.

---

<sup>20</sup> LEME, Ruy Aguiar da Silva, “Proyección de Demanda”. San Pablo, Vanzolini, 1976, pág. 36.

<sup>21</sup> SEVERIN, Louis W. “Recent Developments in Relation to Economic Crimes”, *Ladelt De. Austin*, 1991, pág. 60 y ss.

<sup>22</sup> Durante la reunión de la JICAB (Nueva York, diciembre de 1997) el citado SEVERIN, en su calidad de Presidente del Consejo de Dirección del International Center of Economic Penal Studies, hacía las referencias expuestas en el texto.

**2.** Aunque no se admitiera tal solución restrictiva al círculo de la imputación por omisión impropia, es evidente que la equiparación sólo refiere a la **mera causación del resultado**, no se extiende al **modo** de causación del mismo, cuando es precisamente ese modo el que da el consistir o la individualidad del delito. En defecto de cláusula legal expresa, es obvio que no puede considerarse cumplido un requisito típico, de exigida presencia positiva, con la absoluta ausencia de verificación del mismo. De otro modo, se llegaría al absurdo de sostener, contra el principio de tipicidad (especificación del de legalidad), que la adecuación típica se cumple, indiferentemente, tanto con el verificarse como con el no verificarse del hecho o presupuesto requerido por la figura. Dicho de otro modo: más allá de la tesis restrictiva, la omisión impropia no puede tener lugar respecto de aquellos delitos en que no sólo importa la causación de un resultado, sino la modalidad de tal causación.

**3.** En mayor medida son procedentes las consideraciones expuestas cuando se trata, como ocurre en el caso, de una convocatoria de la figura a un concepto, como el de temeridad, que es exactamente lo contrario (y, por lo tanto, plena y radicalmente incompatible) de la inactividad que caracteriza a la omisión.

**4.** Finalmente, habrá que analizar cuidadosamente si el paciente cumple con los requisitos para ingresar a una posición de garante: integrando el círculo en que se produce el dominio del hecho, encontrándose dotado de completo conocimiento del mismo y dotado de las potestades para impedirlo. Como enseña CAVALLIERI: *"el paciente no se encuentra en situación de garante, en cuanto carece de los poderes de hecho y de derecho para dominar una situación gobernada en la cúpula"* <sup>23</sup>.

RCS:fet,RCS  
C:\Documents and Settings\rsc\Configuración local\Archivos temporales de Internet\OLK40\La imputación por omisión impropia del tipo previsto .doc  
24/03/2004

---

<sup>23</sup> CAVALLIERI " Omesso Impedimento..." op. cit. ut supra pág. 32.