

Legătura de rudenie – izvor al poziției de garant

Family relationship – source of the guarantor position

Drd. Cristina NICORICI*

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Abstract

It is generally accepted, but also provided as a legal obligation for the parents to take care of their children, offering them conditions for the physical and intellectual development, and, in particular, to prevent the dangers that could affect their health or life. Clearly, when the parents do not fulfill this obligation, their criminal liability must be engaged, their inaction becoming criminally relevant. It can be said, therefore, that the family relationship between the children and their parents is a source of the guarantor position, but, as I will demonstrate further, the duty to act is not active in every moment of the children's life. On the other hand, we have to ask ourselves, in this context, whether every family relationship between any two persons is a source of the duty to act.

Keywords: *commission by omission; improper omission; family relationship; guarantor position; duty to act.*

Rezumat

Este general acceptat, dar și o obligație legală a părinților, ca aceștia să aibă grijă de copiii lor, oferindu-le condițiile pentru dezvoltarea fizică și intelectuală, și, în special, pentru prevenirea pericolelor care le-ar putea afecta sănătatea sau viața. În mod clar, atunci când părinții nu își îndeplinesc această obligație, trebuie atrasă răspunderea penală a acestora, inacțiunea lor devenind relevantă penal. Așadar, se consideră că legătura de rudenie dintre părinți și copii este o sursă a obligației de acțiune care fundamentează răspunderea penală pentru o omisiune improprie, însă, după cum voi arăta în continuare, obligația de acțiune nu se activează în orice moment. Pe de altă parte, merită să ne întrebăm, în acest context, în ce măsură orice legătura de rudenie dintre oricare două persoane este o sursă a obligației de acțiune.

* cristina-nicorici@e-uvt.ro.

Cuvinte-cheie: comisiune prin omisiune, omisiune improprie, legătură de familie, obligație de acțiune.

I. Introducere

Infrațiunea omisivă improprie nu este o noutate în dreptul penal român, deși se bucură pentru prima dată de o reglementare expresă în art. 17 din Codul penal din 2014. Până la acel moment, se poate spune că mai degrabă „se intuia” că unele infracțiuni pot fi comise și prin inacțiune. Pe de altă parte, se accepta că nu orice inacțiune atrage automat răspunderea penală, ci numai atunci când există o obligație de a acționa a subiectului, obligație pe care subiectul nu și-o îndeplinește. Odată cu reglementarea expresă a comisiunii prin omisiune, articolul 17 prevede ca surse ale obligației de a acționa legea, contractul, sau conduita anterioară a subiectului prin care a creat un pericol pentru valoarea socială ocrotită.

Ca exemplu de infracțiune omisivă improprie, este foarte des indicat exemplul clasic al mamei care nu își hrănește bebelușul, până când acesta decedează, comițând astfel infracțiunea de violență în familie raportată la infracțiunea de omor. Obligația de a acționa a mamei se fundamentează pe articolul 487¹ C. civ. Însă, dacă în locul mamei, care este plecată în străinătate, este bunica cea care are grijă de copil, mai există oare un fundament al obligației de a acționa? Și, în general, legătura de rudenie dintre două persoane este suficientă pentru a justifica poziția de garant? Chiar dacă între aceste două persoane nu există vreun alt tip de legătură (inclusiv dacă, spre exemplu, nu mai vorbesc de mai mulți ani)?

În cuprinsul acestui articol voi arăta că identificarea legăturii de rudenie ca izvor al poziției de garant și interpretarea articolului 17 C. pen. sub aspectul surselor obligației de a acționa nu sunt operațiuni simple. Dacă se interpretează sursele obligației de a acționa potrivit teoriei formale, atunci, în lipsa unei norme legale sau a unui contract, nu există o poziție de garant (deci inclusiv când contractul este lovit de nulitate, este ajuns la termen, este reziliat etc.), chiar dacă există o legătură de rudenie între făptuitor și victimă. Prin urmare, potrivit acestei interpretări, legătura de rudenie va fi izvor al poziției de garant când va rezulta expres din lege, sau când o rudă, la fel ca un terț, va încheia un contract cu garantul inițial, prin care preia obligația acestuia de a acționa. De asemenea, potrivit acestei interpretări, legătura de rudenie va fundamenta o obligație de a acționa deși poate că nu mai există nicio legătură între garant și victimă (de exemplu, situația dintre părinți și copii care nu își mai vorbesc de mai mulți ani).

Dacă interpretăm sursele obligației de a acționa potrivit teoriei funcțiilor dezvoltată de Armin Kaufmann², atunci putem ajunge în situația în care legătura de rudenie devine

¹ Părinții au dreptul și îndatorirea de a crește copilul, îngrijind de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, psihică și intelectuală, de educația, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, potrivit propriilor lor convingeri, înșușirilor și nevoilor copilului; ei sunt datori să dea copilului orientarea și sfaturile necesare exercitării corespunzătoare a drepturilor pe care legea le recunoaște acestuia.

² Armin Kaufmann, *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 289 și urm.

irelevantă, fiind important dacă garantul și-a asumat sau nu o funcție de protecție a valorii sociale. Deci, ar conta mai puțin spre deloc criteriul rudeniei, și mai mult asumarea funcției de protecție (după unii autori, această asumare rezultând numai din conviețuire cu victima). O astfel de interpretare deschide însă calea unei răspunderi penale pentru situații neclare, după cum se va vedea în cele ce urmează.

II. Teoria formală

Poziția de garant poate fi impusă prin lege³, și acest izvor pare a fi una dintre sursele cele mai clare ale poziției de garant. Legea instituie în sarcina agenților obligația de a îndeplini diverse acțiuni în lipsa cărora s-ar putea produce rezultate relevante penal. Discutăm în principal despre legi extrapenale, obligațiile derivând din legea civilă, administrativă, de dreptul muncii, financiară etc.

O primă chestiune ce trebuie analizată este în ce măsură prin conceptul de „lege” înțelegem numai o lege în sens restrâns (deci numai un act normativ care are, eventual, aceeași valoare juridică ca o lege penală), sau ar trebui înțeles în sens larg (fiind incluse și acte normative de forță inferioară). În opinia unor autori⁴, prin lege înțelegem în sens larg norma scrisă de o putere publică, fie de drept public, sau de drept privat, inclusiv regulamente, ordine de ministru, hotărâri de consiliu local, județean etc. Dreptul „nepenal” ar genera numeroase obligații de evitare („deberes de evitación” în lb. spaniolă în original), cum ar fi obligația părintelui de a veghea la integritatea valorilor sociale a căror titular este copilul lui⁵, și din acest motiv ar trebui luate în considerare și aceste norme.

În ceea ce privește literatura juridică română, amintesc că exemplul cel mai utilizat pentru a explica infracțiunea comisivă prin omisiune este fapta mamei care nu își hrănește copilul, cauzându-i astfel decesul. Obligația de garant a mamei nu rezultă din art. 188 C. pen., care interzice orice comportament prin care se produce decesul unei persoane, ci din art. 487-488 C. civ.⁶, care prevede obligația părinților de a crește și a își îngriji copiii. Din

³ H. Welzel, *Derecho penal. Parte general*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 207; E.C. Urzúa, *Derecho penal. Parte general*, disponibil online la https://www.academia.edu/35169812/Derecho_PARTE_GENERAL_Penal_CORTE_SUPREMA, p. 681.

⁴ D.M. Luzón Peña, *Omisión impropia o comisión por omisión*, în *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nr. 6/2017, p. 198, E.G. Ordeig, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, în *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales*, vol. I, 1997, p. 13, P.G. Toledo, *El delito de omisión impropia*, disponibil online la <https://docplayer.es/43776481-El-delito-de-omision-impropia.html>, p. 127, M.A. Ulloa, *La omisión, comisión por omisión y posición de garante*, în *Encuentro*, nr. 54/2000, p. 36.

⁵ P.G. Toledo, *op. cit.*, p. 127.

⁶ Art. 487 C. civ. român: Părinții au dreptul și îndatorirea de a crește copilul, îngrijind de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, psihică și intelectuală, de educația, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, potrivit propriilor lor convingeri, înșușirilor și nevoilor copilului; ei sunt datori să dea copilului orientarea și sfaturile necesare exercitării corespunzătoare a drepturilor pe care legea le recunoaște acestuia. Art. 488 C. civ. român: (1) Părinții au îndatorirea de a crește copilul în condiții care să asigure dezvoltarea sa fizică, mentală, spirituală, morală și socială în mod armonios. (2) În acest scop, părinții sunt obligați: a) să coopereze cu copilul și să îi respecte viața intimă, privată și demnitatea; b) să prezinte și să permită informarea și lămurirea copilului despre toate actele și faptele care l-ar putea afecta și să ia în considerare opinia acestuia; c) să ia toate măsurile necesare

perspectiva teoriei funcțiilor, pe care o voi prezenta pe larg mai jos, este vizibilă în acest exemplu funcția de protecție a valorii sociale, existând o legătură naturală între subiectul ținut să acționeze și titularul valorii sociale ocrotite care îl obligă pe agent să acționeze atunci când titularul valorii sociale este în imposibilitate de a proteja valoarea ocrotită⁷. Este de înțeles că, din moment ce obligațiile părinților există cel puțin până la 18 ani, acestea vor subzista, la fel ca și răspunderea penală pentru omisiunea de a acționa a părinților, indiferent dacă minorul mai locuiește sau nu cu părinții.

Dar, dacă legea este izvor al poziției de garant în cazul unor astfel de situații, atunci orice situație neacoperită de lege nu reprezintă o poziție de garant.

Poziția de garant a părinților poate fi delegată unei alte persoane (dădacei), caz în care în sarcina acesteia, potrivit teoriei formale, se naște o poziție de garant în temeiul contractului. Însă, se apreciază⁸ că transferul obligației de garant nu îl eliberează întotdeauna pe garantul inițial de poziția de garant dacă acesta își păstrează o obligație de supraveghere sau de control a garantului ulterior. Și în literatura română⁹ s-a apreciat că garantul poate transfera obligația către o altă persoană, exemplul clasic fiind cel al părinților care transferă bonei obligația de îngrijire a copilului.

Însă, interpretarea contractului în sens strict, pur civilist, ca izvor al poziției de garant a unei persoane care preia obligația de garant a părinților generează situații problematice. Am arătat¹⁰ că este problematică situația în care garantul își asumă obligații pe care în realitate nu le poate îndeplini, fiind conștient de acest fapt, dacă riscul pe care și l-a asumat că îl va împiedica chiar se produce. Spre exemplu dacădaca își asumă prin contract că are pregătire medicală de bază și că poate oferi asistență medicală în cazul copilului cu afecțiuni medicale speciale, deși în realitate nu are o astfel de pregătire. Din moment ce dacădaca nu avea pregătirea medicală pentru a interveni, putem spune că omisiunea acesteia (omisiunea de a face ceva ce nu putea să facă) este cauzală? Răspunsul pare a fi negativ, pentru că aceasta nu avea capacitatea de a acționa. Totuși, din punct de vedere moral pare că dacădaca ar trebui să răspundă penal, dar fapta relevantă penal pare a fi mai degrabă acțiunea acesteia de a declara că are pregătire medicală, deci de inducere în eroare, care îi determină pe părinți să nu angajeze o asistentă medicală.

O a doua chestiune care merită analizată este dacă obligația de a acționa rămâne valabilă în situația în care a încetat provizoriu perioada în care agentul trebuia să acționeze. În cazul dacădacei care trebuie să stea cu copilul până la ora 17, urmând ca apoi să vină părinții să îl supravegheze, însă aceștia întârzie, iar copilului i se face rău, aceasta va răspunde penal, dacă nu acționează? S-a apreciat¹¹ în acest caz că dacădaca nu este absolvită de răspundere penală, dar numai dacă înțelegem prin izvor contractual nu un contract în sensul pur de

pentru protejarea și realizarea drepturilor copilului; d) să coopereze cu persoanele fizice și persoanele juridice cu atribuții în domeniul îngrijirii, educării și formării profesionale a copilului.

⁷ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 288.

⁸ D.M. Luzón Peña, *op. cit.*, p. 191.

⁹ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 289.

¹⁰ C. Nicorici, *Obligația contractuală și răspunderea penală pentru omisiuni*, în *Analele Universității de Vest – seria Drept*, nr. 2/2019, p. 259-269.

¹¹ P.G. Toledo, *op. cit.*, p. 129.

drept civil, ci faptul că agentul și-a asumat în mod voluntar o obligație de protecție care nu se supune regulilor din dreptul privat. Pe aceeași idee, dacă dădaca care întârzie să ajungă la domiciliul minorului nu își asumă poziția de garant și, dacă minorului i se face rău, obligația de protecție este în sarcina părinților, care nu îl vor putea lăsa pe copil singur. Putem însă imagina și alte situații interesante. Spre exemplu, ce se întâmplă dacă părinții ajung la ora 16:30 și îi comunică dădacei că nu mai au nevoie de serviciile acesteia, însă aceasta rămâne încă zece minute, timp în care copilului i se face rău? Mai este dădaca în poziție de garant, sau aceasta a fost preluată de părinți? Pare că în această situație, poziția de garant a fost preluată de părinți, din momentul în care aceștia i-au comunicat dădacei că poate pleca. Dar dacă în contractul încheiat între dădaca și părinți era prevăzut expres faptul că în situația în care părinții sunt prezenți, toate obligațiile dădacei încetează? Putem observa cum în acest caz, tendința de a privi problema din perspectiva dreptului civil ne-ar face să răspundem că dădaca nu va mai răspunde penal, pentru că nu va mai fi în poziție de garant. În măsura în care o astfel de clauză există, am considerat¹² excesiv să angajăm răspunderea penală a dădacei. Pe de altă parte, ar fi extrem de imoral ca părinții care nu acționează să răspundă pentru o infracțiune de omor, iar dădaca doar pentru o infracțiune de lăsare fără ajutor a persoanei aflate în dificultate. Este de observat însă, raportat la aceste exemple, cât de dificil este de analizat când încetează obligația de a acționa izvorâtă dintr-un temei contractual.

În jurisprudența română s-a analizat contractul ca izvor al poziției de garant prin Sentința penală nr. 283 din 26 iunie 2015 a Judecătoriei Roman¹³, speță ce este de interes pentru problema pe care o analizăm. Starea de fapt este pe scurt următoarea: pe un teren special amenajat pentru staționarea autobuzelor în vederea îmbarcării pasagerilor, s-a produs un accident rutier soldat cu moartea unei persoane, autobuzul prinzându-l sub roata din partea dreapta-față pe un copil. S-a stabilit că, în timp ce autobuzul se apropia cu viteză redusă de locul unde erau băncile, călătorii care intenționau să urce în autovehicul s-au apropiat de acesta în partea lateral-dreapta față, în zona ușii de acces, care era închisă. Printre aceștia se aflau și minorul V.C.M., aflat în supravegherea mătușii sale, inculpata V. A.-M. În acest moment, conducătorul auto C.I. a efectuat o manevră de schimbare a direcției de mers cu viraj spre dreapta, posibil cu intenția ca după îmbarcarea călătorilor să continue deplasarea pe ieșire iar minorul V. C.-M., aflat deja la o distanță nepermis de mică față de autobuz, respectiv aproximativ 30 cm, s-a dezechilibrat și a căzut cu fața în jos în fața roții din dreapta față a autobuzului, fiind apoi comprimat între roata autobuzului în mișcare și sol. Expertul tehnic a apreciat că accidentul putea fi evitat atât de către pieton, dacă acesta nu se apropia de autobuz înainte ca șoferul acestuia să oprească vehiculul și să deschidă ușile, precum și de către conducătorul auto dacă în momentele premergătoare producerii accidentului nu efectua o manevră de schimbare a direcției de mers cu viraj spre dreapta.

Parchetul a susținut că „trebuie admisă și vinovăția inculpatei V.A.M., a cărei faptă de a nu depune toate măsurile de diligență pentru a proteja viața și integritatea corporală a persoanei pe care o avea în supraveghere, respectiv minorul V. C.-M., întrunește la rândul său elementele constitutive ale infracțiunii de ucidere din culpă, prevăzută de art. 192

¹² C. Nicorici, *op. cit.*, p. 259-269.

¹³ Disponibilă online pe www.rolii.ro.

alin. (1) NCP. Deși în vechea reglementare nu existau dispoziții legale exprese privitoare la săvârșirea infracțiunilor comise prin omisiune, atât practica judiciară cât și jurisprudența recunoșteau teoria poziției de garant pe care se fundamentează răspunderea penală a persoanelor care au obligația de a acționa pentru a preveni un pericol ce amenință valorile sociale apărute de lege. În completarea acestui vid legislativ, NCP prevede în art. 17 situația săvârșirii infracțiunii comise prin omisiune, dispunând că infracțiunea comisivă care presupune producerea unui rezultat se consideră săvârșită și prin omisiune când există o obligație legală sau contractuală de a acționa, sau când autorul omisiunii, printr-o acțiune sau inacțiune anterioară, a creat pentru valoarea socială protejată o stare de pericol care a înlesnit producerea rezultatului. În ceea ce privește obligația contractuală de a acționa, aceasta poate proveni atât din convenții scrise, cât și din înțelegeri verbale sau tacite. Un exemplu în acest sens este transmiterea obligației de supraveghere a unui minor de către părinți altor persoane, situație regăsită și în prezenta cauză. Din momentul transmiterii acestei obligații, persoana care are minorul în supraveghere trebuie să depună toate diligențele necesare pentru a nu pune în pericol viața, sănătatea sau integritatea corporală a acestuia. Având în vedere aceste aspecte, fapta inculpatei V.A.-M. de a se apropia împreună cu minorul V. C.-M. nepermis de mult de autobuzul aflat în mișcare este susceptibilă să atragă răspunderea penală a acesteia pentru comiterea infracțiunii de ucidere din culpă”.

Judecătoria Roman reține că „trebuie reținută culpa concurentă a victimei V.C.M. și a inculpatei V. A.–M., căreia minorul îi fusese dat în supraveghere în ziua respectivă. Aceștia s-au apropiat foarte mult de ușa autobuzului aflat încă în mișcare, deși o astfel de conduită este periculoasă, mai ales în condițiile în care cei doi au făcut parte dintr-un grup mai mare de persoane, cu un comportament imprevizibil. Minorul s-a poziționat chiar în imediata vecinătate a ușii de acces, în fața roții, la o distanță care nu i-a fi permis să evite accidentul nici în condițiile unei schimbări ușoare a direcției de rulare. În orice caz, însă, întrucât avea minorul în supraveghere și era dator să depună maximul de diligență pentru a preveni vătămarea acestuia, inculpata nu ar fi trebuit să îi permită să se apropie de autobuz înainte de oprirea acestuia. Culpă inculpatei constă, așadar, în neluarea măsurii de supraveghere care se impunea în acel context (oprirea minorului de a se apropia de autobuzul aflat în mișcare) și la care era obligată. (...) Or, inculpata a avut în acel moment obligația convențională de a supraveghea minorul. În raport cu cele anterior arătate, instanța apreciază că inculpatul C.I. (conducător auto) și inculpata V.A.-M. (persoană desemnată cu supravegherea victimei) au o culpă egală la producerea accidentului”.

Prin urmare, simpla legătură de rudenie, cu excepția rudeniei părinte – copil (care fundamentează o obligație de a acționa derivată din lege) nu poate justifica o poziție de garant, în absența unui izvor contractual, în interpretarea formală.

III. Teoria funcțiilor

Funcția de protecție a unei valori sociale derivă în primul rând din cadrul relațiilor de familie. Aceste obligații sunt în general impuse de lege: părinții raportat la copiii minori (mai ales dacă minorii locuiesc cu părinții¹⁴), tutorii raportat la persoanele ocrotite, soții între ei, concubinii, copiii raportat la părinții sau ascendenții în vârstă¹⁵ și invalizi, în funcție de reglementarea din Codul civil referitoare la astfel de situație¹⁶. În toate cazurile, este necesar să existe realmente o legătură directă cu bunul juridic ce trebuie protejat, adică o proximitate socială cu valoarea socială ocrotită. Un autor¹⁷ vorbește în acest caz despre o solidaritate naturală ca cauză juridică din care se poate deriva o obligație de acțiune. Discuțăm așadar în cadrul comunității de viață nu doar de un aspect de intimitate, ci și de intimă solidaritate¹⁸.

Întră în această categorie relațiile familiale care presupun o dependență absolută existențială a anumitor persoane față de altele¹⁹. Dar pe lângă ipoteza clasică cu părinții care își lasă să moară de foame copilul nou născut, sau a copiilor care trebuie să aibă grijă de părinții care se găsesc într-o relație de dependență față de aceștia²⁰, restul ipotezelor sunt discutabile²¹. Nu este suficientă relația de familie, ci trebuie să existe această situație de absolută dependență personală care să dea naștere poziției de garant (dacă mama lasă copilul în grija doicii, nu ar mai fi tipică fapta ei de a nu îi da de mâncare copilului). După un alt autor, în lipsa conviețuirii împreună cu titularul valorii sociale ocrotite, nu există poziție de garant indiferent de relația de rudenie²².

C. Roxin respinge și poziția de garant în care s-ar găsi bunicii față de nepoții sau frații/surorile unul față de celălalt, în condițiile în care nu conviețuiesc. În baza acestui criteriu ar putea răspunde persoane care au orice fel de legături de familie, chiar și afiniile,

¹⁴ C. Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 857, José De la Mata Amaya, José Miguel Sánchez Tomás, Rafael Alcácer Guirao, ș. a., *Teoría del Delito*, disponibil online la https://www.academia.edu/40814544/Teor%C3%ADa_del_delito_Jos%C3%A9_De_la_Mata_Amaya, p. 199.

¹⁵ *Idem*, p. 860.

¹⁶ F. M. Conde, M. G. Arán, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 247, Enrique Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 230, M. Á. Núñez Paz, *Omisión impropia y Derecho Penal (Acerca del artículo 11 del Código Penal español)*, în *Revista Penal*, nr. 20/2007, p. 148.

¹⁷ P. G. Toledo, *op. cit.*, p. 166.

¹⁸ R. P. Villanueva, *Teoría del delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 67.

¹⁹ S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2006, p. 321, R. Gullock Vargas, *Fundamentos teóricos básicos del delito de omisión su aplicación en el derecho penal contarricense*, Heredia, San Juanquín de Flores: Escuela Judicial, 2008, p. 148.

²⁰ R. Gullock Vargas, *op. cit.*, 2008, p. 148.

²¹ S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 321, José De la M. Amaya, J. M. Sánchez Tomás, R. Alcácer Guirao, ș. a., *Teoría del Delito*, disponibil online la https://www.academia.edu/40814544/Teor%C3%ADa_del_delito_Jos%C3%A9_De_la_Mata_Amaya, p. 199, care apreciază că în cazul celorlalte legături de rudenie, exceptându-le pe cele dintre părinți și copii, va trebui apreciat de la caz la caz dacă există sau nu o poziție de garant.

²² C. Roxin, *op. cit.*, p. 862.

după un alt autor²³. Pe de altă parte, S. Mir Puig a apreciat că, cu cât este mai îndepărtată legătura de rudenie, cu atât mai multe precauții trebuie să se ia pentru a se stabili comisiunea prin omisiune²⁴.

În ceea ce privește relația dintre părinți și copii, se subliniază că copiii trebuie să fie alimentați (dar lucrurile stau diferit dacă aceștia sunt deja suficient de în vârstă ca să se alimenteze singuri – în sensul de a mânca singuri mâncare)²⁵, să fie protejați de situații de pericol, înăuntrul și în afara locuinței, să fie protejați de comportamente autolezive (droguri, tentative de suicid etc.)²⁶. Această obligație ar exista și dacă părinții pleacă de acasă la o ieșire, nefiind legată de prezența fizică a acestora²⁷. Această obligație de garant ar înceta când copiii devin majori și ies din sfera de protecție a părinților, adică din casa părintească; dacă rămân în continuare să locuiască acolo, atunci obligația de garant rămâne, izvorând în continuare din funcția de protecție asumată, dar fiind limitată de independența juridică a majoratului²⁸. Relația tatălui cu copilul sau a soțului cu soția vor da naștere unei poziții de garant numai în măsura în care aceștia se află în grija agentului din cauza anumitor insuficiențe care îi împiedică să se controleze. O concluzie contrară ar însemna să se reglementeze o răspundere penală tranzitivă, pentru fapta altuia, lucru complet inacceptabil²⁹.

Poziția de garant a unuia dintre părinți față de copil există și dacă pericolul provine de la celălalt părinte³⁰. Prin sentința Tribunalului Suprem spaniol 459/28.05.2013³¹ este condamnat pentru omor comis în modalitatea comisiunii prin omisiune părintele care a asistat pasiv în timp ce copilul de un an era omorât cu lovituri repetate de celălalt părinte³². Tot

²³ S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 322. După alt autor, o astfel de poziție este extrem de discutabilă, pentru că indicațiile pe care le oferă dreptul civil sunt insuficiente. Vezi A.T. López, *Limites político criminales del delito de comisión por omisión*, în *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, nr. 3/1984, p. 703.

²⁴ S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 309.

²⁵ *Idem*, p. 319.

²⁶ C. Roxin, *op. cit.*, p. 857.

²⁷ *Idem*, p. 858.

²⁸ *Idem*, p. 859.

²⁹ Enrique Bacigalupo, *Delitos improprios de omisión*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 149.

³⁰ C. Roxin, *op. cit.*, p. 859. Despre implicațiile sociologice ale unei astfel de reglementări, în condițiile în care violența domestică este comisă predominant de bărbați, și despre angajarea răspunderii penale a femeilor în acest context, vezi N. Cobb, *Compulsory care-giving: some thoughts on relational feminism, the ethics of care and omissions liability*, în *Cambrian Law Review*, nr. 39/2008.

³¹ Disponibilă online la <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

³² La fel prin sentința Tribunalului Suprem spaniol nr. 358/4.03.2010, este condamnată mama care asistă pasiv în timp ce tatăl îi lovește fetița. Instanța supremă apreciază că această omisiune echivalează cu o acțiune în măsura în care neîndeplinirea obligației de a își proteja fiica minoră, de un an, în fața pericolului de a fi omorâtă în bătaie, presupune comiterea infracțiunii de omor. În același sens, prin sentința Tribunalului Suprem spaniol din 22.01.2002, este condamnată mama ca autor la infracțiunea de tentativă de omor, pentru că nu a împiedicat ca iubitul ei să îi lovească în mod repetat fetița, unele lovituri fiind foarte grave, fetița fiind salvată în ultimul moment printr-o intervenție chirurgicală, și sentința Tribunalului Suprem spaniol 677/2000 prin care se sancționează pentru omisiunea conștientă, raportat la agresiunile grave ale iubitului, mama unei fetițe de doi ani, care a asista pasiv în timp ce iubitul îi lovea fetița. Mama se găsește în poziție de garant și este sancționată pentru tentativă de omor. Toate sentințele sunt disponibile online pe <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

astfel, prin sentința Tribunalului Suprem spaniol nr. 283/26.03.2010³³ se menține condamnarea pentru abuz sexual, în modalitatea comisiunii prin omisiune a unei femei care, deși în deplinătatea facultăților mentale, și suferind ea însăși de abuzuri în copilărie, a consimțit ca tatăl fetei ei minore să abuzeze de aceasta pe o durată de mai multe ore la domiciliul său, lăsându-i singuri, după cum a consimțit și a acceptat ca ambii să doarmă în același pat³⁴.

Această obligație poate fi transferată altor persoane (de exemplu, părinții care își lasă copii în grija bunei)³⁵. Acceptarea, chiar faptică, a supravegherii minorului îl pune pe care a acceptat în aceeași poziție de garant ca a părinților³⁶. Dacă părinții pleacă într-o vizită având promisiunea vecinei că va arunca un ochi la copiii lor să vadă dacă sunt în ordine, funcția de protecție a vecinei este limitată la această acțiune³⁷. Dacă această acțiune nu este suficientă, fiind vorba de exemplu de un copil cu nevoi speciale, care are nevoie de asistență medicală periodică, responsabilitatea penală va fi angajată părinților. Dacă în schimb vecina nu merge deloc să verifice copilul, și i se cauzează vreun rău acestuia, atunci vecina va răspunde ca autor pentru o omisiune. Un alt autor³⁸ subliniază că pentru ca acest transfer să fie efectiv, trebuie să fie încheiat cu o persoană care la rândul său să aibă capacitatea de a acționa pentru a îndeplini obligația. Alegerea persoanei căreia i se deleagă poziția de garant și atribuirea competenței și a mijloacelor de aducere la îndeplinire a obligației sunt în sarcina garantului inițial³⁹.

În ceea ce privește raportul invers, dintre copii care au obligație de garant față de părinți, după un autor acesta ar trebui reținut ca izvor al poziției de garant numai dacă copiii locuiesc efectiv cu părinții⁴⁰, pentru că numai dacă locuiesc împreună este vorba despre o asumare a unei funcții de protecție, când oricum relația de rudenie nu mai reprezintă relevanță. Tribunalul Suprem german a stabilit că un fiu care trăiește cu familia sa în domiciliul familial are obligația de a îl avertiza pe tată atunci când alte rude completează să îl asasineze și chiar să sune la poliție într-un caz concret⁴¹. După un alt autor, este discutabil dacă există o obligație a copiilor de a împiedica pericolele care amenință viața sau integritatea părinților⁴².

³³ Disponibilă online la <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

³⁴ De menționat că în România, deși astfel de situații sunt frecvente, răspunderea mamei nici nu este pusă în discuție. Vezi, spre exemplu, sentința penală 2351/3.07.2019 a Judecătoriei Timișoara, unde starea de fapt era aproximativ aceeași (tatăl abuzându-și fiica timp de doi ani, când aceasta avea între 12 și 14 ani), dar mama nu a fost acuzată de comiterea vreunei infracțiuni.

³⁵ C. Roxin, *op. cit.*, p. 859.

³⁶ Sentința Tribunalului Suprem spaniol din 25.03.2004, unde se susține că, având în vedere acest transfer al obligației de a acționa, acceptantul este obligat să împiedice minorul să părăsească domiciliul părinților fără consimțământul acestora.

³⁷ C. Roxin, *op. cit.*, p. 870.

³⁸ E. G. Navarro, *Reflexiones sobre las distintas categorías de omisión y su presencia en el Código penal español*, în *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nr. 14/2015, p. 28.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ C. Roxin, *op. cit.*, p. 861.

⁴¹ Sentința Tribunalului Suprem German BGH NJW 1964, 731 apud C. Roxin, *op. cit.*, p. 827.

⁴² A.T. López, *op. cit.*, p. 703.

Prin sentința Tribunalului Suprem spaniol din 27.10.1997⁴³ a fost condamnată o persoană care și-a lăsat mama bătrână să moară de foame. Raportat la teoria de mai sus, potrivit căreia este necesară relația de absolută dependență dintre garant și victimă, ar trebui ca în cazul părinților bătrâni să răspundă numai copiii care îi aveau efectiv în grijă⁴⁴. Aceeași soluție, de condamnare, se dispune prin sentința Tribunalului Suprem spaniol din 17.04.1997⁴⁵, în care sunt condamnații soții care au lăsat să moară de foame și lipsă de condiții igienice pe tatăl soției, pe care îl aveau în grijă și cu care conviețuiau. Prin urmare, raportat la acest criteriu, nu există neapărat o formulă generală, ci trebuie analizat în concret, în funcție de prezența concretă a acestei dependențe dintre autor și valoarea socială ocrotită.

Spre exemplu, prin sentința Tribunalului Suprem spaniol din 18 decembrie 1996, A9661⁴⁶, s-a apreciat că unchiul victimei minore erau garanți, și îi condamnă pe aceștia pentru că nu au împiedicat ca nepotul lor adolescent să se masturbeze în fața altor persoane, fapta întrunind elementele constitutive ale infracțiunii de corupere de minori prevăzută de art. 452 bis b) C. pen. sp. din 1973. Se reține că „*unchii minorului erau garanți cu privire la nerealizarea infracțiunii de agresiune sexuală. Această poziție de garant provenea din încrederea fundamentată pe legături de familie, încredere pe care părinții minorului au investit-o în unchi, care participau la adunările la care a avut loc fapta. Este clar că părinții tânărului permiteau participarea copilului minor la adunările la care acesta a asista, având încredere că aceste adunări erau compatibile cu credințele lor, ceea ce implica că unchiul își asumau un rol în cadrul instituției familiare care corespundea părinților, absenți în acel moment. Prin urmare, omisiunea de a împiedica actele care au avut loc la cele două adunări în care nepotul lor a fost obligat să se masturbeze în fața altor persoane, fundamentează complicitatea prin omisiune, având în vedere că sub aspectul formei de participare nu s-a formulat apel de către Parchet*”. Este de subliniat că Tribunalul Suprem spaniol fundamentează poziția de garant pe legătura de familie unchi – nepot, și deși în speță s-ar fi putut argumenta un transfer al poziției de garant de la părinți la unchi.

Alt autor⁴⁷ semnalează că acest criteriu rămâne unul imprecis și nedeterminat, susceptibil de diverse interpretări.

După un alt autor⁴⁸ însă, acest criteriu a fost folosit uneori nu numai pentru a extinde sfera de aplicare în comisiunea prin omisiune, ci și pentru a îl restrânge: dacă ceea ce fundamentează poziția de garant este strânsă încredere derivată dintr-o relație interpersonală, atunci poziția de garant poate dispărea dacă această relație este deteriorată, inclusiv atunci când din punct de vedere al dreptului civil rămâne valabilă obligația de a se proteja unul pe

⁴³ Disponibilă online la <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

⁴⁴ S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 321.

⁴⁵ Disponibilă online la <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

⁴⁶ Disponibilă online la <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

⁴⁷ R. Gullock Vargas, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁸ E. G. Ordeig, *op. cit.*, p. 36.

altul⁴⁹. În acest sens se neagă responsabilitatea soțului în caz de deces al celuilalt soț, dacă relația dintre cei doi este deteriorată sau dacă aceștia nu mai locuiesc sub același acoperiș.

Spre exemplu, Codul Penal din Chile, în art. 352 incriminează fapta unei persoane de a își abandona, soțul, concubinul, ascendentul sau descendentul, legitim sau nelegitim, bolnav sau aflat în imposibilitate de a își purta de grijă, dacă cel abandonat suferă leziuni sau moare din cauza abandonului⁵⁰, reprezentând o soluție aparentă la problema comisiunii prin omisiune, și echivalând statutul soțului cu al concubinului.

De subliniat că, după un autor, dacă nu există o asumare efectivă a obligației, adică dacă părinții nu locuiesc cu copiii (tatăl divorțat care nu locuiește cu copilul și doar îi plătește pensie alimentară), spre exemplu, atunci nu există poziție de garant⁵¹.

Într-o interpretare doctrinară, poziția de garant nu depinde de relația de rudenie, ci de existența unei comunități de conviețuire între mai multe persoane.

Potrivit acestui criteriu, nu sunt garanți doar rudele sau persoanele între care există o relație amoroasă, așa cum am observat mai sus, ci și alte persoane care sunt reciproc legate între ele prin legături strânse, extrafamiliale⁵². Se fundamentează astfel o poziție de garant între persoanele care locuiesc în aceeași locuință⁵³, sub același acoperiș, dar între care nu există o strânsă legătură de viață (sentimentală), dar, după unii autori, există ceva mai mult decât simpla circumstanță de a împărți aceeași locuință⁵⁴. Discutăm așadar în cadrul comunității de viață nu doar de un aspect de intimitate, ci și de intimă solidaritate⁵⁵.

Fundamentul acestui izvor se găsește în proximitatea față de bunul juridic care trebuie să fie protejat și în încrederea reciprocă între cei care locuiesc împreună, ceea ce determină ca între aceste persoane să intervină relații de dependență, motiv pentru care se permite renunțarea la măsurile de siguranță pe care în mod normal fiecare le-ar adopta⁵⁶.

În această categorie intră inițial persoanele care locuiesc în aceeași locuință, dar raționamentul se poate extinde până la a admite comunitatea de viață în cazul prietenilor care se cunosc de mulți ani sau a persoanelor care călătoresc în același vehicul⁵⁷, vecinii de bloc (după alții, se apreciază că vecinul nu este inclus în această categorie – spre exemplu, nu va răspunde dacă nu acționează atunci când vede copilul vecinilor că se îneacă în piscină decât pentru o omisiune proprie, nefiind în poziție de garant)⁵⁸, colegii de muncă și angajatorul etc. Unii autori includ în această categorie și iubiții, logodnicii, sau perechile

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ C.I. Sánchez, *Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante*, în *Revista Chilena de Derecho*, nr. 2/2006, p. 341.

⁵¹ C. Roxin, *op. cit.*, p. 866.

⁵² E.G. Ordeig, *op. cit.*, 1997, p. 34, F.M. Conde, M.G. Arán, *op. cit.*, p. 246. Aceștia din urmă rețin chiar că poziția de garant este, în acest caz, mai presus de lege („más allá de la ley” în lb. spaniolă în original).

⁵³ M.A. Ulloa, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁴ E.G. Ordeig, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁵ R. P. Villanueva, *Teoría del delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 67.

⁵⁶ C. Roxin, *op. cit.*, p. 866.

⁵⁷ Vezi jurisprudența citată de B. Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Schwartz, Göttingen, 1971, p. 339, apud D. M. Luzón Peña, *op. cit.*, p. 189.

⁵⁸ J. Baumann, *Derecho penal concepto fundamentales y sistema*, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1973, p. 148.

extramatrimoniale hetero sau homosexuale⁵⁹. Din această categorie, alți autori exclud relațiile de prietenie și afilierea la aceeași asociație sau partid politic⁶⁰. După alți autori⁶¹, cel care primește în casa sa o persoană care are nevoie de îngrijiri, fie că este sau nu rudă cu aceasta, își asumă o funcție de protecție.

După un autor⁶², ar intra în această categorie familia ca stare de fapt, alături de excursioniști care pornesc împreună într-o expediție (nu și ghidul față de excursioniști, unde ar exista o asumare voluntară cu caracter mai degrabă contractual), dar și primirea în căminul propriu al unei persoane care are nevoie de asistență. După un autor⁶³, s-ar include în această categorie și ghidul turistic care trebuie să ofere grupului ajutor în caz de pericol.

Unii autori⁶⁴ susțin chiar că aceasta este o formă specială de comunitate de pericol în sens larg, în ideea că sub aceeași locuință se reunesc mai multe persoane pentru a putea înfrunta riscul general al vieții și își organizează viața astfel încât acționând în mod conjunct și cooperând cu locatarii să poată face față provocărilor vieții cotidiene. Această opinie este contrazisă de alți autori care susțin că numeroasele comunități de viață nu sunt constituite pentru a înfrunta situații de pericol speciale sau activități cu risc crescut, ci pentru a locui împreună în diverse imobile cu caracter stabil, sau chiar tranzitoriu. Pentru acest motiv acestea nu sunt în realitate comunități de pericol și trebuie tratate separat⁶⁵.

După alt autor⁶⁶, în lipsa unei relații de dependență dintre colocatari, simpla conviețuire nu fundamentează o poziție de garant. Nu există așadar o poziție de garant, în lipsa acestui criteriu, între prieteni, chiar dacă relația de prietenie este veche, între parteneri romantici, între persoane membre ale aceleiași grup care consumă droguri, între colegi de muncă, între cei care împart o mașină.

În jurisprudența spaniolă, Tribunalul Suprem spaniol, prin sentința din 3 iulie 1985, A3870⁶⁷, impută moartea din culpă în comisiune prin omisiune a celui care nu a evitat moartea prin sinucidere a colegului cu care locuia sub același acoperiș de câteva luni⁶⁸.

De asemenea, prin sentința Tribunalului Suprem spaniol s-a stabilit că obligația de a evita rezultatul ca garant a unei valori juridice determinate poate fi în sarcina colegului

⁵⁹ E. G. Ordeig, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁰ P. Bocklemann, K. Volk, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, 1987, p. 139, *apud* E. G. Ordeig, *op. cit.*, p. 34.

⁶¹ C. Roxin, *op. cit.*, p. 866, H.H. Jescheck, *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del derecho penal comparado*, în *Nuevo Foro Penal*, nr. 59/1993, p. 18.

⁶² H.H. Jescheck, *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del derecho penal comparado*, în *Nuevo Foro Penal*, nr. 59/1993, p. 18.

⁶³ R. Gullock Vargas, *op. cit.*, p. 149.

⁶⁴ B. Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Schwartz, Göttingen, 1971, p. 335, *apud* D.-M. Luzón Peña, *op. cit.*, p. 189.

⁶⁵ B. Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Schwartz, Göttingen, 1971, p. 339, *apud* D.-M. Luzón Peña, *op. cit.*, p. 189.

⁶⁶ C. Roxin, *op. cit.*, p. 866.

⁶⁷ Disponibilă online la <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

⁶⁸ Prezentată în E.G. Ordeig, *op. cit.* p. 35.

obișnuit al victimei care cunoaște starea critică a femeii și percepe necesitatea de ajutorare a acesteia, și cu toate acestea nu acționează în acest sens⁶⁹.

Motivând poziția de garant pe acest izvor, Tribunalul Suprem spaniol, prin sentința din 17 aprilie 1997⁷⁰, îl condamnă la o infracțiune de omor în varianta comisiunii prin omisiune, pe ginerele care nu a împiedicat moartea socrului cu care locuia în aceeași casă.

Se apreciază că conlocuirea trebuie să aibă ca scop, pentru a se reține această poziție de garant, îndeplinirea obligațiilor casnice comune, și înfruntarea eventualelor pericole. Cum trasăm însă granița între diverși locatari? Cum stabilim dacă anumiți prieteni care stau de 10 ani împreună sunt în poziție de garant, iar alții, care stau de 20 de ani în același bloc, nu sunt? Din punctul de vedere al altui autor⁷¹, în cazul acestui criteriu domină o dimensiune de nesiguranță care descalifică de maniera cea mai radicală, și din perspectiva unui stat de drept, această sursă.

După un autor⁷², simpla conviețuire sub același acoperiș a mai multor persoane nu poate fi suficientă pentru a justifica o poziție de garant, și ar trebui adăugate anumite elemente pentru a reține o astfel de consecință, iar fundamental ar fi tot o relație specială, strânsă, între colocatari, stabilă și cu durată mare în timp. După alți autori⁷³, conceptul de strânsă comunitate de viață în sine este cețos și impracticabil. Spre exemplu, se întreabă același autor, trebuie ca îngrijitoarea casei, în baza acestui criteriu, să împiedice sinuciderea stăpânului casei?

Alt autor⁷⁴ apreciază că ambele poziții de garant, atât strânsa relație familială, cât și comunitatea de conviețuire, se pot conjuga într-un singur izvor a cărui caracteristică esențială să fie aceea de asumare reală a unei obligații de protecție și dependența efectivă a unei persoane. Totuși, o astfel de abordare, deși atractivă, nu tranșează limita până la care se va răspunde penal în acest caz, pentru că nu avem criterii de apreciere a ce înseamnă o asumare reală a obligației de a acționa.

În general, această situație de fapt se folosește ca un criteriu cu caracter extensiv pentru a fundamenta poziția de garant, însă alte ori această sursă se utilizează ca criteriu adițional la sursa strânsei legături, fiind așadar restrictiv pentru ca o relație familială sau sentimentală să poată fi baza unei poziții de garant⁷⁵.

După un alt autor⁷⁶, utilizarea acestor criterii, ca comunitatea de viață, concubinajul etc. presupune în realitate o încălcare a caracterului subsidiar al dreptului penal, ajunghându-se să se interpreteze creativ și extensiv, și configurându-se o responsabilitate juridică fundamentată pe obligații morale de a acționa.

⁶⁹ Prezentată în E.G. Ordeig, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁰ Disponibilă online la <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

⁷¹ G. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Die Straftat, 1981, p. 1014, *apud* E. G. Ordeig, *op. cit.*, p. 35.

⁷² P.G. Toledo, *op. cit.*, p. 152.

⁷³ G. Geilen, *Garantenpflicht aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft*, FamRZ, 1961, p. 153, *apud* E. G. Ordeig, *op. cit.*, 1997, p. 35.

⁷⁴ P.G. Toledo, *op. cit.*, p. 152-153.

⁷⁵ E. G. Ordeig, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁶ A.T. López, *op. cit.*, p. 703.

IV. Concluzii

După cum s-a putut observa, interpretarea surselor obligației de a acționa nu este un exercițiu facil. O interpretare prea strictă, formală, duce la lăsarea în afara tipicității a numeroase situații în care este evident că făptuitorul ar trebui sancționat. O interpretare largă, bazată pe teoria funcțiilor, extinde răspunderea penală și lasă loc unei interpretări arbitrare.

Legătura de rudenie nu presupune însă în mod automat o poziție de garant, fie că o privim din perspectiva teoriei izvoarelor formale, caz în care, în mod obligatoriu, trebuie să identificăm o lege care să impună obligația de a acționa, sau un contract dacă obligația de a acționa a fost transferată, fie că o privim din perspectiva teoriei izvoarelor materiale, caz în care apare necesitatea identificării unei relații de dependență dintre făptuitor și victimă. În concluzie, este clar că este necesar mult bun – simț juridic în interpretarea articolului 17 C. pen. care să fundamenteze o răspundere penală rezultând din neîndeplinirea obligației de a interveni pentru a apăra o rudă de un pericol.

