

CAPITULO PRIMERO

I- EVOLUCION HISTORICA DEL DELITO DE OMISION

Planteamiento del problema

Desde tiempos antiguos, el problema de las omisiones y su posible equiparación con acciones punitivas ha sido motivo de preocupación para los tratadistas.

No obstante fue en el periodo del dominio del causalismo naturalista en Alemania cuando se le otorgó una visión jurídico penal a la discusión que se venía desarrollando con respecto a las omisiones.

Para los naturalistas fue necesario establecer los fundamentos de la punibilidad de las omisiones desde una perspectiva física externa, en donde del no hacer nada surge un motivo de relevancia jurídico-penal.¹

¹ **Igualmente la concepción naturalista del delito requiere que la conducta corporal voluntaria del sujeto provoque un resultado lesivo para que sea de relevancia jurídico-penal, con lo cual surge el cuestionamiento sobre la punibilidad de las omisiones impropias o comisión por omisión, donde no se da ese movimiento corporal voluntario, de allí que ante la necesidad**

La búsqueda de un hacer positivo en la omisión motivó que algunos autores trataran de hallar una fórmula que les permitiera determinar que en ciertos casos de omisión se "causa" el resultado. A raíz de ello se elaboraron diversas teorías como la del "actuar precedente" y de la "interferencia". Sin embargo todos estos esfuerzos fueron inútiles y llevaron a entender que las omisiones en realidad no son "causaciones", sino equiparables a las causaciones.²

Otras posiciones doctrinarias desarrollaron las acciones y omisiones desde el punto de vista de la estructura lógico objetiva del ser humano a la hora de actuar u omitir, lo que les permitió conceptualizar la omisión desde un punto de vista ontológico.

Para el finalismo, omite quien no realiza la acción final, a pesar de tener la capacidad de acción, concibiendo una conducta humana genérica dentro de la cual caben conductas positivas y omisivas, entendidas como comportamientos realizados por voluntad y dirigidos hacia un fin determinado.

dogmática de castigar ciertas conductas omisivas como causación de resultado, se recurra a buscar esa causalidad en el entorno de la omisión.

² **Liszt concibe la omisión no como "no hacer", sino "no hacer lo que se espera", donde solo la omisión de la acción esperada puede equipararse a**

Esta nueva concepción genérica de la conducta humana capaz de cubrir tanto la acción como la omisión, es adoptada por Jescheck, para quien debe rechazarse tanto la tesis que niega un concepto superior de acción u omisión, como la de equiparar las omisiones a un hacer positivo.

La solución se encuentra en un "concepto social de acción" que incluye a la omisión y que se basa en un "comportamiento socialmente relevante", entendiendo como comportamiento "toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida, o por lo menos reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquel dispone por razón de su libertad"³. Este concepto social de acción abarca entonces, todas las formas de comportamiento humano que resultan relevantes en orden al juicio de imputación, definiendo en forma concreta el modo de ser de la acción, permitiendo igualmente su determinación mediante los elementos generales del delito, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.⁴

la causación.

³ **Así Jescheck, "Tratado de derecho.." p 296**

⁴ **Jescheck, "Tratado de derecho.."p 828, distinguió el hacer positivo y la omisión indicando que "las normas jurídicas son normas prohibitivas o preceptivas. La norma prohibitiva impide una determinada acción y ordena, pues, una omisión; la vulneración del derecho consiste en la**

La distinción entre la comisión y la omisión ofrece con frecuencia extraordinarias dificultades.

El presente estudio abarca los dos ámbitos de delimitación entre la acción y la omisión: desde el punto de vista de las estructuras ontológicas previas a toda valoración jurídica y en el ámbito de la valoración jurídica propiamente dicha, adecuándolo, en la medida de lo posible, a nuestro ordenamiento jurídico.

II- Historia general del delito de omisión

A- Historia general de la omisión

Los actos humanos son aquellas acciones, externas o internas, que el ser humano realiza con conocimiento (advertencia de lo que hace, deliberación) y voluntad libre (porque quiere hacer u omitir una cosa; realiza una cosa u otra). El conocimiento significa tener suficiente advertencia de lo que se va a hacer, lo que permite que sepamos de antemano lo que vamos a realizar y estemos en capacidad

realización de la acción prohibida. Mediante la norma preceptiva se ordena una determinada acción y se impone por consiguiente un hacer positivo; la infracción del derecho consiste, entonces, en la omisión de este hacer. Todos los delitos de omisión, sean propios o impropios constituyen infracciones de normas preceptivas".

de decidirnos a realizarlo. La voluntad, como requisito del acto humano, exige que ese acto sea querido realmente por nosotros como algo nuestro; ha de ser, por tanto, una voluntad libre, con capacidad para elegir. La actividad humana es, entonces, tanto un ejercicio activo en busca de una finalidad, como pasivo, este último constituido por la no realización de una conducta determinada, lo que constituye propiamente la omisión. El derecho penal está imbuido tanto de normas que prohíben la realización de determinadas conductas, como imperativas, cuya no realización provoca resultados socialmente sancionables; la no realización de la acción esperada es el dato jurídicamente relevante, y constituye la esencia de los delitos de omisión.

De previo a adentrarnos en la problemática de los delitos de omisión, valga hacer una breve referencia histórica, tomando en consideración los diversos cambios evolutivos en cuanto a los elementos constitutivos de los delitos omisivos.

Corresponde a Feuerbach haberle dado, a inicios del siglo diecinueve, un tratamiento diferente a la omisión. Para él existe un "delito de omisión en tanto una persona tiene un derecho a la real exteriorización de nuestra actividad". Considera este autor que las fuentes jurídicas del deber de evitar un resultado se basan en la ley y el contrato.

1- Fundamentación de la causalidad en los delitos omisivos

Ludden hace la diferenciación, por primera vez, entre delitos propios e impropios de omisión, planteándose la problemática entre un comportamiento activo y uno omisivo. El delito propio de omisión se produce, según este autor, con la violación de la ley que exige actuar de determinada manera, en tanto que el delito impropio de omisión -partiendo de la idea de que el ser humano quieto es impensable y si no hace una cosa hará otra- se produce por la acción positiva realizada por el sujeto en vez de la acción que debió realizar, siendo la acción positiva la causa del suceso delictivo, con lo cual se presta especial interés a la relación de causalidad en los delitos de omisión impropia.⁵

Glasser, por su parte, pretende fundamentar la causalidad de la omisión en el hecho anterior del autor.

Lo mismo sucede con Merkel quien agrega que las omisiones responsabilizan al sujeto por la producción de un resultado, en tanto este haya sido puesto de modo

⁵ **Para Luden, citado por Silva Sánchez, a diferencia de los hegelianos que entendían la causalidad como causalidad de voluntad o vínculo hipotético, decía que esta no es una categoría mental que permita una vinculación lógico-epistemológica entre dos datos, sino más bien una categoría real a la que se accede por la observación científico-natural. Causa es pues; "causa eficiente".**

responsable en relación con la integridad de otros y exista el deber de evitar ese resultado con la correspondiente realización de la acción debida.

Para Bindig el momento causal de la omisión impropia (teoría de la interferencia que encuentra el momento causal en la contención de la voluntad), no es la acción esperada, sino la contención de la voluntad, pues toda acción contiene al mismo tiempo una provocación y un impedimento de resultado; en parte promueve y en parte impide el resultado.

2- Teoría de la acción esperada

Von Rohland considera que la omisión es causal del resultado producido cuando ella es esperada por el ordenamiento jurídico, en virtud del deber de impedir ese resultado y de que este no se cumple.

Retomando esta postura, Kohler desarrolla la posición de garante como la posición del omitente exigida por la sociedad mediante el deber de evitar un resultado. Cuanto más especial sea ese deber, tanto más fácil la aceptación de la causalidad.

Actualmente se rechaza mayoritariamente que la causalidad sea decisiva en la omisión. El resultado producido debe ser objetivamente imputable al omitente; cuando el resultado típico simplemente se ha dejado de evitar, es cuando imaginativamente la acción esperada probablemente hubiera evitado el resultado.

3- Las ideas posteriores

Welzel distingue la acción y omisión como dos subclases independientes de la conducta humana, dominables por la voluntad de la realización final. Es el dominio potencial que tiene el sujeto sobre un hecho lo que convierte a una inactividad en omisión.

Por su parte, Armin Kaufmann considera que en la omisión no existe un dolo entendido como voluntad de realización. La esencia de la comisión por omisión se haya en su conformación axiológica, en donde debe existir un mandato de impedir la lesión o la puesta en peligro de lesión del bien jurídico propio de un tipo de acción, en los casos en que esta lesión o peligro sea equivalente en injusto y culpabilidad a dicho tipo de acción.

De las posiciones antes dichas, vemos la equiparación de la acción y la omisión en razón de la producción de un resultado descrito en la ley, sin que con ello se dé una clara respuesta a aquellas conductas omisivas no tipificadas y la especial posición del “garante”, que tiene la obligación de evitar el resultado, en los delitos impropios de omisión.

No obstante lo visto hasta aquí, la problemática de la omisión impropia es remitida por las nuevas corrientes no a la tipicidad sino a la antijuridicidad.

Para Von Liszt, por ejemplo, la omisión es una forma de acción; él equipara por

primera vez la no evitación del resultado con la producción de este. Afirma que la punibilidad de la omisión es independiente de la aceptación de su causalidad, pero que la respuesta final queda en el ámbito de la antijuridicidad.

Beling, por su parte considera que la antijuridicidad de la omisión existe en la medida en que se den presupuestos positivos especiales que fundamenten un deber de actuar por parte del omitente. "...Una omisión no se encuentra con el resultado típico dentro del mismo ámbito en lo que está su causación antijurídica, sino que su antijuridicidad estará dada solamente por la existencia de presupuestos positivos especiales que fundamenten un deber de actuar"; "la realización mediante omisión de tipos positivamente formulados, no es fundamentalmente antijurídica, sino bajo la existencia de circunstancias fundantes del deber".

El delito de omisión es siempre estructuralmente un delito consistente en la infracción de un deber jurídico por la no realización de la acción esperada, que igualmente podría incluir, la realización de una acción distinta a la acción esperada.

B- Historia nacional del delito de omisión

1- El hecho punible en el Código de Carrillo

El Código de Carrillo hizo referencia a las conductas omisivas de carácter prohibitivo. En su artículo primero señalaba:

"...Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley, se entenderá haber voluntad y malicia, mientras que el infractor no pruebe, ó no resulte claramente lo contrario...".⁶

2- El hecho punible en el Código Penal de 1880

El Código Penal de 1880 en su artículo primero disponía:

"... Es delito toda acción ú omisión voluntaria penada por ley. Las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario...".⁷

En un comentario hecho a esta norma, afirma don Rafael Orozco: "...La ley usa las palabras acción ú omisión para comprender, no solo las leyes prohibitivas, sino también las imperativas, pues tanto delinque el que ejecuta un hecho que la ley prohíbe como el que deja de hacer lo que ella manda... Como se ve, la presunción cede á la prueba en contrario que de autos aparezca, y aunque á primera vista parece difícil justificar la no voluntariedad ó inocencia en un hecho criminal, por

⁶ **Código General de la República de Costa Rica, 2º e d, Emitida el 30 de julio de 1841, p 1.**

⁷ **Artículo 1**

tratarse de un fenómeno interno, hay siempre hechos externos, anteriores ó inmediatos á la perpetración, que revelan de una manera clara la inculpabilidad del hechor...".⁸

3- El hecho punible en el Código Penal de 1910

El Código Penal de 1910 regula el hecho punible de manera similar al Código Penal de 1880.

4- El hecho punible en el Código Penal de 1924

El artículo primero del Código Penal de 1924 disponía:

"... Es imputable judicialmente toda acción u omisión penada por ley..."
(imputabilidad)

Por su parte en el artículo dos se indica:

"...Mientras no se pruebe lo contrario, el dolo o intención de delinquir se presume en todas las acciones u omisiones punibles (presunción de dolo).

5- El hecho punible en el Código Penal de 1941

⁸ **Orozco, Rafael, "Elementos del derecho penal de Costa Rica", San José, primera ed, 1882, pp 10 y 11**

El artículo dieciocho del Código Penal de 1941 establecía que

"... Las infracciones por acción u omisión que penan las leyes, son delitos cuasidelitos y faltas: Los cuasidelitos son acciones u omisiones no intencionales debidas a mera culpa y solo son punibles en los casos especialmente señalados por este Código. Las faltas se rigen por lo dispuesto en el Código de Policía..."

6- El hecho punible en el Código Penal de 1970

No es sino hasta la entrada en vigencia del Código Penal de 1970 cuando nuevamente se retoma la discusión en torno a los delitos propios e impropios de omisión; en los segundos, partiendo del resultado producido y haciendo la diferencia entre aquel que no impide el resultado estando en posibilidad de hacerlo y quien de jurídicamente evitarlo en virtud de la especial posición que el ordenamiento jurídico le otorga.⁹

⁹ **Explica Castillo en torno a los delitos omisivos "...Los delitos de omisión se escinden en delitos propios de omisión y delitos impropios de omisión ("unechte Unterlassungsdelikte"), llamados también delitos de comisión por omisión. La omisión es siempre el incumplimiento de una obligación impuesta por el ordenamiento, que espera del obligado una conducta debida. Por el contrario, en los delitos impropios de omisión lo que toma**

El artículo 18 del Código Penal actual reza:

"...El hecho punible puede ser realizado por acción u omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo...".

en cuenta el legislador es la posición de garante del obligado- estrecha relación del sujeto con un bien jurídicamente tutelado-, que convierte a este en responsable del hecho reprimido en consideración al resultado producido, si no le evita, pudiendo hacerlo (Art. 18 Cód. pen.).

CAPITULO DOS

I- CONCEPTOS GENERALES DE DERECHO

1- Concepto de derecho

Para encontrar una explicación de lo que se entiende por omisión, es preciso remontarse al nacimiento mismo de la sociedad y por ende al derecho.

Como antes hemos afirmado en este estudio, los filósofos de todos los tiempos han concluido que el ser humano es social por naturaleza, o sea que, para él, la sociedad es algo natural. En virtud de que el ser humano es libre, la sociedad es fruto de la acción libre de los seres humanos. Precisamente por esa formación grupal, todo lo que tiene ha sido heredado de generaciones anteriores, lo cual es conocido como cultura, e incluye lengua, modo de vestir, formas de trabajar y tipo de alimentación, entre otros.

Surge así el derecho como un ordenamiento de la vida social de conformidad con un plan previo, el cual determina las relaciones sociales y la condición de cada uno de sus miembros, mediante un régimen de organización del conjunto.

La sociedad es aquella en que los individuos están unidos mediante la participación en valores comunes que cada persona hace suyos e interioriza. La

comunidad no se basa en leyes ni reglamentos (aunque existan) sino en un elemento previo y fundamental: la solidaridad. En la sociedad se reconocen los derechos de las personas pero, al mismo tiempo se subraya el equivalente concepto de deber. El derecho viene a ser uno de los instrumentos con que las diferentes concepciones políticas, económicas y sociales pretenden alcanzar sus fines; este les permite la utilización de medidas coercitivas destinadas a dar forma a una estructura social; esa naturaleza coercitiva del derecho se propone asegurar la subsistencia de la misma estructura. El derecho define, entonces, una serie de prescripciones dirigidas a los miembros de la comunidad, las cuales imponen determinadas formas de comportamiento; reciben el nombre de normas jurídicas y están destinadas a asegurar el comportamiento de sus miembros de acuerdo con las exigencias del modelo previsto.

Las normas jurídicas tienen un destinatario a quien mandan a ajustar su conducta a determinadas pautas; en caso de desobediencia se prevé contra él la consecuencia jurídica denominada sanción.

Estas normas jurídicas se expresan tanto en formas prohibitivas como impositivas¹⁰. La forma prohibitiva está destinada a impedir acciones humanas

¹⁰ **Novoa las denomina normas prohibitivas o de mandato...Fundamentos..cit, p 21**

contrarias a la estructura social establecida. La forma impositiva está destinada a obtener acciones humanas necesarias para la supervivencia y el desarrollo del modelo previsto.

Lo anterior explica la relación cualitativa existente entre norma jurídica prohibitiva y obligación de no hacer del destinatario, por una parte, y entre norma jurídica impositiva y obligación de hacer del destinatario, por otra.

2- Concepto de bien jurídico

El concepto de bien jurídico ha adquirido su máxima expresión dentro de la teoría del delito; este concepto ha sido utilizado para la sistematización de la parte penal especial como sustrato material del contenido del injusto de las conductas humanas violatorias de la ley.

Bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. Entre esos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud, los cuales son respectivamente negados por la muerte y el sufrimiento. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestido, vivienda; o bien, presupuestos ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, por citar unos ejemplos.

A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les denomina "bienes jurídicos individuales" en cuanto afectan directamente a la persona. Junto a ellos se encuentran también los "bienes jurídicos comunitarios" que afectan más a la comunidad como tal, constituyen la agrupación de varias personas individuales y suponen un cierto orden social o estatal. Entre esos bienes jurídicos sociales se encuentran la salud pública, la seguridad en el tráfico motorizado, la organización política.

La determinación de los bienes jurídicos que han de ser protegidos por medio de la tutela penal, está condicionada históricamente. Dependen no solo de las necesidades sociales concretas, sino también de las concepciones morales dominantes en la sociedad. En el proceso de producción del bien jurídico se dan manipulaciones y tergiversaciones que tienden a ignorar el interés humano que debe haber en todo bien jurídico en beneficio de una concepción puramente estatalista o deshumanizada del mismo; tales manipulaciones pueden servir para proteger intereses del grupo o clase dominante que no tienen valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad, poniendo, por ejemplo, la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a bienes jurídicos instrumentales como la propiedad privada, con la misma gravedad o incluso más duramente que los ataques a la vida, a la salud o a la libertad; o considerando como derechos naturales, inmutables y permanentes lo que no es más que el interés personal y egoísta de quienes ejercen el poder.

Se entiende el bien jurídico como un ente que merece el amparo y la protección del derecho. La esencia del bien jurídico se encuentra dentro de la estructura determinada de la vida en sociedad en concordancia con los intereses vitales, individuales o colectivos de paz y seguridad como formas de subsistencia de la organización social¹¹.

El concepto de bien jurídico en resguardo de los derechos fundamentales, se perfila hoy en día no solo como tutela del desconocimiento o lesión de un derecho individual, sino también como resguardo de los más vitales intereses de la sociedad como la recta administración de justicia y el eficiente funcionamiento de la administración pública.

No obstante lo indicado, el concepto de bien jurídico resulta insuficiente: mientras que en los delitos de acción apoyados en normas prohibitivas se tiene por objeto la protección de situaciones de hecho que el legislador considera apropiadas para el bien de los individuos y de la sociedad, en los delitos propios de omisión de mera desobediencia el legislador no trata de impedir el ataque o lesión de un bien

¹¹ **Henry Issa y Alfredo Chirino, por su parte, definen al Bien Jurídico como "aquella relación de disponibilidad entre un sujeto y un objeto (de protección) suyo y calificado como importante por la ley penal" ...Metodología..cit, p 43**

jurídico determinado, sino de obtener la colaboración activa de ciertos individuos para la realización de un objetivo exigido por las normas de mandato y que, a su vez, no parece quedar cobijado dentro de un concepto rígido de bien jurídico. La denominación de bien jurídico debe ser flexible y ajustada a la realidad actual; debe tomar en cuenta las nuevas condiciones sociales -sin perder por ello sus ventajas teóricas- y ajustarse más a las normas jurídicas de mandato y de omisión.

3- Bien jurídico y principio de lesividad

El injusto, también llamado en algunos sectores de la doctrina como "el ilícito", es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano; tratándose de delitos y en virtud del principio de legalidad, el hecho o acto humano desvalorado debe estar descrito en la ley (tipo penal), y para que exista delito, debe coincidir el hecho o acto humano desvalorado con la descripción que de ese hecho se hace en la ley; en consecuencia, el injusto es una conducta típica y antijurídica o contraria a derecho.

El bien jurídico está íntimamente relacionado con la concepción del injusto y con la protección del individuo frente a las arbitrariedades de la acción del Estado. Sin embargo, aquellos comportamientos que solo lesionan en mínimo grado el bien jurídico, no son típicos. Debe deducirse el bien jurídico que todo tipo penal supone, mas no es suficiente su mero encasillamiento para que se dé un juicio de tipicidad

penal: debe además afectarse significativamente ese bien jurídico tutelado¹².

Partiendo del aforismo liberal "no hay delito sin daño", el principio de lesividad equivale a la no existencia del hecho punible, si no hay una amenaza real o potencial para el bien jurídico. Se refiere entonces a un límite al denominado poder punitivo del Estado con el fin de evitar imposiciones penales que no estén sustentadas en la protección de un bien jurídico determinado. De allí las corrientes doctrinales modernas que claman por la descriminalización de aquellas conductas que no afecten o lesionen de manera significativa un interés jurídicamente protegido por la ley penal.

¹² **"Las acciones que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros están fuera del alcance de la ley, el artículo 28 Constitución Política impone un límite al denominado ius puniendi, pues ha cada figura ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético o social precisamente determinado, en otros términos puesto que no basta que una conducta u omisión encaje abstractamente en un tipo, es también necesario una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario tendríamos conductas delictivas pese a que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros...Sala Constitucional voto 525-93 del 3 de febrero de 1993..."**

La teoría del bien jurídico comporta, como se dijo, un límite a la injerencia del Estado. El legislador ha considerado que ciertos bienes o valores están desprovistos, dada su poca importancia, de una protección especial y por lo tanto escapan del ámbito de acción del derecho penal. El hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos implica también un atentado contra los valores morales predominantes en una comunidad dada y en un momento determinado; su aparición conforma el desvalor de acción que, conjuntamente con el desvalor del resultado lesivo, integran el injusto penal.

La Constitución Política de Costa Rica tutela el principio de lesividad en su artículo 28¹³. Este principio regula la actividad de los ciudadanos de tal forma que la acción de estos debe causar un daño significativo para que la ley intervenga y, en materia penal, para que haya delito. La puesta en peligro del bien jurídico tutelado se

¹³ **"Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.**

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas".

deriva de la Constitución, pues es el legislador quien decide qué bienes y valores merecen esta especial protección, y podrá hablarse de antijuridicidad aun si solo hay puesta en peligro de ese conjunto de bienes jurídicos.

Así, el bien jurídico tiene implicaciones tanto en la tipicidad como en la antijuridicidad de la conducta y consecuentemente en la aplicación de las causas de justificación¹⁴. Debe verificarse primeramente la tipicidad, de seguido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, para posteriormente descartar la existencia de antijuridicidad; mas si no hay lesión o puesta en peligro del bien jurídico, ni siquiera se entra a analizar las causas de justificación, las cuales se originan en un precepto permisivo.

4- El concepto de acción en la dogmática jurídico-penal

De previo a entrar a hacer consideraciones sobre los elementos del delito, es preciso encontrar el moderno significado de acción dentro del derecho penal.¹⁵ Inicialmente se consideraba que la “capacidad de acción” era susceptible de abarcar tanto el concepto de acción como el de omisión, lo cual fue de intensa discusión desde los orígenes de ambas concepciones. Con la formulación de este

¹⁴ **Así Henry Issa- Alfredo Chirino "Metodología" p 43**

¹⁵ **Así, Jescheck, “Tratado de derecho”, p 291**

supraconcepto se pretendía encontrar en la omisión los elementos de la acción.

Para Kaufmann, gestor de este concepto, entre omisión y acción se da un elemento común: el comportamiento. Un sujeto capaz de acción describe un comportamiento ya sea mediante la realización de la acción posible, ya sea omitiendo.

Se critica a esta posición que, si bien es cierto la “capacidad de acción” resulta un elemento común, la misma no es susceptible de conformar un supraconcepto de acción y omisión en el plano ontológico.

Así pues, un supraconcepto de acción debe abarcar todas las formas de manifestación de la conducta punible y debe hallarse tanto en los hechos dolosos como imprudentes, en el hacer activo y en la omisión. Esta “función clasificatoria” denominada así por Jescheck, atiende a la acción como “elemento básico” del derecho penal¹⁶.

La acción debe vincular entre sí todas las concretas categorías del delito, e introducirse en los elementos de la estructura del delito de modo que pueda adentrarse en el sistema jurídico penal de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (función de enlace o unión). De este concepto de “elemento de enlace”, se derivan

¹⁶ **En igual sentido Roxin, derecho penal, p 234**

tres requisitos en cuanto a su contenido:

a) el concepto de acción debe permanecer neutral frente al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad. Por consiguiente, no deben introducirse predicados valorativos, pues su “significado sistemático” pretende que sea un elemento de unión indiferente a todos los predicados;

b) si bien el concepto de acción no debe invadir la esfera del tipo, tampoco debe estar carente de contenido ya que debe soportar los predicados de los siguientes elementos valorativos (función de definición);

c) el concepto de acción debe excluir todas aquellas otras formas de comportamiento que carezcan de relevancia jurídico-penal (función de delimitación), tales como los sucesos realizados por animales, los pensamientos y actitudes internas, los ataques convulsivos y los delirios, entre otros¹⁷.

De lo anterior aún no se puede derivar un concepto de acción que cumpla con todos los requisitos antes expuestos, por lo que de seguido se analizarán las diversas posiciones hasta lo que modernamente ha sido aceptado por la doctrina alemana como concepto de acción.

5- El concepto natural (naturalista, causal) de acción

Para Liszt y Beling creadores de este concepto, “acción es la producción, reconductible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior”¹⁸, tal como fue definido primeramente por Liszt.

Posteriormente, y para incluir dentro de su definición las conductas omisivas, describió la acción como el comportamiento humano dependiente de la voluntad, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Esta consecuencia podía ser entendida tanto como el puro movimiento corporal (delitos de mera actividad), o bien movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por este en el mundo exterior (delitos de resultado)¹⁹, con lo cual quedaba la “voluntariedad” como supraconcepto. Por su parte, Beling sostenía que había acción en cualquier movimiento o no movimiento emprendido por alguien, dirigido por la voluntad. En la omisión, precisamente esa voluntad se manifestaba mediante la contención de los nervios motores.

Se le critica al concepto causal de acción que, al entender todos los comportamientos movidos por una voluntad, deja de lado las acciones voluntarias en

¹⁷ **Así Roxin, derecho penal, p 234**

¹⁸ **Así Roxin, derecho penal, p 235**

¹⁹ **Así Jescheck, “Tratado de derecho”, p 292**

sentido propio, las cuales conforman la mayor parte de los hechos punibles.

Igualmente en relación con los delitos omisivos, al no haber en estos un impulso de voluntad esperado, tampoco se pone en marcha un determinado proceso causal. No es posible comprobar mediante este concepto de acción la contención de los nervios motores, los cuales, al no ponerse en movimiento por sí mismos, no precisan su sujeción. En casos de omisión por imprudencia inconsciente, como por ejemplo el olvido, tampoco hay voluntad reflejada en el pensamiento, lo cual además resulta insuficiente para admitir una acción por falta de exteriorización.

La acción ha sido descrita por algunos autores como “conducta humana”. No obstante opina Roxin²⁰ que esta fórmula tampoco proporciona un elemento básico común, si “conducta” se utiliza solo como designación común de actividad y omisión, sin contar con un elemento autónomo y superior. Por último la función de enlace del concepto natural de acción también encuentra reparos, por cuanto aunque permanece neutral frente al tipo -pues el movimiento o no movimiento carece de valoración jurídica- tampoco es un concepto suficientemente expresivo como para cumplir la función de supraconcepto, razón por la que permanecen ambiguos los criterios de “modificación causal del mundo exterior” e “inervación muscular voluntaria”.

²⁰ **Así Roxin derecho penal, p 238**

6- El concepto final de acción

Desde la perspectiva de la teoría final de acción elaborada por Welzel, “acción humana es el ejercicio de la actividad final”. Esta “finalidad” o “carácter final” de la acción, encuentra como sustento, la capacidad del ser humano de prever -con ciertos límites- las consecuencias de su comportamiento causal, mediante la fijación de diversos objetivos y la dirección de su actuación a la consecución de los mismos. La voluntad que rige el proceso causal es el “factor de conducción que supradetermina el suceso causal externo”. De acuerdo con Jescheck²¹, la conducción final de acción tiene lugar en tres momentos: empieza con la anticipación mental del objetivo, sigue con la escogencia de los medios necesarios para la consecución del mismo y termina con la realización de la voluntad de la acción en el mundo del suceder real.

No pueden obviarse los importantes aportes de la teoría final de la acción, dentro de la teoría del delito. Para esta el dolo ya no pertenece a la culpabilidad sino al tipo, de donde se derivan una serie de consecuencias prácticas tanto en la teoría del error como en la de la participación. En cuanto a la teoría del injusto, comprendió que el injusto no se basa solo en el resultado típico; el injusto es esencialmente co-determinado por el desvalor de la acción de la conducta del autor; lo cual no es

²¹ Así Jescheck, “Tratado de derecho”, p 293

cierto solo para los delitos dolosos sino también para los culposos, pues en estos últimos el desvalor de la acción de la conducta del autor es co-constitutiva del injusto; no la finalidad, pero sí la falta de control de la acción, la que constituye un elemento personal.

Pese a sus importantes contribuciones, el concepto final de acción tampoco es adecuado en la actualidad para abarcar todas las formas de comportamiento jurídico-penal relevantes. Esta concepción resulta insuficiente para incluir los delitos de omisión, debido a que, como el omitente no es causal respecto del resultado, y no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final.

Ya el mismo Radbruch, desde la representación del concepto natural de acción, admitía que comisión y omisión “no pueden ser agrupadas dentro de un supraconcepto común”, sino que se comportan entre sí como “posición y negación, a y non-a”, de allí que sea necesario considerar otro concepto del sistema como predicado de la acción y predicado de la omisión.

7- El concepto social de acción

En la incesante búsqueda de un concepto que reúna tanto la acción como la omisión, el concepto social de acción, viene a constituir ese eslabón. Desde la perspectiva del comportamiento humano con el mundo circundante, acción es “comportamiento humano socialmente relevante”. “El comportamiento se entiende

como toda respuesta del ser humano a una exigencia situacional reconocida o reconocible mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquel dispone por razón de su libertad”²².

Lo “humano” de este comportamiento se refiere a que -en sentido jurídico-penal- solo constituyen formas de actuar las manifestaciones de la actividad del ser humano individual, y no los actos de personas jurídicas. Y “socialmente relevante”, hace alusión a que solo será comportamiento el que afecte la relación del individuo con su mundo circundante, de modo que a este último lleguen las consecuencias; o sea, hay una trascendencia al exterior, la cual se logra en la omisión mediante la ausencia de los efectos que hubiese entrañado el hacer esperado y conducente.

Visto de este modo, el concepto social de acción logra, por una parte, abarcar todas las manifestaciones de conducta delictiva, permitiendo su posterior determinación mediante los elementos generales del delito -tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad- sin anticiparlos. Por otra parte, como elemento de enlace, resulta más adecuado en virtud de que las valoraciones jurídico penales se pueden conectar de forma más convincente al acontecer social en cada caso, a diferencia de las otras teorías expuestas. Pero, además, excluye aquellas formas de comportamiento irrelevantes para el derecho penal.

²² Así Jescheck, “Tratado de derecho”, p 296

A pesar de lo dicho, esta teoría no ha escapado de críticas, principalmente en torno a su imposibilidad de cumplir una función delimitadora, la que encuentra relevancia en la práctica, pues aunque es cierto que los meros pensamientos no son socialmente relevantes, otros aspectos que se quieren excluir -tales como los actos de personas jurídicas, efectos de la vis absoluta, movimientos reflejos o no controlables- sí son socialmente relevantes.

También el concepto social de acción presenta objeciones como función de enlace, ya que apenas si se le puede delimitar del elemento valorativo del tipo. Tanto la valoración social como la jurídica están en estrecha relación, por lo que en algunos casos es la tipicidad lo único que fundamenta la relevancia social de una conducta y en otros casos influye decisivamente en la misma.

De acuerdo con Jescheck y con respecto a la omisión, esta solo puede entenderse como realización de una posibilidad de reacción existente para el ser humano, en tanto pueda afirmarse de forma general la capacidad de realización de la acción esperada con empleo de la finalidad. Esta capacidad general de acción pertenece al concepto de acción en el sentido de comportamiento socialmente relevante.

Para este autor en el examen de la capacidad de acción no pueden tomarse en consideración las características personales del individuo que permanece inactivo, en el caso en concreto, pues si se busca que el concepto de acción sirva de

delimitación del ámbito de los comportamientos que importan de algún modo a la imputación jurídico-penal, la definición de acción debe fundarse entonces en la capacidad general de acción, con lo cual habrá omisión desde el punto de vista del concepto de acción, cuando otra persona en la posición del “autor” -imaginado en posesión de todos los conocimientos y capacidades que resultarían necesarias en la situación específica- hubiese podido realizar la conducta esperada.

Para Roxin el concepto de relevancia social tampoco es adecuado como supraconcepto. Si bien es cierto la relevancia social es una cualidad que una acción puede tener o puede no tener, si falta no desaparece la acción, tan solo su importancia social.

8- El concepto negativo de acción

Ultimamente diversos tratadistas han intentado redefinir la teoría del delito mediante el concepto negativo de acción mediante el principio de “evitabilidad”. Al autor se le imputa un resultado si no lo ha evitado aunque podía evitarlo y el derecho se lo exigía. Dentro de esta concepción negativa de acción se abarca tanto la comisión como la omisión. “La acción del derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante”, con ello se entiende que tanto el autor de una comisión como el de una omisión no evitan algo. Herzberg define esta posición de garante como una responsabilidad especial del autor limitada a determinado grupo de personas, reconocida de forma general en los delitos omisivos, pero también ubicada en los

delitos comisivos.

El concepto negativo de acción tampoco logra conseguir un elemento básico común. Se entiende más claramente en los delitos activos de resultado, en los que “evitar” solo se puede entender como “no realizar el resultado” y “no evitar” será “no provocar” el resultado. Esta doble negación provoca confusión con la “no evitación” en los delitos omisivos, de modo que dentro del mismo supraconcepto de negación no encajan el hacer y dejar de hacer. Como elemento de unión tampoco es útil, porque incluye el tipo dentro del concepto de acción.

9- La acción como manifestación de la personalidad

Roxin plantea de forma interesante la posibilidad de encontrar un supraconcepto que incluya por igual la acción y la omisión, entendiendo la acción como “manifestación de la personalidad”. Para él, acción es todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, dentro de lo cual no se incluye la esfera somática del ser humano o del ámbito material, vital y animal del ser, sin estar sometidos al control del yo, sea de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano.

Roxin reconoce que la acción como una “manifestación de la personalidad” no es nada nuevo; incluso cuando Jescheck habla de la conducta como “libre” respuesta a posibilidades de acción de que se dispone, se puede considerar tal

concepto como descripción de una “manifestación de la personalidad”. Sin embargo considera tal caracterización demasiado estrecha. Para él, si un omitente no es absolutamente consciente de la exigencia de la norma, su conducta no se podrá tener como “respuesta”, al igual que carecen de libertad los hechos no culpables, que sin embargo son acciones.

Para este autor, resulta apropiada la manifestación de la personalidad como elemento básico, pues abarca todas las manifestaciones de la conducta delictiva al igual que las acciones jurídicas relevantes dentro del campo prejurídico. Así, las acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de la personalidad al igual que las omisiones. Inclusive, la omisión por imprudencia inconsciente -vista como manifestación de la personalidad- se puede imputar al sujeto como infracción de una norma.

Visto de este modo, el concepto de acción abarca igualmente la totalidad del suceso y no un elemento parcial de este, pues encierra consecuencias objetivas, finalidades subjetivas y valoraciones de índole personal, social y jurídica. Según esta perspectiva de la acción, únicamente se necesita examinar lo que sea necesario para comprobar que concurre una manifestación de la personalidad, y luego, en caso de requerirlo, se continuará con las otras valoraciones como por ejemplo si el hecho fue cometido con dolo o imprudencia, si concurre tentativa o consumación. Por ello, en la mayoría de los casos, para comprobar que hay acción no se requiere

incluir aspectos sociales o jurídicos ni valorar el resultado producido, ya que solo los resultados jurídicos revisten de importancia en la imputación del tipo.

El concepto de acción como manifestación de la personalidad cumple igualmente su función como elemento sistemático de enlace o unión entre la forma prejurídica y la previa valoración jurídica, sin entrar a prejuzgar todas las demás valoraciones jurídico penales.

Pese a ello, se reconoce que en los delitos de omisión, el concepto de “manifestación de la personalidad”, no es completamente neutral, debido a que se requiere indispensablemente una valoración jurídica, pues una omisión solo llega a ser una manifestación de la personalidad en la medida en que se entiende como una expectativa de acción. Así, por ejemplo, el no saludar a una persona es una manifestación de la personalidad en forma de omisión, que permanece en la esfera de lo prejurídico en tanto no es conforme con los usos sociales; pero el no asistir a un accidentado también es una manifestación de la personalidad en forma de omisión, que requerirá un posterior análisis del tipo a fin de establecer si encuadra dentro de la figura del artículo 144 del Código Penal. Hay otros casos en que una expectativa de acción solo se fundamenta mediante un precepto jurídico. En este tipo de casos no hay acción antes del tipo, sino que el tipo es el que establece aquella.

En las acciones comisivas no es necesario recurrir a la categoría social ni

jurídica para comprobar si se está en presencia de una manifestación de la personalidad; no obstante, con respecto a las omisiones, aunque en la mayoría de los casos se deduce la manifestación de la personalidad, en otras es preciso el mandato jurídico como condición previa. Tal es el caso de la oficina del consumidor que obliga a los comerciantes a indicar si los electrodomésticos que venden son nuevos o reparados y en caso de no hacerlo son sancionados con multa: es la creación del tipo lo que convierte el no hacer en una omisión jurídica, pues en tanto no se obligue a los comerciantes a dar este tipo de información a los consumidores, su no realización no es una manifestación de la personalidad ni una acción mediante omisión.

La manifestación de la personalidad como elemento límite igualmente permite excluir aquellos actos que no son propiamente manifestaciones de la personalidad, con lo cual se logra ese objetivo delimitador.

Así, no serían manifestaciones de la personalidad los actos realizados por los animales; tampoco lo serían los actos de las personas jurídicas pues no pueden manifestarse por sí mismas ya que carecen de la sustancia psico-espiritual.²³

²³ **En los últimos años se ha discutido en Alemania la posibilidad de imponer sanciones a las corporaciones que se relacionan con delitos económicos, lavado de dinero, medioambientales y crimen organizado. Incluso se ha**

No pueden tenerse tampoco como acciones los pensamientos, las actitudes internas o los estados de ánimo, en tanto permanezcan en la esfera íntima.

El ser humano encuentra la capacidad de expresar y comunicar los pensamientos mediante las acciones, en orden a su finalidad. Todo lo que el ser humano hace, en alguna forma expresa su personalidad, pero el uso de esa libertad es el ejercicio de la personalidad única en cuanto constitutiva del ser más íntimo de la persona.

En el caso de la omisión, en la que no se da una manifestación externa de la persona, es suficiente con que un suceso en el mundo exterior sea contrario a la expectativa de acción y que pueda imputársele a determinada persona.

No hay manifestación de la personalidad y por ende no hay acción, en casos de desmayo, narcosis, ataques epilépticos u otras condiciones análogas en las que evidentemente no hay voluntad; tampoco en los casos de vis absoluta en los que el sujeto es utilizado como instrumento. Distinta consideración podría hacerse en los casos de vis compulsiva (A obliga a B mediante intimidación con un arma de fuego

planteado la posibilidad de sancionar directamente a las personas jurídicas con multas. Sin embargo habrá que esperar cómo se desarrolla la discusión en cuanto a los elementos del injusto y la culpabilidad.

para que traspase a su nombre una valiosa propiedad) aquí si hay acción pero la voluntad está viciada.

En el caso de las omisiones rigen los mismos criterios, ya que quien no está en posibilidad de cometer algo, tampoco puede omitirlo. O bien, aunque la acción propia esté intacta, si existe una fuerza externa que impide actuar, tampoco hay acción omisiva; ejemplo de ello es el padre que, sujetado por la fuerza, es obligado a observar cómo los delincuentes abusan de su hija.

En el caso de los movimientos reflejos, como frenar el vehículo ante la aparición de un animal en la carretera, se puede decir que hay manifestación de la personalidad en tanto se considere que hay una orden psíquica dirigida a un objetivo, aunque la orden viaje en millonésimas de segundo; no la habrá cuando la estimulación de los nervios motores no está bajo influencia psíquica, como en los casos de hipo o ataques de asma.

La doctrina cita el ejemplo de una mujer que conduce a un hombre hasta la casa de él, quien se encuentra completamente ebrio. Al detenerse el vehículo en el que viajan, la dama incita a su compañero para que tome el volante, este conduce y luego de un kilómetro ocasiona un accidente.

De acuerdo con los criterios de nuestra Sala de Casación Penal este sería un caso de inculpabilidad que no elimina la antijuridicidad, sino que reduce o hace

desaparecer el reproche personal del injusto. Nuestro criterio es que la conducta del ser humano es atípica, precisamente por la ausencia de acción.

De lo dicho hasta aquí podemos concluir que no siempre a primera vista se puede hacer una distinción clara entre acción y falta de acción. Hay casos limítrofes cuya decisión requiere de una valoración jurídica, mediante la utilización de criterios normativos. Por consiguiente, el concepto de manifestación de la personalidad, elaborado por Roxin, comporta un concepto normativo. Es normativo en tanto dicho criterio designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que se toma en cuenta jurídicamente para el examen de la acción. Es normativo, igualmente, porque en los casos fronterizos se acude a criterios jurídicos para la decisión valorativa. Finalmente, no es normativo cuando toma en consideración la realidad de la vida y los conocimientos de la investigación empírica.

El concepto aquí propuesto se diferencia del concepto natural y final de acción en que por un lado incorpora un supraconcepto válido para todas las manifestaciones de la conducta delictiva, y por otro no pretende encontrar lo que desde el punto de vista del concepto tienen en común en la unidad del sustrato material (voluntariedad, corporeidad, finalidad).

Siendo las manifestaciones de la personalidad de la más diversa índole, encuentran su elemento común en que se pueden imputar a la esfera anímico-espiritual del ser humano, a su personalidad. Por ello no es posible, mediante la

manifestación de la personalidad, definir lo que es una acción en el caso concreto.

Se trata más bien de un concepto concreto y general que, al designar todas las “objetivizaciones de la personalidad”, permite afirmar que ha habido acción luego de realizar una valoración del contenido; este último consiste en que se le podrá imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él -o un no hacer- en tanto se le pueda atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de “hacer” o “dejar de hacer”, los cuales constituyen una manifestación de la personalidad.

Actualmente, la discusión del concepto de omisión gira en torno a dos corrientes metodológicas fundamentales: el finalismo y su concepto ontológico de la omisión y el concepto normativo de la omisión.

Para Jescheck quien es contrario al concepto ontológico de la omisión, la categoría fundamental del comportamiento humano activo es la finalidad, pues la capacidad de conducir procesos causales fundamenta la posición específica del ser humano en la naturaleza. Así pues, concurre una omisión cuando no tiene lugar un hacer activo que era de esperar según las normas del derecho o la moral, la costumbre o la experiencia, pese a que su realización hubiese sido posible empleando la finalidad. Sin embargo considera este autor que es precisa una

expectativa jurídica para la existencia de la omisión.²⁴

10- Concepto de delito de omisión

El delito de omisión constituye, de una manera muy especial, una forma de realización de la acción punible. Los delitos omisivos se subdividen en delitos propios de omisión e impropios de omisión, también llamados comisión por omisión.

Se entiende la omisión propia como el incumplimiento de una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico, que espera del obligado una conducta jurídica. Los delitos de omisión se pueden cometer tanto de forma dolosa como culposa, pero la omisión es diversa al hacer positivo, por lo que contiene elementos que no se encuentran en los delitos de comisión.

Por su parte, en los delitos impropios de omisión existe una estrecha relación entre el bien jurídico tutelado y un sujeto en particular a quien el ordenamiento jurídico ha situado en una posición de garante, de quien se requiere la realización de una acción esperada; esta última lo convierte en responsable del hecho reprimido en virtud del resultado producido, cuando este no fue evitado, si el individuo estaba en posibilidad de evitarlo. Este deber de garantía proviene de los "deberes especiales de protección respecto de bienes jurídicos determinados y la responsabilidad por

²⁴ **Jescheck, "Tratado de derecho I, p 295**

causas determinadas de peligros" ²⁵. Lo anterior encuentra su correspondencia en el párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal que reza: "...Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida, si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo..."

Los delitos de omisión impropia no se encuentran regulados taxativamente en el Código Penal. Surgen de la interpretación que se realiza al equiparar la conducta omisiva por la no realización de la acción exigida, con la ejecución de la acción dolosa o culposa. El problema trascendental en los delitos de omisión impropia no regulados en la ley penal es la cuestión de los presupuestos bajo los cuales la no elusión de un resultado típico puede equipararse a su producción mediante un hacer positivo.

Según un enorme sector doctrinal, para omitir no basta la simple no realización de una acción concebible. La posibilidad de su realización es condición

²⁵ **Así Wessels p 216. Por su parte tanto Muñoz Conde como Bacigalupo ubican dos grupos de fuentes que hacen surgir la posición de garante; a- surgimiento del cuidado de una fuente de peligro con respecto a la generalidad de los bienes jurídicos y; b- surgimiento de cuidado de un determinado bien jurídico con respecto a una determinada fuente de peligro.**

indispensable para la existencia de una omisión. No obstante, para un sector más pequeño pero no por ello menos importante de la doctrina, dicha condición no es suficiente, sino que además exige que la acción no realizada fuera esperada.

De seguido analizaremos la posición que sostiene que es suficiente con la no realización de una acción posible para conocer que se está en presencia de una omisión.

Esta posibilidad puede ser tanto general, posible para el ser humano medio en la situación específica, o perfilarse como una posibilidad estrictamente individual. Los partidarios de la primera tesis sostienen que si el ser humano medio en la posición del autor hubiese podido realizar la acción y no la realiza, *omite*, aunque personalmente no pudiera llevarla a término. Para los seguidores de la posibilidad individual es imprescindible tomar en cuenta el conocimiento, las capacidades personales del autor, y si este en las específicas condiciones particulares hubiese podido cumplir con la acción requerida; de no ser así, *no omite*.

Jescheck distingue entre una "capacidad general de acción" y una "capacidad individual de acción". La primera es cuando se da la posibilidad de que alguien en posesión de todos los conocimientos y facultades propias del ser humano medio pudiera realizar la acción exigida, entendiendo la omisión como comportamiento socialmente relevante; la capacidad individual de acción es aquella en que al autor le hubiera sido posible hacer lo exigido de forma conveniente, pues solo aquel individuo

que en el caso concreto reúna la capacidad individual de acción omite, a pesar de haber podido aplicar las fuerzas apropiadas, lo que configura la tipicidad de la omisión²⁶.

El punto de discordia entre los seguidores de la posibilidad individual de acción como condición necesaria y suficiente del concepto de omisión estriba en el significado que debe darse a la "posibilidad"; a saber, qué debe entenderse al decir que una acción es *posible* para el sujeto, lo cual puede abordarse desde varios aspectos²⁷.

Por un lado se habla de la posibilidad físico-objetiva para realizar la acción, posibilidad referida a la existencia de condiciones externas (presencia del objeto en las circunstancias apropiadas); también se habla de las capacidades corporales e intelectuales del sujeto, de sus conocimientos técnicos y de los medios materiales para llevar la acción a la práctica.

²⁶ **Así Jescheck "Tratado de derecho" pp 849-850**

²⁷ **El Código Penal de Costa Rica en su artículo 18 habla de posibilidad de acuerdo con las circunstancias y deber jurídico. En proyecto de reforma del Código Penal en su artículo 15 se habla únicamente del deber jurídico y se prescinde del elemento posibilidad.**

Por otro lado, se encuentra la denominada posibilidad subjetiva referida al conocimiento de los medios existentes, selección y conducción que, junto con la posibilidad físico-objetiva, determina la posibilidad de realización de una decisión previamente adoptada y el conocimiento del fin de la acción que hace factible la realización de una determinada acción.

Ahora bien, existe acuerdo doctrinal en que, para que haya una omisión, basta con la posibilidad de conocer los medios al alcance del sujeto, sin que sea preciso que este tuviera un conocimiento efectivo de los mismos. Esta perspectiva no es compartida por los seguidores de la tesis finalista, la cual adopta el estudio del concepto de omisión desde un punto de vista ontológico; esta tendencia exige, además, que el conocimiento de los medios al alcance del autor sea efectivo.

La posibilidad a la que hemos hecho referencia es un elemento del concepto de omisión, pero no es un elemento compartido con la acción. La acción que el sujeto realiza en lugar de la omitida no pertenece al concepto de omisión, pues ni afirma la acción realizada ni niega la acción omitida. Acción y omisión resultan ser conceptos contrapuestos que se encuentran en el mismo sistema como concepto formal del delito, los cuales no se relacionan entre sí y deben ser estudiados de forma separada dentro de dicho sistema²⁸.

²⁸ Así entre otros Silva Sánchez "El delito de Omisión", p 31

La posibilidad físico-objetiva no es adecuada para representar el elemento constitutivo del concepto de omisión en sentido jurídico penal, pues por un lado se torna demasiado amplio -debiéndose acudir a otros criterios distintos a la posibilidad física- y por otro lado se torna estrecho, cuando se hace insuficiente para abarcar otras omisiones punibles que no encuadran dentro de una posibilidad objetiva efectiva de realizar la acción exigida.

11- La omisión de la acción esperada

La comprobación de que alguien ha omitido una acción que le era posible realizar, no es suficiente para considerar que ha omitido desde la perspectiva jurídico penal. Es necesario, además, que esa conducta sea la omisión de una acción esperada. ¿Pero cómo saber cuando una acción es esperada?. Para ello debe determinarse objetivamente lo que el destinatario de la norma tiene que hacer y esto dependerá de las circunstancias en cada caso concreto²⁹.

El delito omisivo siempre consistirá en la omisión de una determinada acción que el destinatario de la norma tenía la obligación de hacer y que además estaba en posibilidades efectivas de realizar. Es, pues, la infracción de un deber jurídico -no de un deber moral o ético- que se produce al omitir el sujeto la realización de la acción

²⁹ **Así, entre otros Wessels, p 213.**

mandada y esperada por el ordenamiento jurídico.

Este deber puede ser *genérico* en algunos casos e incumbe a cualquier persona (ayudar a un anciano a cruzar la calle); no se trata una especial relación de deber ni un deber *específico* que solo obligue al sujeto que en virtud de su mayor vinculación con un bien jurídico tiene una posición de garante con respecto a ese bien jurídico y no evita el resultado típico a pesar de poder hacerlo.

La causalidad de la omisión respecto de la producción del resultado típico se comprueba si agregada mentalmente la acción omitida, se elimina el resultado lesivo.

La especial relación del sujeto con el bien jurídico que lo ubica en una posición de garantía penalmente relevante, se puede apreciar desde cuatro grupos distintos:

a- La norma jurídica: dentro de cuyo conjunto no solo caben las del derecho penal, sino las de todo el ordenamiento jurídico que fundamente deberes de hacer.

b- Obligaciones provenientes de un contrato: como es el caso de los guías de excursionistas que en función del contrato asumen un deber garantizador.

c- La actividad precedente: el que haya causado un peligro está en la obligación de evitarlo, si le es posible. Para ello debe conocer su especial relación con el bien jurídico. No hay omisión punible cuando el obrar que le era posible al

agente no hubiera podido evitar el ataque al bien.

d- Comunidad de vida o de peligro. Siempre que haya una estrecha relación de vida o peligro, cada miembro está en la obligación de evitar los riesgos de los otros miembros, siempre que exista una posibilidad física real de evitar su lesión. Tal es el caso de la comunidad matrimonial o de los alpinistas unidos por una misma cuerda.

Para Jescheck, la capacidad de acción requiere que el omitente conozca la situación típica, que concurren los presupuestos externos (proximidad especial, medios de auxilio apropiados) para la realización de la acción y que se disponga de las fuerzas propias necesarias (fuerza física, conocimientos técnicos, facultades intelectuales). Además, el omitente debe representarse la acción exigida como meta posible de su voluntad o, por lo menos, podérsela representar aplicando el cuidado debido, visto lo anterior desde una evaluación objetiva³⁰.

Finalmente, puede suceder que la acción exigida se dé dentro de un prisma de posibilidades, todos ellos aptos para evitar la lesión al bien jurídico. En tal caso, debe el sujeto inclinarse por aquella que resulte más idónea para la protección del bien jurídico, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

³⁰ **Jescheck "Tratado de derecho", p 849-851**

12- La ausencia de acción

Como al derecho penal solo le interesan las acciones voluntarias, la falta de voluntad excluye la acción. Se trata de aquellas situaciones en las cuales el movimiento corporal del individuo no constituye acción en sentido jurídico penal.

Elas son:

a- Fuerza irresistible

La fuerza irresistible es un acto de fuerza mayor proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente; puede provenir de una tercera persona o bien de fuerzas naturales. La fuerza ha de ser absoluta, de forma que no deje opción a quien la sufre, puesto que si puede resistirla o cabe esa posibilidad no puede apreciarse esta eximente.

La fuerza debe provenir del exterior, pues si proviene del interior del sujeto (arrebato, estados pasionales) no excluye la acción, pues no está ausente totalmente la voluntad, aunque ello no impide que se apliquen otras eximentes como el trastorno mental obligatorio, que excluyen o disminuyen la imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

Si se impide de manera absoluta que una persona cumpla con su deber (amarrarlo a un árbol) faltará la acción; si por el contrario solo se le amenaza con el mismo fin, existe voluntad pero viciada en sus motivaciones. En el primer caso

estamos ante un supuesto de fuerza irresistible; en el segundo ante uno de vis compulsiva; esta última no excluye la acción, pues no anula totalmente la voluntad, sino la antijuridicidad o la culpabilidad -según se estime que se está ante un estado de necesidad o miedo insuperable.

En los delitos de acción, la fuerza irresistible carece de importancia, salvo raras hipótesis, pero es importante en los delitos de omisión.

El que violenta empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor mediato del delito cometido, y el que actúe violentado por la fuerza irresistible no solo no responde, sino que su actuación es irrelevante penalmente, pues ha resultado ser un mero instrumento en manos de otro.

De acuerdo con nuestra normativa, la fuerza irresistible es una causa de exclusión de la culpabilidad ante el temor de sufrir un mal grave e inminente.³¹

b- Estados de inconsciencia

³¹ **El artículo 38 del Código Penal reza "...No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no puede exigírsele una conducta diversa.**

El sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, u otros estados del individuo constituyen actos no dependientes de la voluntad, y en ese tanto no producen acciones penalmente relevantes. En el caso de la hipnosis se discute si puede dar lugar a uno de estos estados, pero la opinión dominante es que no, aunque teóricamente no está excluida la posibilidad de que el hipnotizador llegue a dominar totalmente al hipnotizado, surgiendo una situación muy próxima a la fuerza irresistible.

c- Medios hipnóticos o narcóticos

Están comprendidos doctrinalmente dentro del concepto de violencia. Se dice que mediante la hipnosis el hipnotizador se adueña de la voluntad del hipnotizado. Con respecto al uso de narcóticos la situación no es tan simple, pues debe atenderse al grado de incapacidad que se provocó en el sujeto.

d- Los procesos regulados por la parte del sistema nervioso que rige la vida vegetativa

Aquellos como los movimientos respiratorios o el proceso digestivo que son realizados por el ser humano pero sin dominio racional y voluntario sobre ellos.

e- Obediencia debida

También son causas de exclusión de la culpabilidad los casos en que el sujeto

obra como instrumento de otro, en cumplimiento de una orden jerárquica, cuando al subordinado le está vedado analizarla o carece de elementos de juicio para apreciar la delictuosidad de la orden.

f- Movimientos reflejos

Son movimientos no controlados por la voluntad, por lo que no constituyen acción (convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa). En estos casos se excluye la acción. Desde el punto de vista penal no actúa quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano, o quien aparta la mano de una placa al rojo vivo, rompiendo con ello un valioso objeto de cristal.

El movimiento reflejo se diferencia de los actos en cortocircuito, que son reacciones impulsivas o explosivas en los que la voluntad participa aunque sea fugazmente, y que por lo tanto no excluyen la acción. Ejemplo de lo anterior es el del atracador que nervioso aprieta instintivamente el gatillo al observar un gesto equívoco de huida o defensa en el cajero del banco.

Dentro del concepto de acción se pueden incluir actos reflejos realizados inconscientemente, o movimientos reflejos, siempre que sean elementos integrantes de una acción que globalmente considerada está controlada por la voluntad; tal es el caso de los movimientos automáticos que realiza un conductor: frenar, acelerar,

cambiar marcha, todos los cuales forman parte de la acción global de conducir, que como un todo puede ser valorada como voluntaria.

Muchos estados de inconsciencia plena en los que falta la acción, pueden ser valorados desde el punto de vista del derecho penal como un delito de omisión, cuando el sujeto se ha puesto voluntariamente en dicho estado para delinquir (embriaguez, dormirse). Se recurre en estos casos a considerar relevante la acción precedente (*actio libera in causa*), pero en realidad se trata de una parte de la misma acción que, globalmente considerada, permite integrar en ella lo que en un momento determinado no es controlado directamente por la voluntad. Es necesario valorar el acto concreto en un contexto más amplio y comprobar si es un elemento integrante de una acción voluntariamente realizada.

El Código Penal reconoce expresamente la aplicación de la *actio libera in causa* en el numeral 44, donde dispone: *“Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá por el hecho cometido por el dolo o la culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y aun podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiera sido facilitar su realización o procurarse una excusa”*.

g- La incapacidad de acción de las personas jurídicas y el actuar en nombre de otro

Solo la persona humana individualmente considerada puede ser sujeto de una acción penalmente relevante. Ni los animales ni las cosas pueden ser sujetos de acción. Tampoco pueden ser sujetos de acciones penalmente relevantes las personas jurídicas, aunque sí puedan serlo en otras ramas del ordenamiento. La voluntad que se exige en la acción debe entenderse como una facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, la cual es un mero ente ficticio. En los casos de los abusos que, sobre todo en el orden económico se cometen mediante las personas jurídicas, normalmente el derecho ha recurrido a la posibilidad de sancionar a los administradores, que son las personas físicas que se encuentran en el ámbito de poder decisorio, sin perjuicio de las medidas administrativas de carácter accesorio que proceda aplicar a la persona jurídica (disolución, multa, prohibición de ejercer en determinadas actividades, u otras).

13- Importancia de la distinción

La importancia de distinguir estos estados de otros que atenúan la pena -como es el caso de la inimputabilidad disminuida- se evidencia en que en los casos considerados la acción no es atribuible, y por lo tanto tampoco habrá responsabilidad civil. Es también importante para la participación, ya que el individuo que ha realizado un movimiento corporal de forma involuntaria no puede ser tenido como autor, instigador o cómplice del delito, sino como un simple instrumento.

CAPITULO TRES

I- ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DELITO DE OMISION

Planteamiento del problema

La problemática jurídico penal que plantea la discusión del concepto de omisión, proviene de la necesidad de establecer desde el principio los fundamentos de la punibilidad de las omisiones.

Desde la óptica causal-naturalista, la omisión se vislumbra en su aspecto físico-externo que conlleva un movimiento corporal voluntario; por ley de la causalidad, este movimiento produce cambios en el mundo exterior.

La omisión se contempla con la nada, con el no ser; de la nada, nada surge. Para establecer la responsabilidad penal por un resultado lesivo, la concepción causal-empírica del delito exige que este haya sido causado en el mundo externo por un movimiento corporal del sujeto.

Pero es precisamente aquí donde se cuestiona el fundamento de las llamadas omisiones impropias o comisión por omisión, ya que desde un punto de vista político-criminal, producirían una responsabilidad por el resultado similar a las comisiones activas de los mismos delitos. Sin embargo los intentos por establecer la causalidad de la omisión resultaron infructuosos al no poder fundamentare la causalidad

empírica de las omisiones impropias como comisiones activas, lo que ha obligado a buscar otros criterios que permitan establecer cuáles omisiones y en qué circunstancias deben ser castigadas, es decir, cuáles omisiones no son ya "causaciones", sino equiparables a las causaciones activas del resultado. De allí que se entienda mayoritariamente la omisión como una forma de comportamiento junto a la acción.

El comportamiento humano penalmente relevante no se agota en el ejercicio activo de la finalidad, pues debe tomar en cuenta el aspecto pasivo constituido por la omisión.

El derecho penal no solo tiene normas prohibitivas sino también imperativas, que ordenan acciones cuya omisión pueden producir resultados socialmente nocivos. La infracción de esas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Se castiga la no realización de la acción mandada.

Solo existe la omisión de una acción determinada, y el sujeto autor de la omisión debe estar en condiciones de poder realizar la acción; de lo contrario no puede hablarse de omisión: "El paralítico no puede omitir la salvación de una persona que se está ahogando".

Para poder hablar de omisión, todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo deben estar a disposición del sujeto (voluntariedad, finalidad y

causalidad). Las causas que excluyen la acción son al mismo tiempo causas de exclusión de la omisión.

La omisión penalmente relevante solo puede ser la omisión de una acción esperada (auxiliar, socorrer, evitar que se cometa un delito), porque se impone el deber de realizarla.

El delito omisivo es, por tanto, la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar. Es la infracción de un deber jurídico. El deber puede ser un deber genérico que incumbe a cualquier persona (prestar ayuda a alguien en peligro), o un deber específico que solo incumbe a un determinado grupo de personas (funcionarios públicos, médicos, por ejemplo).

En los delitos de omisión pura o propia, el contenido típico está dado por la simple omisión de un deber de actuar, equivalente a los delitos de simple actividad (incumplimiento de deberes familiares -artículo 185-, infracción al deber de resistencia -artículo 300-, incumplimiento de deberes -artículo 330-, denegación de auxilio -artículo 331-, demora injustificada de pagos -artículo 355, todos del Código Penal).

También existen delitos de omisión y resultado. La omisión se vincula a un determinado resultado con el que se conecta causalmente (incumplimiento de deberes de asistencia -artículo 187-, incumplimiento o abuso de la patria potestad

artículo 188-, facilitación culposa -artículo 312-, favorecimiento de evasión -artículo 325- todos del Código Penal).

Por su parte en los delitos impropios de omisión, o de comisión por omisión, la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva, debiéndose interpretar cuando la forma omisiva puede ser equiparada a la activa, la cual sí se menciona expresamente en la ley. " Dejar morir de hambre a un niño recién nacido, se equipara a la acción de matar y se le conecta causalmente con el resultado muerte".

Para determinar cuando el dejar de hacer u omitir puede conectarse con un determinado resultado prohibido y descartar su realización en forma activa en el tipo penal, se debe acudir a dos cuestiones: La relación causal entre la omisión y el resultado y el deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión (garante).

II- Origen del deber de actuar en los delitos de omisión impropia

1- El deber de actuar en los delitos de omisión impropia

Distinto a lo que sucede en los delitos de acción, en los de omisión impropia no es suficiente la simple constatación entre la causalidad hipotética de la omisión y el resultado producido, para que ese resultado le pueda ser imputado al sujeto de la

omisión. Es preciso, además, que este sujeto tenga la obligación de impedir la producción del resultado en razón de determinados deberes, cuyo cumplimiento ha asumido o le incumbe en virtud de su cargo o profesión.

No obstante lo anterior, la principal dificultad proviene de la no mención expresa de los deberes que fundamentan el tipo legal del delito comisivo, en los cuales solo se describe expresamente una acción positiva.

La ausencia de una sólida fundamentación legal de las fuentes del deber remite a un ámbito puramente valorativo, aun prescindiendo de los alcances legales para establecer los supuestos en que la omisión de impedir un resultado es equiparable a la realización de un tipo de comisión y de resultado.

Así, la comprensión de los delitos de omisión se dificulta debido a la deficiente diferenciación entre la causalidad de la acción omitida para la producción del resultado y el deber de actuar específico, impuesto por la norma en su forma de mandato. Se considera como autor idóneo de los delitos de omisión impropia solamente a aquellos sujetos sometidos a un deber especial típico de elusión de perjuicios a bienes jurídicos mediante una actividad actuante.

De acuerdo con la teoría de las fuentes del deber, existe la posibilidad de distinguir el contenido del mandato en los delitos propios de omisión del mandato de los delitos impropios de omisión. Sin embargo, dicha teoría se torna ineficaz, pues

también en los delitos propios de omisión se impone la ejecución de una acción con el fin de evitar el resultado. No cabe duda de que el deber impuesto por el artículo 144 del Código Penal a quien encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada y omitiera prestarle el auxilio necesario, busca en sí mismo evitar que se produzca el resultado muerte o lesiones, al igual que el deber que la ley impone al guía de alpinismo con respecto a los miembros del grupo.

Siguiendo a Baumann,³² para fundamentar el deber y la posición de garante no es suficiente el mandato contenido en una mera norma positiva. Este mandato no determina por sí la posición de garante del omitente. Sin embargo este autor "omite" brindar un criterio diferenciador entre ambos deberes.

Para otros autores, como Bacigalupo, el objeto de la teoría de la posición de garante no se circunscribe a la mera infracción de un deber, sino a la especificación de las relaciones estrechas que se tienen que dar entre el autor y el bien jurídico; ello con el fin de que la infracción de un determinado deber de acción (omisión) caiga en el ámbito de un delito de comisión. Agrega que, en la teoría de la posición de garante, no es importante la fuente del deber de evitar el resultado, sino la mayor o menor estrechez en que el autor se encuentra con el bien jurídico, de modo que lo

³² Citado por Bacigalupo "Delitos Impropios" p 128

que diferencia a los delitos de omisión propios y a los impropios es la posición de garante del autor, es decir su relación con el bien jurídico³³.

2- El tipo en los delitos de omisión

Cuando el ser humano desobedece una norma jurídica de mandato, su comportamiento se traduce en un no hacer aquello que el ordenamiento le impone como deber jurídico propio de la organización social establecida. El sujeto, entonces, no ha obrado de la manera determinada que le estaba impuesta jurídicamente, de ahí que su conducta resulte contraria a derecho. En todos estos casos en que la falta de colaboración activa por parte del sujeto ha lesionado o puesto en peligro significativamente el bien jurídico, el legislador podrá incluir la conducta desobediente como un tipo penal, considerando la grave perturbación al orden social. Cada vez que el legislador tipifique penalmente una conducta omisiva, en principio nos encontraremos ante un delito de omisión.

La descripción típica de un delito tipo de omisión aparecerá mediante alguna forma del verbo omitir dirigida a señalar como presupuesto de la sanción penal la abstención de una manera específica de obrar³⁴.

³³ **Bacigalupo "Delitos Impropios" pp 130, 131**

³⁴ **Emplean formas del tipo omitir los tipos de los artículos 144, 302, 320,**

Esa abstención implica el no cumplimiento de un deber jurídico concreto por parte del sujeto omitente, donde no siempre el incumplimiento va a ser mencionado de forma expresa dentro del tipo.

Hay algunas oportunidades en que las leyes penales encargadas de la tipificación emplean diversas formas del verbo "omitir". Tales expresiones son "no ejecutar" (una acción determinada), "abstenerse" de ella, "no cumplir" o "desobedecer" una orden. Todas estas hacen clara referencia a una omisión³⁵.

3- Las descripciones de doble sentido

Menos claras resultan las situaciones cuando el tipo correspondiente emplea formas verbales que pueden significar tanto una acción como una omisión, utilizando verbos como "ocultar" y "abandonar".³⁶ De hecho, es posible ocultar algo activamente o no dándolo a conocer a otro, que lo ignora; o bien, se puede abandonar algo activamente, no mostrando una actitud de atención y cuidado en

331, 402, 403, 404 del Código Penal

³⁵ **Son ejemplo de este tipo de enunciados los artículos 290 y 305 del Código Penal.**

³⁶ **Son ejemplo de este tipo de formas verbales los artículos 112, 113, 120, 143, 183, 231 del Código Penal.**

relación con aquello que no se debe abandonar. Una correcta interpretación de los tipos determinará si ellos incluyen o no una actitud omisiva.

Otro tipo de casos se dan en los tipos penales que no aluden en forma precisa ni a un hacer positivo ni a una omisión, sino que utilizan en su descripción palabras comprensivas, mediante las cuales el legislador se propone abarcar tanto formas activas como omisivas en su realización. Nos referimos a los supuestos de los artículos del Código Penal **222** (el que por cualquier razón, teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos perjudicare a su titular alterando en sus cuentas...); **325** (el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado...); **349** (el abogado o mandatario judicial que perjudicare los intereses que le han sido confiados...).

En este tipo de casos, es intención de la ley que el tipo se extienda no solo al abogado que causa positivamente un perjuicio sino también al que mediante una conducta omisiva deja de hacer lo que le corresponde en defensa de los intereses que le han sido confiados.

4- Las descripciones explícitamente alternativas

Con esta denominación se hace referencia a aquellos tipos penales que están contruidos expresamente sobre la base de que el hecho puede ser realizado

alternativamente en forma comisiva u omisiva^{37 38}.

En todos estos casos, en que se hace referencia a tipos que total o parcialmente apreciados e interpretados designan exclusiva y alternativamente tipos de omisión, nos hallamos en presencia de verdaderos delitos de omisión que, o bien están constituidos por un no hacer determinado, o bien la descripción legal incluye conductas de esta clase.

De conformidad con el artículo 18 del Código Penal, la producción de un resultado típico pertenece al tipo objetivo de un delito de omisión impropia. Debe agregarse, además, la omisión de la acción de elusión esperada para la situación concreta de peligro, si de acuerdo con las circunstancias existía la posibilidad de evitar el resultado. Jurídicamente solo cabe una exigencia para el destinatario de la norma, si realmente tenía la posibilidad física de evitar el resultado.

³⁷ **Se citan como de este tipo de casos los artículos del Código Penal 186, 187, 217, 394, 396, 413**

³⁸ **Bacigalupo considera que esta clase de tipos, es una de las tres formas en que la ley penal se ocupa de la omisión. Las otras dos formas son la omisión simple y la comisión por omisión Bacigalupo "Lineamientos..." pp 188 ss**

Esta omisión no se puede equiparar con un simple no hacer nada, de modo que haya en el sujeto tal pasividad que su movimiento físico se reduzca al mínimo para subsistir, como respirar. Para que concurra este delito, la norma se refiere más bien a aquellos casos en que se realiza una acción distinta o, mejor dicho, cualquier otra acción distinta de aquella impuesta por el deber jurídico, descrita por el tipo penal correspondiente. Por eso, omitir no significa "no hacer nada", sino no realizar la acción jurídicamente exigida.³⁹

5- Tipo y antijuridicidad en los delitos de omisión

Actualmente la discusión doctrinaria se centra más bien en establecer si el deber de evitar el resultado pertenece al tipo o a la antijuridicidad.

La jurisprudencia alemana no ha sido pacífica en este sentido, si se toma en consideración que desde un principio en materia de error no se trataba de una cuestión de tipo sino de antijuridicidad. Consideraciones más recientes han sustentado que el deber de evitar el resultado pertenece al tipo y tiene que ser alcanzado por el dolo, de modo que un error de tipo excluye el dolo; por su parte, el error sobre los presupuestos exteriores de la posición de garante se considera un error de tipo; de modo que un error sobre un deber jurídico con pleno conocimiento

³⁹ **Así, Wessels, p 213.**

de las circunstancias de las cuales este surge constituye un error de prohibición.

De acuerdo con Roxin,⁴⁰ si el deber de evitar el resultado o el deber de actuar en los delitos impropios de omisión se refiere a circunstancias fundamentadoras del deber, este pertenece al tipo. En tanto si solo caracteriza la antijuridicidad, será un elemento general del delito que no es necesario que se extienda al dolo del autor.

Lo anterior hace imprescindible que para la calificación de la conducta dolosa del sujeto, no baste la comprobación de que el omitente no haya impedido la producción del resultado de forma consciente y voluntaria, pues será requisito adicional que haya conocido las circunstancias fundamentadoras del deber jurídico, o sea, de su posición como encargado de la guarda de una persona o como parte de una relación de confianza.

Para este autor no es correcto incorporar al tipo penal el deber de evitar el resultado de manera irrestricta, pues contrario a lo señalado por el Tribunal Federal Supremo y por la doctrina alemanes, solo las circunstancias fundamentadoras del deber pertenecen al tipo, pero no el deber jurídico mismo.

6- El deber jurídico en los delitos de omisión

a- Los delitos impropios de omisión. Posición sistemática

Con respecto a la posición sistemática de la posición de garante en los delitos impropios de omisión, la posición de Welzel⁴¹ ha sufrido transformaciones. Primeramente se entendió que para la realización del tipo objetivo de un delito doloso impropio de omisión se requería la no elusión de un resultado típicamente descrito y la posibilidad de dicha elusión. El elemento subjetivo estaba conformado por la previsión de la amenaza de producción del resultado, el conocimiento de la posibilidad de evitarlo y la voluntad de su realización. En ese sentido, ni la conciencia actual o actualizable de la posición de garante ni sus presupuestos son requisito para la realización del tipo.

La actuación será antijurídica por el hecho de que el autor, en el caso en particular, estuvo en posición de garante, tal que le imponía evitar el resultado producido. Así pues, no resulta suficiente para el nacimiento del deber jurídico la existencia objetiva de los elementos que fundamentan la posición de garante, pues deben ser agregados los presupuestos exteriores de la posición de garante como la acción precedente peligrosa o la estrecha comunidad de vida con la víctima.

De esta manera, el deber de evitar el resultado -proveniente de la posición de garante- por ser un momento de la antijuridicidad no necesitaba ser alcanzado ni por

⁴⁰ " Teoría del Tipo..", p 224.

⁴¹ Citado por Roxin "Teoría" p 15

el dolo ni por el conocimiento del autor.

La principal dificultad con que se tropieza a la hora de establecer la posición de garante, es precisamente la no mención expresa de los deberes que fundamentan el tipo legal del delito comisivo, que solo describe de forma expresa una acción positiva. De ahí que algunos cuestionen la constitucionalidad de dichos delitos como contrarios al principio de legalidad. Nos referimos a los tipos abiertos, en los que solo una parte del tipo viene descrito por la ley, lo que determina que el juez deba buscar los restantes elementos que fundamentan la posición de garante.

Los delitos impropios de omisión sirvieron de ejemplo de tipos abiertos⁴². La

⁴² **Los tipos penales abiertos son aquellos que están concebidos de manera que alcanzan comportamientos que son con mucha frecuencia hechos socialmente adecuados. Así Mora Mora Luis Paulino, “Constitución y derecho” P. 81. La Sala Constitucional al respecto ha indicado que la necesaria utilización del idioma y sus restricciones obliga a que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión, no por ello puede estimarse que la descripción presente problemas constitucionales en relación la tipicidad, el establecer el límite de generalización o concreción que exige el principio de legalidad, debe hacerse en cada caso particular. Sentencia 1877-90.(Ver ejemplos en Mora Mora Luis Paulino,**

existencia de la adecuación típica no indicaba todavía la antijuridicidad, sino que señalaba la necesidad de investigar siempre antes de preguntarse por las causas de justificación, para establecer de esta manera si el omitente se hallaba o no en una posición de garante.

No obstante el mismo Welzel ha variado su anterior posición. En la enumeración de los tipos abiertos ya no incluye los delitos de omisión. La posición de garante y sus presupuestos nuevamente ha sido retornada al tipo objetivo, y el conocimiento de la posición de garante -distinta al dolo- pertenece al tipo subjetivo. Por su parte el deber de evitar el resultado, de acuerdo con la teoría de Welzel, es un elemento de la antijuridicidad cuyo conocimiento no afecta la realización del tipo.

b- Los delitos impropios de omisión

Welzel distingue entre la situación generadora del deber y el deber de acción que surge de ella. El deber que surge de la situación generadora del deber no pertenece al tipo. Quien encuentre a una persona herida en la vía pública y no le preste ayuda, obra típica y antijurídicamente en el sentido del artículo 144 del Código Penal, aunque ignore el deber de prestarle ayuda. El deber de acción resulta, por tanto, un puro momento de la antijuridicidad, que no requiere ser abarcado por el

“Constitución y derecho” pp. 81 a 83).

dolo.

c- Críticas a la teoría de Welzel

Desde el punto de vista de Welzel, las reformulaciones relativas al lugar sistemático de la posición de garante no tienen consecuencias prácticas significativas. No son los resultados lo que se ha modificado, sino su fundamentación.

De acuerdo con su posición originaria, el autor realiza el tipo al no evitar alguno de los resultados descritos en la prescripción de la parte especial, a pesar de haber estado en condiciones de hacerlo.

El deber de evitar el resultado, conjuntamente con los presupuestos, no pertenece al tipo sino al deber jurídico, y por lo tanto a la antijuridicidad, de modo que un error sobre tales elementos -cualquiera que sea el objeto sobre el cual recaiga- debería ser tratado como un error de prohibición.

Roxin⁴³ disiente de este autor. Considera que, conforme ocurre en la coacción y en los elementos de la autoría, es posible distinguir entre el deber jurídico y sus presupuestos. El autor debe estar claro con respecto a su posición de garante para que su acción pueda calificarse de antijurídica en el sentido del tipo de omisión.

⁴³ **"teoría del Tipo", p 50**

Elementos tales como "matrimonio", "aceptación de hecho del deber contractual", "conducta precedente peligrosa", tienen que ser conocidos en el momento del hecho, aunque no es necesario que el autor se los haya representado actualmente. Si el autor se equivoca con respecto a su posición de garante, ese error no excluye la adecuación típica, pero sí la antijuridicidad, y con ello la posibilidad de una condena por el hecho culposo.⁴⁴

Un error de prohibición solo existe cuando el autor, en conocimiento de todas las circunstancias de su posición de garante, no supo que le incumbía el deber de evitar el resultado.⁴⁵

⁴⁴ **Artículo 34 del Código Penal " No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará solo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.**

Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado"

⁴⁵ **Existe error de prohibición no solo cuando el sujeto cree que actúa (o no actúa) lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o**

Welzel no explica de manera clara cuál es la solución ante la suposición errónea de la posición de garante. Según su postura (en que la representación errónea de las circunstancias de hecho tiene fuerza fundamentadora en la punibilidad por tentativa y de su silencio en los hechos omisivos tentados) habría que concluir que tales hechos son impunes por tratarse de un delito putativo.

Las consideraciones doctrinales más recientes incluyen la posición de garante dentro del tipo penal. Los presupuestos de la posición de garante no deben ser alcanzados por el dolo (entendido como la conciencia actual en el momento del hecho), aunque tal conocimiento sí se requiere para la realización del tipo subjetivo. De este modo, si el autor desconoce los presupuestos de la posición de garante, faltará uno de los presupuestos del deber de evitar el resultado⁴⁶, dejando abierta la posibilidad de la punibilidad por el delito culposo. Por su parte, un error de prohibición será aceptable cuando el autor, a pesar de conocer su posición de

ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede ser: a) directo: Cuando se refiere a la existencia de la norma prohibitiva como tal. b) indirecto: Cuando se refiere a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en el caso concreto.

⁴⁶ Así entre otros Henry Issa-Alfredo Chirino "Metodología.." p 131

garante, considera que no le corresponde el deber de evitar el resultado.

La doctrina -principalmente la alemana- continúa discutiendo si el deber de evitar el resultado pertenece al tipo o a la antijuridicidad. La opinión dominante se inclina por incluir el deber de evitar el resultado en el tipo penal, considerando que un error sobre él excluye el dolo. También se percibe la distinción entre el deber jurídico mismo y sus presupuestos objetivos. El error sobre los presupuestos exteriores de la posición de garante se considera un error de tipo, el error sobre el deber jurídico con pleno conocimiento de las circunstancias de las cuales este surge, se constituye como un error de prohibición.

7- El deber de actuar en los delitos de omisión

El elemento de evitar el resultado en los delitos impropios de omisión pertenece al tipo en tanto se refiere a circunstancias fundamentadoras del deber, pero cuando solo caracteriza la antijuridicidad será un elemento general del delito que no necesita extenderse al dolo del autor.

No será suficiente para calificar un hecho doloso, que el omitente no haya impedido la producción del resultado de forma voluntaria y consciente. Será necesario, además, el haber conocido la existencia de las circunstancias fundamentadoras del deber jurídico; es decir, tener conciencia de su posición como garante de los bienes que administra, de las publicaciones bajo su dirección como

autor de un hecho previo, de su posición como encargado de la guarda de otra persona, entre otros. Un error sobre estos elementos será un error de tipo: tal es el caso del maestro que aprecia, sin hacer nada, cómo un niño del kínder es raptado por un desconocido, sin percatarse de que se trata de su alumno. Lo mismo sucede con los errores de prohibición: por ejemplo quien considera erróneamente que el contrato que fundamentaría su posición de garante carece de eficacia.

Si el error de evitar el resultado no es consecuencia de una apreciación incorrecta de las circunstancias fundamentadoras de lo injusto, sino de una falsa valoración total del hecho, como cuando alguien sabe que ha encerrado a otro (no culpablemente), pero cree no estar obligado a ponerlo en libertad. En este caso lo que existe es un desconocimiento del deber jurídico y, consecuentemente, un error de prohibición. En conclusión, son las circunstancias fundamentadoras del deber las que pertenecen al tipo, no el deber jurídico mismo.

Nuestra jurisprudencia ha sido ayuna en materia de error en los delitos de omisión. Los pocos casos llegados hasta nuestros más altos tribunales se han referido a otros aspectos de los delitos de omisión propia o impropia. El escaso desarrollo que han tenido en nuestro medio los delitos de omisión impropia no permite hacer un exhaustivo análisis. Habrá que esperar nuevos pronunciamientos en esta materia, para conocer si las ideas aquí esbozadas son compartidas por nuestros tribunales.

8- El principio de legalidad y el delito impropio de omisión

En el delito de omisión impropia el resultado producido se le imputa al garante que tenía el deber de evitarlo, de la misma manera que si lo hubiera ocasionado mediante un hacer positivo. Al no estar tipificados los delitos de omisión impropia, se hace necesario acudir a su correspondiente realización activa de protección al mismo bien jurídico.

Esa falta de regulación expresa, ha permitido cuestionar la legalidad de los delitos impropios de omisión. Las posiciones doctrinales sobre este aspecto han sido variadas y se sitúan en dos grandes grupos: los que buscan una solución formalista atendiendo al texto de la ley positiva y los que intentan hallar la solución en la misma esencia del hecho acusado, tomando en consideración que este es equiparable a la producción de un resultado antijurídico mediante la realización típica comisiva.

En este punto, Novoa⁴⁷ distingue tres grupos de acción:

a- Aquellos que permiten derivar del texto mismo una realización tanto por acción como por omisión⁴⁸.

⁴⁷ "Fundamentos..", p 184.

⁴⁸ Ejemplo de este es el artículo 325 del Código Penal. Favorecimiento de

b- Aquellos en que la descripción típica utiliza expresiones que implícitamente constituyen formas omisivas de realización de la conducta comisiva⁴⁹.

c- Aquellos en que la descripción típica no permite derivar un comportamiento omisivo de forma implícita, a pesar de que es posible hacerlo.

Mediante una correcta interpretación jurídica se podrá deducir que, dada su literalidad, a algunos delitos de resultado no les es únicamente aplicable un hacer positivo, sino también un hacer omisivo⁵⁰.

De esta manera, se puede llegar a la conclusión de que, en algunos casos, si bien el legislador describe una realización activa en el tipo objetivo, asume que quedarán en ella formas de realización de comisión por omisión. Si de la misma hermenéutica se deduce que el legislador ha excluido del tipo objetivo cualquier realización omisiva, no cabrá consecuentemente la realización de la conducta

Evasión. Aquí la acción positiva y la omisión, son equivalentes. Se incluye bajo una misma amenaza penal tanto la realización de una acción positiva como la omisión de una acción determinada.

⁴⁹ **Ejemplo de este tipo es también el artículo 325 del Código Penal.**

⁵⁰ **Comete el delito de homicidio calificado, la madre que, o bien asfixia a su hijo recién nacido, o bien lo deja de alimentar hasta morir.**

mediante comisión por omisión. Esta exclusión puede deberse tanto a la estructura como a la misma naturaleza del tipo.

Sauer⁵¹ llegó a la conclusión de que solo algunos tipos de acción con resultado admitían ser realizados mediante omisión; ellos son: el homicidio y las lesiones, algunos casos de privación de libertad e injurias, la estafa, la apropiación indebida, el encubrimiento y los delitos culposos. Pero tales tipos son la excepción. Por lo general los tipos penales solo describen la causación del resultado por una conducta activa y dejan por fuera la no evitación por omisión de un hacer esperado. De allí que la doctrina mayoritaria haya aceptado los delitos de omisión impropia como una interpretación lícita con arreglo al derecho consuetudinario de los tipos de delitos de comisión correspondientes.⁵²

Es mediante la interpretación -normalmente llevada a cabo por los jueces- como se podrá admitir el contenido de los delitos impropios de omisión, lo cual, sin lugar a dudas, no viene a ser la mejor forma de catalogar este tipo de conductas.

Un problema mayor es la forma de responsabilizar en calidad de autores a aquel pequeño grupo de omitentes por haber permitido la realización de un resultado

⁵¹ Citado por Novoa "Fundamentos..", p 186.

⁵² Así, Jescheck, "Tratado de derecho" p 837.

injusto, principalmente por la falta de una elaborada teoría de los deberes de garante. En este sentido, afirma Jescheck⁵³, hace falta precisar, aún más, la delimitación de la posición de garante, de la cual se deduce el deber de evitar el resultado; en el mismo sentido, es necesario definir las características de las circunstancias que hacen referencia a la comprobación de la equivalencia.

Mientras tanto, en nuestro país se solventa el problema de legalidad de los delitos impropios de omisión a partir de una norma general, como lo es el artículo 18 del Código Penal.⁵⁴ Dicho numeral establece la posibilidad de la producción de un resultado mediante la omisión de un deber que se encuentra en la norma, pero no de una manera expresa. A ese deber se arriba luego de un estudio de los elementos de garante elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, lo que permite reducir significativamente el grupo de autores que tienen el deber jurídico de evitar el resultado en virtud de su posición de garante⁵⁵.

⁵³ **Así Jescheck " Tratado de derecho..", p 838.**

⁵⁴ **Bacigalupo "Lineamientos..", p 141 sostiene que dada la imprecisión de este artículo para concretizar la aplicación a los supuestos de hecho su formulación legislativa resulta sumamente deficiente.**

⁵⁵ **Sobre el principio de legalidad y el delito de omisión impropia, consultar la resolución número 580, de las 10:15 horas del 21 de diciembre de 1994.**

En tanto no haya una forma inequívoca de establecer la posición de garante, de la cual se deduzca el deber de evitar el resultado, será necesario -a partir del deber jurídico- establecer en cada caso en concreto si la producción del resultado lesivo por omisión equivale a la realización del tipo legal por un hacer, y a partir de allí determinar la responsabilidad penal. Problema adicional lo constituye, en nuestro medio, la manera poco precisa de determinar el deber de evitar el resultado en los delitos de omisión impropia.

Como hemos visto, de acuerdo con el artículo 18 del Código Penal, mediante una cláusula general se ha dispuesto que, bajo ciertas circunstancias, el no evitar el resultado que se estaba obligado a impedir, es equiparable a la realización activa del delito de que se trate. Así, por ejemplo, la madre que deja de alimentar a su hijo recién nacido responde de la misma manera que si le hubiera causado la muerte mediante una conducta activa. El principal obstáculo con que se topa a raíz de esta deficiente forma de describir el deber de impedir la producción de un resultado prohibido, es que su concreción dependerá del caso en particular y de los supuestos de hecho que se tomen en consideración, quedando en definitiva a juicio del juzgador si se está en presencia de un hecho activo o de comisión por omisión.

Por otro lado, es imposible que en la parte general se tomen en cuenta todos

los supuestos de hecho de los delitos impropios de omisión que se dan en la parte especial del Código Penal, pues cada caso es distinto y hay que recurrir a sus particularidades para resolver el asunto en uno u otro sentido⁵⁶. De lo anterior se colige la significativa importancia que tiene el desarrollo jurisprudencial en esta materia, el que lamentablemente, como se dijo antes, es muy pobre; hasta la fecha, a los delitos de omisión impropia no se les ha dado la verdadera importancia que revisten, lo que diferencia nuestro bloque jurídico del europeo, en el que sí se ha dado un merecido desarrollo doctrinal y jurisprudencial a ese tema. En nuestra jurisprudencia, quizá ello pueda deberse a la escasa cantidad de casos que han llegado a ser resueltos por nuestros tribunales sobre este tema en particular.

⁵⁶ Así entre otros, Bacigalupo "Lineamientos de la Teoría..." p 141

CAPITULO CUATRO

I- DIFERENCIA ENTRE ACCION Y OMISION

1- Deslinde conceptual

La discusión doctrinal entre hacer positivo y omitir es de relativa actualidad. Nos referimos a aquellos supuestos de hecho en donde resulta discutible la calificación de comisión u omisión. Se trata de casos en que el sujeto, de forma previa, se pone en una situación que le hace imposible el posterior cumplimiento del mandato, o bien de aquellos en que el sujeto posteriormente da marcha atrás en el cumplimiento del mandato.

Por lo general, la discusión de si un supuesto de hecho debe considerarse como un hacer o como un omitir puede responderse de manera fácil. Pero hay otros casos, en especial los referidos a supuestos de imprudencia, en que la infracción del deber de cuidado que consiste en actuar sin las necesarias precauciones de seguridad puede entenderse casi siempre y al mismo tiempo como un hacer positivo o como una omisión.

Para Silva Sánchez⁵⁷, en la delimitación entre acción y omisión la discusión no

⁵⁷ **Silva Sánchez Jesús María "El delito de omisión..", p 164**

se limite a valorar formas de conducta. Más bien se refiere a si, examinando las circunstancias dadas, es posible imputar a la conducta una comisión o una omisión. Este autor considera que, en definitiva, debe adoptarse una perspectiva exclusivamente jurídico-penal, basada en los criterios de imputación objetiva que permitan distinguir entre imputación comisiva y omisiva.

Otros autores han relativizado la importancia de la distinción entre acción y omisión; entre estos Jakobs⁵⁸, quien entiende la distinción conceptual entre comisión y omisión como algo sencillo; lo que sucede es que, cuando ambas ocurren, no son las dos a la vez jurídicamente relevantes.

Según este autor, la acción es la realización evitable del resultado, constituyendo ya el resultado la ejecución de un movimiento corporal (delitos de mera actividad), o bien una consecuencia situada más allá de este movimiento corporal (delitos de resultado). La evitabilidad, ya sea por dolo o imprudencia, vincula al resultado con la motivación. Importan, entonces, aquellos resultados que son conocidos (dolosos) o conocibles (imprudentes), y esto como consecuencia de un motivo. A su vez, define los procesos motivacionales como las direcciones de impulsos voluntariamente conformados o voluntarios, conformables sin ulterior actividad corporal. En todo caso, opina que la distinción más significativa no se

⁵⁸ **Gunther Jakobs "derecho penal", pp 940 y 941**

produce entre comisión y omisión, sino entre delitos de responsabilidad basada en una competencia de organización y delitos de responsabilidad de carácter institucional, concluyendo que es de menor importancia que en el marco de unos y otros tenga lugar una comisión o una omisión.

No obstante lo dicho hasta aquí, la distinción entre acción y omisión es necesaria no solo para efectos de determinar la responsabilidad; tal diferenciación es también trascendente dentro de la teoría de la participación, la tentativa, los concursos, lo que por sí justifica un esfuerzo que nos permita apartarnos del sentido científico-natural, según el cual la omisión no causa nada.

Hemos de advertir, entonces, que tal distinción tiene importantes consecuencias en la fundamentación y límites de la punibilidad. No solo en cuanto a que una responsabilidad por omisión -equiparable a una comisión- exige la existencia de un deber jurídico especial, denominado deber de garante, sino también en cuanto a que la acción típicamente requerida como elemento de estudio del injusto -o bien la posibilidad de que la acción requerida hubiera evitado el resultado, el cual es un requisito de la imputación objetiva (denominada causalidad hipotética)- contiene connotaciones estructurales distintas a la comisión. Adicional a lo anterior, debe indicarse que el injusto típico omisivo requiere de particulares consideraciones, como es la ausencia del riesgo propio o de terceros, la evitación del resultado lesivo, o la inexigibilidad de otra conducta, aspectos que por sí solos sustentan la

prescindencia de una diferenciación.

a- Posibilidad de delimitación

Una vez establecida la necesidad de delimitación, hay que admitir que la falta de desarrollo de este particular viene a constituir un fuerte impulso para que este estudio se incline por la tesis minoritaria que niega la posibilidad de delimitación. De allí que aquí se adopten los estudios que sobre este campo ha realizado el autor Silva Sánchez⁵⁹, para quien dicha delimitación no solo es necesaria, sino además posible.

b- Perspectiva valorativa

Para algunos autores como Mezger y Schmidt⁶⁰, la naturaleza del concepto de omisión es previa a la tipicidad y la distinción entre comisión y omisión es de carácter valorativo-normativo, no fáctico. A su modo de ver, aunque haya causación activa de un resultado es posible entender el proceso como una no evitación del resultado. Para Mezger lo decisivo es la dirección del reproche jurídico; hacia qué aspecto del hecho se dirige este, pues el reproche característico del hacer tiene por objeto hacer algo, mientras que el de omitir, un no hacer algo. Pero, a la vez, haciendo algo

⁵⁹ **Silva Sánchez Jesús María "El delito de Omisión", pp 180 ss**

⁶⁰ **Citados por Silva Sánchez "El delito de omisión" p 181**

puede darse una omisión de no hacer lo que se debía y hacia esto se dirige el reproche. Por su parte Schmidt, seguidor de la tesis normativa social, considera que es el sentido social del hecho el que decide si se está en presencia de un hacer positivo o de una omisión. Solo habrá omisión cuando el comportamiento tiene el sentido de no evitación de un resultado determinado.

c- Críticas a la perspectiva valorativa

El planteamiento valorativo ha sido sujeto de una diversidad de críticas; la principal sostiene que, con respecto a la dirección del reproche, es irrelevante si el supuesto de hecho es una comisión o una omisión, por lo que presupone la concurrencia de ambas y sobre esa base pretende establecer a cuál le otorga preferencia; además, siendo el reproche una cuestión de antijuridicidad y culpabilidad, presupone que previamente se ha hecho la distinción. En realidad, esta posición no viene a resolver nada sobre la delimitación entre comisión y omisión.

A pesar de las críticas, lo rescatable de esta argumentación es que efectivamente la delimitación entre comisión y omisión es de carácter normativo-valorativo. Es una cuestión de tipicidad que debe ser determinada con arreglo a los criterios de imputación típica.

d- Teoría del sentido social

Sus seguidores parten de la tesis de que en la elaboración de conceptos

materiales el jurista no se base en hechos puramente naturales externos, sino más bien en hechos sociales.

La crítica que se le hace a esta teoría es la diversidad de sentidos sociales probables, con lo cual no viene a definir nada en particular, por lo que se torna más bien en una tesis ambigua. Otros hacen la observación de que tampoco es cierto que se haya probado que el derecho penal acoja tales sentidos sociales, ni que los fines de protección coincidan con los sentidos sociales sostenidos por esta teoría.

e- Teoría de la aplicación de energía

Para esta perspectiva, el hacer implica la aplicación de energía en determinado sentido, en tanto que el omitir supone la no aplicación de energía en determinada dirección. Sin embargo esta teoría carece de sustento práctico. Si partimos del elemento negativo de omisión, encontraremos que en cada actividad humana se puede decir que actúa y omite a la vez, pues al aplicar energía en un determinado sentido, está dejando de aplicarla en todas las otras direcciones distintas a la escogida.

f- Aspectos preliminares de la causalidad como forma de delimitación entre comisión y omisión

La doctrina dominante encuentra en los criterios de causalidad la delimitación entre comisión y omisión en la causación del resultado típico.

De esta manera, determinar la responsabilidad de un sujeto por la comisión de un hecho será posible si su comportamiento ha causado el resultado expresado en el correspondiente tipo. Así pues, quien por un hacer activo, dentro de determinados requisitos, causa el peligro de lesión de un bien jurídico responde por la causación a título de hacer. Ello con independencia de que además, incumpla la obligación de evitar la lesión de bienes jurídicos ajenos⁶¹ ⁶². La presencia de la comisión se hace depender, además, de la concurrencia de causalidad, en tanto dicho hacer causal sea también doloso o culposo; solo en el caso de que el hacer causal sea socialmente adecuado, ajustado a derecho o inculpable, podrá preguntarse si el autor ha omitido un hacer positivo esperable mediante el cual se hubiera evitado el resultado⁶³.

De las anteriores afirmaciones podemos deducir que el lugar sistemático del problema de la delimitación entre comisión y omisión se sitúa en la tipicidad. Ahora,

⁶¹ **Así Jescheck "Tratado de derecho" II. p 830**

⁶² **La calificación comisiva u omisiva va a depender de lo que cada autor entiende por causalidad, aspecto que se estudiará más profundamente en el capítulo de "Causalidad de la Omisión", y no tanto de que acepte el criterio de la causalidad como factor de delimitación.**

⁶³ **Así Jescheck, "Tratado de derecho", II p 830**

debe ahondarse en los presupuestos para atribuirle a un sujeto la realización típica comisiva; en segundo lugar, si solamente o si además se le puede atribuir una realización típica omisiva y, por último, solucionar los casos límite o fronterizos en los que se presente una realización típica comisiva y omisiva a la vez, sean aquellos en los que concurren todos los requisitos de ambos.

Lo anterior quiere decir que es perfectamente posible que se dé un caso concreto en que a un sujeto se le impute una comisión y una omisión a la vez. El problema consistirá en establecer cual de las dos calificaciones (comisiva y omisiva) ha de prevalecer y bajo qué criterios. El segundo aspecto que debe dilucidarse es cómo resolver la cuestión en el caso de que ninguna de ellas prevalezca sobre la otra, lo que nos lleva a hacer una breve enunciación sobre la teoría del concurso.

Los tipos penales de la parte especial castigan a quien realiza una acción u omisión siempre que se produzca una lesión jurídica, pero no dicen qué hacer ni qué pena aplicar en el caso de que el delincuente realice, con una sola acción, varias lesiones jurídicas; tampoco señala qué hacer cuando el delincuente deba ser juzgado por varias acciones u omisiones. La respuesta a estas cuestiones la encontramos en la parte general, en los artículos 21, 22, 23, 75, 76 y 77 del Código Penal. Son casos de concurso de delitos, el concurso aparente, el concurso ideal, el concurso real y el delito continuado.

Entran en concurso real aquellas acciones u omisiones realizadas por el mismo

agente cuando no estén separadas por una sentencia condenatoria y respecto de las cuales está aun pendiente la pretensión punitiva estatal y que deben o debieron ser juzgadas en un mismo proceso (artículo 22 del Código Penal). De lo anterior se deduce que aquellas acciones u omisiones ya juzgadas con sentencia firme no pueden formar concurso real con aquellas realizadas después de que la sentencia adquirió firmeza.

En sentido estricto, existe concurso real cuando todas las acciones u omisiones son objeto de un mismo proceso y, desde luego, de una misma sentencia.

No toda pluralidad de acciones u omisiones independientes lleva a la aplicación de las reglas del concurso real⁶⁴. Lo anteriormente ocurre en los siguientes supuestos:

a- Cuando las acciones penales no son independientes, sino que están ligadas entre sí en un concurso aparente de normas. Se refiere el autor a los casos de hecho previo, simultáneo y posterior impunes.

b- Cuando la pluralidad de acciones u omisiones revela en el sujeto una tendencia interna que implique profesionalidad.

c- Cuando la pluralidad de acciones determina la figura del delito continuado.

d- Cuando no es posible juzgar todas las acciones u omisiones en un mismo proceso.

Por su parte, existe concurso real simultáneo cuando las distintas acciones u omisiones sean realizadas al mismo tiempo; ese concurso es sucesivo cuando las acciones u omisiones son realizadas en tiempos distintos.

En sentido estricto, existe concurso real cuando todas las acciones u omisiones son conocidas en un mismo proceso, lo cual va a depender de que:

a- en el momento del inicio del proceso, todos los hechos cometidos en concurso real sean conocidos por las autoridades.

b- los procesos sean susceptibles de acumulación.

c- una de las acciones no esté cubierta por un impedimento procesal.

Por último, el concurso real retrospectivo existe cuando habiendo sido juzgados varios delitos distintos atribuidos a un mismo agente que se encuentran en concurso real, en procesos diferentes, es necesario aplicar la limitación de pena del artículo 76 del Código Penal. Si hubo procesos distintos por acciones en concurso real atribuidas a un mismo agente, el juez de la última sentencia debe unificar las penas

⁶⁴ **Así Castillo, "El Concurso" p 75**

(artículo 54 del Código Procesal Penal).

Con independencia de lo anterior, resulta posible imaginar casos de concurso ideal entre ambas formas de imputación, cuando ninguna agota el desvalor del hecho y cuando, en virtud del concurso de delitos, una calificación prevalece sobre otra, como sería si se partiera del momento en que recaiga el dolo en una determinada realización típica, quedando la otra realización como hecho anterior o posterior impune. Si ninguna de las dos formas de realización típica agota el desvalor general existente, habrá que acudir a los criterios del concurso real.

Con términos distintos Jakobs viene a coincidir con las proposiciones de la causalidad como fundamento de delimitación entre comisión y omisión. Considera que el punto de partida no es el comportamiento causal del sujeto, sino el bien jurídico y los requerimientos de la norma en cada caso⁶⁵.

⁶⁵ **Gunther Jakobs "derecho penal" p 941. Este autor señala que todas las acciones pueden reformularse como omisiones (pero no, a la inversa todas las omisiones como acciones), no fijando la atención en el movimiento corporal motivado, sino en que se omite "refrenar el motivo. Agrega que, quien actúa cuando no debe actuar, tiene un motivo más para realizar un movimiento corporal, mientras que quien omite cuando debe**

Las normas jurídicas son normas que prohíben determinadas conductas y mandan la realización de otras. La norma prohibida impide una determinada acción y en consecuencia ordena omitir la realización de esa acción. Por su parte, la norma preceptiva ordena una determinada acción, por lo que impone un hacer positivo. La vulneración del derecho consiste en la omisión de este hacer. Todos los delitos de omisión, sean propios o impropios, constituyen infracciones de normas preceptivas⁶⁶.

La importancia práctica de los delitos de omisión que carecen de tipificación propia proviene de que doctrinaria y jurisprudencialmente se reconoce que la mayoría de los delitos de comisión de resultado o de peligro también pueden ser cometidos mediante la no evitación del resultado en la medida en que se encuentre el sujeto activo en una posición de garante y tenga un deber jurídico de actuar⁶⁷. Así, para la resolución de un caso penal cabe preguntarse primero si se está ante *un hacer positivo o una omisión*. No pocas veces se presentan dudas en cuanto a su diferenciación, de allí que en este estudio se opte por criterios prácticos de aplicación del derecho a la realidad, de modo que nos permita orientarnos en uno u otro

actuar, tiene un motivo de menor para realizar un movimiento corporal.

⁶⁶ **Así entre otros, Jescheck.. "Tratado"..cit p 828**

⁶⁷ **En nuestro medio, desafortunadamente ha tenido poco desarrollo doctrinal y jurisprudencial los delitos de omisión impropia.**

sentido.

Resulta menos dificultoso hacer la diferenciación cuando se trata de delitos de acción o de omisión propia, si ha operado una correcta labor legislativa que precise claramente las características objetivas de unos y otros. La verdadera dificultad se presenta en relación con los delitos de omisión impropia, por carecer precisamente de una tipificación propia. De allí que, a manera de ilustración, se incluyan ejemplos principalmente resueltos por tribunales de Alemania, citados por muchos de los autores que se han ocupado de este tema; como se verá, la cuestión de si el supuesto de hecho puede considerarse como un hacer o como un omitir, no resulta de pacífica solución.

Los casos mayormente citados por la doctrina son:

1) En una región contaminada por el tifus, A proporciona a B un vaso de agua sin hervir; B, que no está advertido, bebe el agua, contrae la infección y muere de tifus.

2) El dueño de una fábrica china de pinceles entrega a sus trabajadores pelos de cabra no desinfectados. Algunos de esos empleados mueren de carbunco. El dueño estaba advertido del peligro y de que debía desinfectarlos previamente.

3) Una mujer recoge a su marido ebrio en una posada para llevarlo a la casa, pero por una discusión surgida durante el camino le deja en un lugar peligroso; el

marido, al intentar seguir adelante, cae por sí mismo en un arroyo y se ahoga.

4) Un automovilista, que viaja de noche por una vía, debe detenerse debido a un desperfecto de su vehículo, pero no coloca las señales que adviertan que en la vía hay un automóvil detenido, por lo que otros vehículos que llegan desde atrás se estrellan contra él.

5) El mesonero sirve alcohol a un conductor ebrio y no le impide después el regreso a casa.

6) El propietario de una casa impide violentamente el acceso a un niño que huye perseguido por un perro rabioso.

Ante estos casos límite, cabe hacer las siguientes consideraciones en procura de un resultado correcto. Si alguien ha causado un resultado mediante un hacer positivo objetivamente típico este constituye el punto de referencia importante para el derecho penal (criterio de la causalidad). Ha de repararse en el resultado, no tanto en cuanto a la lesión causada al bien jurídico, sino en cuanto a la transformación del mundo exterior captada por determinada descripción típica. Luego, ha de preguntarse si el actor actuó dolosa o culposamente.

Solo cuando conste que el actuar activo del autor, ya sea doloso o culposo, era adecuado socialmente, ajustado a derecho, cabe preguntarse si el autor ha omitido un hacer positivo esperable mediante el cual se hubiera evitado el resultado.

Dicho de otro modo, si el autor causó el resultado mediante un movimiento corporal apto para producir o desencadenar esa alteración física externa, el hecho debe ser tenido como una acción (comisión). Pero si al buscar el origen del resultado se determina que este provino de un proceso causal ajeno al sujeto y que no se hubiera producido si este, estando en posibilidad de obrar, hubiera actuado, se está entonces en presencia de una omisión constituida por no impedir el resultado^{68 69}.

Siguiendo estas consideraciones podemos concluir que en los casos 1 y 2 estamos en presencia de hechos de acción. La muerte de la víctima se debió a conductas realizadas por A, lo mismo sucedió con el fabricante de pinceles. El que A no haya hecho hervir el agua o el fabricante no haya desinfectado los pelos de cabra, no elimina la actuación positiva de entregar un vaso de agua contaminado o

⁶⁸ **Así entre otros Jescheck "Tratado de derecho" p 831; Novoa "Fundamentos" p 202**

⁶⁹ **Sobre este aspecto señala Wessels "Casi siempre la acción y la omisión pueden distinguirse fácilmente por su manifestación externa. Quien pone en movimiento un suceso causal empleando energía o lo guía en una dirección determinada "hace" algo; quien deja que las cosas sigan su curso y no usa la posibilidad de una intervención "omite" algo. (Ob. cit, p 209)**

de entregar pelos de cabra infectados. En el caso 4 nos inclinamos por considerar que es un caso impropio de omisión al no impedirse un resultado de quien habiéndose detenido en una vía oscura tenía la obligación de garantizar, mediante la puesta de señales, la segura circulación de otros conductores, aunque podría verse también como una omisión propia consistente en la acción de no poner las señales. En el caso número 3, lo relevante es la omisión del posterior acompañamiento por parte de la esposa del ebrio. En el caso 5, la omisión del mesonero se produce al no impedir al sujeto que conduzca, a pesar de conocer su estado de embriaguez. Finalmente constituye un hacer positivo el impedir la entrada del niño que va a ser mordido por el perro.

Cuando se esté en presencia de casos en los cuales concurren de forma simultánea movimientos corporales determinantes de un resultado típico y abstención del movimiento que habría evitado el resultado, el análisis debe inclinarse por el aspecto activo, ya que se estima que jurídicamente hay mayor gravedad en una conducta activa que en una omisiva⁷⁰. La concurrencia de formas de realización típica se considera como concurso de leyes⁷¹ y no como concurso ideal, en virtud de

⁷⁰ **Así entre otros Novoa "Fundamentos" cit p 207**

⁷¹ **Para Castillo la denominación "concurso aparente de leyes" o "concurso aparente de normas" es incorrecto, porque las leyes o las normas**

las dificultades que presenta -en opinión de algunos- la apreciación de tal figura concursal entre comisión y omisión. La anterior afirmación tiene sustento en que, si bien es cierto se realizan varios tipos, también lo es que solo existe un único hecho injusto. A lo anterior debe adicionarse que en virtud del principio de subsidiariedad se debe dar prevalencia a la comisión, tomando en consideración que la forma de ataque menos grave para el bien jurídico ha de ceder ante la más grave o acabada⁷².

Finalmente y referente a los casos límite en la imprudencia, hay que indicar que la mayoría de la doctrina en esta materia sostiene que el contenido del deber de cuidado debe determinarse según un parámetro objetivo-general, que deje de lado

concurren realmente y lo que es aparente es la concurrencia de lesiones jurídicas, en razón de ello, debe hablarse de concurso aparente de delitos.

⁷² **Se dará una relación de subsidiariedad cuando un tipo penal solo sea aplicable en tanto no resulte aplicable otro. Al criterio de la subsidiariedad se acude cuando el de especialidad ha resultado insuficiente. La subsidiariedad puede ser expresa o tácita, según esté ordenada en la ley o tenga que ser deducida por la vía interpretativa. La subsidiariedad expresa no pertenece al problema del concurso aparente de delitos, porque el legislador expresamente excluye la norma que considera subsidiaria.**

las capacidades especiales del sujeto ya sean estas superiores o inferiores a las normales, propias del ser humano medio⁷³. No obstante lo anterior, un sector minoritario de la doctrina estima que sí han de considerarse las capacidades especiales del sujeto con respecto al deber de cuidado, las cuales están contempladas dentro del tipo de injusto.

Siguiendo esta tesis, hay que distinguir entre las capacidades inferiores del sujeto -que para efectos de culpabilidad pueden atenuarla o bien excluirla- respecto de las capacidades superiores, que no pueden ser analizadas en el ámbito de culpabilidad, pues esta al ser "culpabilidad por un hecho injusto" no puede ir más allá de aquel. Así mismo, el sujeto que a pesar de tener capacidades superiores no las utiliza, en realidad no infringe el cuidado debido del ser humano normal y por lo tanto no obra antijurídicamente. Se cita como ejemplo el médico cirujano que ha desarrollado una técnica especial en el trasplante de corazón, y a pesar de su

⁷³ **Según Jescheck, "solamente cuando se ha constatado el aspecto objetivo del hecho imprudente (tipo de injusto) puede seguirse preguntando si el mandato general de cuidado y previsión, también hubiese podido ser cumplido por el autor individual, según su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia de la vida y su posición social". "Tratado de derecho" p 778.**

capacidad superior, se comporta como un profesional promedio, siendo que, a la postre, el paciente muere.

Para la doctrina mayoritaria al no haberse infringido el debido cuidado desde una perspectiva objetivo-general, no debería hablarse de imprudencia, en tanto que la doctrina minoritaria sí toma este aspecto en consideración para establecer el grado de injusto. En el caso antes indicado puede apreciarse tanto una conducta comisiva como una omisiva: al efectuar la operación, el cirujano se obliga a hacer todo lo que esté a su alcance para salvar al paciente. Si tal obligación resulta incumplida de forma no dolosa, se produce un enfrentamiento con su deber de garante y deber de cuidado, del cual resulta una omisión impropia imprudente; por otro lado, al operar sin poner en práctica sus especiales capacidades en la aplicación de las técnicas solo por él conocidas, su conducta es comisiva. Todo lo anterior permite reafirmar que ante tales supuestos de comisión y omisión debe resolverse el concurso mediante la subsidiariedad, prevaleciendo la conducta comisiva.

2- Criterios de distinción entre los delitos de acción y los de omisión

Por último -y no con esto se pretende dar por agotado el tema- se hace necesario buscar una vía interpretativa más práctica, que permita realizar una diferenciación entre delitos de acción y delitos de omisión.

Gimbernat⁷⁴ expone una serie de principios prácticos que permiten hacer una distinción entre los delitos de acción y los de omisión:

1- El comportamiento será estrictamente omisivo, si en la conducta del sujeto no aparece ningún movimiento corporal que haya causado el resultado típico.

2- Cuando en la conducta se consideran tanto elementos activos como omisivos, si la acción ha precedido a la omisión, la segunda debe predominar sobre la primera cuando el comportamiento activo no haya sido típico, es decir no haya sido realizado con dolo ni imprudencia. No obstante si la acción que antecede a la omisión fue cometida con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor gravedad.

3- En caso de que la acción y la omisión pertenezcan a títulos de imputación distintos y los bienes jurídicos protegidos son también distintos, la solución se derivará de las reglas del concurso.

4- Cuando en el evento intervengan varias personas, los encargados de vigilar que el foco de peligro causante del resultado no sobrepase el riesgo permitido, responderán en caso de no cumplir con su obligación por un delito imprudente de

⁷⁴ **"Causalidad, omisión..", p 209.**

omisión impropia. En el caso del que cause activamente la lesión, responderá por un delito imprudente por acción.

CAPITULO CINCO

I- OMISION Y CAUSALIDAD

1- Omisión y causalidad

La discusión doctrinal en torno a la causalidad en la omisión, inicialmente se centró en tratar de resolver cómo un no hacer podía dar lugar a un resultado externo que constituyera un desvalor para la ley.

Luego, ante la falta de una adecuada respuesta en este sentido, la problemática se orientó ya no tanto en el no hacer del omitente, sino en lo que este realizaba de un modo diverso a lo debido, al tiempo que dejaba de cumplir con lo que la norma correspondiente le imponía. En sentido estricto, ese no hacer no significaba, entonces, una conducta eminentemente pasiva, sino más bien la no realización de una pauta bien determinada, producto de la realización de algo distinto. Tal conducta fue denominada por Luden como "actuar de otro modo simultáneo", donde no es la omisión la que produce el resultado, sino la actividad positiva que el sujeto desarrolló durante el período cuestionado.

Otros consideraban que la causa de los resultados injustos no debía buscarse en el comportamiento del omitente al momento de no realizar la acción, sino en la acción inmediatamente precedente, con lo cual se agregaba un problema adicional: de qué manera se podía relacionar esta acción precedente con el desvalor de la

conducta omisiva del sujeto al desobedecer un precepto que le impone un actuar de determinada manera.

No obstante, el decaimiento de una concepción naturalista de acción permitió que se exploraran otros criterios.

De conformidad con la teoría de la equivalencia de las condiciones, habría que preguntarse si al agregar mentalmente la acción omitida por el autor desaparece el resultado. Si la respuesta es afirmativa, existe una relación de causalidad; de lo contrario, no. De acuerdo con la causalidad hipotética, si la acción se hubiera ejecutado, no se habría producido el resultado. Entonces la omisión por sí sola - como no ejecución de la acción- no es causal del resultado producido, sino que la conducta del sujeto será causal en la medida en que, de haber ejecutado la acción, no se hubiera producido el resultado⁷⁵. Es necesario agregar mentalmente el efecto hipotético de la acción, teniendo un alto grado de certeza en el sentido de que, de haberse realizado la acción omitida, se habría impedido el resultado típico.

Para Wessels⁷⁶, en las omisiones no existe una "causalidad" en sentido físico, lo que de por sí no interesa, pues a la consideración normativa en el derecho penal

⁷⁵ **Así Jakobs "derecho penal, p 959**

⁷⁶ **"derecho penal", p 214.**

no importa el concepto causal de las ciencias penales.

Según ha resuelto la jurisprudencia alemana⁷⁷, en torno a la comprobación de la causalidad, la conducta del sujeto con el hacer positivo requiere que la acción imaginada hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad. En la omisión, no se requiere -como sí es requisito en el hacer positivo- una certeza plena en relación con la causalidad, pues no se está en presencia de un suceso real sino hipotético, que no puede calcularse con absoluta seguridad; de ahí que la inseguridad restante dependa de la limitación de la capacidad del conocimiento humano.

En forma similar se pronuncia Muñoz Conde⁷⁸, para quien en el delito de comisión por omisión se habla de una "causalidad de la omisión", aunque en realidad la omisión no puede ser entendida como elemento causal de ningún resultado, en razón de que ella requiere la puesta en marcha de una fuerza desencadenante, de la cual carece la omisión. Para Muñoz Conde, lo importante en este tipo de delitos es la constatación de una causalidad hipotética, o sea, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Si se tiene como seguro o como muy probable que de haber realizado el sujeto la acción mandada el resultado

⁷⁷ Citada por Jescheck "Tratado de derecho" p 853.

⁷⁸ "...Teoría General del Delito...", p 33.

no se hubiera producido, en ese momento se podrá atribuir el resultado al sujeto de la omisión. Lo anterior se establece mediante los criterios hipotéticos de la teoría de la adecuación -que es el incremento del riesgo- y el fin de protección de la norma. Dicho de otro modo, de acuerdo con esta posición habrá que plantearse: si la realización de la acción exigida hubiera previsiblemente evitado el resultado, si su omisión presupone una falta de diligencia y si se incrementaba el riesgo de producción del resultado, entre otros.

Pese a lo anterior, la relación de causalidad, entendida como relación de condicionalidad, sigue siendo un requisito indispensable de los tipos penales, pues tanto los delitos de peligro como los de resultado exigen que se demuestre que el comportamiento ha condicionado el resultado típico en el mundo exterior.

a- Críticas a la posibilidad de establecer un criterio de seguridad en la causalidad de la omisión

Sobre este aspecto, Gimbernat⁷⁹ ha considerado –principalmente- dos objeciones contra la aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non* a la comisión por omisión. Sus objeciones se basan en las consecuencias prácticas que

⁷⁹ **Gimbernat Ordeig Enrique, "Causalidad, omisión e imprudencia" pp 187-250.**

se derivan de tal formulación, las cuales ilustra con los siguientes ejemplos:

Caso 1. Una mujer en estado de embarazo se practicó un aborto; no obstante, su muerte se debió a un infarto cardíaco.

El Tribunal Superior español, en sentencia de nueve de mayo de 1964, consideró que en el caso antes referido no existía un aborto con resultado muerte sino únicamente una tentativa de aborto; el dictamen forense estableció que, aunque era altamente probable que el fallecimiento de la embarazada a causa de un fallo cardíaco obedeciese al trauma que para ella supuso someterse a unas prácticas abortivas, en vista del grave estado de salud previo de la mujer no se podía descartar que su infarto hubiera sido independiente de la conducta abortiva; tampoco era descartable que, por consiguiente, la mujer no hubiera fallecido igualmente aunque no se hubiera intentado interrumpir su embarazo, lo cual puso en duda la relación de causalidad entre la practica abortiva y el resultado muerte.

Caso 2. El periodista Vinader publicó entre diciembre de 1979 y enero de 1980 un artículo en la revista "Interviú" que mencionaba los nombres de sujetos de ideología ultraderechista que participaban en actividades violentas contra el grupo terrorista ETA. Pocos días después, dos de estos individuos fueron asesinados por ETA. El tribunal español condenó al periodista Vinader por homicidio imprudente, al considerar que la muerte de los ultraderechistas era causa directa de los reportajes por él escritos.

Es cierto que el periodista Vinader actuó imprudentemente cuando en dos reportajes publicados en la revista "interviú", de diciembre de 1979 y enero de 1980, daba detalles -incluyendo fotografías- de determinados individuos de ideología ultraderechista, dedicados supuestamente a actividades violentas anti-ETA. Pero, como los autores materiales de las muertes nunca se pudieron localizar, ni se demostró que hubieran leído los artículos del periodista, ni que los servicios de información de ETA tuvieran conocimiento -por otros medios- de las actividades de los sujetos asesinados, lo único que se puede imputar al periodista es la puesta en peligro de las vidas mencionadas en su artículo, lo que no es suficiente para condenarlo por homicidio imprudente, dado que la exigencia en este tipo de delitos de resultado no es que la conducta haya creado un peligro para el bien jurídico, sino que haya causado (condicionado) efectivamente su lesión.

Caso 3. A pone un veneno en el alimento de X, en tanto que B le clava una navaja al mismo X. La autopsia solo pudo determinar que el fallecimiento de X se debió al veneno en un noventa y nueve por ciento de probabilidad, en tanto que un uno por ciento de probabilidad de la muerte pudo ser producto del apuñalamiento. Habría que atribuir tanto a A como a B una tentativa de homicidio, pues no se puede condenar a A por homicidio, si existe una probabilidad mínima, aunque sea del uno por ciento, de que A no haya causado la muerte.

Con respecto a los ejemplos analizados entre omisión y resultado no puede

establecerse una relación de causalidad en sentido estricto. Para que pueda atribuirse la responsabilidad de un resultado, la doctrina exige, tanto en la comisión por omisión dolosa como en la imprudente, que la acción omitida se produzca con una probabilidad rayana en la seguridad de que esta hubiera evitado el resultado, mediante la ecuación mental de supresión hipotética, según la cual si se añade la acción omitida, el resultado desaparecería.

Por las razones antes dichas, para este autor la probabilidad que raya en certeza no es suficiente para imputar el resultado en un comportamiento positivo, porque supondría convertir un delito de resultado en uno de peligro; no es posible atribuir a una persona determinada las muertes de los casos precedentes, a pesar de que tanto la persona que practicó el aborto como en el caso Vinader y el envenenador causaron la muerte con una probabilidad rayana en la certeza. Si se pretende mantener la equivalencia entre acción y omisión, a esta última no se le puede imputar el resultado cuando "solo" exista una probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera evitado el resultado⁸⁰.

⁸⁰ **Según lo indicado por Gimbernat, tanto en el caso del aborto con resultado muerte, como en el caso Vinader, la razón determinante para negar la responsabilidad de los autores en cada uno de estos casos, reside en que a pesar de que en ambos supuestos y mediante las**

El segundo problema se presenta a la hora de aplicar la probabilidad rayana en la certeza, pues esta muchas veces no es susceptible de ser encontrada en la vida real, por lo que ciertos delitos se califican como de comisión por omisión cuando solo existe una importante probabilidad -pero no rayana en la certeza- de que la acción omitida hubiera evitado el resultado. Esto sucede en los eventos de omisión impropia, de los cuales son ejemplos el esposo que responde por la muerte de su consorte al no haberla auxiliado cuando cayó enferma o el que no impidió que otro la matara.

Si, en lugar de ello, la mujer sufre un infarto o una peritonitis y su marido no la auxilia, siguiéndose a la postre su muerte, no se puede afirmar que la acción omitida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, debido a que este tipo de fallecimientos presentan altos índices estadísticos y no se garantiza que el auxilio oportuno del marido, aun cuando proveyera una rápida atención médica, habría evitado la muerte.

2- La imprudencia en los delitos de omisión

correspondientes acciones, se elevó el riesgo de producción del resultado, no se estableció que esos focos de peligro no permitidos (el aborto y las informaciones periodísticas con detalles de activistas anti-ETA), fueran los que posteriormente causaron los resultados de muerte.

De lo visto hasta aquí se desprende que no puede establecerse categóricamente una relación de causalidad entre omisión y resultado. Como requisito para establecer la responsabilidad por un resultado tanto en los delitos por omisión dolosos como imprudentes, la doctrina exige lo que algunos autores han denominado una cuasicausalidad⁸¹, misma que se produce cuando consta que la acción omitida por el garante, con una probabilidad rayana en la certeza, hubiera evitado el resultado.

Para establecer cuándo una omisión imprudente equivale a una acción, es importante definir primero cómo está estructurada la causalidad en el delito culposos de acción.

Una primera apreciación del problema sugiere que se excluya la responsabilidad en el delito imprudente cuando el resultado causado por una acción descuidada, de todos modos se habría producido, aunque el sujeto se hubiera comportado conforme a derecho. Esta posición fue criticada duramente al considerarse que lo que ha causado realmente el resultado ha sido un comportamiento imprudente y no hay posibilidad de establecer qué hubiera sucedido si el sujeto se hubiera comportado conforme a lo esperado.

⁸¹ **Así, entre otros Gimbernat, p 210.**

Posteriormente, Roxin da a conocer su teoría del "aumento de riesgo"⁸² mediante la cual se constata si la conducta imprudente, comparada con la correcta, ha incrementado o no el riesgo de producción de resultado.

Por último, Gimbernat introduce la teoría del "fin de protección de la norma", según la cual lo importante no es la confrontación del resultado imprudente con el que se habría dado de haberse comportado el autor correctamente, sino que lo determinante es si el resultado concreto producido era uno de los que el derecho quería evitar con la imposición de un determinado deber de diligencia⁸³.

Las anteriores posiciones doctrinales permiten llegar a la conclusión de que en los delitos imprudentes de acción, cuando el comportamiento activo convierte el riesgo permitido en uno prohibitivo, el resultado debe ser imputado a ese comportamiento si el foco de peligro causante del resultado ha sido rebasado por la conducta negligente del autor.

Por su parte, la omisión impropia imprudente se caracteriza porque el resultado

⁸² **Entendiendo riesgo como "aquella situación que por su magnitud puede causar un daño a un bien, una persona, etc.". Así Vargas González Patricia y otra; "Imputación Objetiva..", p 84.**

⁸³ **Así, Gimbernat, p 216.**

con toda seguridad ha sido causado por un foco de peligro que, producto de una omisión imprudente, se ha transformado de permitido en prohibido. Lo anterior se entiende partiendo del hecho de que, en si mismo considerado, el peligro no es una modificación dañosa en el mundo exterior, sino una amenaza de esta o, como lo señala Maurach⁸⁴, es "un estado irregular, no usual, en que, dadas las circunstancias concretas, se considera probable, según una provisión posterior objetiva, la producción de un daño"; y que requiere como elementos, la existencia en el mundo exterior de un foco de peligro y que la ausencia o presencia de medidas de precaución haga más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva.

a- Concepto de riesgo permitido

Desde el punto de vista ontológico, la naturaleza de una situación de peligro carece de componentes normativos. Desde la perspectiva jurídico-formal hay que estar al resultado que producen los delitos de peligro, en los cuales solo se provoca el riesgo de producción de una lesión. Así, por ejemplo, está expuesto a contraer una enfermedad infectocontagiosa, el adicto que comparte con otros la jeringa con la que se inyecta la droga.

⁸⁴ Citado por Zúñiga Morales, p 9.

Por su parte, desde una posición axiológica, la transformación del riesgo permitido en prohibido está dada por las normas de diligencia, las cuales están en constante evolución, producto del necesario desarrollo de la sociedad. Esto permite considerar que algunos riesgos estén permitidos por la comunidad en razón de que el posible daño que causen es ínfimo en comparación con el beneficio derivado de la explotación de determinada actividad con todo y riesgo incluido⁸⁵.

b- La desestabilización del foco de peligro

Es por lo anterior que dentro de la sociedad se da la tolerancia de focos de peligro dentro de límites aceptables e indispensables para el desarrollo de la colectividad. Aspectos como la construcción de infraestructura, puentes, edificios, calles, conllevan de por sí la eventualidad de que se produzca un daño o una lesión, pero que el legislador tolera en procura de un necesario desarrollo social, siempre y cuando no se exceda de un determinado índice de peligrosidad, en cuyo caso la actuación sería prohibitiva y perseguible penalmente ante la existencia de un

⁸⁵ **Así, por ejemplo, el transporte aéreo o ferroviario que a pesar del riesgo que provoca su utilización en el que se pueden desencadenar accidentes catastróficos, igualmente cumplen una función de comunicación y transporte necesario para el desarrollo social.**

resultado típico⁸⁶.

Ese margen de peligrosidad puede ser rebasado por omisión ante la falta de medidas de precaución tendentes a evitarlo. Por ejemplo, será responsable de las lesiones sufridas por el trabajador que cae de un andamio, el constructor que no tomó las previsiones de seguridad necesarias para que el lesionado hiciera su labor de manera segura.

Será función del legislador regular las medidas de precaución que eviten el rebasamiento de los focos de peligro, a fin de que no se produzca una desestabilización como consecuencia de una omisión. Así, por ejemplo, es obligación del Ministerio de Salud reglamentar la transfusión de sangre, desde el

⁸⁶ **La Sala Constitucional en relación con el daño ambiental ha dicho "... Esta responsabilidad objetiva, no toma en consideración la conducta del sujeto, siempre será responsable el individuo, con independencia de cualquiera que haya sido su participación volitiva en el hecho. El punto de vista radica más que todo en la creación de un riesgo, de donde se colige que el que con su actividad o su inactividad produce un daño o pone en riesgo la integridad de la ecología y del medio ambiente, ha de responder por él..." (Voto 1669-2000 de las catorce horas con cincuenta y un minutos del dieciocho de febrero del dos mil. Sala Constitucional)**

mismo momento en que se dona hasta que es transfundida al paciente, para evitar que mediante una técnica incorrecta, un enfermo reciba sangre infectada con sida.

Será responsable de delito imprudente de omisión aquel que no haya adoptado las medidas de precaución a las que estaba obligado dentro de los márgenes del riesgo permitido, cuando a consecuencia de ello se haya sobrepasado el índice de peligrosidad y se haya dado transitado por la vía de lo permitido a lo prohibido.

Para Gimbernat⁸⁷, la equivalencia valorativa entre acciones y omisiones que elevan el riesgo de lo permitido a lo prohibido, no tienen su origen en la acción u omisión, sino en la presencia de esa circunstancia que eleva el riesgo, independientemente de que haya que imputarla causalmente a un comportamiento activo o pasivo.

En conclusión, partimos de que en el tipo objetivo del delito de acción se exige que el comportamiento activo haya causado el resultado. No puede decirse lo mismo de los delitos de comisión por omisión, donde lo más que podría decirse es que se habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, la cual ni siquiera la doctrina dominante sigue ciegamente. En ese sentido, hay que recordar que dicha doctrina subsume en los delitos de resultado -cuando se trata de comisión

⁸⁷ "...El derecho penal Hoy...", p 230.

por omisión- supuestos en los que esa probabilidad dista mucho de rayar en la certeza, teniendo que desecharse este principio en la práctica jurídica.

c- Sustitución de la concepción de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, por el de que hubiera disminuido el riesgo de lesión

Ante la frecuente crítica de que la fórmula adaptada a los delitos de omisión impropia de la *conditio sine qua non* nunca podrá ofrecer una certeza, sino que, a lo sumo, una altísima probabilidad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, un pequeño grupo de la doctrina ha propuesto sustituir el criterio de que la acción omitida con una probabilidad rayana en la certeza, hubiera evitado el resultado por el de que la acción omitida hubiera disminuido el peligro de la lesión del bien jurídico, con el fin de aplicar este nuevo principio tanto a los casos de garante por vigilancia de fuente de peligro, como aquellos de protección de un bien jurídico concreto.

La doctrina dominante ha criticado fuertemente esta teoría con los argumentos, por una parte, de que es contraria al principio *in dubio pro reo* al tornarse todavía más genérica y, por otra parte, de que de un plumazo convierte todos los delitos de lesión en delitos de peligro.

Pero si se critica fuertemente la posición dominante en cuanto a que la probabilidad rayana en la seguridad no consigue superar la objeción de que la

omisión no puede equivaler a la acción, con mucha mayor razón habrá que negar la equiparación con un delito de acción de la omisión en aquella circunstancia de que dicha acción únicamente hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado, con lo cual ni siquiera se llega a alcanzar el nivel del otro principio de que lo hubiera impedido con una altísima probabilidad.

3- La imputación objetiva

Hoy en día se rechaza de forma mayoritaria una causalidad de la omisión en el sentido de producir un resultado. El contenido de la acción típica debe delimitarse no mediante la condicionalidad requerida en la causalidad, sino mediante un criterio puramente normativo: la imputación objetiva que opera fundamentalmente con la idea del fin de protección de la norma.⁸⁸

De acuerdo con Maurach⁸⁹ la causalidad entre la acción típica y el resultado debe ser enjuiciada valorativamente, de conformidad con los criterios de la

⁸⁸ **Sobre este tema pueden consultarse Houed Vega, Mario y otros "La causalidad y la nueva teoría de la imputación objetiva. Análisis y crítica" En revista de Ciencias Penales No 12, 1996, pp 34-44. También Vargas González Patricia y otra "Imputación Objetiva en el derecho penal" 1998.**

⁸⁹ **"derecho penal..", p 237.**

imputación objetiva. Lo mismo sucede con los delitos de omisión impropia, en los cuales lo decisivo es que la lesión al bien jurídico sea valorada como realización del peligro creado por la acción omisiva. No se cuestiona si una acción u omisión es causal del resultado, sino si el resultado es objetivamente imputable a la acción u omisión ⁹⁰.

Si el resultado lesivo de un bien jurídico se ha producido de forma independiente de la conducta omisiva, ello no puede ser imputado objetivamente al sujeto que incurrió en tal omisión.

⁹⁰ **Sobre la imputación objetiva ha dicho la Sala Tercera de la Corte “Por ello es que cabalmente se hable hoy de la *“imputación objetiva”* como método de examen de la causalidad, entendiendo por la misma no solo la constatación del nexo causal, sino también de la existencia de tal citada intención o previsibilidad, en tanto las normas solo prohíben resultados evitables (BACIGALUPO, Enrique. *“Principios de derecho penal”*. Parte General, Akal, 2a. ed. Madrid, 1990, p.p. 121 ss; *“Lineamiento de la Teoría del Delito”*, Juricentro, 2a. ed., San José, 1985, p. 42), y para ser evitables, deben ser previsibles...” Sala Tercera de la Corte Suprema, voto 273-98 de las 10:55 horas del 13 de marzo de 1998.**

Los requisitos de la imputación objetiva⁹¹ son:

1- existencia de una relación de causalidad natural entre acción y resultado (u omisión y resultado);

2- creación mediante la acción (u omisión) de un riesgo no permitido;

3- que el resultado producido sea una realización del riesgo creado.

Al derecho no le interesan las relaciones causales en el sentido de un despliegue de fuerzas, sino únicamente si la acción posible para el omitente hubiera evitado el resultado. Se habla, entonces, no de una causalidad real de la omisión respecto del resultado, sino de una "causalidad potencial", de una acción no realizada.

Cabe entonces preguntarse, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, qué grado de certeza se requiere para considerar hipotéticamente que de haberse realizado la acción omitida el resultado no se hubiese producido, o bien, si es suficiente la afirmación de que la acción omitida posiblemente hubiera evitado el resultado.

Para la doctrina dominante lo correcto es que se considere la existencia de una

⁹¹ Así LLobet, "Delitos en Contra..", p 52.

infracción del deber de actuar en el momento en que el omitente hubiera reducido con su acción el peligro que corría el bien jurídico, tomando en consideración los conocimientos y capacidades individuales del autor; a ello debe adicionarse que, con su acción, este haya podido reconocer la existencia de la posibilidad de reducir el peligro para el bien jurídico.

Siguiendo el principio *in dubio pro reo*, tesis antagónicas a la anterior estiman que en caso de haber duda respecto a la evitación del resultado por la acción omitida, no debería imputarse el resultado de la omisión⁹².

De manera contraria a esta posición, se estima que lo que debe determinarse es si el autor debía realizar la acción, cuyo resultado omisivo le es atribuido, lo cual no puede decidirse con el principio *in dubio pro reo*, sino que es una cuestión dogmática relativa a la mayor o menor extensión del deber de actuar.⁹³

Al igual que en los delitos propios de omisión (tipificados) que requieren la

⁹² **Jescheck "Tratado de derecho", p 853; considera que al igual que en el hacer positivo, rige también aquí el principio "in dubio pro reo", pero siempre es posible en caso de que haya que negar la imputación objetiva, el castigar por tentativa.**

⁹³ **Así, Bacigalupo "Delitos Impropios", p 91.**

evitación de un resultado, también en los impropios (no tipificados) la exigencia del resultado plantea el problema de la imputación objetiva del mismo, a la omisión de la acción que lo hubiera evitado. Dicha relación se da cuando la acción omitida hubiera impedido el resultado producido. No se trata de afirmar, como se dijo, la causalidad real de la omisión respecto del resultado, sino la causalidad potencial de una acción no llevada a cabo. No se cuestiona si la omisión del salvavidas es la causa de la muerte del bañista que se ahogó, sino si la acción de salvamento que él hubiera podido realizar, habría evitado la muerte del bañista. La respuesta a la anterior pregunta no exige en la doctrina dominante un grado de certeza; se infringe el deber de actuar cuando el omitente hubiera reducido claramente con su acción el peligro que corría el bien jurídico, lo que presupone, según la capacidad y conocimientos del autor, que este haya podido reconocer la existencia de la posibilidad de reducir el peligro para el bien jurídico con su accionar.

CAPITULO SEIS

I- DISTINCION ENTRE LOS DELITOS PROPIOS E IMPROPIOS DE OMISION

1- Delitos propios e impropios de omisión

a- Discusión sobre la distinción entre delitos propios e impropios de omisión

El delito de omisión es el no cumplimiento de un mandato.

De acuerdo con Jescheck⁹⁴ los delitos de omisión se clasifican en delitos de omisión propia (delicta omissiva) y delitos de omisión impropia (delicta commissiva per omissionem).

Esta distinción proviene de Luden, para quien los delitos de omisión propia consistían únicamente en la infracción de un mandato y no estaban dirigidos a la vulneración de derechos subjetivos ajenos. Por su parte en los delitos de omisión impropia, sí estaban dirigidos a la lesión de un bien jurídico. En estos no había una pura insubordinación por parte del autor, sino que, producto de su inactividad, se causaba un resultado que normalmente era producido por un hacer positivo. Por consiguiente los delitos de omisión son hechos punibles que se agotan en la no

⁹⁴ **Tratado, p 832**

realización de la acción esperada por la ley.

Si bien es cierto en los delitos de omisión propia se procura evitar la producción del resultado jurídicamente relevante mediante la acción exigida, no por ello la evitación del resultado se convierte en un deber para el omitente, y tampoco la producción del resultado es un elemento del tipo. De allí que los delitos de omisión propia sean la contrapartida de los delitos de mera actividad, pues el delito de omisión propia es un delito de mera conducta y no de resultado.

Así, por ejemplo, el artículo 281 del Código Procesal Penal establece la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio, sin que con ello se le exija el deber de impedir el hecho. Igualmente el artículo 144 del Código Penal señala la obligación de prestarle auxilio a quien se encuentre perdido o desamparado, a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada de un peligro cualquiera, sin riesgo propio, lo cual no implica que deba impedirse el resultado.

En sentido opuesto, en los delitos de omisión impropia sí se impone al “garante” el deber de evitar el resultado y, en caso de producirse, dicho resultado pertenece al tipo y el garante responde por él. Por tal razón, este tipo de delitos constituye la contrapartida de los de resultado, ya que el delito de omisión impropia es un delito de resultado que normativamente se equipara a la acción.

De acuerdo con Jescheck, más que denominarse delitos propios e impropios

de omisión, deben designarse respectivamente como delito de omisión “simple” y “cualificada”; como él mismo lo reconoce, tal denominación no es posible dado lo asentada que está en la doctrina la terminología tradicional. A ello podemos agregar que el problema no es de denominación sino de diferenciación.

Otros autores como Armin Kaufmann, consideran que la distinción entre delitos propios e impropios debe provenir de un criterio externo formal. Así, son delitos de omisión propia los que encuentran su regulación en la ley, en tanto que los delitos impropios de omisión se crearían fuera de la ley mediante la jurisprudencia y la doctrina.

Sin embargo esta posición es duramente criticada por Jescheck, para quien la aplicación de un criterio formal puramente externo no es apropiada para marcar la diferencia material que existe entre ambas clases de delito. Por su parte, una delimitación material entre ambos permite establecer claramente que en el delito propio de omisión este se agota en la no realización de una acción exigida por ley, mientras que en el delito impropio de omisión se incluye siempre la aparición de un resultado externo a la actitud del omitente.

Tampoco podría realizarse una distinción entre delitos de omisión propia e impropia partiendo de la clase de norma vulnerada (norma preceptiva o prohibitiva), pues en los últimos el garante que omite la acción exigida infringe un mandato de actuar y no la prohibición de causación del resultado. No sirve como elemento de

distinción la consideración de si es necesaria o no la vulneración del deber de garante, pues para contestar las preguntas de cuándo y por qué –a fin de establecer la punibilidad de la omisión- se requiere la posición de garante como elemento adicional del tipo.

La proposición de Jescheck es criticada por Novoa⁹⁵ debido a que él estima que la diferenciación entre delitos propios e impropios de omisión estriba en que un sujeto cualificado viola una norma jurídica prohibitiva al no realizar movimientos corporales que le correspondía ejecutar y que, de haberlos llevado a cabo, habrían impedido la lesión del respectivo bien jurídico. Para este autor, en los delitos impropios de omisión se da siempre un resultado externo que exterioriza la violación de la norma prohibitiva mediante la lesión de un bien jurídico determinado.

Además este resultado externo no les es imputable a todos los sujetos que podrían realizar el mismo hecho mediante la acción, sino solo a un reducido grupo de ellos. Para concluir que estamos en presencia de un delito de omisión impropia, no es suficiente establecer una simple conexión de un resultado externo con una omisión, aunque se haga una breve referencia al deber de garante; es necesario que el resultado externo haya podido existir únicamente porque un sujeto cualificado (llamado "garante"), no cumplió con su obligación concreta de impedir el resultado

⁹⁵ **"Fundamento de los Delitos de Omisión", pp. 123-133.**

sancionado por una norma prohibitiva. Podría suceder que a una conducta omisiva le fuera impuesta por la ley la aparición de un resultado externo, sin que por ello haya una especial vinculación. Aunque se produzca un resultado externo ligado a la conducta omisiva, no existiría materialmente un delito de omisión impropia.⁹⁶

Por otro lado hay que tomar en cuenta que las mayores discusiones doctrinales se han centrado en los delitos impropios de omisión, más que en los propios y esto tiene fundamento desde el mismo nacimiento de los primeros. Los delitos impropios de omisión surgieron históricamente ante la necesidad de encontrar una solución donde la ley positiva no resultaba convincente. Los tipos penales resultaron incapaces de regular algunas actitudes pasivas de sujetos obligados a actuar impidiendo la lesión a bienes jurídicos y que debían de ser sancionados de forma equivalente a los delitos de acción; ello motivó que la doctrina y la jurisprudencia idearan una solución para que estas conductas pudieran ser sancionadas penalmente. De allí que, por principio, el delito impropio de omisión carezca de una tipificación expresa. Por supuesto que los delitos de omisión impropia carecerían de total interés si se pretendiera sancionar todas estas

⁹⁶ **A este tipo de casos es los que hace referencia Jescheck cuando cita ejemplos de delitos impropios de omisión expresamente tipificados por la ley positiva. "Tratado de derecho..", P 835.**

especiales actitudes pasivas e indicar de modo expreso a los garantes su deber de actuar en cada una de estas, pues se tornarían en omisiones propias. Más trágico aun: ante la incapacidad de encontrar la esencia de los delitos de omisión impropia convendría eliminarlos y sustituirlos por delitos propios de omisión tipificados adecuadamente. Tarea que, además de ser harto difícil, resulta ayuna de creatividad jurídica y constituye una negación de la realidad actual, a saber, de la necesidad de una adecuada regulación de los delitos impropios de omisión.

Maurach⁹⁷ consideraba –inicialmente- que la única diferenciación metodológicamente clara es, en los casos de omisión propia, el mandato, y en los de omisión impropia, la prohibición. Sin embargo, en ediciones posteriores de su libro abandona dicha concepción por una menos concreta indicando que la norma ideal -existente fuera de las leyes penales- por lo general es aprendida y concretada en todos los tipos, tanto en forma de prohibición como de mandato. En el texto, la norma es concebida siempre en su figura ideal ajena a la ley penal como un mandato de respeto de bienes jurídicos concretamente determinados. De esta norma se derivan tanto prohibiciones de acciones típicas dañosas a bienes jurídicos, como mandatos para la ejecución de ciertas acciones típicas conservadoras de un bien jurídico. Agrega este autor que, debido a su participación en la norma ideal,

⁹⁷ "derecho penal, Parte Especial", p 216 y 224.

prohibiciones y mandatos -cuyas contravenciones podrían ser descritas en el mismo tipo y para un hecho punible unitario- solo pueden ser transgredidos por acciones en relación con determinados bienes jurídicos.

Si bien es cierto Bacigalupo⁹⁸ coincide en que en la estructuración concreta del tipo se encuentran tanto prohibiciones como mandatos, también estima que detrás de cualquier tipo penal existe una norma y no simplemente una prohibición o mandato; admite que estos son solo una forma instrumental de llevar a cabo una norma, que es la que regula de manera general qué bienes jurídicos deben lesionarse. Consecuentemente el mandato de acción o de prohibición no tendrá por qué estar -en principio- excluido entre sí en los tipos penales.

b- Los delitos de omisión propia

Cada vez que el legislador tipifique una conducta omisiva, nos hallaremos en presencia de un delito propio de omisión. Las normas de mandato de las cuales se derivan los delitos propios de omisión pueden ser de variada naturaleza.

Así, tenemos las normas primordiales de mandato, que obligan a sus destinatarios a hacer algo, tales como las dirigidas a funcionarios que ostentan cargos públicos. Útil son los ejemplos del policía que debe impedir la comisión de

⁹⁸ **"Delitos Impropios de Omisión", p 112.**

delitos y de los tribunales que deben abrir un proceso cada vez que sean puestos en conocimiento de un hecho punible de acción pública.

Estas normas de mandato también van dirigidas a particulares; su propósito es el logro de una correcta organización social, como es el caso de contribuir mediante los impuestos con los gastos de la hacienda pública. Otro ejemplo idóneo es el constituido por el ya en desuso artículo 290 del Código Penal en lo referente a "no cumplir con las obligaciones contractuales relativas a la necesidad de las fuerzas armadas". La desobediencia a esta normativa acarrea el incurrir en un delito de omisión propia con consecuencias penales.

También se encuentran mandatos de origen ético⁹⁹ que no comprometen de forma grave y directa el convivir en sociedad y que además tienen una marcada influencia religiosa. Nos referimos al artículo 144 del Código Penal que establece como delito el incumplimiento de un determinado mandato de acción y que se refiere a no prestar auxilio a una persona menor de diez años, herida o amenazada de un peligro cualquiera, en clara contravención al precepto religioso del buen samaritano (Evangelio de Lucas, X, 30-37).

⁹⁹ **Se define la ética como la ciencia teórica-práctica que estudia los actos humanos rectos. Así Gómez Pérez "Ética.." P 20.**

Igualmente se encuentran mandatos derivados del desarrollo evolutivo social que buscan tutelar mediante el aumento de deberes jurídicos la racionalización del medio ambiente. Con esto se hace alusión a los delitos ecológicos, tales como la contaminación sónica, de ríos o aire.

Finalmente se encuentran las normas de mandato por razones de comunidad social, en las que los individuos están unidos mediante la participación en valores comunes que cada persona hace suyos, interioriza. La comunidad no se basa en leyes ni reglamentos (aunque existan) sino en algo previo y fundamental, la solidaridad. En la comunidad se reconocen los derechos de las personas pero, al mismo tiempo, se subraya el equivalente concepto de deber: deber de respetar esos derechos.

En todos estas diversas formas de mandato se hace referencia a delitos propios de omisión expresamente regulados, que sancionan penalmente un no hacer determinado descrito en el tipo legal.

Entonces, los delitos de omisión propia describen claramente la acción contraria a la norma como una actividad actuante. Su desarrollo se encuentra en pleno apogeo, tanto doctrinal como práctico, en estricta concordancia con los nuevos mandatos que impone la sociedad moderna, sin que con ello se pretenda -mediante la legislación- multiplicar indiscriminadamente las normas de mandato, lo cual ocasionaría un caos social.

En los delitos de omisión propia el contenido típico se constituye por la infracción de un deber de actuar. Un ejemplo claro de este tipo de delitos es el contenido en el artículo 144 del Código Penal que dice

"... Omisión de auxilio. Quien encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada de un peligro cualquiera y omita prestarle el auxilio necesario según las circunstancias, cuando pueda hacerlo sin riesgo personal, será reprimido con una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley No. 7337, del 5 de mayo de 1993. El juez podrá aumentar esta sanción hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y la gravedad de la acción..."

El bien jurídico tutelado dependerá del bien jurídico que se encuentre en peligro en el caso en concreto, por ejemplo, la vida, la integridad física, la salud, la libertad sexual.

En este delito de tipo omisivo, el elemento objetivo surge de la presencia de una situación típica, cual es encontrar a una persona menor de diez años perdida o desamparada, o bien a una persona herida, inválida o amenazada de peligro, lo cual exige una intervención de auxilio. Precisamente el no intervenir en defensa de la persona que se halle en tales circunstancias, determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo omisivo, al que se añade como elemento determinante del perímetro de exigencia, el poder hacerlo sin riesgo personal.

En cuanto a los elementos subjetivos, se trata de un delito doloso que admite el dolo eventual. Requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de intervención en auxilio de la persona, así como de substraerse conscientemente, a pesar del conocimiento de la obligación de actuar.

Por último, la imprudencia se deriva, bien de la negligencia en la apreciación de la situación típica (creer de forma errónea que la persona encontrada herida no sufre lesiones de gravedad) o de las propias posibilidades de intervención, como realizar la acción mandada sin el debido cuidado.

c- Los delitos de omisión impropia

En los delitos de omisión impropia el comportamiento omisivo no se menciona de manera expresa en el tipo, el cual describe o prohíbe un determinado comportamiento activo. Ninguna persona se cuestiona, por ejemplo, la equivalencia en torno a la acción típica del homicidio calificado de la madre que mata a su hijo recién nacido asfixiándolo en la cuna, o bien que lo deja morir de hambre.

No obstante, no siempre alcanza uniformidad de criterio la equiparación de la omisión a una acción, respecto de casos que producen un resultado prohibido. Nos preguntamos, entonces, si es autor de homicidio el esposo que no avisa a su consorte cuando ella está ingiriendo un poderoso veneno, o el padre que no lleva a tiempo al hospital a su hijo quien se halla afectado de una peritonitis y

posteriormente muere de septicemia.

Ante estas interrogantes, la teoría de la omisión impropia pretende establecer los presupuestos mediante los cuales la omisión de impedir un resultado se encuadra dentro de las prescripciones del tipo penal de comisión. El delito de omisión impropia es un delito de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión.

En los delitos de omisión impropia no todo omitente es autor, por lo que se podría decir que los delitos impropios de omisión son especiales en tanto solo pueden ser cometidos por un reducido grupo, al cual se le puede imputar el resultado externo producido. Y es que tanto la posición de garante como el deber de garantía no están expresamente establecidos, ni es posible describir toda la gama de autorías de omisión; aun cuando se pudiera describir, carecería de interés la razón de ser de los delitos impropios de omisión, pues los mismos se tornarían en delitos propios de omisión.

Al no conocerse las características del autor (garante), el tipo de comisión resulta abierto pues no contempla de forma explícita aquellas conductas omisivas que con referencia a la autoría caben dentro de él. El elemento de autoría en los delitos de omisión impropia se integra al tipo mediante la "posición de garante" entendido como la estrecha relación entre el autor con el bien jurídico. Esta posición de garante determina quién es el obligado por la norma a impedir un resultado.

d- Semejanzas entre los delitos propios e impropios de omisión

Tanto los delitos propios como los impropios de omisión tienen un factor común: en ambos el autor es responsable en virtud de la abstención de realizar la acción determinada que la ley dispone, lo cual trae aparejada una sanción penal.

e- Diferencias entre los delitos propios e impropios de omisión

Entre estas dos categorías de omisión existen diferencias:

1- En el delito de omisión impropia, la violación del autor con su no actuar es una norma prohibitiva cuyo resultado lesiona un bien jurídico protegido. En el delito de omisión propia, la omisión del infractor es contra una norma de mandato.

2- El delito propio de omisión está tipificado de forma expresa; el delito impropio de omisión no cuenta con una tipificación, por lo que es necesario acudir al correspondiente tipo de acción protector del mismo bien jurídico lesionado.

3- Es autor del delito propio de omisión todo aquel a quien el tipo no excluye; en el delito impropio de omisión solo es autor aquel que ostente la posición de garante y que por consiguiente tiene una especial relación con el bien jurídico.

4- Mientras que en el delito propio de omisión el tipo se basta a si mismo; en el delito impropio de omisión, al tener que recurrir a la conducta comisiva paralela, es preciso buscar otros elementos complementarios fuera del tipo, que permitan

establecer la posición de garante y el deber de actuar.

5- El delito propio de omisión no requiere de un resultado. En el delito impropio de omisión es imprescindible el resultado que modifica físicamente el mundo exterior.

6- Es requisito ineludible del delito impropio de omisión la elusión del resultado lesivo, por parte del autor; en los delitos propios de omisión simplemente se quebranta el deber jurídico de actuar.

Hasta aquí hemos visto las dos formas de omisión a que se refieren la mayoría de los textos doctrinales que estudian este tipo de conducta delictiva.

En nuestro país, la Sala Tercera de la Corte siguiendo la tesis de Muñoz Conde¹⁰⁰ distingue tres clases de omisión penalmente relevantes:

a- La omisión pura o propia, mediante la cual se castiga la infracción del deber de actuar.

b- Omisión y resultado, donde la omisión se asocia de forma directa a un resultado, con el cual está estrechamente relacionado¹⁰¹.

¹⁰⁰ **"Teoría General del Delito", p 31.**

¹⁰¹ **Son ejemplo de este tipo de omisión los artículos 187, 188, 312 y 325 del**

c- Los delitos de omisión impropia en los que se conecta un determinado resultado prohibido con su correspondiente tipo legal comisivo protector del bien jurídico determinado.

2- El delito de omisión culposo

El delito de omisión puede ser doloso o culposo¹⁰². En el culposo, el autor no infringe el cuidado debido con un acto positivo, sino mediante una omisión. Existe coincidencia en los demás elementos del delito de comisión. La acción dañosa del bien jurídico debe revelar igualmente los elementos propios de toda acción punible.

Así el resultado en los delitos culposos de omisión pertenece al tipo objetivo, y la omisión típica debe haber sido ejecutada con infracción al deber de cuidado en relación con el bien jurídico protegido, existiendo una relación entre la infracción del deber de cuidado y el resultado típico¹⁰³.

En el delito imprudente o culposo, la omisión solo se castiga si se produce un resultado lesivo.

Código Penal.

¹⁰² **Así, Bacigalupo, "Principios,,", p 266.**

¹⁰³ **Así, entre otros Maurach, p 239.**

Para determinar la antijuridicidad del hecho se distingue entre desvalor de la omisión y desvalor de resultado. En el delito culposo, el autor no quiere la realización del tipo objetivo, pero este se cumple como consecuencia de la negligencia, es decir, falta al deber de cuidado observada por el autor.

El tipo penal de los delitos culposos contiene una omisión que no está dirigida a la producción de un resultado. En este tipo de delitos, esa coincidencia entre lo querido y lo ocurrido no existe, de ahí que la distinción entre tipo objetivo y subjetivo carezca de importancia por no tener significación práctica. El autor quiere llegar a un lugar determinado con su automóvil, antes de una hora determinada y para ello acelera la marcha y pasa el semáforo que está en rojo: su voluntad no es matar al peatón que en ese mismo momento está cruzando la calle. La infracción al deber de cuidado consiste en no detenerse mientras la luz del semáforo obligaba a hacerlo.

a- Adecuación típica del delito culposo de omisión

En nuestro Código Penal se encuentran los delitos culposos, en los que la finalidad del autor no se dirige a la realización del tipo, el cual se cumple como consecuencia de la falta al deber de cuidado del autor.

El desvalor de la omisión en el delito culposo está dado por el descuido del autor y la correspondiente manifestación de desprecio por los bienes jurídicos personales o comunales. Las infracciones imprudentes son cualitativamente menos

graves que las dolosas, pues hay un menor grado de resistencia al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, un menor grado de reprochabilidad social, por más que los daños cuantitativamente sean más graves que los causados dolosamente; de ahí que la pena del delito culposo siempre sea más leve que la del doloso.

En el derecho penal moderno, las omisiones imprudentes que producen un resultado típico solo se castigan cuando la norma prevé la realización culposa del tipo penal.

b- La tipicidad de los delitos culposos de omisión

La comprobación de la tipicidad del delito culposo requiere, en primer lugar, excluir el carácter doloso, para luego determinar si se obró infringiendo un deber de cuidado, pues en los delitos culposos siempre hay una violación al deber de cuidado. Si se trata, además, de un delito culposo con resultado lesión, el resultado deberá ser objetivamente imputable a la omisión.

3- La infracción al deber de cuidado

El deber de cuidado debe ser determinado en cada caso concreto, una vez conocidas las circunstancias que permitieron el desarrollo de la omisión. Por lo anterior, los tipos culposos son tipos abiertos, porque una característica del tipo de injusto debe ser completada por vía judicial o doctrinal.

a- ¿Cómo debe definirse el deber de cuidado?

Una parte de la teoría estima que el deber de cuidado debe determinarse objetivamente, es decir como aquella diligencia que hubiera puesto en la circunstancia concreta un ciudadano cuidadoso, es decir sin considerar las capacidades concretas del autor (deber de cuidado objetivo).

Contrario a esta teoría se encuentra el punto de vista según el cual el deber de cuidado debe determinarse con base en un criterio individual y en los conocimientos individuales del autor (deber de cuidado subjetivo)¹⁰⁴.

¹⁰⁴ **Sobre el deber de cuidado a dicho la Sala Tercera “el análisis judicial se hace ex-post facto con las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedió el hecho investigado, pero, en este nuevo suceso, se pone al sujeto a actuar conforme a todo el deber de cuidado que le corresponde acorde con sus condiciones personales, oficio, profesión o arte que hayan concurrido a caracterizar su comportamiento dirigido al fin intrascendente para el derecho. Si después de semejante examen el resultado siempre se produce (el resultado contrario a derecho) la conducta analizada resulta atípica del delito culposo. En el caso contrario, si la conducta verificada de acuerdo con este marco hipotético, hace que**

b- Lesión del cuidado

Si de la comparación entre el deber de cuidado y la omisión concreta resulta que la omisión ha quedado por debajo de lo que el deber de cuidado exigía, se habrá lesionado ese deber de cuidado y la omisión será típica, a los efectos de constituir el tipo de injusto de un delito imprudente. Si, por el contrario, la omisión es intrascendente conforme al cuidado requerido, no será típica.

c- Riesgo permitido

El avance de la mecanización en la vida moderna ha entrañado un riesgo en la producción de lesiones de bienes jurídicos, en cuyo caso puede hablarse de la tolerancia social de cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos, la que se autoriza en función de las ventajas que la mecanización produce en forma global a la vida social. Por ejemplo, el tráfico automotor importa un mayor riesgo que la circulación a pie. De esta manera, quien obra dentro de los límites de la tolerancia

el resultado no se produzca, la conclusión que se deduce es que la conducta que infringió el deber de cuidado fue idónea para producir el resultado y, por ende, resulta típica del delito culposo que se esté investigando". Sala Tercera de la Corte Suprema, voto 596-F de las 09:10 horas del 11 de diciembre de 1992.

socialmente admitidos no infringe el deber de cuidado y por tanto no obra típicamente.

Dentro del riesgo permitido se debe tomar en cuenta lo que en doctrina se conoce como principio de confianza, según el cual el que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado, no infringe el deber de cuidado. Ejemplo: un automovilista que a la velocidad permitida y con luz verde del semáforo atraviesa una intersección, no infringe el deber de cuidado si no toma las precauciones para el caso de una eventual infracción de otro automovilista que a pesar de la luz roja omite detenerse en la esquina.

4- Imputación objetiva del resultado

Al igual que en los delitos dolosos donde el resultado es una lesión, en los delitos culposos el resultado debe ser objetivamente imputable a la omisión que ha infringido el deber de cuidado. El peligro creado por esa omisión es el que debe haberse concretado en el resultado; no otro. En general, no hay tipicidad si el resultado se hubiera producido a pesar de que el autor hubiera puesto el cuidado exigido.

5- Antijuridicidad del delito culposo

La antijuridicidad del delito culposo no se diferencia de la del delito doloso: es antijurídica la omisión típica no justificada, es decir, no autorizada por una causa de

justificación. Sin embargo se admiten algunas particularidades. Básicamente no se requiere el elemento subjetivo de la justificación. Lo anterior se deriva de la diferente configuración del desvalor de acción en los delitos dolosos y culposos. Para que en el delito doloso sea eliminado el desvalor de acción, se requiere que el autor haya obrado conociendo la situación justificante. En el delito culposo, por el contrario, la justificación no requiere de un elemento subjetivo porque el desvalor de la omisión no depende de la dirección de la voluntad sino de la infracción al deber de cuidado, que es independiente del conocimiento del autor. Ejemplos: El que indica a su chofer que no detenga el vehículo ante el sonido de la bocina de una locomotora y como consecuencia de un accidente sufre lesiones; dicho resultado -consecuencia de la omisión violatoria del deber de cuidado del chofer- no es antijurídico, pues ha operado la causa de justificación del consentimiento del titular del derecho.

Podría darse también la causa de justificación por estado de necesidad, en los casos de conducción a velocidad riesgosa o eludiendo señales de tránsito, propios de choferes de ambulancias, radiopatrullas o vehículos de rescate.

6- El consentimiento en los delitos culposos y de omisión

Cuando se está en presencia de un riesgo socialmente adecuado, el consentimiento del derechohabiente carece de relevancia, pues el riesgo es asumido libremente por el ofendido. Si en este tipo de hechos permitidos se produce un resultado lesivo, la conducta no es justificada sino más bien atípica, en virtud de la

existencia del riesgo socialmente aceptado o permitido¹⁰⁵. Así, por ejemplo, no es responsable por homicidio culposo el cantinero que no impide que un cliente continúe ingiriendo licor, el cual fallece por una intoxicación alcohólica.

7- El consentimiento en los delitos de omisión propia

Para que haya consentimiento en los delitos de omisión propia, el titular del bien jurídico debe ser un particular; por consiguiente, no existe consentimiento en los delitos de omisión propia cuando el bien jurídico pertenece al Estado o a la comunidad. Tal es el caso de los delitos contemplados en los artículos 255, 300, 320, 331 y 355 del Código Penal¹⁰⁶. En caso de que el bien jurídico pertenezca a un particular, el consentimiento del derechohabiente, sí tiene efectos jurídicos. Así, por ejemplo, el artículo 217 inciso 4 señala: "..Al deudor, depositario o dueño de un bien embargado o pignorado que lo abandone, deteriore o destruya, con ánimo de perjudicar al embargante o acreedor, o que, después de prevenido, no lo presente ante el juez.." En este caso, el abandono de la cosa lleva a un delito de omisión propia por la no realización de un deber jurídico impuesto por la norma, consistente en el deber que tiene todo deudor, depositario o dueño de un bien embargado o pignorado de darle los cuidados necesarios para que no sufra daños. En el mismo

¹⁰⁵ **Así Castillo "El Consentimiento..", P 60.**

¹⁰⁶ **Así Castillo, op cit, p 69.**

sentido, la no presentación del bien constituye una hipótesis del delito de omisión propia, por la no realización del deber jurídico impuesto por la norma al deudor, depositario o dueño de un bien embargado o pignorado, de presentarlo ante el juez, cuando así se lo prevenga.

Con respecto al artículo 144 del Código Penal, que tipifica el delito de omisión de auxilio, se trata igualmente de un delito de omisión propia, pues el sujeto activo no se encuentra en posición de garante. Es un delito de peligro concreto donde el sujeto activo puede ser cualquiera, sin que sea necesario que haya una obligación específica de ayudar; por consiguiente, el titular del bien jurídico es la comunidad, no el particular.

Referente al consentimiento del derechohabiente, indica Castillo¹⁰⁷ que si el sujeto pasivo está en posibilidad de rechazar la ayuda ofrecida, este puede disponer válidamente de su bien jurídico; caso contrario, prevalece la obligación de prestar auxilio. De acuerdo con este razonamiento, no está en posibilidad de rechazar la ayuda el menor de diez años que se encuentre en peligro, pues carece de la capacidad de disposición sobre su vida, como bien jurídico tutelable.

¹⁰⁷ **Op cit, p 70.**

8- El consentimiento en los delitos de omisión impropia

Siendo que la producción del resultado típico¹⁰⁸ pertenece al tipo objetivo de un delito de omisión impropia, este requiere de características jurídicas especiales del autor, pues no todo sujeto está en posibilidades de cometer este tipo de delitos; de allí que los elementos de la posición de garante formen parte de la tipicidad objetiva del hecho en tanto su fundamento es la obligación especial de evitar el resultado, de donde la obligación de actuar forma parte de la antijuridicidad¹⁰⁹.

Para que el consentimiento sea válido en este tipo de delitos, debe también serlo en el correspondiente delito por comisión.

9- Unidad y pluralidad de acciones en los delitos de omisión

En los delitos de omisión impropia, si el autor, en contra de su deber de garante, omite evitar varios resultados típicos, habrá una omisión si estaba en posibilidad de evitar el resultado en forma conjunta. Es el caso de la profesora de una guardería que no cierra bien la puerta del aula que da a la calle, razón por la cual todos los niños salen. Por el contrario, ocurren varias omisiones impropias cuando, tras la producción de un resultado, en atención a la conducta exigida era

¹⁰⁸ **Así, Wessels, p 213.**

¹⁰⁹ **Así, entre otros Jescheck “Tratado de derecho” p 866.**

posible la evitación de otro. Incorre en este delito, de conformidad con el artículo 185 del Código Penal, quien omite cumplir con su deber alimentario respecto a varias personas.

Si en un delito de omisión propia las omisiones del deber de actuar son simultáneas, habrá una pluralidad de omisiones cuando los distintos deberes puedan cumplirse sucesivamente¹¹⁰.

10- Nuestro criterio

Tomar posición sobre un tema que ha sido discutido por connotados juristas, entre los cuales aun hay puntos de divergencia, sería atrevido. Baste por ahora afirmar que coincidimos plenamente en que tanto los delitos de omisión propia como impropia no han alcanzado su verdadero auge; la normal falta de conocimiento y profundo estudio sobre este tipo de conductas delictivas incide en que sean muy pocos los casos que se resuelven en nuestros tribunales, principalmente aplicando responsabilidad por un actuar omisivo impropio, y a pesar de que cotidianamente se presentan casos de este tipo que finalmente son resueltos como delitos de comisión.

Por el carácter novedoso del tema en estudio, pese a que su discusión es de

¹¹⁰ **Así Jescheck, "Tratado de derecho" p 1000. En igual sentido Castillo "El Concurso..", P 25.**

vieja data, no podemos arribar a conclusiones unívocas. El desarrollo ulterior está supeditado a la expansión y plena incorporación de la jurisprudencia al tema específico, circunstancia que aun requiere de madurez y evolución. Parte de esta problemática, como bien lo ha señalado Bacigalupo,¹¹¹ es producto de la inadecuada redacción del artículo 18 del Código Penal, que no permite diferenciar desde allí los delitos propios e impropios de omisión y mucho menos pensar en atenuar la pena de estos en contraposición con los delitos de comisión.

Esta forma incorrecta de redacción, que igualmente repercute en cuestionamientos de legalidad sobre la norma, se mantiene en el proyecto de reforma del Código Penal en su artículo 15, y si se quiere un tanto más confusa.¹¹²

¹¹¹ **"Delitos Impropios de Omisión", p 221, también "Lineamientos..", P 146.**

¹¹² **El proyecto de ley del Código Penal, expediente número 12681, dice "Artículo 15. Omisión de evitar un resultado. Al que omita impedir un resultado que pertenece al tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para este solo cuando: 1) el autor tenga el deber jurídico de impedir tal resultado y cuando; 2) la gravedad de la violación de este deber sea equivalente, por regla general, a la gravedad de la violación del deber de no causar el resultado".**

CAPITULO SIETE

I- LA POSICION DE GARANTE

1- La posición de garante en los delitos de omisión impropia

Mientras que en los delitos de comisión la imputación objetiva se aprecia en la causación del resultado típico, en los delitos de omisión impropia no basta la simple constatación de que una respectiva acción hubiera evitado el resultado, para determinar la responsabilidad penal del sujeto. Es necesario, además, establecer una estrecha relación entre el bien jurídico y el sujeto que se halla en la obligación jurídica de brindarle una protección activa. Así, la equivalencia entre la omisión y el hacer positivo requiere que el omitente tenga el deber de garante, sea, de evitar el resultado lesivo.

Esta posición de garante está conformada por la selección de un determinado y reducido grupo de personas que, de forma imperativa y jurídicamente obligatoria, asumen la prevención de un riesgo mediante el resguardo activo de los bienes jurídicos que les han sido confiados por una norma prohibitiva. Todo aquel sobre el cual recae la obligación jurídica de impedir un resultado prohibido, asume la posición de garante. La obligación jurídica correspondiente es impedir, mediante una realización activa, que se produzca la lesión del bien jurídico en peligro. En caso de que el omitente incumpla con esta obligación jurídica, podrá equipararse su

actuación omisiva con la respectiva realización activa del tipo, lo cual conforma el injusto penal¹¹³.

2- Determinación de las posiciones de garantía

Partiendo de que las posiciones de garantía son una característica objetiva no escrita en los tipos omisivos impropios, la determinación de las fuentes de actuación constituye uno de los mayores esfuerzos doctrinarios.

Con respecto a la equiparación entre comisión y omisión impropia, el proceso evolutivo en la doctrina alemana lleva a cuestionarse no solo de dónde proviene el deber de garantía (teoría formal de las fuentes), sino por qué proviene de allí (indagación material), lo cual debe realizarse mediante el establecimiento de razonamientos legales y extralegales.

Tocante al estudio cronológico de los fundamentos materiales de la posición de

¹¹³ **Cuando en el derecho penal se habla de tipo de injusto, lo es para referirse a aquellas acciones antijurídicas subsumibles como típicas en el supuesto de hecho de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad.**

garantía, Huerta¹¹⁴ ha recopilado las más relevantes teorizaciones aparecidas en la doctrina alemana en la segunda mitad del siglo veinte, iniciando con una fundamentación sociológica de las posiciones de garantía y llegando a la estructuración de las posiciones de garantía en relación con la causa de imputación del resultado, defendida por Jakobs. Sobre este estudio cronológico, expondremos de seguido.

De acuerdo con la fundamentación sociológica de las posiciones de garantía, tomando en cuenta la relevancia penal de las omisiones impropias dependientes de la existencia de un deber de actuar en evitación del resultado, Vogt sostiene que ese deber se sitúa en la tipicidad, puesto que, para que la omisión sea puniblemente equiparada a la comisión, no es suficiente la infracción a ese deber; además se requiere que el omitente se encuentre en posición de garante. Para este autor existen dos grandes fuentes del deber de garantía: unas, originadas en la ley, en virtud de la estructura social -como son las provenientes del núcleo familiar o de otras comunidades de vida análogas a la familia- y otras, como la injerencia o la libre asunción de funciones de protección -que son creación jurisprudencial; el fundamento material de ambas proviene de lo que denomina “relación social especialmente estrecha”, en contraposición a la que normalmente se encuentra

¹¹⁴ Así Huerta, “Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión”, p 77

dentro de la vida en sociedad. Ello no sirve solo para realizar una distinción entre delitos de omisión propia e impropia, sino que permite constituir nuevas posiciones de garantía distintas a las tradicionalmente enunciadas.

En lo atinente a los delitos omisivos impropios y su relación con el principio de legalidad, estima Vogt que, dado que los tipos no describen conductas activas sino que se limitan a prohibir causaciones de resultado, la omisión impropia viene igualmente contenida en el mismo tipo que el delito comisivo.

Al método sociológico se le han formulado varias críticas, una de las cuales es que continúa siendo impreciso ya que el concepto de “relación social especialmente estrecha”, es indeterminado, y por lo mismo susceptible de diversas interpretaciones, lo que no permite resolver el problema de equiparación entre la comisión y la omisión impropia. Otra crítica es que la posición de garantía derivada del actuar precedente no siempre se sustenta en la existencia de una relación interpersonal, pues esta no aparece en los casos en los que se puede proceder a una individualización del peligro. Tampoco supera los conflictos de legalidad en virtud del carácter no escrito de las posiciones de garantía no compatibles con las exigencias propias de dicho principio.

Por su parte Bohm, desde una perspectiva eminentemente formal, estima que solo la ley define las posiciones de garantía; es allí donde hay que buscar sus alcances y limitaciones. Divide en dos grandes grupos las posiciones de garantía; el

primero integrado por aquellas personas a quienes la ley sitúa en una posición de privilegio (padres, cónyuges), y el segundo compuesto por personas que, sea de forma permitida o no, han creado o agravado con su conducta un peligro para un bien jurídico, o están en condiciones de agravarlo o crearlo, incluyéndose dentro de este bloque la injerencia y el contrato.

En el primer grupo, la responsabilidad a título de garante proviene de la posición en que se halla la persona dentro de la estructura social, posición que le otorga ciertos privilegios a diferencia de los otros miembros, pero que a la vez le exige la realización de ciertas actuaciones. En el segundo grupo se parte de la idea de que quien crea un peligro o agrava una preexistente situación de riesgo de un bien jurídico, está en la obligación de procurar que dicho peligro no se concrete.

Para este autor solo la ley puede ser fuente formal del deber de actuar, lo cual no es satisfactorio dado que de ella no se pueden extraer las posiciones de garantía, en virtud del elemento no escrito de los delitos de omisión impropia.

Posteriormente sobrevino otra crítica: las fuentes formales no son suficientes para delimitar los deberes de garante, toda vez que al no reparar sobre el contenido del deber jurídico tampoco establecen ningún elemento material de delimitación. No

obstante, este aspecto fue superado cuando Armin Kaufmann¹¹⁵ añadió algunos criterios materiales de distinción. Para este autor debe hacerse una distinción entre deberes de garante relativos a la protección de determinados bienes jurídicos y responsabilidad por determinados deberes de garantía en función de las tareas que se esperan de quien se encuentra colocado en alguna de ellas, de manera que la posición de garantía se constituye en una protección o defensa de un bien jurídico.

En el primer grupo, denominado función de protección de un determinado bien jurídico, el garante está colocado en una posición tal que lo obliga a la protección del bien jurídico contra toda clase de ataques, independientemente de su origen. Este grupo está integrado por posiciones de garantía que emanan directamente de la ley (estrecha relación familiar), o de la voluntaria aceptación de deberes contractuales.

En un segundo grupo, el deber de evitar el resultado típico proviene de una función de control de ciertas fuentes de peligro, indistintamente del bien jurídico que se encuentre en ese peligro. Para el garante, lo importante es eliminarlo, quedando en segundo lugar la protección del bien jurídico amenazado. Nos referimos a la fundamentación de una posición de garante derivada de una conducta precedente¹¹⁶.

¹¹⁵ Citado por Jescheck, “Tratado de derecho” p 855.

¹¹⁶ Así, Bacigalupo, “Problemas Actuales de las Ciencias Penales”, p 106

Kaufmann, en su monografía sobre los delitos de omisión, del año 1959, ofrece un fundamento material para las distintas posiciones de garantía tradicionalmente aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia (ley, contrato, hecho anterior), posición que hasta el día de hoy goza de gran simpatía tanto en la doctrina alemana como en la española. A pesar de ella, Jakobs afirma que de esta división no pueden extraerse posteriores conclusiones sistemáticas con el fin de delimitar el círculo de sujetos intervinientes en un delito de omisión impropia, ya que una misma tarea puede ser simultáneamente formulada como una tarea de protección de bien jurídico que como tarea de control de una fuente de peligro¹¹⁷.

La teoría de Kaufmann deja sin contestar por qué el garante tiene las mencionadas funciones de protección de un bien jurídico o control sobre una fuente de peligro, con lo cual se podría determinar quiénes son los obligados a cumplir una de estas dos funciones.

Henkel, en una publicación de 1961 llamada “Problemas metodológicos en los delitos de omisión impropia”, formula una distinción entre la determinación de quiénes son garantes –y en consecuencia posibles autores del delito de omisión impropia- y los requisitos que debe reunir la omisión del garante para que sea equivalente, desde la perspectiva del injusto, a la causación activa del resultado

¹¹⁷ **Así, Jakobs, p 969**

típico.

En el primer caso, considera que no es posible solucionar legalmente el problema que significa el carácter no escrito de las posiciones de garantía, en virtud de su multiplicidad y de la constante aparición de nuevas relaciones sociales que provocan variaciones sobre tales posiciones. Estima que, a lo sumo, se podría formular una cláusula general que sirva de orientación a los jueces, pero que igualmente continuarían siendo indeterminadas las posiciones de garantía, correspondiendo a la doctrina y a la jurisprudencia elaborar grupos tipológicos de garantes en función de los valores y relaciones vigentes en el marco social de que se trate.

Sobre la base de la distinción funcional de las posiciones de garantía elaborada por Kaufmann -divididas en función de protección de un determinado bien jurídico y función de vigilancia de determinadas fuentes de peligro- Henkel fabrica las siguientes divisiones:

a- Garantes que tienen la obligación de protección del bien jurídico frente a cualquier clase de peligro. Dentro de estas se encuentran las posiciones de garantía derivadas de relaciones de asistencia y tutela, así como las provenientes de “comunidades de vida”.

b- Garantes que tienen la función de vigilar sobre determinadas fuentes de

peligro, debiendo proteger todo bien jurídico que se encuentre en peligro dentro de su ámbito de vigilancia. Está conformado por la función de control de materias peligrosas, el contorno en donde se desenvuelve el tráfico de las personas y la injerencia en tanto devenga de un contrato social.

c- Garantes con el deber de evitar dentro de su ámbito de vigilancia la realización de conductas punibles por parte de terceros.

d- Finalmente, el autor deja abierta la posibilidad de crear nuevas agrupaciones partiendo de una función de protección profesional o de especiales relaciones de confianza.

En el segundo caso, estima Henkel que si bien es cierto las agrupaciones tipológicas son de gran ayuda a la hora de buscar una respuesta entre la equivalencia de los respectivos injustos de los delitos de comisión y de omisión impropia, esta equivalencia no se deriva de forma automática de la no evitación del resultado típico en posición de garante. De allí que la no evitación del resultado por parte del garante deba ser examinado por el juez en el caso en concreto, no siendo útil acudir a un sistema de agrupación de casos, ni a una cláusula general legalmente expresada.

A la incorporación de una cláusula general, propuesta por Henkel, se le critica que, dado que no es posible expresar legalmente el elemento no escrito de los

delitos de omisión impropia, toda cláusula general que pretenda solucionar la equiparación entre comisión y omisión impropia mantiene siempre un carácter relativamente indeterminado. Esto provoca serios cuestionamientos en torno al principio de legalidad de una cláusula general, pues deja en manos del juez la determinación de la posición de garante, lo que pone en peligro la seguridad jurídica.

Androulakis, por su parte, se refiere a la “proximidad social al bien jurídico”, como base de toda posición de garantía. Esta proximidad social es entendida como “estar colocado previamente cerca” de alguien o de algo, requiriéndose que dicha proximidad esté relacionada con el peligro de ese alguien o procedente de ese algo. A partir de dicha proximidad social, el autor elabora el siguiente grupo de posiciones de garantía:

a- Situación en el que el garante está previamente colocado cerca del peligro en virtud de la proximidad que tiene con respecto a la persona que corre dicho peligro. Esta garantía puede ser total -como la relación de padres con hijos, que además es absoluta; o la de cónyuges, cuya proximidad será relativa-; o limitada, como las relaciones contractuales donde el peligro debe ser actual.

b- Situaciones en las que se está colocado previamente cerca del peligro al estarse cerca del sujeto cuyo bien jurídico es lesionable. Puede ser de carácter absoluto si se trata del deber de garantía de los padres para con sus hijos, en el sentido de que no cometan delito; o limitado, como el del maestro de escuela con

respecto a sus alumnos.

c- Situaciones de proximidad con cosas que generan peligro.

d- En el caso de la injerencia, quien crea un peligro para otra persona se coloca, en relación con ella, en una relación de inmediata proximidad, explicando que esta proximidad previa no debe ser entendida como anterior al surgimiento del peligro, sino como una relación de proximidad previa a la omisión.

Estima Androulakis, al igual que Henkel, que una cosa es la determinación de cuándo se da la posición de garante -lo cual se resuelve mediante criterios óptico-fenomenológicos- y otra es la equiparación de la omisión del garante con la causación activa del resultado típico, la cual se resuelve mediante métodos objetivos de valoración. No obstante lo anterior, el autor no explica cuáles son los criterios objetivos que se deben tomar en cuenta a la hora de determinar las posiciones de garantía acuñadas en los grupos antes citados, razón por la que no ofrece parámetros adecuados a los jueces.

Es opinión de Wolff, desde una perspectiva causalista, que solo le puede ser imputado al omitente el resultado típico no evitado cuando lo haya causado. Este causar no es visto como un concepto mecánico-naturalista, sino que causar es aquí sinónimo de ocasionar un mal a otra persona, lo cual puede hacerse mediante una conducta omisiva.

Wolff considera que, para establecer las posiciones de garantía, se debe partir de una relación personal de dependencia creada entre el amenazado por el peligro y la persona o grupo de personas de cuya acción depende su salvación. Solo hasta que el omitente desilusiona con su no actuar las expectativas en él depositadas por la sociedad para la salvación del bien jurídico que de él depende, se puede hablar de que esa omisión es causal del resultado producido en donde el omitente responde a título de comisión por omisión.

A partir de estos criterios de dependencia surgen las siguientes agrupaciones:

a- Posición de garantía proveniente de una relación de dependencia originaria, como la de los padres respecto de los hijos menores. En esta situación, la persona dependiente confía en que la otra cumplirá su deber de protección.

b- Posición de garantía basada en un actuar precedente. En esta se produce una relación de dependencia del amenazado por un peligro con respecto a quien, por su previa actuación, produjo dicho peligro. Quien se encuentra en esa situación espera que el que provocó la situación de peligro, le haga salir del riesgo.

A la anterior postura se le reprocha el grado de indeterminación que supone la relación de dependencia en toda posición de garantía, dada su concreción.

De acuerdo con Rudolphi, para la equiparación entre comisión y omisión

impropia se requiere que el omitente se encuentre en una posición de garantía¹¹⁸; con ello retoma la postura de Androulakis, según la cual, dada su relación próxima con el bien jurídico amenazado por el peligro, se le confía una función de protección de este, equivalente al deber de actuar impidiendo su lesión. Para establecer cuándo esa relación de proximidad es elemental en una posición de garantía, el autor recurre a los elementos que sustentan la responsabilidad en el delito comisivo, considerando que el desvalor del resultado es idéntico tanto en la comisión como en la omisión impropia. En la comisión, el desvalor de la acción se origina, en los delitos dolosos, en la acción final dirigida a la realización de un tipo de lo injusto. Analógicamente, en los delitos omisivos impropios el autor debe desempeñar una función de protección dentro de la sociedad que le impone el deber de evitar toda clase de peligros, o uno en particular que amenace al bien jurídico por él protegido.

En relación con la injerencia, sostiene Rudolphi que el actuar precedente peligroso solo puede fundamentar un deber de evitar el resultado, cuando dicho actuar es, “per se”, contrario al deber¹¹⁹, pues si es permitido por el ordenamiento jurídico no puede servir como sustento para que surja la posición de garantía del

¹¹⁸ **En el mismo sentido, Wessels, p 215**

¹¹⁹ **En el mismo sentido, Bacigalupo, “Problemas Actuales de las Ciencias Penales”, p 116**

actuante. Si el actuar precedente es contrario al deber y además ha provocado un concreto peligro de lesión de un bien jurídico o ha puesto en una situación de desprotección determinados intereses jurídicamente protegidos, la no evitación de la lesión del bien jurídico es equivalente a la causación de dicha lesión por un comportamiento activo, no atentándose de esta manera contra el principio de legalidad.

A esta fenomenología prejurídica elaborada por Rudolphi se le acusa de ser demasiado abstracta y formal. Así mismo, tal como se indicó en el caso de Androulakis, la proximidad social resulta imprecisa e indeterminada como para servir de límite a las posiciones de garantía. En lo que respecta a la injerencia, no es cierto -como afirma el autor- que los actuares precedentes que originan una posición de garantía deban ser contrarios al deber pues, como lo señala mayoritariamente la misma doctrina alemana- también el actuar precedente lícito o justificado origina para el autor una posición de garantía.

Van Gelder pretende encontrar el sustento legal para las posiciones de garantía provenientes de la injerencia no en el derecho penal, sino más bien en el derecho civil, a partir del párrafo 1004 BGB, referido al deber de eliminación del perjuicio ocasionado a un derecho subjetivo de carácter absoluto, por parte de quien con su conducta lo ha causado.

Pese a ello, la indicada cláusula civil hace referencia a casos en los que el

perjuicio ha sido ya ocasionado, mientras que en la injerencia lo que existe es un peligro de que se produzca el perjuicio si no se realiza una acción que lo evite, de modo que únicamente si se puede extraer del citado párrafo un “deber de evitar el resultado típico”, se podría tener como fuente del deber de garantía, lo cual supondría creación jurídica en abierta violación del principio de legalidad.

Pfleiderer recurre al método inductivo sobre la base de los conocidos ejemplos de la madre que no alimenta a su hijo recién nacido y este muere, así como al del profesor de natación que dolosamente deja que su alumno se ahogue. A partir de allí se podrán construir por analogía todos los casos de posición de garantía, de modo que si se compara el hecho en estudio con estos casos básicos, y coinciden, podrá afirmarse la existencia de un deber de garantía cuya infracción supone un delito de omisión impropia, en tanto que si no resultan análogas solo podrá responsabilizarse por omisión propia.

Sin embargo, no establece este autor cuál es la estructura de los casos básicos ni los criterios valorativos que permiten que estos supuestos sean indiscutiblemente equiparados a su realización mediante una conducta activa, ni cuáles son los elementos esenciales que se encuentran en dichos supuestos que necesariamente deben concurrir en el hecho en estudio para que se pueda establecer la analogía con aquel.

Para Jakobs¹²⁰, este método sirve para verificar resultados obtenidos de otra manera, pero no como método de obtención de deberes cuya infracción sea equiparable a la correspondiente figura comisiva.

Welp justifica el actuar precedente como causa de equivalencia entre acción y omisión partiendo de la búsqueda de identidad esencial entre los respectivos injustos del delito de comisión y de omisión impropia. En los primeros, señala que la causación activa del resultado producido constituye un injusto que relaciona específicamente al autor con el delito comisivo, debido a la finalidad que este tiene de producir tal resultado. Señala, además, que en el delito comisivo hay una relación de dependencia entre el titular del bien jurídico y el autor de la lesión del mismo, pues la norma penal, por un lado, motiva al autor para que se abstenga de realizar alguna acción que suponga la lesión de un bien jurídico ajeno, y por otro le asegura al titular que este no será lesionado.

En los delitos omisivos, esta relación de dependencia se produce en todo actuar precedente antijurídico. La situación de la víctima es similar a la del delito comisivo, solo que el titular del bien, en lugar de confiar en que el autor se abstenga de lesionarlo, espera una actuación salvadora de parte de este, de modo que evite la concretización del peligro por él creado.

¹²⁰ “derecho penal, Parte General”, p 971

Considera Welp que si se está en presencia de una acción precedente peligrosa, que se encuentra dentro de los límites del riesgo permitido, también se da una idéntica relación de dependencia entre el titular del bien jurídico en peligro respecto de la acción salvadora del injerente.

Se le critica a esta posición el incurrir en el mismo error de basar la equiparación del hacer y el omitir en la presencia de un inexistente factor común; relación de dependencia así llamada por él, o bien causalidad defendida por otros.

Barwinkel, mediante la variante del normativismo sociológico, entiende que la punición de los delitos de omisión impropia es plenamente aceptada por la conciencia jurídica colectiva, de allí que los elementos del tipo codificado son tanto del delito comisivo como del omisivo. En lo atinente al fundamento de la relación de garantía que da origen a las distintas posiciones de garantía, este autor considera que el concepto de bien común es relativo en tanto no debe ser visto como objetivo último del derecho penal, sino más bien como un objetivo próximo que sirve como medio para alcanzar ese fin. El bien común se transforma en bien jurídico solo cuando al ordenamiento jurídico le es necesaria su protección en aras de alcanzar el objetivo final. Entonces será bajo determinadas condiciones y cuando sea imprescindible para el bien común que se podrá indicar la punibilidad de la no evitación del resultado típico, lo cual se podrá extraer de un análisis sociológico de la vida comunitaria. En el mismo orden de ideas, afirma el autor que el rol social que

cada persona cumple está íntimamente relacionado con el injusto en los delitos de omisión impropia y su determinación dependerá de aquellas conductas omisivas que sean contrarias a los deberes de un rol social. Serán garantes dice, las personas que tienen un determinado rol del que se extrae un deber de actuar en evitación de un resultado.

De lo hasta aquí dicho se colige la falta de determinación y abstracción de los conceptos de bien jurídico y rol social manejados por el autor, lo que imposibilita que se esté en el camino adecuado para solucionar la problemática de la equiparación de la actuación omisiva con su respectiva acción activa.

Schunemann, procurando no caer en la indeterminación de los otros autores, se cuestiona si la existencia de una posición de garantía requiere de la previa presencia de un deber jurídico extrapenal, o si más bien es aquella la que origina los deberes jurídicos. A esto contesta que el derecho penal no es una rama del derecho civil y por ello puede crear sus propios deberes de evitación sin necesidad de auxiliarse en otras materias del ordenamiento jurídico.

Con respecto a las posiciones de garantía, afirma que estas tienen sus raíces en relaciones de vida preexistentes al derecho penal. Es mediante el procedimiento analógico que se podrá resolver el problema de la equiparación, pues una vez que se sepa cuál es el fundamento lógico-objetivo de la punibilidad de los delitos comisivos, se podrá tener un criterio legal que permita determinar el fundamento de

la punición de los delitos de omisión impropia y su equiparación con el delito comisivo, factor este que servirá de guía a los jueces.

A partir de este criterio, Schunemann analiza el tipo comisivo de resultado, cuestionándose la razón por la cual el autor es responsable del resultado producido.

La respuesta es que, con su acción, el agente ha causado dicho resultado, desde el punto de vista de las ciencias naturales, puesto que tiene la capacidad de dominio sobre la causa, dado que es capaz de dominar sus movimientos corporales y dirigirlos en determinado sentido. En la omisión, donde por definición no hay movimiento corporal, encuentra Schunemann el fundamento lógico-objetivo de la responsabilidad, en virtud de que no se trata de un dominio sobre el movimiento corporal, sino sobre el cuerpo, que incluye la inactividad de este. Partiendo de este punto bastará con comprobar en qué casos el omitente ha tenido dominio sobre la causa del resultado no evitado para establecer si aquel le puede ser imputado por omisión impropia y en qué casos no.

Del dominio sobre la causa del resultado, el autor formula dos grupos de posiciones de garantía. Uno se tiene sobre una causa esencial del resultado, que a su vez se subdivide en dominio sobre cosas (como el tráfico jurídico) u ocupaciones peligrosas (deberes de vigilancia como una especialización de los deberes de garantía generales), y poder de control sobre personas irresponsables, como sería el dominio sobre menores de edad penal o bien una potestad de mando sobre mayores

de edad.

El segundo grupo de posiciones de garantía proviene del dominio del omitente sobre el desamparo de la víctima, que es causa del resultado; en este sentido, Schunemann propone dos subdivisiones: la primera, según provenga de una situación constitucional de la víctima como consecuencia de una incapacidad natural para autoprotegerse de los peligros de cualquier índole en los que el dominio puede tener un carácter existencial (la madre con respecto al recién nacido); o provenir de la libre aceptación del obligado (alimentación de un recién nacido abandonado); o por una relación de confianza del titular del bien jurídico amenazado (anciano que confía su cuidado a un asilo de ancianos); o bien un desamparo parcial ante ciertos peligros libremente asumidos; o por último que provenga de un acto de confianza del titular del bien jurídico o de un tercero.

El autor no admite la injerencia como fundamento de una posición de garantía; indica que la conducta precedente carece de dominio actual sobre la causa del resultado, siendo ese dominio meramente potencial, el cual también se puede encontrar en cualquier persona no garante que pueda evitar el peligro que de dicho actuar precedente ha surgido, concluyendo que el injerente no responde por un delito de omisión impropia, sino de una genérica omisión del deber de auxilio, si no evita que el riesgo creado con su conducta precedente produzca la lesión de un bien jurídico. Schunemann, finalmente, propone una cláusula general para solucionar el

problema legal de la equiparación, indicando que “la omitida evitación de un resultado equivale a su causación activa si la causa del resultado yace en el ámbito del dominio del autor”, la cual debería ser complementada con un tipo agravado de omisión del deber de socorro para los supuestos de injerencia, no contemplados dentro de esta propuesta.

Se critica a este autor que, pese a sus esfuerzos, el criterio del dominio sobre la causa del resultado sigue siendo indeterminado, al igual que el de proximidad social, dependencia o rol social, por lo que cae en el error de sus predecesores al tratar de dar una solución ontológica al problema de la equiparación, que es de naturaleza normativa, como es el mismo concepto de omisión.

Por último Jakobs, con la publicación de su tratado en el año 1983, y habiendo entrado en vigencia en Alemania el parágrafo 13 del StGB¹²¹, que viene a constituir una norma de complementación¹²², nuevamente se cuestiona el fundamento en

¹²¹ **Strafgesetzbuch (código penal de la República Federal de Alemania). El parágrafo 13 del código penal alemán entró en vigencia a partir del primero de enero de 1975**

¹²² **De acuerdo con Jakobs, p 946, “la norma de prohibición del delito de comisión ha de complementarse con la norma preceptiva de un delito de omisión y que la infracción del mandato ha de aplicársele la sanción**

común de imputación del resultado del delito de comisión y omisión, que encuentra mediante dos caminos: la competencia organizativa sobre un determinado ámbito¹²³, y la competencia institucional¹²⁴.

Para este autor, tanto en los mandatos como en las prohibiciones, el fundamento de imputación del resultado se basa en el deber de consideración que tienen los demás en la configuración del propio ámbito de organización y la infracción al especial deber de vigilancia sobre un bien jurídico proveniente de una solidaridad institucionalmente reforzada. De esta manera, la omisión es equiparable a la comisión cuando la causa de imputación del resultado es similar en ambos casos.

En cuanto a las posiciones de garantía procedentes de una competencia organizativa, estas se distinguen según se refieran a un ámbito propio -que motivan deberes de actuar pertenecientes al tráfico jurídico-; bien pertenezcan a las

correspondiente a la infracción de la norma de prohibición. Los delitos de omisión que surgen así, complementando genuinos delitos de comisión, se llaman delitos de omisión impropios”

¹²³ **Similar, al dominio sobre la causa del resultado de Schunemann**

¹²⁴ **Así, Jakobs, p 949**

provenientes del pensamiento de la injerencia -en las que la posición de garantía por el actuar precedente fuere antijurídico¹²⁵-; o bien se trate de las asumidas mediante la libre aceptación.

En lo que respecta a las posiciones de garantía provenientes de una competencia institucional, Jakobs sostiene que estas solo se dan si la institución tiene para la vida social la misma importancia que la existencia de un ámbito de organización, y que se pueden encontrar en la relación padres-hijos, relaciones matrimoniales, relaciones sustitutivas como adopción y tutela, relación de confianza especial (comunidad de riesgo) y deberes de protección de órganos estatales.

Sobre la problemática de legalidad, el autor estima que lo que se requiere es una “determinabilidad suficiente” de las posiciones de garantía para que no rocen

¹²⁵ **Según, Jakobs, pp 984, 985 si el actuar precedente está permitido, para que de él se derive una posición de garantía deben darse dos requisitos; 1) que el comportamiento conlleve un riesgo mayor que lo habitual y, 2) que la persona puesta en peligro haya tomado las medidas de seguridad necesarias. En las acciones previas justificadas también existe un deber de salvación si no es posible imputar a la conducta del amenazado la necesidad del ataque (estado de necesidad agresivo), pero no en los casos de legítima defensa.**

con el principio de legalidad reconocido en el párrafo 103.2 de la Constitución alemana, la cual considera haber alcanzado mediante las dos formas de imputación del resultado de los delitos impropios de omisión por él defendidos.

Con este autor se termina en Alemania el estudio del tratamiento doctrinal del problema de equiparación entre comisión y omisión que, como se puede apreciar, no ha sido finalmente concluido ni se ha pacificado. Siguen preocupando a un importante sector de la doctrina los problemas de legalidad que representa la incorporación de una cláusula general.

Al abordaje de las ventajas o desventajas que representa la incorporación de una cláusula general, se dedica el siguiente apartado.

El sistema de cláusula en la parte general

La necesidad de solucionar el problema de la punición de los delitos de omisión impropia en concordancia con el principio de legalidad, llevó a que en algunos sistemas del derecho comparado¹²⁶, al igual que en el nuestro, se optara por incorporar una cláusula general que determinara las posiciones de garantía, de manera que el tipo de lo injusto de los delitos de omisión impropia se pueda extraer de la relación entre la cláusula general con la norma de la parte especial que

¹²⁶ **Así, entre otros Alemania par.13, Austria par. 2 y Portugal par.10**

contiene el delito comisivo que indica el resultado y la sanción aplicable¹²⁷.

El párrafo 13 del StGB alemán dice: "Quien omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, solo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca, y cuando la omisión se corresponda con la realización de un tipo legal mediante una conducta activa. La pena podrá ser atenuada de acuerdo con el párrafo 49.1".¹²⁸

¹²⁷ **Explica Castillo en torno a los delitos omisivos "...Los delitos de omisión se escinden en delitos propios de omisión y delitos impropios de omisión ("unechte Unterlassungsdelikte"), llamados también delitos de comisión por omisión. La omisión es siempre el incumplimiento de una obligación impuesta por el ordenamiento, que espera del obligado una conducta debida. Por el contrario, en los delitos impropios de omisión lo que toma en cuenta el legislador es la posición de garante del obligado- estrecha relación del sujeto con un bien jurídicamente tutelado-, que convierte a este en responsable del hecho reprimido en consideración al resultado producido, si no le evita, pudiendo hacerlo (Art. 18 Cód. pen.).**

¹²⁸ **En lo que respecta a la posibilidad de equiparar un omitir con una realización activa, del tipo legal, contemplado en el código alemán, el juez deberá tomar en cuenta el comportamiento del garante en relación con las**

Contra esta norma se han levantado muchas voces que objetan este tipo de cláusulas en la parte normativa general. La principal objeción que se le formula es que mediante esta vía no se soluciona el problema de la punición de los delitos de omisión impropia, frente al aspecto material del principio de legalidad¹²⁹. Otras críticas señalan que, producto de la misma generalidad de cláusulas, no es posible precisar qué delitos son susceptibles de comisión por omisión y qué otros no. También la obligatoria exigencia de establecer la equivalencia entre los respectivos injustos del delito omisivo y del comisivo, conlleva la dificultad de determinar cuándo la no evitación de un resultado típico por un garante equivale a su causación activa. Finalmente, al no venir expresamente citadas en la cláusula general las posiciones de garantía, se hace imprescindible una ulterior interpretación que permita adaptarlas a los tipos delictivos en concreto, lo que provoca incerteza y vulneración del principio de legalidad.

En el sistema español, donde se guarda silencio legal con respecto a los delitos de comisión por omisión, Susana Huerta¹³⁰, estima que, mejor que la cláusula general es dotar a los delitos de comisión por omisión de normas específicas sin

circunstancias del caso en concreto. Así Rodríguez Mourullo, p 87

¹²⁹ **Así, entre otros Huerta, p 156**

¹³⁰ **“Problemas fundamentales de los delitos de omisión”, p 163**

necesidad de remisión a un tipo comisivo, mediante un catálogo cerrado de tipos de comisión por omisión.

Jakobs¹³¹ estima que, desde un punto de vista jurídico-constitucional, la indeterminación del deber jurídico de responder (deber de garante) resulta objetable. Sin embargo reconoce que es difícil superar las dificultades de la determinación general de los deberes, en la omisión impropia, mediante regulaciones especiales en la parte especial, pues cuando se ha intentado con los delitos de omisión propia, el legislador no ha pasado de formular un catálogo de casos concretos no problemáticos y, en los demás supuestos, no se pasa de una mera denominación de un deber de custodia o protección.

En sentido similar se manifiesta Jescheck¹³², quien insiste en que, a pesar de que no se haya especificado el deber jurídico de actuar que determina la obligación de evitar el resultado -donde la omisión equivalga a la realización del tipo legal por un hacer- habrá que aceptar el grado de determinación de los elementos de garante elaborados por la jurisprudencia y la doctrina, quedando a salvo la seguridad jurídica mediante este medio.

¹³¹ **“derecho penal, Parte General”, pp 953,954**

¹³² **“Tratado de derecho penal”, p 838**

En favor de este tipo de cláusula se pronuncia también Rodríguez Mourullo¹³³, quien sostiene que aunque se pudiera establecer expresamente en la cláusula general la exigencia de un deber jurídico de garantía, la constante evolución jurídica haría que se crearan otros tipos de comisión por omisión susceptibles de ser equiparados a la comisión activa y que por no estar expresamente regulados continuarían mostrándose como tipos abiertos. Además, no se puede negar que los tipos de comisión por omisión son en parte tipos legalmente determinados y que tanto el deber de garantía -como su equiparación de la omisión impropia con la comisión activa- se extrae del sentido del tipo legal.

El deber jurídico de actuar

Modernamente, la doctrina designa como "deber jurídico de actuar" a esta obligación del garante de evitar el resultado lesivo.

Este deber está circunscrito solo a aquellos autores estrechamente ligados con un determinado bien jurídico, el cual, en virtud de una norma prohibitiva, están obligados a proteger activamente.

En su artículo 18 párrafo segundo, la legislación costarricense ha incluido el deber de garante de evitar resultados prohibidos, dentro de su parte general, de

¹³³ **“La omisión de socorro en el Código Penal”, p 89**

forma genérica y poco precisa¹³⁴. A partir de este punto y siguiendo los estudios doctrinarios sobre el tema, debe determinarse cuáles son los alcances en nuestro medio de una norma general que es la única que hace referencia a los delitos impropios de omisión; del mismo modo, importa establecer su utilidad dentro de la parte especial¹³⁵.

Y es que precisamente la determinación de los alcances y formas que rigen la obligación de actuar, es un aspecto que no ha sido posible aclarar

¹³⁴ **Bacigalupo, "Lineamientos,,", p 140, dice que dada la imprecisión de este tipo de cláusulas su concreción se derivará de los supuestos de hecho que se conozcan en particular.**

¹³⁵ **Importante es aclarar que la Sala Constitucional ha indicado claramente que el artículo 18 del Código Penal es constitucional. Así entre otros, resolución número 027720, de las 08:30 horas del 24 de abril de junio de 1998. En sentido contrario se pronuncia Dall" Anesse, "Omisión p 79, para quien el pronunciamiento de la Sala Constitucional a favor de la omisión impropia, es una simple falacia de autoridad, pero no verdadera construcción democrática del delito.**

satisfactoriamente¹³⁶.

Equivalencia de la acción omitida con la realización por acción (cláusula de correspondencia)

Los delitos impropios de omisión, de acuerdo con Wessels¹³⁷ son una manifestación complementaria de los delitos de comisión cuyo tipo es igualmente válido para los primeros.

Dentro de la determinación de los presupuestos del artículo 18 del Código Penal, la no evitación del resultado típico por parte de quien tenía el deber de garante de hacerlo, corresponde a la producción del resultado mediante un hacer.

Los delitos propios de omisión son los hechos punibles que se agotan en la infracción de una norma preceptiva y en la no realización de una acción exigida por ley¹³⁸.

Por su parte, los delitos impropios de omisión son los hechos punibles en los cuales quien omite está obligado, en su condición de “garante”, a evitar la producción

¹³⁶ **Así, entre otros, Wessels, p 215.**

¹³⁷ **Wessels, p 11**

¹³⁸ **Así, Jescheck, p 832**

del resultado; en tal sentido, existe una equivalencia valorativa de la omisión con la realización del tipo legal mediante una acción activa. En los delitos de omisión impropia el garante tiene el deber de evitar el resultado y al quebrantar su deber responde penalmente por la producción del resultado típico. Es por ello que en este patrón de delitos la producción del resultado pertenece al tipo. Los delitos de omisión impropia son un destello de los delitos de comisión y corresponden a los delitos de resultado.

En virtud de la cláusula de correspondencia y conforme al artículo 18 del Código Penal, los delitos de omisión impropia se derivan -vía interpretación- de los tipos correspondientes a los delitos de comisión. Atañe a la jurisprudencia y a la doctrina¹³⁹ establecer los criterios apropiados para definir cuándo alguna persona en condición de “garante” debe jurídicamente responsabilizarse para evitar el resultado típico y sobre cuáles presupuestos la omisión equivale a una realización del tipo

¹³⁹ **Para la Sala Tercera de la Corte, la no evitación del resultado y el nexo de evitación forman conjuntamente con la posición de garante los elementos que permiten definir el delito de comisión por omisión. Sobre este punto ver sentencia número 580-F-94, de las 10:15 horas del 21 de diciembre de 1994).**

legal mediante una acción activa¹⁴⁰.

En la mayoría de los casos las conductas omisivas o activas se pueden distinguir fácilmente por su conducta externa.

No obstante, los problemas de delimitación entre comisión y omisión son de reciente discusión; hasta la fecha la doctrina no ha aclarado de manera convincente su delimitación en los casos límite, en razón de la imposibilidad de establecer un criterio unánime. Y es que hacer y omitir se encuentran tan estrechamente ligados que no pueden ser vistos como fenómenos opuestos, lo cual dificulta su diferenciación.

Son los casos ambiguos, como el citado por Wessels, en que el ciclista C, que viajaba de noche y sin luces, atropella al peatón P y lo lesiona. Se cuestiona si la causal respecto del resultado es una acción activa (viajar sin luces) o una omisión (no instalar o no activar el sistema de iluminación)¹⁴¹.

¹⁴⁰ **Es precisamente en virtud de la determinación ex post que realiza el Juez del caso en particular que Dall' Anese en su libro Omisión Impropia, p 79, considera que se vulnera el principio de legalidad, pues con ello se permite al juez determinar si una acción humana cabe en el tipo penal.**

¹⁴¹ **Así Wessels, p 210**

Para un sector importante de la doctrina se está en presencia de un delito culposo de comisión, dada la preponderancia en la acción activa que causa el resultado. Igualmente las acciones dolosas pueden presentar dificultades de deslinde. Sin embargo, la necesidad de la demarcación debe ser una cuestión valorativa en la que se tome en consideración, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, no solo la comprobación externa del criterio del “empleo de energía” o de la “causalidad”, sino que sea vista la situación normativamente, sin dejar de lado el sentido social de la acción para dilucidar dónde reside el centro de gravedad de la conducta penalmente relevante.¹⁴²

A la hora de delimitar si el comportamiento penalmente relevante es un hacer o un omitir, debe establecerse primeramente si encuadra dentro del concepto de acción, pues es el modo normal de actuación -la omisión es la excepción.¹⁴³

Del mismo modo sabemos que en algunos delitos de comisión, además de la

¹⁴² **Así Wessels, p 211**

¹⁴³ **De acuerdo con Castillo, “El Delito de Estafa”, p 116 “la acción es siempre el modo normal de actuar y la omisión la excepción, la acción penalmente relevante es un comportamiento más intenso, capaz de lesionar los bienes jurídicamente protegidos de una manera más rápida que la omisión”.**

causación del resultado típico, se requiere de una cierta forma de comisión del hecho. Un ejemplo de esto es la estafa, que requiere que el sujeto pasivo sea inducido a error. En este caso debe determinarse primeramente si la acción de engañar se deriva de afirmaciones falsas. De no ser así, ha de examinarse si la conducta engañosa proviene de manifestaciones implícitas y si puede calificarse la realización de la estafa mediante omisión impropia¹⁴⁴.

En los delitos de omisión impropia caracterizados por un no hacer activo, estas especiales formas de comisión del hecho como elementos del tipo deben permanecer, para que de acuerdo con el artículo 18 del Código Penal la conducta omisiva sea equivalente a su correspondiente actuación activa del tipo, a efecto de que se configure el injusto.

En casos como el de la estafa, antes citado, la inducción a error proviene no solo de un hacer activo sino mediante un no hacer, permitiéndose que el sujeto pasivo caiga en el error o se mantenga en él para, de esa manera, obtener el beneficio patrimonial injusto.

Para Castillo¹⁴⁵, en los casos de estafa por omisión impropia hay una relación

¹⁴⁴ **Así, Castillo, “El Delito de Estafa”, p 116**

¹⁴⁵ **Así, Castillo, “El Delito de Estafa”, pp 117 y 118.**

jurídica preexistente que normalmente se refiere a un contrato. Para que se configure este delito se requiere de los siguientes requisitos:

- “ Que el autor omita, siendo posible aclararlo, manifestar un hecho al ofendido.
- Que el autor tenga una obligación de aclarar el hecho, en calidad de garante.
- Que la omisión corresponda a la realización del tipo penal de la estafa mediante acción (la llamada cláusula de correspondencia de los delitos de comisión por omisión).
- Que la aclaración requerida al autor, según las circunstancias, le sea exigible”.

Por su parte la posición de garante en la estafa de comisión por omisión incluye la causación de un daño patrimonial, pues en la estafa se causa un perjuicio patrimonial ajeno mediante engaño cuando se guarda silencio, siempre que exista un deber de no guardarlo en virtud de una disposición legal, una convención o un hecho precedente atribuible al agente.

Cuando este deber proviene de la ley es necesario que la norma expresamente obligue a persona determinada a decir la verdad. Si la obligación es genérica, no existe posición de garante pues no hay esa especial relación entre el agente con el bien jurídico protegido en el delito de estafa.

Si, en la estafa, la obligación del sujeto de impedir el resultado proviene de un

comportamiento anterior suyo (injerencia), el agente produce un error del cual se da cuenta antes de que ocurra la disposición patrimonial, y a pesar de esa percepción calla. Se da entonces por parte del autor un comportamiento positivo previo que puede ser tanto culposo como doloso, que de todos modos es fraudulento. A partir de este, el agente tiene la obligación de impedir el error y el resultado mediante la puesta en conocimiento de ese nuevo hecho. Si el agente, a pesar de tener el deber jurídico de hablar permanece callado, el engaño se produce por la omisión apuntada. Si la disposición patrimonial ya se produjo, no habrá una estafa por omisión impropia sino por comisión.¹⁴⁶

De conformidad con el principio de correspondencia, el mantenimiento del error mediante omisión debe asemejarse al mantenimiento de error en la acción.

Mientras el error subsista, igualmente permanece la obligación del garante de actuar para evitar el daño patrimonial. Para que se configure el delito, no basta la no evitación de un error o de un daño patrimonial sino que, además, esa no evitación debe causar el perjuicio patrimonial mediante engaño¹⁴⁷. Para que se dé la estafa, el fraude tiene que haber causado el error del sujeto a quien se dirige la acción. No se producirá la estafa si la actitud engañosa del agente no es la que originó el error,

¹⁴⁶ **Así, Castillo, “El Delito de Estafa”, p 124**

¹⁴⁷ **Así, Castillo, “El Delito de Estafa”, p 120**

sino una circunstancia o conducta extraña a él, con la cual no contaba. El fraude tiene que estar dirigido a crear un error patrimonial relevante. Cuando el error recae sobre cuestiones accesorias y no sobre el alcance patrimonial de la disposición, no se está ante la estafa. Tampoco la habrá cuando el agente simplemente se aprovecha del error ajeno.

La maniobra fraudulenta tiene que determinar el error en la persona, aunque haya culpa de la víctima en no extremar los cuidados para descubrir la verdad.

Igualmente pueden cometer el delito de omisión impropia aquellos en los que la calificación especial del autor solo opera como fundamento de agravación, por ejemplo la agravación del homicidio calificado cometido por un ascendiente (artículo 112 del Código Penal, delitos especiales impropios).

En sentido contrario no puede configurarse el delito por omisión impropia en los supuestos en que el tipo exige la realización de una acción determinada y solo el que se encuentre en posición de ejecutar inmediata y corporalmente por si mismo la acción puede ser sujeto activo o autor -en sentido estricto- de la acción descrita en el tipo legal, como por ejemplo el acceso carnal en la violación.

Tampoco podría cometerse el delito de prevaricato por omisión impropia pues además de ser un delito especial propio y de propia mano, también es un delito de mera actividad en donde el tipo no exige ningún resultado en el objeto de la acción,

coincidiendo la realización del tipo con el último acto de la acción; por consiguiente, no se produce un resultado separado de dicha acción ¹⁴⁸.

Esto nos permite deducir que el delito impropio de omisión o de comisión por omisión es un delito especial propio, que requiere de las características especiales del autor del delito, impidiendo que cualquier otro que no cumpla con esas determinadas cualidades pueda ser autor de este tipo de conducta.

De allí que la denominada "posición de garante" forme parte de la tipicidad del hecho punible, puesto que en los delitos de comisión por omisión, el autor tiene una obligación especial de evitar el resultado.

5- Causalidad hipotética de la omisión y atribuibilidad

La causalidad hipotética es también llamada por algunos "nexo de evitación". Para Wessels¹⁴⁹, no existe en las omisiones una "causalidad" en sentido físico, lo cual además no interesa pues a la consideración normativa en el derecho penal no importa el concepto causal de las ciencias penales.

¹⁴⁸ **Opina, Castillo, "El Delito de Peculado", p 28 que "son delitos de propia mano aquellos que no son de resultado, en los cuales la lesión al bien jurídico ocurre por medio de una obligación especial".**

De acuerdo con la jurisprudencia alemana¹⁵⁰, para la comprobación de la causalidad de la conducta del sujeto con el hacer positivo, se requiere que la acción imaginada hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

En forma similar se pronuncia Muñoz Conde¹⁵¹, para quien en el delito de comisión por omisión se habla de una "causalidad de la omisión", aunque en realidad la omisión no puede ser entendida como elemento causal de ningún resultado, en razón de que la causalidad requiere la puesta en marcha de una fuerza desencadenante, de la cual carece la omisión. Para este autor, lo importante en este tipo de delitos es la constatación de una causalidad hipotética, o sea, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Si se tiene como seguro o como muy probable que de haber realizado el sujeto la acción mandada el resultado no se hubiera producido, en ese momento se podrá atribuir el resultado al sujeto de la omisión. Lo anterior se establece mediante los criterios hipotéticos de la teoría de la adecuación, que es el incremento del riesgo y el fin de protección de la norma.

Dicho de otro modo, habrá que plantearse si la realización de la acción exigida hubiera previsiblemente evitado el resultado, del mismo modo que habría que

¹⁴⁹ **"derecho penal", p 214.**

¹⁵⁰ **Citada por Jescheck "Tratado de derecho" p 853.**

¹⁵¹ **"...Teoría General del Delito...", p 33.**

discutir si su omisión presupone una falta de diligencia o si se incrementaba el riesgo de producción del resultado.

Hoy día, se niega de forma mayoritaria una causalidad de la omisión, entendida como la producción real del resultado¹⁵². La causalidad necesita de una fuente real de energía que desencadene un despliegue de fuerzas y ello no se encuentra en la omisión. Para los efectos del artículo 18 del Código Penal basta la concurrencia de una “relación causal” entre la omisión y el resultado. Al derecho lo que le interesa establecer es si la acción omitida por el sujeto, hubiera evitado el resultado. De acuerdo con la jurisprudencia y doctrina alemanas, para la comprobación de la causalidad se requiere que la acción imaginada hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad. No puede pretenderse en la omisión, como sí en el hacer positivo, una certeza plena en relación con la causalidad, pues no se produce un suceso real sino posible, que no puede calcularse con absoluta seguridad; el porcentaje de inseguridad restante depende solamente de la limitación de la capacidad de conocimiento humano.¹⁵³

¹⁵² **Así, Jescheck, p 852.**

¹⁵³ **En sentido contrario Ordei, para quien la probabilidad rayana en la certeza no es suficiente para imputar un resultado en un comportamiento positivo, porque supondría convertir un delito de resultado en delito de**

Criterios para la determinación de las posiciones de garantía

Una clasificación tradicional basada en la fuente de la que surge el deber jurídico (teoría formal del deber jurídico) hacía referencia a tres tipos de fuentes: la ley, la especial aceptación o contrato y el actuar peligroso precedente, a las cuales se incluyó posteriormente la estrecha relación vital. Este es el criterio que sigue la Sala Constitucional costarricense,¹⁵⁴ que sobre este particular ha mantenido la posición de nuestra Sala Tercera, al considerar que las fuentes para determinar la posición de garante son la ley, el contrato y finalmente las relaciones del agente con el bien jurídico, estableciendo además la injerencia, o sea el comportamiento anterior del agente que produce el riesgo para el bien jurídico protegido.

Sobre dicho particular ha indicado la Sala Constitucional: “Para el caso la función de garante, las circunstancias propias del caso y la producción del resultado, sirven de marco suficiente para cerrar el contenido del tipo amplificado, supuesto restringido a quienes en razón de su obligación de impedir un resultado, tenían el

peligro. Además un segundo problema se presenta a la hora de aplicar la probabilidad rayana en la certeza establecida a nivel de principio, pues esta muchas veces no es posible de encontrarla en la vida real.

¹⁵⁴ **Así resolución 027720-98 de las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho**

deber de realizar la acción que omitieron, la que se logra establecer la acción omitida por medio de la fórmula de la causalidad hipotética que conlleva a equiparar la omisión con la acción, cuando de realizarse la acción esperada el resultado no se hubiera producido. Desde luego que el deber de actuar (función de garante), le debe estar impuesta al responsable por el ordenamiento jurídico, por un acto del que devenga la obligación de actuar (salvavidas) o por haber producido el riesgo del resultado (quema de rastrojos)”¹⁵⁵.

En el mismo sentido la Sala Tercera¹⁵⁶, al cuestionarse sobre el significado de

¹⁵⁵ **Con respecto a esta resolución, opina Castillo, “El Delito de Estafa, p 122”, “ Por el contexto de la totalidad de la resolución de la Sala Constitucional, queda claro, -a pesar de la imprecisión terminológica de la sentencia- que cuando se dice que la obligación de actuar le debe ser impuesta al sujeto por el ordenamiento jurídico se refiere a la ley y no a la totalidad del ordenamiento jurídico, que cuando la resolución habla de “un acto del que devenga la obligación de actuar (salvavidas)”, se refiere a un contrato y cuando se refiere a “haber producido el riesgo del resultado”, se refiere a un comportamiento precedente peligroso para el bien jurídico, o injerencia.”**

¹⁵⁶ **Así Sala Tercera, voto N° 580 de las 10:15 horas d el 21 de diciembre de**

la frase "...y si debía jurídicamente evitarlo..." que se indica en el artículo 18 del Código Penal ha dicho "...El otro aspecto importante a analizar es si el agente debía jurídicamente evitarlo. ¿Qué debemos entender por esta frase? ¿Se trata solo de los deberes expresamente establecidos para los funcionarios públicos (incumplimiento de deberes, artículo 330; denegación de auxilio, artículo 331, ambos del Código penal) y de aquellos asuntos en que la ley hace surgir ciertas obligaciones en virtud de vínculos familiares como ocurre con los alimentos (artículo 185 ibidem)? ¿O también debemos entender comprendida cualquier otra circunstancia en que el particular está obligado en virtud de una relación contractual a cumplir ciertos deberes de administración, de custodia o de control? La obligación de evitar el resultado alcanza a los tres supuestos, con la diferencia que en algunas situaciones el legislador tipifica de manera particular la omisión o el incumplimiento de los deberes, como sucede en los delitos antes mencionados..."¹⁵⁷.

La constante evolución doctrinal estableció que las fuentes formales no eran suficientes para delimitar los deberes de garante, toda vez que al no reparar sobre el contenido del deber jurídico tampoco establecía ningún elemento material de

1994

¹⁵⁷ **Ver críticas a las fuentes formales en Bacigalupo, "Delitos Impropios", p 125**

delimitación. Este aspecto fue superado cuando Armin Kaufmann añadió algunos criterios materiales de distinción. Para este autor debe hacerse una distinción entre deberes de garante relativos a la protección de determinados bienes jurídicos y la responsabilidad por determinados deberes de garantía. Con tal bipartición, se logra delimitar la posición de garantía derivada de la libre asunción, respecto a la generada por el dominio de un ámbito peligroso. En el segundo caso al titular de ese dominio se le confía ex ante la función de velar por que el ámbito peligroso que está bajo su tutela (proximidad social) no involucre la emergencia de daños para una pluralidad indeterminada de personas cuya integridad física “depende” de que cumpla con esta obligación que no fue asumida voluntariamente, sino impuesta por la sociedad (guardavías, propietarios de animales peligrosos).

Jescheck¹⁵⁸, por su parte propugna por que, con el propósito de evitar una excesiva extensión de fuentes de deber, se unan tanto los criterios formales como materiales.

No basta la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido y de la evitabilidad del mismo, para imputar un resultado al sujeto de la omisión. Es necesario, además, que este sujeto tenga la obligación de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes

¹⁵⁸ "Tratado..", P 856.

cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión. Lo anterior lleva a la conclusión de que en los delitos de comisión por omisión, el sujeto activo no puede ser cualquier sujeto que pueda evitar el resultado, sino solo aquel sujeto que se encuentra en la situación fundamentadora del deber de garantía, lo que hace que los delitos de comisión por omisión, sean verdaderos delitos especiales¹⁵⁹.

La principal dificultad con la que nos enfrentamos a la hora de definir la posición de garante es, precisamente, que en el tipo legal del delito comisivo no se mencionan expresamente los deberes que lo fundamentan, pues en estos solo se describe expresamente una acción positiva, de allí que en algunos casos hasta se hable de violación al principio de legalidad contra los delitos de omisión impropia, dado que no están expresamente establecidos.

De lo anterior concluimos que los delitos de comisión por omisión son tipos abiertos, porque en los respectivos tipos penales no se describe cuáles son los deberes que fundamentan la posición de garante ¹⁶⁰.

¹⁵⁹ **Así, entre otros, Rodríguez Mourullo, p 97**

¹⁶⁰ **La Sala Constitucional sobre este punto ha dicho ““...Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que la vaguedad de algunos**

De la posición de garante pueden surgir deberes de protección relativos a determinados bienes jurídicos. Estos a su vez se subdividen en:

a- una vinculación natural con el titular del bien jurídico que origina deberes de garante en relación con un vínculo jurídico. Se refiere a los parientes más próximos que tienen el deber de evitar de forma recíproca los peligros que atenten contra la integridad física o la vida. Se incluyen dentro de este grupo las relaciones de protección del padre hacia el hijo, y del hijo hacia el padre solamente si este último está en una relación de dependencia; también existe una especial relación de protección recíproca entre cónyuges, la que se puede ampliar a uniones de hecho por cuanto, como se dijo al principio, la vinculación es natural y no jurídica, dado que posee un vínculo jurídico que le otorga eficacia jurídico-penal. La jurisprudencia alemana ha admitido el deber de garante en las relaciones de afinidad y noviazgo. Se discute en doctrina si también se pueden proteger mediante este instrumento

tipos penales abiertos, concepto que no debe confundirse con la llamada norma en blanco, si podría producir quebranto del principio de ley previa, pero únicamente cuando tal vaguedad rebasa los límites de racionalidad, dejando al juzgador demasiado margen de interpretación a la hora de pronunciar el derecho...”Así resolución 027720-98 de las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho

bienes jurídicos de inferior valor a la integridad física y a la vida.

Consideramos que, en virtud de que los deberes de garante deben ser restringidos, la inclusión de otros bienes jurídicos de menor rango contribuiría a fortalecer las críticas que se hacen al esfuerzo dogmático de establecer parámetros de delimitación del deber de garante¹⁶¹.

b- Las estrechas relaciones comunitarias de vida y de peligro. En estas, mediante una causa de confianza recíproca, surgen relaciones de dependencia mediante las cuales los sujetos asumen mayores riesgos u omiten otras medidas precautorias. Tal es el caso de la convivencia entre homosexuales, del parapléjico que requiere de asistencia permanente dentro del hogar y del guía turístico que ante un accidente debe proporcionar al grupo los implementos de subsistencia básicos en tanto busca ayuda. A esta fuente se le critica que su imprecisión contribuye más a los cuestionamientos de legalidad en su aplicación¹⁶².

c- La tercera fuente reconocida de los deberes de garante se denomina asunción voluntaria, y opera en favor del que se encuentra en peligro, ante este o ante un tercero. En tal caso, otras personas confiadas en las manifestaciones

¹⁶¹ **Así, entre otros Novoa, p 146.**

¹⁶² **Así, Novoa, p 144.**

expresas del garante de que intervendrá, se exponen a un peligro mayor o no se procuran otro tipo de protección. Son ejemplos de este tipo, el médico que sustituye en la guardia a otro; el alpinista experimentado que guía a un grupo por la montaña o el cantinero que saca a un cliente ebrio a la calle y lo deja a su suerte.

Un segundo grupo de posiciones de garante conforma la llamada responsabilidad por determinadas fuentes de peligro. En estos casos, el garante debe mantener únicamente bajo control la propia fuente de peligro. Pueden distinguirse tres subgrupos:

a- El deber de garante por un hacer precedente peligroso. Es un principio según el cual toda persona está obligada a evitar que se produzcan lesiones de bienes jurídicos cuando a raíz de su conducta previa se haya provocado el peligro de producción de este resultado (injerencia). No obstante la sola causación de un peligro no es suficiente para que se produzca el deber de evitar un resultado. La injerencia debe reducirse, de modo que el hacer precedente debe haber ocasionado el peligro próximo (adecuado) de producción del daño, el comportamiento previo debe haber sido objetivamente contrario al deber (aunque no sea culpable) y la perturbación ha de ser lo suficientemente importante para que, según las convicciones jurídicas de la colectividad, sea posible responsabilizar al perturbador

por no haber evitado el daño¹⁶³. Se citan como ejemplos, entre otros, el del conductor que, contrario a su deber, pone en peligro de muerte a otro, por lo que debe buscar ayuda médica como garante; quien poda un árbol a la orilla de la calle debe velar porque las ramas no caigan encima de los transeúntes; quien hace fuego en el bosque para calentarse debe impedir que degenera en quema incontrolable.

Lo que importa es la posición del autor respecto al bien jurídico, de modo que los casos de injerencia se pueden incluir dentro de una categoría más amplia como es el “cuidado de una fuente de peligros frente a daños que de ella puedan derivarse”. Debe determinarse si el autor tiene el dominio del ámbito dentro del cual se ha de producir el resultado típico¹⁶⁴. Una vez establecido este elemento, hay que determinar si la conducta precedente es contraria al deber, es decir, si la posición de garante requiere que el autor haya creado un peligro adicional al permitido a la fuente que bajo su dominio debía proteger, para que su omisión sea equivalente a una acción. Si no es así, no habrá posición de garante.

¹⁶³ **De acuerdo con Novoa las reglas propuestas por Jescheck demuestran a partir de la vaguedad y discrecionalidad de los límites propuestos, la incertidumbre de esta clase de principios de origen doctrinal. Ob., Cit, p 146 nota 118.**

¹⁶⁴ **Así, Bacigalupo,, “Problemas Actuales de las Ciencias Penales”, p 114**

b- Deber de garante para el control de fuentes de peligro. Se refiere a aquel que tiene dominio de las fuentes de peligro de forma independientemente a si se ha asumido voluntariamente la custodia, o si proviene de un hacer precedente peligroso. Su razón de ser es que quien explote un bien que de alguna manera incida en otros, o que por sus propias particularidades afecte a otros, debe tener dominio sobre los eventuales peligros que puedan surgir. Es el caso del deber de iluminar un pasillo en la entrada de los apartamentos por donde ingresan los inquilinos; en el mismo sentido, será responsable por las lesiones sufridas, el propietario del autobús que no lo mantiene en óptimas condiciones, al igual que si permite que lo conduzca alguien que no tiene la respectiva licencia.

c- Deber de garante en relación con la actuación de terceras personas.

Similar al anterior, este deber de garante es independiente de la asunción voluntaria de custodia o del actuar precedente peligroso. Su fundamento estriba en que en razón de la posición de autoridad o vigilancia, el sujeto debe dominar los peligros de la persona que está bajo su resguardo. Se citan como ejemplos de este deber de garante, el de la maestra que debe cuidar que sus alumnos no cometan hechos punibles, lo mismo que el del vigilante de la prisión en relación con las conductas delictivas de los prisioneros que están bajo su custodia.

Los deberes de garante hasta aquí vistos pueden relacionarse entre sí, lo que equivaldría a un fortalecimiento de la acción de salvación. En caso de colisión de

deberes, el estado de necesidad puede darse cuando a una persona le incumbe el cumplimiento de dos deberes que a la vez implican comportamientos excluyentes, de tal manera que el cumplimiento de un deber determina la lesión del otro. En este supuesto, habrá justificación cuando en una colisión de intereses de igual jerarquía se cumpla con uno de ellos y se incumpla con el restante.

A manera de conclusión a pesar de las fuertes críticas realizadas en torno al esfuerzo doctrinario por realizar una clasificación de los deberes jurídicos de actuar, la codificación formulada por Jescheck en buena medida contribuye a delimitar los alcances y limitaciones de los delitos de omisión impropia. Un aporte adicional, según nuestro criterio, es que se constituye en una base de la cual se puede partir, pero de ninguna manera encierra dentro de su ámbito expuesto los deberes de garante, los cuales han de ser descifrados por la jurisprudencia en el caso concreto; a partir de allí se podrá establecer si el sujeto estaba en la obligación jurídica de evitar el resultado mediante una acción positiva. Lo anterior no significa, como se ha pretendido hacer ver, que se esté vulnerando el principio de legalidad, pues hay que reconocer que es prácticamente imposible realizar una expresa tipificación legal de todos los supuestos de comisión por omisión; la incorporación de una cláusula general como la nuestra viene, en alguna medida, a solventar la exigencia de un deber jurídico de garantía, sin que con ello deba renunciarse a la posibilidad de reducir vía legislativa las hipótesis en las que existe un deber jurídico de garantía.

CAPITULO OCHO

I- TIPO PENAL DEL DELITO DE COMISION POR OMISION

a- Tipo Objetivo. Estructura

Los aspectos objetivos del tipo de omisión dolosa encuentran, al igual que en los delitos de acción, diversas exigencias para que el hecho corresponda a una descripción legal, sean estas descriptivas o normativas. No obstante tratándose de delitos de omisión impropia, estos elementos no están expresamente consagrados, lo cual obliga al juzgador a la complementación del tipo penal respectivo.

Los delitos impropios de omisión son infracciones no tipificadas del deber de impedir un resultado producto de un delito de comisión (tipificado). Estos delitos son una variedad no tipificada de los de comisión, en los que el no evitar un resultado equivale a la producción del mismo.

No en todos los casos puede darse una correspondencia entre la producción de un resultado y la omisión de impedirlo, pues en algunos tipos penales está excluida de antemano; ejemplo: el delito de violación, que requiere de una acción, no es imaginable en forma omisiva; la coacción que requiere del obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo, requiere del uso de amenazas o intimidación. Lo mismo

puede decirse de los delitos que requieren apoderamiento como el robo y el hurto, e incluso el uso de fuerza o amenazas –como sucede con el robo; de ello se concluye que la correspondencia entre la producción de un resultado y la omisión de impedirlo como formas de realización del tipo penal debe ser examinada caso por caso.

La comprobación de la tipicidad en los delitos omisivos, demanda la verificación de los mismos elementos vistos en los delitos de omisión impropios (situación generadora del deber, no realización de la acción y capacidad de hecho para ejecutarla); además de lo anterior hay dos elementos diferenciales: el resultado y la imputación objetiva y la posición de garante.

La comprobación de la tipicidad en los delitos omisivos impropios, demanda la verificación de los mismos elementos vistos en los delitos de omisión propios; (situación generadora del deber, no-realización de la acción y capacidad de hecho para ejecutarla), pero además hay tres elementos diferenciales:

- 1- la producción del resultado.
- 2- una estrecha relación vital entre el omitente y el bien jurídico en peligro (posición de garante)
- 3- una relación de causalidad hipotética (imputación objetiva) entre la omisión y el resultado en donde se permite afirmar que si el omitente hubiese realizado la acción omitida habría podido evitar el resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

El deber de evitar un resultado es esencial de los delitos impropios de omisión pero no lo es en los propios; así mismo en los delitos propios de omisión se define en el tipo quién debe responder por el deber o quién es el obligado a realizar la conducta mandada; en cambio, en los impropios depende de la determinación de quién ocupa la posición de garante.

Los elementos objetivos del tipo omisivo describen al sujeto de la omisión, la situación típica, el objeto del hecho y la producción del resultado. Como en cualquier delito de acción, ha de determinarse la presencia de un sujeto de acción, de un objeto material de la acción¹⁶⁵ y la existencia de un resultado de la acción.

b- El sujeto de la omisión

El círculo de autores posibles se halla limitado en los delitos de omisión impropia. Corresponde al juez determinar al autor, a partir de la denominada posición de garante, que supone una especial relación entre el agente y el bien jurídico, como el cuidador, vigilante, “el que” en algunos tipos penales.

c- La situación típica

¹⁶⁵ **De acuerdo con Castillo, “...el objeto material del delito son las personas o cosas sobre los que recae la acción...”**

En los delitos de omisión impropia, la situación objetiva se deriva de la producción de una afectación al bien jurídico, de forma equivalente a los tipos de acción, pero omitiendo la conducta debida¹⁶⁶.

d- Producción del resultado a consecuencia de la no realización de la acción esperada

Se requiere la presencia de un resultado en sentido físico, según se desprende del artículo 18, párrafo segundo del Código Penal al señalar “...responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo...”. Se puede hablar de una omisión penal desde el mismo momento en que el sujeto lleva a cabo una acción distinta a la típicamente esperada como prestación positiva en resguardo de determinado bien jurídico.

En opinión de Silva Sánchez¹⁶⁷, este concepto de acción, cuya ausencia determina la producción de una realización típica omisiva, es único y común para todas las omisiones. Por acción debe entenderse una conducta que, desde una perspectiva ex ante, se estima objetivamente apropiada para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una prestación positiva. El agente debe

¹⁶⁶ **Así Velázquez, p 449**

¹⁶⁷ **“El delito de Omisión”, p 289.**

exteriorizar una conducta distinta a la ordenada, o sea, la no ejecución de la acción mandada, por lo que resulta irrelevante que la acción realizada alcance o no el fin.

e- Posibilidad real (física-real) para la realización de la acción esperada

El sujeto activo debe tener la posibilidad efectiva de realizar la conducta ordenada; de lo contrario el comportamiento que lleve a cabo de manera distinta será atípico. Por ejemplo el saber nadar si ésta es la única manera de emprender el salvamento.

f- Posición de garante

La posición de garante no puede derivarse a partir de deberes morales sino de deberes jurídicos; de ahí que la discusión se ha concretado en establecer cuándo existe esa posición de garante, la cual resulta ser un elemento indispensable en los delitos de comisión por omisión¹⁶⁸.

EL DOLO EN LA OMISION

Tipo Subjetivo. Estructura

El tipo subjetivo de los delitos propios e impropios coincide totalmente, pero se percibe una diferencia con respecto al dolo del delito de comisión, ya que este

¹⁶⁸ **Ver supra, capítulo siete**

consiste en la voluntad de realizar una acción, en tanto que en la omisión falta la realización de una acción; no existe un dolo de omitir en el sentido de conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo: el dolo de la omisión tiene una estructura propia.

Indudablemente existe un componente subjetivo en el delito omisivo, conformado no solamente por el dolo, sino también por los elementos subjetivos especiales del delito de que se trate.

1- Elementos

a- El dolo. Entendiendo el dolo como la voluntad de realización del tipo, en principio, deberíamos negar la existencia del "dolo de omisión", pues este solo representaría la ausencia de la acción debida¹⁶⁹.

En opinión de Jakobs, mientras que en los delitos de comisión la acción se quiere actuando hacia un fin, en los delitos de omisión el omitente no realiza la

¹⁶⁹ **Bacigalupo, "Delitos Impropios...", p 92 niega la existencia del dolo omisivo, considerando que dolo entendido como conocimiento y voluntad de realización del tipo, no puede pasar de manera directa a los delitos omisivos, siendo además la denominada omisión querida, la omisión consciente acompañada del conocimiento del poder final del hecho del autor.**

acción de salvación, permanece inactivo, por lo que no se puede hablar de dolo en sentido estricto sino de un delito omisivo cuasidoloso, que no requiere la exigencia del conocimiento de la capacidad de evitación (causalidad salvadora hipotética), sino únicamente la cognoscibilidad.¹⁷⁰

El contenido del dolo en los delitos de comisión es el conocimiento y la voluntad de querer los elementos objetivos del tipo legal al que pertenecen. Este querer implica un hacer activo, mediante el cual el autor se conforma con la realización del tipo legal o al menos acepta como probable su realización.

En los delitos improprios de omisión, al dolo del tipo pertenece la voluntad de no actuar a pesar de saber la totalidad de las características objetivas del tipo y conocer que la evitación del resultado es posible¹⁷¹, además de reconocer las circunstancias que fundamentan el deber de garante.

Tanto en los delitos de comisión como en los de omisión, el dolo del autor consiste en la voluntad de lesionar el bien jurídico; la diferencia es que en los primeros la lesión se produce por un actuar del agente, en tanto que en los delitos omisivos este toma la decisión de no actuar. En uno hay un empleo activo de

¹⁷⁰ **Así Jakobs, derecho penal.. " P 1013.**

¹⁷¹ **Así Wessels, "derecho penal..", p 219.**

energía; en otro se da la determinación de no emplear esa energía con la intención de no evitar el resultado. Consecuentemente, el elemento volitivo del dolo en los delitos de omisión radica en la decisión del autor de permanecer inactivo ante el resultado que le es posible evitar mediante una conducta activa¹⁷².

La decisión de no actuar se puede dar tanto porque el autor realice una acción distinta o bien porque se mantenga pasivo ante el resultado que se produce.

El elemento cognoscitivo del dolo en los delitos de omisión está conformado por el conocimiento del autor, cierto o probable, de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico en los términos y alcances del tipo de ese bien jurídico determinado. Además debe prever como posible la realización del tipo penal y su aceptación en caso de producirse el resultado.¹⁷³

El contenido de los delitos de omisión, al igual que en los delitos de comisión, está conformado por el conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo penal.¹⁷⁴

¹⁷² **Así Castillo, "El Dolo..", p 205.**

¹⁷³ **Así, Castillo "El Dolo..", p 205.**

¹⁷⁴ **Así, Jescheck "Tatado..", p 865.**

b- Elementos subjetivos especiales del tipo distintos al dolo

Tratándose de delitos de omisión impropia, en el caso concreto se hace difícil establecer claramente estos elementos. A manera de ejemplo, en el delito de homicidio por omisión se discute doctrinalmente la configuración del elemento "...Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito...", debiéndose discutir en el caso en particular si procede la equivalencia con el tipo comisivo.¹⁷⁵

2- Clases de dolo en el delito de omisión

Según la intensidad en que se pueda presentar el elemento volitivo, Castillo¹⁷⁶ distingue entre dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual.

Cuando el autor de la omisión escoge con preferencia la no realización de la acción salvadora frente a la acción correspondiente, incurre en una omisión dolosa siempre intencional. Es entendible esa intención de producir el resultado con la conducta omisiva adoptada, si el individuo cree posible que se produzca el resultado y si tiene la disposición psíquica de no actuar de la forma esperada para que el resultado se produzca. Solo ante estos casos en que el autor prefiere la situación sin

¹⁷⁵ **Así, Velázquez Velásquez, p 451**

¹⁷⁶ **Castillo "El Dolo..", p 206.**

acción de evitación de un resultado, a aquella que con su acción se evite, podrá hablarse de que la realidad pretendida configura la clase de dolo de intención. Ejemplo: quien observa como su hijo de cuatro años se acerca a la cocina encendida y no lo detiene para enseñarle una lección, considerando que probablemente se quemará, tiene el dolo de lesión por omisión.

En el dolo directo de segundo grado, el autor juzga la realización del tipo objetivo como segura, conocedor de su posición de garante y de la acción que debe desplegar para evitar el resultado lesivo al bien jurídico.

En el dolo eventual, el autor no se representa la realización del tipo objetivo más que como posible. La realización dolosa del tipo dependerá de la actitud del autor frente a la posibilidad de realización del tipo, si conociendo que con la realización de la acción esperada puede evitar el resultado.

La teoría del asentimiento exige que el autor haya aprobado interiormente la realización del tipo. Para la teoría de la probabilidad se da la realización dolosa del tipo cuando el autor se ha representado su realización no solo como posible sino también como probable.

En la actualidad se sigue el punto de vista que admite el dolo eventual cuando el autor ha tomado en cuenta la posibilidad de la lesión del bien jurídico y se conforma con ella. Tal conformidad se dará cuando el autor no actúa, confiando que

la realización del tipo no tendrá lugar y no ha hecho nada para evitarla, aunque la acepte si se produce. Cuando el autor se ha representado la posibilidad de la realización del tipo, y omite impedir el resultado bajo la creencia de que esta no tendrá lugar, estamos en presencia de la llamada culpa consciente. Para la existencia del dolo, el autor debe conocer las circunstancias de hecho que afirman su posición de garante. Un error en estas circunstancias de hecho conduce a un error de tipo que excluye el dolo. Por ejemplo, la persona que ve a una viejecita cruzar la autopista en una hora pico y omite rescatarla, la cual resulta atropellada, sin percatarse de que se trata de su anciana madre.

Por su parte, el conocimiento de la obligación de garante que se deriva de la obligación especial de evitar el resultado, como hemos dicho, no forma parte del tipo penal sino de la antijuridicidad. Si el sujeto omite actuar, a pesar de conocer su posición de garante, porque considera que el ordenamiento jurídico le concede permiso para tomar una actitud pasiva (cree que no actúa justificadamente) se estaría en presencia de un error de prohibición indirecto; este último, si es invencible, excluye la culpabilidad, en tanto si es vencible hace que el dolo permanezca, pero atenúa la pena. El padre que observa -sin intervenir- cómo su hijo se enfrasca en una pelea, la cual no detiene considerando que así se forman los seres humanos, pero a la postre su hijo sufre una fractura de nariz.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, para que el dolo exista, el autor debe

saber que el resultado lesivo al bien jurídico puede evitarse mediante su acción, pues la omisión de la acción esperada es un elemento normativo de los delitos de omisión¹⁷⁷. Debe conocer cuál es la acción de salvamento concreta y, a pesar de ello, de forma dolosa decidir no realizarla. No basta un conocimiento general de la acción de salvamento, sino la propia y concreta forma de evitar la lesión del bien jurídico mediante una determinada conducta activa, la cual finalmente de forma dolosa se decide no realizar, por lo que el resultado evitable se produce. Si no se conoce cuál es la precisa acción de salvamento que debe asumir el autor, faltará el dolo en su omisión.

3- Causales de atipicidad

Como sucede en las otras estructuras típicas, en los delitos de omisión dolosos la tipicidad se puede excluir por la ausencia de los elementos objetivos del tipo, como por ejemplo que el sujeto no tenga la calidad exigida por el tipo, o que no se haya producido el resultado o nexo de evitación. También puede ocurrir que no se configuren los elementos subjetivos del tipo, como la falta de dolo, o de alguno de los elementos subjetivos especiales distintos del dolo. El ejemplo de atipicidad mayormente mencionado en doctrina, se refiere al desconocimiento de la posición de garante, que implica a su vez un error tipo que puede ser vencible o invencible.

¹⁷⁷ Así, Castillo "El Dolo..", p 210.

4- El delito doloso de comisión por omisión

De lo expuesto, evidentemente existen delitos dolosos de comisión por omisión y, igual que en el delito de doloso de acción, se exige la seguridad de que, como consecuencia de la inactividad de un foco de peligro, este haya desembocado con seguridad (aspecto objetivo) de forma intencional (aspecto subjetivo), en un resultado típico¹⁷⁸. Quedan por fuera, y serán sancionados como delitos de omisión propia, todos aquellos casos en que el omitente no esté al cuidado de una fuente de riesgo en la cual se produzca una lesión a determinado bien jurídico y que no era previsible, pues no estaba nadie previamente encargado de vigilar esa fuente de peligro. Existirá un delito doloso de comisión por omisión cuando el encargado de vigilar un foco de peligro que previamente le ha sido encomendado, o cuyo cuidado ha asumido, mediante la ausencia de una medida de precaución que le corresponde, la omite intencionalmente, por lo que se produce el resultado típico. Por ejemplo, será responsable a título de dolo, el anestesista que con la intención de causar la muerte a la paciente, permanece inerte ante el sonido de alerta del monitor que anuncia complicaciones, transformándose de manera dolosa el foco de peligro permitido en prohibido, que será con seguridad el causante del resultado típico.

Dentro del ámbito familiar también pueden producirse delitos dolosos de

¹⁷⁸ **Así, Gimbernat, p 247**

comisión por omisión. Se trata de aquellos casos en que el familiar haya resultado muerto o lesionado en razón de ser por sí mismo un foco de peligro, dada su edad, inmadurez o incapacidad. En el caso de los niños, estos no pueden valerse por sí solos ni tienen la suficiente madurez intelectual para evitar los peligros, de modo que dependen de las medidas de precaución que asuman aquellas personas más cercanas a quienes les ha sido confiado su cuidado. Si al niño que se resbala en la bañera no se le incorpora, no se alimenta al recién nacido, o no se llama al doctor por aquel que sufre de meningitis, la persona encargada de su protección responderá por su muerte o lesión de forma dolosa si sobreviene intencionalmente, o culposa si es por un actuar contrario al deber objetivo de cuidado. Lo mismo ocurre en el supuesto en que la esposa deje sin atender al consorte que se haya postrado en una cama, cuadraplégico, incapaz de valerse por sí mismo y esta no tome las medidas de precaución, de modo que sobreviniera lesión o muerte; es claro que tal resultado sería atribuible a ella por omisión impropia de forma dolosa o culposa, de acuerdo con la conciencia que tuviera la omitente del riesgo objetivo que estaba obligada a controlar.

CAPITULO NUEVE

I- LA PARTICIPACION EN LOS DELITOS DE OMISION

1- Autoría, participación y tentativa en los delitos de omisión

a- Autoría

El Código Penal, en el artículo 45, da el concepto de autor: " Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realiza por sí o sirviéndose de otro u otros y, coautores los que lo realizan conjuntamente con el autor".

De la anterior definición de hecho punible se pueden extraer tres clases de autoría: directa, mediata y coautoría. El dominio del hecho puede presentarse de diferentes maneras^{179 180}: como dominio de la acción (consiste en la realización de la

¹⁷⁹ **De acuerdo con Chinchilla, la teoría del dominio del hecho no es aplicable a los delitos de omisión, pp 209-213.**

¹⁸⁰ **Igualmente Welzel y Kaufman, citados por Bacigalupo "Delitos Impropios..", p 163, han rechazado la posibilidad de que se pueda aplicar a los delitos de omisión la teoría del dominio del hecho, pues niegan la existencia de formas de participación en este tipo de delitos.**

propia acción) que es el supuesto de la autoría directa; como dominio de la voluntad (que consiste en dominar el hecho mediante el dominio de la voluntad de otro), que se refiere a la autoría mediata; y como dominio funcional del hecho (que consiste en compartir el dominio funcionalmente con otro u otros) que son los casos de coautoría.¹⁸¹

a.1 Autoría directa

Autor directo es el que realiza personalmente el delito, es decir el que de un modo directo y personal realiza el hecho. Este concepto se encuentra implícito en la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo delictivo de la parte especial.

a.2 Autoría mediata

Autor mediato es el que se vale de otro para la realización del tipo. La autoría mediata presupone dominio del hecho, como la autoría, así como la posesión de los demás elementos de la autoría. El autor mediato controla el hecho mediante el dominio instrumental de un agente que realiza el tipo en forma inmediata.

2- Coautoría

Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias

¹⁸¹ **Así Cuerda Riezú, p 288.**

personas que, en virtud del principio de reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por tanto, como un todo, y el resultado total debe atribuirse a cada autor independientemente de la entidad material de su intervención. El coautor debe tener todas las características exigidas para el autor.

No se discute en doctrina la posibilidad de que la autoría inmediata se cometa por omisión. Se exige para ella lo mismo que se requiere para el correspondiente tipo de comisión. Es preciso que en los delitos de omisión propia o impropia se den todos los elementos típicos y además un elemento adicional que para algunos es la posición de garante; o bien la creación del riesgo de que se produzca la lesión del bien jurídico y para un tercer grupo la creación o el aumento del riesgo de lesión¹⁸². Autor es en los delitos de omisión propia e impropia aquel que realiza el tipo por su propia omisión; por ejemplo, quien pudiendo hacerlo no socorre a una persona herida o amenazada de algún peligro (artículo 144 del Código Penal), caso de omisión propia, en tanto es autor de un delito de omisión impropia quien a pesar de

¹⁸² **De acuerdo con Castillo "El dolo", p 203. Son elementos del tipo objetivo en los delitos de omisión la situación típica, la ausencia de la acción esperada y la capacidad de acción individual en la situación concreta. En igual sentido Jescheck "Tratado de derecho", p 865.**

su especial posición de garante de un determinado bien jurídico omite, a pesar de poder evitarlo, un resultado lesivo.

Más discusión ocasiona la posibilidad de la autoría mediata por omisión. Una parte de la doctrina la acepta, en tanto otra la rechaza, indicando que hay casos en los que no es imaginable la instrumentalización de un sujeto mediante una omisión.¹⁸³

La doctrina dominante rechaza la posibilidad de la autoría mediata por omisión¹⁸⁴. Se cita como ejemplo el enfermero que en un hospital omite voluntariamente que un enfermo mental agrede a otro paciente. Este caso convierte en autor directo por omisión al enfermero, quien en todo momento mantiene su responsabilidad como garante de las actuaciones de las personas que están bajo su protección.

Sobre este punto Castillo hace una exposición de cuatro tipos de autoría que en principio se pueden considerar como autoría mediata pero que en realidad no lo son¹⁸⁵.

¹⁸³ **Así, Bacigalupo, "Principios..", p 268.**

¹⁸⁴ **Así, entre otros Jescheck "Tratado de derecho", p 931.**

¹⁸⁵ **"La Autoría Mediata", pp 159-163.**

La primera distinción es la del obligado que no impide, a pesar de poder hacerlo, que se produzca el resultado a manos de una persona no responsable o no culpable. Por ejemplo, la madre que observa cómo su hijo de cinco años obstruye con una almohada las vías respiratorias de su hermano recién nacido. En este caso no hay autoría mediata del delito de homicidio o lesiones por omisión impropia, sino autoría inmediata de omisión impropia, por no haber evitado el resultado a pesar de su posición de garante y de estar en posibilidades de hacerlo.

La segunda forma es aquella en que un no obligado determine a un obligado, por los medios normales, a omitir la conducta esperada. Un ejemplo de este tipo es el sujeto que convence al guardia que vigila en la torre principal de una prisión para que no evite que un prisionero sea apuñalado por otro. En este caso, el sujeto no puede ser autor mediato del delito de lesiones o muerte por omisión impropia, sino a lo sumo cómplice del autor directo del delito.

El tercer supuesto es cuando un obligado determine a un no obligado a omitir la acción de salvamento o le impida realizarla. Ejemplo de este tipo es el paramédico que por la fuerza impide que el samaritano le dé masaje al corazón al anciano que sufrió un infarto. En este caso mediante un acto positivo se impide que el samaritano salve la vida del anciano, por lo que no se trata de una autoría mediata mediante una acción positiva, sino de una autoría inmediata mediante una acción positiva.

El último supuesto es aquel en que la omisión de garante produce un hecho

justificado. Castillo disiente de Jakobs al considerar que en el ejemplo propuesto por este último hay un delito de privación de libertad mediante omisión y una autoría mediata a la vez, no por omisión sino por un estado de necesidad, cuando el cuidador de un edificio no libera de forma dolosa a la persona que se encuentra encerrada y esta rompe la puerta para liberarse.

En lo que respecta a la coautoría como modalidad de autoría mediante omisión, en doctrina se mantienen divididas las posiciones de aceptación y rechazo.

3- Participación

La participación es una categoría dogmática que se caracteriza por estudiar el problema de aquellos que, tomando parte en un delito, no realizan la acción típica, posición que alcanza a los instigadores y cómplices porque sus acciones contribuyen a la realización del delito por el autor, pero no son acciones típicas en el sentido de que no realizan por sí solas la acción descrita en el tipo: determinar a otro a matar a un tercero (instigar) no es matar a otro; prestar ayuda a un segundo para que robe no es robar, sino cooperar en un robo y, por lo tanto, complicidad.

La participación no es un concepto autónomo sino dependiente del concepto de autor y solo sobre la base de este puede enjuiciarse la conducta del partícipe. Es decir, el delito por el que pueden enjuiciarse los distintos intervinientes en su realización es el mismo para todos (unidad del título de imputación), pero la

responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (accesoriedad de la participación). No puede hablarse de participación si no existe un hecho por lo menos típico y antijurídico, cometido por alguien en su calidad de autor, ya que no hay razón para castigar a quien se limita a participar en un hecho penalmente irrelevante o lícito para su autor (accesoriedad limitada).

Cuando el partícipe se sirve del hecho atípico o lícito del autor para cometer un delito, se le puede sancionar, pero solo como autor mediato, porque el partícipe domina la realización del hecho. Para sancionar la participación en un delito no es necesario que el autor sea culpable, ya que la culpabilidad es una cuestión personal que puede ser distinta para cada interviniente en el delito o incluso faltar en uno de ellos (ejemplo, enfermo mental).

La participación solo es punible en su forma dolosa, es decir, el autor debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es autora de un hecho doloso. El carácter doloso del hecho principal está impuesto por la naturaleza misma de la participación. Instigar es crear el dolo en el autor. La complicidad presupone que otro es el autor y por lo tanto que tiene el dominio del hecho y este no es posible sin dolo.

Por lo demás, la participación depende de que el hecho del autor haya alcanzado, por lo menos, el estadio de la tentativa, es decir, que implique un comienzo de la ejecución del hecho punible.

Si existe un error del partícipe, este debe ser tratado de acuerdo con las reglas sobre el error, pero como no cabe la participación culposa, cualquier tipo de error (vencible o invencible) sobre un elemento esencial del tipo delictivo cometido por el autor excluiría la responsabilidad del partícipe.

a- El instigador

Instigador es el que dolosamente determina a otro, en forma directa, a la comisión de un delito. El Código Penal lo define así: “*Son instigadores, quienes intencionalmente determinen a otro a cometer el hecho punible*” (artículo 46 del Código Penal). La instigación se caracteriza por hacer nacer en otro la idea de cometer un delito, pero quien domina y decide la realización del mismo es el instigado, pues de lo contrario el instigador sería autor mediato.

La punibilidad del instigador depende de:

- Que el instigado no estuviera ya con anterioridad determinado a cometer el delito.
- Que el instigado dé comienzo, por lo menos, a la ejecución del hecho (artículo 24 y 48 del Código Penal).

Cuando la instigación no logre su propósito por razones ajenas a la voluntad del instigador, cabe sancionar por tentativa de instigación.

a.1 La instigación por omisión

La doctrina dominante rechaza la posibilidad de la instigación por omisión. Recordemos que el garante tiene la obligación de evitar el resultado mediante una acción activa; en caso de no hacerlo sería autor directo del delito cuyo resultado debió evitar. En virtud de que la instigación es la determinación de un sujeto sobre otro para que cometa un delito, esta no se logra si el sujeto permanece inactivo. Se requiere de un grado de influencia sobre el instigado y ello solo se alcanza mediante un hacer positivo.

b- El cómplice

Son cómplices los que prestan al autor o autores cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible (artículo 47 del Código Penal).

Cómplice es el que dolosamente, y sin tener el dominio del hecho principal, presta al autor o autores ayuda para la comisión del delito. Los actos deben ser anteriores o simultáneos con el delito.

El concepto de complicidad permite incluir en él comportamientos omisivos que favorecen la realización del delito (no denunciarlo a tiempo o permaneciendo en un estado de simple complicidad psíquica, como el consejo o la aprobación de la realización del delito). Sin embargo, la complicidad debe tener una eficacia causal - siquiera mínima- con el comportamiento del autor, que se esclarece de acuerdo con los criterios para determinar la imputación objetiva. En el ámbito subjetivo, como ya

se ha dicho, la complicidad es solo punible en su forma dolosa.

En la complicidad mediante omisión impropia es indispensable que el cómplice tenga la obligación jurídica de actuar¹⁸⁶, en virtud de su posición de garante.

Jescheck afirma que, normalmente, una delimitación entre coautoría y complicidad no representa mayor problema, pues frente al autor de un delito de comisión dolosa con dominio del hecho, al aporte del garante que no impide ese hecho solo le puede ser atribuida una complicidad, a no ser que se transmita dicho dominio del hecho al omitente en el momento en que quien actúa deje de dominar los acontecimientos¹⁸⁷. Ejemplos: el capitán del barco que permite que ingrese droga a su navío será cómplice del delito de tráfico internacional de droga; el padre que permite que la madrastra agreda a los hijos de este será cómplice de los delitos de lesión o muerte que se hayan producido.

4- Tentativa

La especial estructura de algunos delitos excluye la posibilidad de apreciar la frustración, ya que la realización de todos los actos ejecutivos necesariamente lleva aparejada la consumación. Ejemplo: la asociación ilícita. En los delitos de mera

¹⁸⁶ **Así, Jescheck, “Tratado de derecho” p 967.**

¹⁸⁷ **Así, Jescheck, “Tratado de derecho” p 967.**

actividad o simple omisión, en los que teóricamente no hay problema en admitir la tentativa, en la práctica no se castiga.

En los delitos calificados por el resultado, no cabe la tentativa respecto del resultado calificante (la muerte de la mujer a consecuencia del aborto, artículo 118 del Código Penal), ya que en principio este no puede ser dolosamente cometido.

Solo cuando el tipo admite también la comisión dolosa del resultado calificante podrá hablarse de tentativa (robo con homicidio). También en los supuestos de la actio libera in causa, cuando el sujeto que se ha puesto en estado de inimputabilidad, comienza a ejecutar el delito. Hay tentativa cuando el autor, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución, pero no lo consuma por razones ajenas a su voluntad (artículo 24 del Código Penal). Dicho concepto comprende tanto la tentativa idónea, que es aquella que, a pesar de la falta de consumación del delito, poseía una acción adecuada para producirlo; como la tentativa inidónea, que se refiere a los casos en que la acción carece de aptitud para alcanzar la consumación.

Dentro de la ejecución se distinguen dos niveles de desarrollo: Uno, en que todavía el autor no ha dado término a su plan (tentativa inacabada) y otro en que ya ha realizado todo cuanto se requiere según su plan para la consumación (tentativa acabada o delito frustrado). Doctrinariamente se acepta la tentativa tanto en los delitos de omisión propia como impropia.

En los delitos de comisión por omisión, la tentativa comenzará cuando el sujeto omita las obligaciones inherentes a su posición de garante, con el fin de producir el resultado (por ejemplo desde el momento en que se deja de alimentar al recién nacido, o bien desde que el curso causal deja de ser dominado por el autor)¹⁸⁸. Si el peligro aun no está próximo al resultado, la tentativa se inicia a partir del momento en que dicho peligro entre en una etapa inminente y el garante se mantenga en una posición inactiva con respecto al resultado que está obligado a evitar^{189 190 191}. Por ejemplo si el padre que trabaja en una empresa de demoliciones observa cómo su hijo ingresa a un edificio que será dinamitado y no lo detiene porque recuerda que a

¹⁸⁸ **Así, entre otros Wessels, p 224.**

¹⁸⁹ **Así, Wessels, p 224.**

¹⁹⁰ **Para Jakobs, p 1031, no debe hablarse de comienzo a la realización del tipo (entendida como acción), sino de dar comienzo a la omisión típica. Por su parte Jescheck, citado por este mismo autor opina que es inidónea en la omisión la fórmula del comienzo, y pretende atender al peligro para el objeto de la acción.**

¹⁹¹ **Nuestro Código Penal en su artículo 24 habla de "inicio de la ejecución de un delito", en la tentativa, con lo cual queda superado el problema de la legislación Alemana sobre el obstáculo de utilizar el término "comienzo".**

esa hora los trabajadores están en la hora de almuerzo, no cometerá el delito de tentativa de lesiones u homicidio por omisión, pues el riesgo a la vida de su hijo no es inminente.

El desistimiento por causas dependientes del agente también está presente en la tentativa de los delitos de omisión. En este caso, al contrario de lo que sucede con los delitos de comisión, el desistimiento de la omisión requiere una conducta positiva por parte del sujeto.

En los delitos de omisión deben distinguirse la tentativa acabada y la tentativa inacabada, de la misma manera que en los delitos de comisión¹⁹².

La tentativa será acabada cuando el autor, según su plan, dejó de realizar todos los actos necesarios para lograr la consumación y esta no ha tenido lugar; será inacabada cuando el resultado debe alcanzarse por varios hechos sucesivos y el autor considera que todavía puede realizar la acción exigida.

Maurach considera que es innecesaria la distinción entre tentativa acabada e inacabada en la omisión, porque en el delito impropio de omisión el desistimiento debe consistir siempre en una realización positiva que evite el resultado.

a.1 Autoría mediata y tentativa de omisión

De forma igual a la autoría mediata por omisión, la doctrina mayoritaria rechaza la posibilidad de que una tentativa de omisión se pueda dar por autoría mediata. Por ejemplo, el salvavidas que de forma voluntaria no impide que un alumno intente ahogar a otro. En este caso, en realidad se trata de una autoría directa por omisión, en virtud de la posición de garante del salvavidas y de su obligación de evitar, mediante la realización de un hecho positivo, que se produzca un resultado lesivo al bien jurídico vida.

a.2 Coautoría y tentativa de omisión

La coautoría en estado de tentativa en un delito de omisión es admitida parcialmente por la doctrina, la cual se encuentra dividida en torno a este punto. Puede decirse que hay coautoría cuando uno de los sujetos contribuye a la conducta delictiva mediante un hecho positivo, en tanto otro coautor omite, a pesar de su posición de garante, impedirlo¹⁹³.

Finalmente, desde el punto de vista de la punibilidad, hay que cuestionarse hasta qué punto es punible el no realizar el mandato impuesto. La posición de garante solo se puede relacionar con la evitación de un resultado. Entonces, en tanto

¹⁹² **Así, Jakobs, p 1032.**

¹⁹³ **Así, Jescheck, “Tratado de derecho” p 946.**

persista la posibilidad de evitar ese resultado lesivo, no se ha configurado la conducta punible, pues no basta la sola puesta en peligro del bien jurídico. En sentido contrario, si dicha lesión ya no es posible de evitar, la punibilidad por la conducta omisiva salta a la vista¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Así, Bacigalupo, "Delitos Impropios..", p 191.

CAPITULO DIEZ

I- LA ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE OMISION

1- Antijuridicidad

La realización del tipo, no amparada a una causa de justificación (antijuridicidad), se da tanto en los delitos de comisión como en los de omisión. La antijuridicidad en los delitos de omisión no tiene ninguna particularidad con respecto al concepto general ya visto. Comúnmente en los delitos de omisión entra en consideración el estado de necesidad, sobre todo por colisión de deberes, puesto que el delito omisivo implica la no realización de la conducta debida.

La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no, activa u omisiva) no es contraria al derecho. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico.

Una acción típica será también antijurídica si es realizada por el autor sin contar con una causa de justificación. Esto es válido tanto en los delitos de comisión como en los de omisión¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Así, Bacigalupo, "Principios..", p 267.

La tipicidad de una acción es consecuentemente un indicio de antijuridicidad, porque los comportamientos típicos seleccionados por el legislador generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, razón por la cual los conmina con una pena. De ahí que deba verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación, de modo que si la misma no concurre se afirma la antijuridicidad de la acción. Esta tarea es independiente e inversa a la comprobación de la tipicidad. Es independiente porque solo cabe plantearse la cuestión de antijuridicidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, que se subsume bajo un tipo penal; es inversa porque consiste en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación.

2- Antijuridicidad formal y antijuridicidad material

Antijuridicidad formal es la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico, pero la antijuridicidad no se agota en esa relación de oposición, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger (que es lo que se conoce como antijuridicidad material). En la medida que no se dé la ofensa al bien jurídico, no se podrá hablar de antijuridicidad, por más que formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción.

3- Estado de necesidad por colisión de deberes

El estado de necesidad puede darse cuando a una persona le incumbe el cumplimiento de dos deberes que a la vez implican comportamientos excluyentes entre sí, de tal manera que el cumplimiento de un deber determina la lesión del otro¹⁹⁶. Por ejemplo, un testigo tiene la obligación de declarar lo que sabe en un proceso, pero a la vez como médico, sacerdote, abogado, tiene también la obligación de guardar el secreto. El Código Penal en el numeral 203, sanciona como delito el revelar sin justa causa un secreto cuya divulgación pueda causar daño y que haya sido conocido en razón del estado, oficio, empleo, profesión o arte del sujeto activo. El Código Procesal Penal en el numeral 206, establece para esas mismas personas la obligación de abstenerse de declarar en esos casos, salvo que hayan sido liberados por el interesado del deber de guardar el secreto.

A diferencia del estado de necesidad por colisión de bienes o intereses, en el estado de necesidad por colisión de deberes, habrá justificación cuando en una colisión de intereses de igual jerarquía se cumpla con solo uno de ellos y, en consecuencia, se incumpla con el restante.

Se admite la existencia del estado de necesidad justificante en los casos de colisión de deberes de igual jerarquía, pues se afirma con razón que quien de todos modos cumple con un deber no obra antijurídicamente. Ejemplo válido es el del

¹⁹⁶ **Así, Wessels, p 220.**

salvavidas que se ve en la circunstancia de tener que salvar a dos personas que se están ahogando a la vez, siendo que solo puede salvar a una de ellas.

En opinión de Castillo¹⁹⁷, la obligación de actuar que proviene de la posición de garante, no forma parte del tipo objetivo sino más bien de la antijuridicidad. En la violación de actuar en los delitos omisivos estaríamos ante un indicio claro de que el deber tiene por objeto evitar un resultado y no solo la realización de una acción, lo cual formaría parte de la antijuridicidad.

4- Culpabilidad

En la culpabilidad se recogen aquellos elementos que sin pertenecer a la tipicidad o a la antijuridicidad determinan la imposición de una pena.

a- Concepto material de culpabilidad

El fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora de la norma que, junto a la de protección de bienes jurídicos, constituye una función específica de la norma penal. Con sus mandatos y prohibiciones, la norma penal motiva al individuo para que se abstenga de realizar uno de esos hechos posibles con la amenaza de una pena (función preventiva del derecho

¹⁹⁷ "El Dolo", p 203.

penal). Para que el individuo se motive en los mandatos normativos, para que se le pueda atribuir el hecho cometido y para que pueda hacerse responsable del mismo, debe haber alcanzado un determinado grado de desarrollo biológico, mental y cultural, parámetro que se estima mediante criterios que han podido ser fijados en la legislación, gracias a la evolución cultural y a los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos. La capacidad del ser humano de reaccionar frente a las exigencias normativas (motivación) es la facultad humana que unida a otras como la inteligencia y afectividad, permite la atribución de una acción a un sujeto y la exigencia de responsabilidad por la acción cometida por él; de ahí que cualquier alteración de esa facultad (motivación) -indistintamente del origen- debe determinar la exclusión o la atenuación de la culpabilidad, según la importancia de la alteración.

La culpabilidad en los delitos de omisión coincide con los delitos de comisión¹⁹⁸. El conocimiento de la prohibición en el delito de comisión es equivalente, en el delito de omisión, al conocimiento del mandato.

Doctrinalmente se ha entendido que la gravedad de la culpabilidad es menor en los delitos de omisión que en los de comisión, lo cual evidentemente incide en la graduación de la pena, pues se considera que estas conductas conllevan una

¹⁹⁸ **Así, Jakobs, p 1020. También Bacigalupo "Principios..p 267.**

exigibilidad más leve¹⁹⁹.

b- Elementos de la culpabilidad

La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma solo puede darse si el sujeto tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse por ella sin mayores esfuerzos. De lo anterior se deducen los elementos de la culpabilidad: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y exigibilidad de un comportamiento distinto. Estos elementos de culpabilidad son igualmente de estricta aplicación en los delitos de omisión, pues no hay una inexigibilidad específica en los delitos de omisión²⁰⁰

5- La atenuación de la pena en los delitos impropios de omisión

Doctrinariamente se ha considerado una atenuación facultativa de la pena para los delitos de omisión impropia.

Así, por ejemplo, el artículo 13 del Código Penal alemán, en su inciso segundo,

¹⁹⁹ **En nuestra legislación no se contempla expresamente la posibilidad de atenuar la pena si se está en presencia de un delito por omisión.**

²⁰⁰ **Así, Jakobs, p 1022.**

señala: "...La pena puede ser reducida de acuerdo con el parágrafo 49 inciso primero...". Al igual que en los casos de tentativa (artículo 23 del Código Penal alemán), esta atenuación facultativa consiste en aplicar una pena atenuada en vez de la penalidad normal. El fundamento de esta atenuación estriba en el hecho de considerar que el contenido de culpabilidad en los delitos de omisión es normalmente menor que el de los delitos de acción, pues en estos se requiere mayor energía para llevar a la práctica la determinación de delinquir mediante una acción positiva, en tanto que en los delitos de omisión el sujeto muestra una actitud pasiva en contra de su deber de garante de evitar el resultado típico mediante la acción que le era exigible.

A nivel del injusto, considera la normativa alemana que, a pesar de infringirse el deber de garante, "lo injusto de la acción" en el delito de omisión puede tener menos gravedad que el correspondiente delito de comisión. Así, por ejemplo, es más injusta la acción de un entrenador de natación que arroja a su estudiante al agua con el fin de ahogarlo, que el limitarse a no hacer nada por salvarlo. En los delitos de omisión se requiere simplemente una correspondencia con el delito de acción y no una plena igualdad.

Esta atenuación facultativa de la pena, que prevé el artículo 13 señalado, obedece a que no en todos los casos de delitos de omisión impropia el contenido del injusto o de la culpabilidad es menor que el correspondiente a un delito de acción.

Esta máxima es de aplicación tanto en delitos dolosos como imprudentes. Es el caso de la madre que, mientras va de compras a mediodía, deja a su hijo recién nacido en un vehículo con los vidrios cerrados, siendo que el mismo parece asfixiado por sofocación; o bien el del chofer de bus que al conducir a velocidad excesiva en una curva, se sale de su carril y colisiona con otro vehículo, razón por la que fallecen algunos pasajeros. Al momento de valoración de la pena, el juez debe decidir si en el caso particular el contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho merece una valoración más leve en razón del carácter de omisión que este posee y, de ser así, facultativamente podrá atenuar la pena, junto con las otras circunstancias que le permitirán determinarla.

En su caso, la normativa alemana no contempla la posibilidad de disminuir la pena en los delitos de omisión propia, ni en los delitos de actividad que puedan ser cometidos por omisión, como tampoco los regulados en el StGB (Código Penal de la República Federal de Alemania), ya que contienen normativa expresa que los regula²⁰¹.

En sentido contrario a la atenuación de la pena en los delitos de omisión impropia se pronuncia Maurach²⁰², para quien esta posición se contrapone al tenor

²⁰¹ **Así, Jescheck "Tratado de derecho", p 839.**

²⁰² **"...derecho penal...", p 275**

literal de la ley. De acuerdo con este autor, la posición de garante en un delito de omisión impropia solo representa un caso especial de aplicación de la primera alternativa del artículo 13 del Código Penal alemán en su inciso primero, o sea, es un excepcional reconocimiento legal del deber responder; de ahí que los presupuestos del artículo 13 inciso primero igualmente se cumplen en todos los casos de delitos de omisión impropia, por lo que el artículo 13 inciso segundo también puede ser aplicado a los casos de omisión impropia²⁰³.

6- Nuestra normativa

En el Código Penal costarricense no se contempla la posibilidad de atenuar la pena en los delitos de omisión impropia. El artículo 18 actual o el 15 del proyecto de reforma del Código Penal no hacen alusión alguna a esta posibilidad. Debe tomarse en consideración que el desarrollo dogmático alemán sobre los delitos de omisión, ciertamente es más avanzado que el costarricense. En nuestro caso, la falta de un

²⁰³ **Para Jakobs, "...derecho penal...", p 1038, la posibilidad de atenuación como consecuencia de la responsabilidad por incumbencia institucional, no es algo específico de la omisión impropia. El artículo 13 inciso dos StGB es perfectamente aplicable tanto a los delitos de omisión con deberes en virtud de responsabilidad institucional, como a los delitos de infracción de deber en caso de comisión.**

desarrollo doctrinal o jurisprudencial en esta materia, hace que resulte comprensible la ausencia de cuestionamiento, dado el desconocimiento generalizado de los delitos de omisión, lo que determina que la discusión sobre la posibilidad de atenuación de la pena para este tipo de delitos y en cuáles casos, sea igualmente ausente.

Será necesario, por ahora, conformarnos con despertar el interés de estudiar en profundidad estos delitos, para luego elaborar perfiles adecuados de aplicación, de acuerdo con nuestra realidad jurídica.

CAPITULO ONCE

1- LA SITUACION DE PELIGRO EN LA OMISION

Doctrinariamente se ha aceptado como uno de los elementos del tipo omisivo la existencia de una situación de peligro para el bien jurídico.

Esta referida situación de peligro no ha sido abordada en su profundidad y poco se ha escrito en la doctrina alemana sobre este tema. No obstante esta dificultad, la noción de peligro puede verse desde dos facetas: cualitativa y cuantitativa.

La cualitativa se refiere a la procedencia de los peligros tanto humanos como no humanos; dentro de los primeros se cuestiona si el suicidio es constitutivo de una situación de peligro típico que amerite la intervención.

Por su parte, la dimensión cuantitativa versa sobre la concreción de cuándo nos hallamos en presencia de un peligro tal que haga típicamente necesaria la intervención del sujeto, entendiendo el concepto de peligro como la probabilidad de lesión o puesta en peligro significativo de un bien jurídico (ex post)²⁰⁴.

²⁰⁴ **De acuerdo con Maurach, citado por Zúñiga, p 9, "Se califica de peligro a un estado irregular, no usual en el que, dadas las circunstancias concretas, se considera probable, según una provisión posterior-objetiva,**

La situación de peligro no es, de por sí, un peligro efectivo para un bien jurídico, ya que por un lado existe la probabilidad de que se produzca un resultado y, por otro, que ese resultado sea lesivo o dañoso para el bien jurídico, de modo que la situación de peligro no puede verse mediante un juicio ex post; las realizaciones típicas omisivas solo pueden comprenderse desde una perspectiva ex ante respecto del referido peligro para el bien jurídico. Así la existencia o no del peligro típico se decide antes de que el sujeto comience a actuar; es allí donde la norma manda al sujeto que actúe o no en determinada dirección, o sea, que actúe mediante el enjuiciamiento objetivo que en su caso pueda realizar cualquier ser humano medio. Es importante indicar que solo mediante un juicio de apariencia ex ante, que cuestione la situación de peligro, se logra abarcar todas las realizaciones típicas omisivas.

Hemos dicho que el peligro puede tener origen en un fenómeno natural o puede ser producto de un actuar humano. Consecuentemente salta la pregunta de qué sucede en cuando el sujeto en peligro se niega de forma voluntaria y libre a recibir ayuda, o bien cuando el mismo sujeto de forma voluntaria y responsable se coloca en una situación de peligro, ya sea creándolo o consintiéndolo. Debe

la producción de un daño”.

cuestionarse si ante tal circunstancia pudiese afirmarse que existe la situación de peligro que dé lugar al requerimiento típico de una conducta dirigida a su evitación. Para responder a esto hay que establecer si se está en presencia o no de bienes disponibles.

El artículo 26 del Código Penal dispone: "No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente puede darlo".

Tradicionalmente se distinguió entre el consentimiento que excluye la tipicidad y el que excluye la antijuridicidad, lo cual es erróneo, pues el consentimiento solo tiene relevancia allí donde la lesión recae sobre un bien jurídico sobre el cual el sujeto pasivo tiene derecho de disposición, como lo es la propiedad (por ejemplo: no hay derecho de disposición sobre el bien jurídico vida o sobre la seguridad del Estado). Cuando se trata de bienes jurídicos disponibles, la realización del tipo requiere siempre una lesión de la autodeterminación del sujeto pasivo, o de su ámbito de dominio autónomo. En consecuencia, allí donde el consentimiento sea relevante, excluirá en todo caso la tipicidad (ejemplos: violación de domicilio o violación, artículos 156 y 204 respectivamente del C. Penal).

El consentimiento no tiene eficacia general; esta depende del poder de decisión que el ordenamiento jurídico otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular que es titular del mismo. En principio este poder de decisión solo se reconoce al particular con respecto a la posesión, la propiedad, el patrimonio en

general, la libertad personal y la integridad corporal. La disponibilidad sobre los bienes patrimoniales no tiene límites, como sí los hay en el caso de la libertad y de la integridad corporal. No es válido el consentimiento para ser reducido a servidumbre u otra conducta análoga, por ser contrario al artículo 20 de la Constitución Política; tampoco un sujeto puede consentir para que las autoridades le practiquen tortura (artículo 40 de la Constitución Política). En el caso de la integridad corporal, por estar directamente relacionada con la vida, la cual es inviolable (artículo 21 de la Constitución Política), solo se autoriza el consentimiento de lesiones cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de otros (artículo 129 del Código Penal).

Surge así el problema de si es posible concebir los supuestos de rechazo a la ayuda cuando esté amenazada la vida, como en el caso de los supuestos de suicidio, y de si esto se podrá tener como supuestos de peligro típico de modo que se requiera una conducta tendente a evitarlo. En la legislación alemana se considera que la situación de suicidio proveniente de una voluntad responsable, no puede verse como una situación de peligro típico y consecuentemente no da lugar al requerimiento de una conducta típica dirigida a su evitación. Lo anterior, principalmente, porque la instigación al suicidio no está regulada como conducta delictiva.

Distinto ocurre en nuestro medio, donde sí está expresamente contemplada como delito la instigación o ayuda al suicidio en el artículo 115 del Código Penal. De

allí que, siendo la vida un bien jurídico indisponible, se produce la existencia de una situación típica generadora de un deber de socorro.

En el mismo orden de ideas, los hechos que ponen en peligro bienes jurídicos no constituyen situaciones de peligro típicas que puedan incidir en la apreciación de una omisión penal²⁰⁵. Por ejemplo, no es esperable que el ciudadano que al defenderse de una agresión ilegítima hiera a su atacante, deba correr a trasladarlo a un hospital.

Queda por apreciar el aspecto cuantitativo de determinar cuándo se ha alcanzado el grado de peligro suficiente, que precise la intervención, de modo que de su no realización se derive una omisión penal. Esto se establece al apreciar que de acuerdo con la definición de peligro haya una probabilidad inminente de su producción. Ahora, con respecto a las conductas anteriores no realizadas no podría decirse que haya omisión de la evitación del resultado, sino tan solo en los casos en que dicho peligro sea próximo, o en que una lesión ya iniciada se extienda o agrave. Por ejemplo, la persona que es encontrada en la calle con una herida grave y corre el peligro de morir desangrada. En estas dos modalidades de situación de peligro se aprecian el deber de actuar y el deber de evitar el resultado. respectivamente.

²⁰⁵ Así, entre otros Silva Sánchez "El delito de omisión", p 287.

En los casos de situación de peligro por función de control de una fuente de peligro, nos encontramos que el sujeto se halla ante un peligro ex ante en donde no debe esperar hasta la producción de una situación de peligro concreta para actuar, sino que su deber es evitar los peligros de la fuente que tiene bajo su responsabilidad de acuerdo con su posición de garante, cuya omisión será penalmente relevante. Es el supuesto del propietario de un autobús que transporta estudiantes, el cual debe velar por que su automotor se encuentre en perfectas condiciones, y no esperar a que sufra un desperfecto mecánico para repararlo. Lo anterior sin perjuicio de su responsabilidad ante un delito consumado que produzca la efectiva lesión de un bien jurídico.

CAPITULO DOCE

EL DELITO DE OMISION EN EL CODIGO PENAL DE COSTA RICA

I- INTRODUCCION

En páginas anteriores se han expuesto los fundamentos básicos de los delitos de omisión, tanto propios como impropios. Como se ha logrado apreciar, el debate teórico sobre estos delitos y los delitos de comisión es vasto y poco pacífico. Con frecuencia las diferentes posiciones doctrinales encuentran su punto más álgido al ser confrontadas con la solución de problemas prácticos. En otras ocasiones y como lo hemos pretendido dejar sentado en este estudio, al contrastar las afirmaciones teóricas sobre la base de ejemplos, nos damos cuenta de que el análisis es parcial, pues nos permite analizar uno o a lo sumo un grupo de casos, pero no todos los que ofrecen problemas en su delimitación.

Es por ello que, sin pretender afirmar que estamos en presencia de números cerrados, a continuación elaboramos un compendio de los delitos de omisión propia hallados en nuestro Código Penal. Estos, por así decirlo, son los que con mayor frecuencia resultan objeto de estudio por parte de quienes se interesan en esta temática.

1- Abandono de incapaces y casos de agravación

a- Artículo 142.- “El que pusiere en grave peligro la salud o la vida de alguien, al colocarlo en estado de desamparo físico, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse a sí misma, y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años. La pena será de prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de seis a diez años de prisión”.

b- Bien jurídico tutelado

Los bienes jurídicos tutelados son la vida y la salud. Se trata de un delito de peligro concreto, por lo que se requiere que efectivamente se haya producido un peligro para la vida o para la salud del sujeto pasivo. Admite tres supuestos:

a- El colocar en estado de desamparo físico al sujeto pasivo.

Colocar es "poner en". Desamparo significa ausencia de ayuda o asistencia necesaria. Se requiere una conducta activa del agente, de modo que provoque la falta de posibilidad de la asistencia física requerida a la víctima, por sí misma o por un tercero, lo cual puede llevarse a cabo por encerramiento, aislamiento o traslado fuera del ámbito de protección. La acción de colocar en estado de desamparo puede cometerse contra cualquier persona, sin que importen su edad ni su estado físico. No es necesario que el sujeto activo tenga el deber de mantener o de cuidar a la

víctima.

b- El abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse a sí misma, a la que se debe mantener o cuidar. Se produce cuando se priva a la víctima de la asistencia y cuidados necesarios para la protección de su vida y salud, dado que no puede procurárselos por sí misma, ni es posible que se los preste un tercero. Puede ocurrir mediante alejamiento del agente, o bien permaneciendo pero sin prestar los auxilios y cuidados necesarios. El sujeto pasivo debe ser un incapaz de valerse por sí mismo, ya sea permanente o temporalmente. Sujeto activo solo puede ser el que tenga el deber legal de velar por la persona incapaz (posición de garante).

c- Abandono de la víctima a la que el autor hubiese incapacitado. La incapacidad proviene aquí de la conducta inocente o culposa del agente.

La doctrina ha citado como ejemplo el caso del automovilista que atropella a un peatón en un lugar desolado, sin posibilidad de auxilio de terceros, no obstante lo cual se da a la fuga.²⁰⁶

²⁰⁶ **El delito de abandono del lugar del accidente fue declarado inconstitucional art 328 del Código Penal, voto 525-93 del 3 de febrero de 1993, sin embargo es posible en estos casos aplicar el delito de abandono de incapaces artículo 142 del Código Penal voto 187-A-89 del 28-4-89 Sala**

c- Tipo subjetivo

El tipo subjetivo de abandono de incapaz acepta la comisión con dolo directo o eventual. El dolo debe referirse también a la situación de peligro para la vida o salud de la víctima.

d- Agravación por el resultado

El delito se agrava por el resultado cuando se produce la muerte o un grave daño en el cuerpo o en la salud del sujeto pasivo. Por grave daño en el cuerpo o en la salud se entiende lesiones graves o gravísimas²⁰⁷.

Tercera. Posteriormente la Sala cambió de criterio en el voto 1-F-91 del 4-1-91).

²⁰⁷ De acuerdo con Novoa "...Fundamentos...", p 52, los delitos propios de omisión con resultado material son sumamente raros. Para este autor cuando se utiliza por el legislador la expresión "abandonar" no se hace referencia únicamente a una actitud activa sino también omisiva. Considera que si bien es cierto para algunos se trata de un delito impropio de omisión ante una supuesta posición de garante, en realidad la sanción corresponde a un delito propio de omisión sin que se aplique la pena del homicidio que es lo que correspondería si se considerara como

2- Abandono por causa de honor

a- Artículo 143.- “La madre que abandonare un recién nacido de no más de tres días, para ocultar su deshonra, será reprimida con prisión de un mes a un año. Si a consecuencia del abandono sobreviniere grave daño o la muerte, la pena será de prisión de uno a cuatro años”.

b- Tipo objetivo

Se trata de una forma atenuada de abandono de incapaces, de la cual solo puede ser sujeto activo la madre.

c- Tipo subjetivo

Se requiere de un elemento subjetivo distinto al dolo, esto es, que la madre abandone al recién nacido "para ocultar su deshonra".

3- Omisión de auxilio

a- Artículo 144: “Será reprimido con veinte a cien días multa el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona

un delito impropio de omisión en aquellos casos en que se produce la muerte como consecuencia de la muerte del "garante".

herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, según las circunstancias cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal".

b- Bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado depende del bien jurídico que se encuentra en peligro en el caso concreto, por ejemplo, la vida, la integridad física, la salud, la libertad sexual.

c- Tipo objetivo

Se trata de un delito de omisión propia. Por ello el sujeto activo no se encuentra en posición de garante. Es un delito de peligro concreto. Sujeto activo puede ser cualquiera, sin que sea necesario que medie un deber de asistencia con la víctima anterior al hecho. Sujeto pasivo es un menor de diez años, una persona herida, inválida o amenazada por un peligro cualquiera.

d- Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso. Basta el dolo eventual.

4- Inobservancia de formalidades

a- Artículo 180. "Se impondrá de quince a sesenta días multa y además pérdida del cargo que tuviere e imposibilidad para obtener otro igual, de seis meses

a dos años, al funcionario público, que fuera de los casos previstos en el artículo anterior, procediera a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley, aunque el matrimonio no fuere anulado”.

b- Formalidades cuya omisión es punible

El matrimonio es un acto solemne revestido de formalidades que le otorgan su validez (artículos 13 y 24 Código de Familia). La norma penal pretende evitar la celebración de matrimonios nulos o anulables, para lo que hace exigible el cumplimiento de los requisitos formales que preservan su validez cuando son celebrados por funcionarios públicos facultados para ello.

c- Consumación. Para que se dé la conducta típica basta con que el matrimonio se celebre sin las formalidades prescritas, aunque se trate de una sola de ellas, y que tal omisión le sea achacable al funcionario público revestido de facultades para casar.

d- Culpabilidad: Es un delito doloso que requiere la voluntad del autor en el sentido de omitir alguna o algunas de las formalidades exigidas por la ley. Admite dolo eventual.

5- Incumplimiento del deber alimentario

a- Artículo 185: “Se impondrá prisión de un mes a dos años o una multa igual

a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley No.7337, del 5 de mayo de 1993, al padre, adoptante, tutor o guardador de un menor de dieciocho años o de una persona que no pueda valerse por sí misma, que deliberadamente, mediando o no sentencia civil, omite prestar los medios indispensables de subsistencia a los que está obligado. El juez podrá aumentar esa pena hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y gravedad de la acción. La misma pena se les impondrá a los obligados a brindar alimentos. La responsabilidad del autor no queda excluida por el hecho de que otras personas hayan proveído medios de subsistencia. Igual pena se impondrá al hijo respecto de los padres desvalidos y al cónyuge respecto del otro cónyuge, separado o no, o divorciado cuando esté obligado, y al hermano respecto del hermano incapaz".

Lo que se protege es el derecho a asistencia económica emergente del vínculo familiar o cuasi familiar.

Sujeto pasivo del delito es el menor de dieciocho años o la persona desvalida. Por esta última se entiende al incapaz de atender sus necesidades básicas por sí solo debido a invalidez, enfermedad física o mental, retardo mental, vejez u otros.

Al hablarse de los medios indispensables para la subsistencia, la ley se refiere a dar lo mínimo para que el beneficiario pueda cubrir sus necesidades básicas.

Se trata de un delito de peligro abstracto, de modo que no se requiere que la omisión haya creado un estado de necesidad en la víctima. Lo que sí importa es que la prestación sea realmente indispensable para que el interesado pueda subsistir, con prescindencia de que logre superar la necesidad con la ayuda de terceros o mediante sacrificio personal.

En caso de multiplicidad de víctimas existiría un solo delito de incumplimiento alimentario, salvo que los sujetos pasivos pertenezcan a diversos grupos familiares, en cuyo caso se estaría ante un concurso real. Es un delito permanente.

6- Incumplimiento agravado

a- Artículo 186: "El máximo de la pena prescrita en el artículo anterior se elevará un tercio cuando el autor, para eludir el cumplimiento de la obligación alimentaria, traspasare sus bienes a terceras personas, renunciare a su trabajo o empleare cualquier otro medio fraudulento".

Se trata de un delito de acción pública perseguible a instancia privada (artículo 18 Código Procesal Penal).

Los medios fraudulentos a que se refiere este artículo no son taxativos. A través de los medios fraudulentos se puede tratar de aparentar que el sujeto activo no tiene posibilidades de satisfacer la obligación alimentaria, o bien de evitar el embargo de salario o bienes.

7- Incumplimiento de deberes de asistencia

a- Artículo 187: “El que incumpliere o descuidare los deberes de protección, de cuidado y educación que le incumbieren con respecto a un menor de dieciocho años, de manera que este se encuentre en situación de abandono material o moral, será reprimido con prisión de seis meses a un año o de veinte a sesenta días multa, y además con incapacidad para ejercer la patria potestad de seis meses a dos años. A igual pena estará sujeto el cónyuge que no proteja y tenga en estado de abandono material a su otro cónyuge. En este caso y en los previstos por los artículos 185 y 186, quedará exento de pena el que pagare los alimentos debidos y diere seguridad razonable, a juicio del juez, del ulterior cumplimiento de sus obligaciones”.

Estamos frente a un delito de acción pública perseguible a instancia privada (artículo 18 Código Procesal Penal).

El abandono material o moral del menor se refiere al incumplimiento o descuido de los deberes de guarda, crianza, y educación del menor de dieciocho años. No basta el incumplimiento o descuido, sino que a raíz de este el menor se encuentre en estado de desprotección.

El abandono moral implica que, como consecuencia del incumplimiento de los deberes alimentarios, el menor se encuentra en estado de indigencia, no pudiendo así satisfacer sus necesidades básicas: alimentación, vestido, habitación, atención

médica. El abandono moral supone que el menor se desenvuelve en un ambiente desfavorable para su correcto equilibrio psicológico. También se puede dar el abandono material de un cónyuge con respecto al otro.

En los casos de los artículos 185 y 186, se está en presencia de una excusa legal absoluta, en la que el juez debe hacer una valoración ex ante respecto a si el incumplidor volverá a faltar a sus obligaciones.

8- Incumplimiento o abuso de la patria potestad

a- Artículo 188: "Será penado con prisión de seis meses a dos años y además pérdida e incapacidad para ejercer los respectivos derechos o cargos, de seis meses a dos años, el que incumpliere o abusare de los derechos que le otorgue el ejercicio de la patria potestad, la tutela o curatela en su caso, con perjuicio evidente para el hijo pupilo o incapaz".

Es un delito de acción pública perseguible a instancia privada, según el artículo 18 del Código Procesal Penal.

El delito en comentario tiene una gran vaguedad, lo que es contrario al principio de legalidad. También está comprendido el abuso de la patria potestad, por ejemplo en la administración de los bienes del menor. Se requiere de un perjuicio evidente para el menor, debiendo estar contemplado este perjuicio en el dolo del sujeto activo.

9- Ocultamiento de detenidos por autoridades

a- Artículo 190: "En la misma pena y además en la pérdida del empleo, cargo, comisión que tuviere o incapacidad para obtenerlo de seis meses a dos años, incurrirán las autoridades que ordenaren y los agentes que ejecutaren el ocultamiento de un detenido, se negaren a presentarlo al Tribunal respectivo o en cualquiera otra forma burlaren la garantía del artículo 37 de la Constitución Política".

El artículo 37 de la Constitución Política establece: "Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se trate de reo prófugo o delincuente in fraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas".

El delito de ocultación de detenidos no está referido a cualquier quebranto del artículo constitucional comentado, como podría ser la detención sin mandato de juez, sino al hecho de no presentar al detenido dentro del plazo de 24 horas a partir de la detención. Sujeto activo de este delito solo puede ser el funcionario público.

10- Estelionato

a- Artículo 217: "Se impondrá la pena señalada en el artículo anterior, según la cuantía de lo defraudado, en los siguientes casos:

1) Al que recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o bienes embargados o gravados, callando u ocultando tal circunstancia;

2) Al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente a este, acordados a otro por un precio o como garantía, ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo;

3) Al dueño de una cosa mueble que privare de ella a quien la tenga legítimamente en su poder, o la dañare o inutilizare, frustrando así, en todo o en parte, el derecho de otro. La misma pena será aplicable al tercero que obre con asentimiento y en beneficio del propietario; y

4) Al deudor, depositario o dueño de un bien embargado o pignorado que lo abandone, deteriore o destruya, con ánimo de perjudicar al embargante o acreedor, o que, después de prevenido, no lo presente ante el juez.

b- Acciones típicas. Las acciones típicas de este tipo de delito se clasifican de la siguiente manera:

b.1 Abandonar. Se abandona la cosa cuando no se le prestan los cuidados necesarios para que conserve su integridad y posibilidades de utilización normal. Lo anterior constituye un delito de omisión propia por la no realización de un deber jurídico impuesto por la norma; consiste en el deber que tiene todo deudor,

depositario o dueño de un bien embargado o pignorado de darle los cuidados necesarios para que no sufra daños. Los artículos 537 del Código de Comercio, que regula la prenda sin desplazamiento y 538 que regula dicha garantía con desplazamiento, le imponen al deudor o al tenedor las obligaciones y responsabilidades de un depositario, quien a su vez tiene la obligación de cuidar y conservar la cosa (artículo 1349 del Código Civil).

b.2 Deteriorar o destruir. Deteriorar debe entenderse como sinónimo de dañar, que implica menoscabar o desmejorar el bien en su integridad o en sus posibilidades de utilización normal, haciendo que pierda valor. La destrucción consiste en arruinar el bien, al grado de que pierda toda posibilidad de utilización y por tanto su valor económico. A diferencia del abandono, el deterioro o la destrucción de la cosa, implican una conducta activa.

b.3 No presentar. Al igual que en el caso del abandono, la no presentación del bien constituye una hipótesis de delito por omisión propia, por la no realización del deber jurídico impuesto por la norma a todo deudor, depositario o dueño de un bien embargado o pignorado, de presentarlo ante el juez, cuando le prevenga que lo haga. La no presentación del bien tiene consecuencias si no se realiza después de prevenido, lo que se refiere a un momento procesal especial, a una ocasión específica que, de no darse, no permite que el delito nazca a la vida jurídica.

b.4 El bien. Puede consistir en una cosa mueble o inmueble. En la hipótesis

del embargo cabe cualquiera de los dos, así como las acciones típicas son posibles sobre un bien mueble o inmueble; no así en las hipótesis de bien pignorado, que implican la dación en prenda, pues solo son susceptibles de ser dados en prenda los bienes muebles. La acción de no presentación ante el juez hace referencia a un bien mueble, único que permite su traslado ante la autoridad para su presentación. En el caso de un bien depositado civilmente, también solo puede ser uno mueble; en cambio en el depósito judicial si se puede tratar de inmuebles (artículo 1348 y 1362 del Código Civil).

b.5 Bien embargado o pignorado. Un bien está embargado cuando por un acto jurisdiccional ha sido individualmente afectado al pago de un crédito; el embargo debe haberse trabado efectivamente, no basta la orden del juez. Un bien está pignorado cuando por un acto voluntario de su titular ha sido afectado al pago de un crédito.

c- Sujeto activo. Deudor, depositario o dueño. Las tres clases de sujeto activo están determinadas por específicas situaciones jurídicas.

c.1 Deudor: en una relación obligatoria es deudor el que tiene que cumplir con determinada prestación en favor del acreedor.

Dueño de un bien embargado o pignorado, es aquel en cuyo patrimonio se encuentra y que ejerce las facultades dominicales sobre el mismo.

Deudor no es el que ha asumido la obligación concreta de dar el bien, cuya no entrega conlleva un simple incumplimiento civil, sino aquel sujeto deudor de una prestación, para cuyo cumplimiento el bien embargado o pignorado ha sido afectado voluntariamente o por el juez.

c.2 Depositario. Es aquel que ha asumido la obligación de guardar y custodiar la cosa. Si es convencional, solo puede darse sobre cosas muebles (artículo 1348 del Código Civil), si es judicial puede recaer también sobre inmuebles (artículo 1362 del Código Civil). El tipo penal de comentario no hace diferencia entre ambos tipos de depósito, de manera que cualquiera de ellos es suficiente para que se cumpla con el elemento típico del delito.

El deudor, depositario y el dueño pueden ser la misma persona o diferentes personas. El dueño puede ser también el deudor cuando es el sujeto pasivo de la relación obligatoria, a cuyo cumplimiento ha sido afectado individualmente el bien por el embargo o la pignoración. También el dueño puede ser depositario cuando, practicado el embargo, se le ha conferido por el juez dicho cargo, o cuando ha otorgado una prenda sin desplazamiento. En algunos casos el deudor puede ser el dueño o propietario del bien, pero no lo es en hipótesis de responsabilidad solidaria o subsidiaria de origen convencional o legal, o cuando el propietario ha consentido en la pignoración de la cosa para garantizar deuda ajena.

En ocasiones el deudor también puede ser el depositario del bien, sobre todo

cuando es además el dueño.

El acreedor puede ser depositario del bien, lo que puede suceder cuando se le otorga judicial o convencionalmente dicho cargo. La conducta del acreedor que es depositario de un bien embargado o pignorado y afectado al cumplimiento de su crédito, al abandonar, deteriorar o destruir el bien, puede constituir un simple incumplimiento civil en el caso del abandono por no guardar y conservar la cosa, conforme se lo exige el cargo de depositario (artículo 1349 y 1360 del Código Civil), y en las otras hipótesis el delito de daños. En caso de omitir la presentación del bien ante el juez, el delito que se daría sería el de desobediencia a la autoridad pero no el de estelionato (artículo 305 del Código Penal), en virtud de que el perjuicio económico que supone el estelionato es el ocasionado al patrimonio ajeno, no al propio, pues quien menoscaba su patrimonio ejerce lícitamente la facultad de disposición que el dominio le da.

c.3 Tenencia de la cosa. En relación con las conductas de abandono o no presentación, la tenencia de la cosa tiene que estar siendo ejercida por el sujeto activo del delito, de lo contrario no tendría las obligaciones de cuidar y presentar. Cuando el sujeto activo sea el depositario, el ejercicio de la tenencia de la cosa es presupuesto del delito, pues es consustancial la tenencia con el cargo de depositario. En las conductas de deteriorar o destruir, y en el caso de que el sujeto activo sea el deudor o el dueño, es indiferente si la tenencia de la cosa es de ellos,

del acreedor, del embargante o de un tercero.

d- Sujeto pasivo: Embargante o acreedor. En la práctica, el embargante siempre será acreedor, o sea aquel sujeto que en virtud de determinada relación obligatoria puede exigir del sujeto pasivo el cumplimiento de la prestación debida. En el caso del embargante, se presupone el incumplimiento voluntario por parte del deudor de la prestación debida y por tanto la necesidad del acreedor de compelerlo a cumplir. El acreedor no será embargante cuando no haya solicitado el embargo. Acreedor es, por tanto, el sujeto en favor del cual debe realizarse la prestación, cuyo cumplimiento está garantizado con una prenda o bien se ha afectado e individualizado judicialmente un bien del patrimonio del deudor para que el acreedor haga efectivo su crédito ante la renuencia del deudor de hacerlo voluntariamente.

e- Aspecto subjetivo. El tipo penal del artículo 217 inciso 4 exige un ánimo especial en el agente: ánimo de perjudicar al embargante o acreedor. Cuando el abandono del bien, el deterioro o la destrucción obedecen a razones diferentes a la dicha, se excluye la configuración típica de la conducta. Dicho ánimo no es aplicable a la conducta de no presentación ante el juez.

Cuando falte el ánimo de perjudicar al embargante o acreedor, la conducta de deteriorar o destruir, podría encuadrarse típicamente en la hipótesis del artículo 217 inciso 2 (desbaratamiento de derechos).

f- Tipo subjetivo: El dolo del delito requiere que el sujeto activo conozca que reúne una de las condiciones personales que el tipo exige para ser autor del delito, que conozca las circunstancias jurídicas que rodean el bien al ser pignorado o embargado y el carácter perjudicial de las acciones que realiza para el sujeto pasivo. Las exigencias subjetivas de la acción demuestran que el único dolo admisible es el directo.

11- Apropiación y retención indebidas

a- Artículo 223: “Se impondrá la pena establecida en el artículo 216, según el monto de lo apropiado o retenido al que, teniendo bajo su poder o custodia una cosa mueble o un valor ajeno, por un título que produzca la obligación de entregar o devolver, se apropiare de ello o no lo entregare o restituyere a su debido tiempo, en perjuicio de otro. Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa, con perjuicio ajeno, la pena se reducirá, a juicio del juez. En todo caso, previamente el imputado será prevenido por la autoridad que conozca del asunto, para que, dentro del término de cinco días, devuelva o entregue el bien, y si lo hiciere no habrá delito, quedando a salvo las acciones civiles que tuviere el dueño”.

b- Acción típica. Según lo afirma la doctrina, la figura penal de la retención indebida es esencialmente una conducta omisiva, pues quebranta la norma imperativa que manda devolver aquello que se ha recibido por un título que así lo impone.

c- Consumación. El delito se consuma con el comienzo de la conducta omisiva; se trata de un tipo legal permanente, pues la acción típica se prolonga en el tiempo y deja de cometerse cuando se hace efectiva la restitución que había sido negada²⁰⁸.

Para que se configure el delito de retención indebida es preciso, en primer lugar, que se den los elementos del tipo objetivo como son: a) el poder o custodia que se ejerce; b) una cosa mueble o un valor ajeno; c) la exigencia de un título que produzca la obligación de entregar o devolver dicha cosa mueble o valor ajeno; d) la acción de retener; e) el perjuicio que se ocasione con la retención del bien. Adicionalmente se requiere la comprobación de los elementos del tipo subjetivo, que hacen de este delito uno de naturaleza dolosa, por lo que no puede ser realizado de forma culposa.

12- Abandono de servicio de transporte

a- Artículo 257: “Serán reprimidos con prisión de un mes a un año o de diez a sesenta días multa, si el hecho no importare un delito más severamente penado, los conductores, capitanes, pilotos y mecánicos de un tren, un buque o de una

²⁰⁸ **Así: Laura T.A. Damianovich de Cerredo. Delitos contra la propiedad. Buenos Aires. Editorial Universidad. 1983, p. 253.**

aeronave, o de cualquier vehículo destinado al transporte remunerado de personas, que abandonaren sus puestos durante sus servicios respectivos antes del término del viaje”.

b- Conducta típica. La acción prohibida se constituye al darse el abandono del puesto, sin que sea necesario que el viaje haya concluido.

c- Sujetos activos. Los sujetos activos son los conductores de cualquier medio de transporte, tales como los pilotos, mecánicos y capitanes de tren, barco o avión.

d- Consumación. Esta se produce con el abandono del medio de locomoción, el cual debe estar destinado al transporte remunerado de personas. Es un delito de peligro abstracto, por lo cual no se requiere ningún resultado proveniente de las omisiones del sujeto activo. Por lo anterior, en estos casos no es posible la tentativa.

e- Concurso de delitos. La subsidiariedad de esta figura está contemplada en la misma norma; por lo tanto, si el abandono ha sido una omisión intencional cometida con el fin de crear un peligro concreto en el transporte marítimo, aéreo o terrestre, el sujeto activo responderá, según el caso, por la conducta regulada en los artículos 251 y 253 del Código Penal.

f- Culpabilidad. Este abandono tiene que ser doloso, por consiguiente requiere el conocimiento del autor de prestar el servicio que se omite, así como la voluntad de omitir su prestación.

13- Violación de contratos relativos a la seguridad de la nación

a- Artículo 290: “Será reprimido con prisión de tres a diez años el que, encontrándose la nación en guerra, no cumpliere debidamente obligaciones contractuales relativas a necesidades de las fuerzas armadas. Si el incumplimiento fuere culposo, la pena será de seis meses a dos años”.

b- Acción típica. La acción típica consiste en la omisión de cumplir con los contratos realizados con la nación en el suministro de equipo para las fuerzas armadas. Es una conducta dolosa, pero puede igualmente ser realizada por culpa. El elemento objetivo del tipo requiere que la nación se encuentre en guerra.

14- Infracción al deber de resistencia

a- Artículo 300: “Serán reprimidos con prisión de un mes a dos años, los funcionarios públicos que no hubieren resistido una rebelión o motín por todos los medios legales a su alcance”.

b- La acción típica. Consiste en no resistir; se produce por la omisión de cumplir con el deber de oponerse al alzamiento mediante una actividad o inactividad. La resistencia debe ser ejercida por el funcionario mediante la utilización de todos los medios de que disponga. Si la resistencia no es suficiente o si es meramente aparente, no exime al autor de la omisión típica y por consiguiente engendra punibilidad. Si el funcionario público se ve imposibilitado a resistir, la conducta

omisiva es atípica por falta de acción, al no poder el agente realizar la conducta esperada.

c- Presupuesto del delito. Para que se configure el tipo omisivo, se requiere la existencia actual de una rebelión o motín.

d- Concurso de delitos. La conducta típica es la omisión de resistir el alzamiento. Cuando dicha omisión se realiza con el fin de contribuir al alzamiento, se aplican las reglas sobre la participación en los delitos de rebelión y motín²⁰⁹

e- Autor. Autor es el funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones; debe tener, además, el deber de resistir el alzamiento en virtud de su competencia funcional (por ejemplo, los miembros de la fuerza pública).

f- Culpabilidad. Es un delito doloso, según cuya descripción es necesario que el sujeto conozca de la existencia actual de una rebelión o motín que le impone el deber de resistir; igualmente es necesario que tenga a su alcance los medios para hacerlo, en proporción a la magnitud del alzamiento. Las motivaciones propias del

²⁰⁹ **Tanto el delito de Rebelión como el Motín, son delitos de convergencia en donde el tipo penal requiere que en la acción participen varias personas de forma coordinada para la realización del tipo penal. Así Castillo, "La Participación", p 73.**

sujeto que realiza esta conducta omisiva carecen de relevancia para la configuración del delito.

15- Desobediencia

a- **Artículo 305:** “Se impondrá prisión de quince días a un año al que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención”.

b- Acción típica. La acción está dirigida a rebelarse contra la orden impartida por un funcionario público en virtud de un acto funcional. Se hace referencia expresa al impartimiento de una orden proveniente de un funcionario público. Es un delito de omisión producto de la no realización de la orden impartida.

c- Consumación. El delito se consuma en el momento en que el sujeto activo se resiste a realizar la orden impartida. Como salvedad, se menciona en dicho artículo que no cometerá este delito quien se resista a la propia detención, aunque dependiendo del caso podría estarse en presencia de los delitos contemplados en los artículos 303 y 304 del Código Penal.

d- Agravación. Los artículos 71 y 72 de la Ley de Jurisdicción Constitucional establecen sanciones más graves para quien omita cumplir una orden de la Sala Constitucional dictada en virtud de un recurso de amparo o habeas corpus, o bien cuando se acoja un nuevo recurso en razón del incumplimiento a lo ordenado por

uno precedente.

16 Facilitación culposa

a- Artículo 312 “Será reprimido con quince a sesenta días multa, el funcionario encargado de la custodia de los sellos y documentos mencionados en los dos artículos anteriores, cuando la comisión de los hechos hubiere sido facilitada por su proceder culposo”.

b- Acción típica. Es un delito culposo de omisión, de mera actividad, cuando el tipo solo exige la realización sin más de la omisión; si bien debe ser lesiva de un bien jurídico, no necesita producir resultado material ni peligro alguno.

En la práctica no se castiga la tentativa en delitos de mera actividad o simple omisión, en los que teóricamente no hay problema en admitir la tentativa.

17- Favorecimiento personal

a- Artículo 320: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que, sin promesa anterior al delito, ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a substraerse a la acción de esta u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo”.

b- Presupuesto del delito. Debe haberse cometido un delito en que el sujeto no haya participado y no debe haber mediado un promesa anterior de ayuda con el

favorecimiento.

c- Acción típica. La acción material en el delito de favorecimiento personal se prevé en la ley tanto en forma positiva como negativa. En la forma negativa, el favorecimiento personal consiste en la omisión de denunciar por quien está en la obligación de hacerlo²¹⁰.

El Código Procesal Penal señala -artículo 281- quiénes están en la obligación de denunciar:

"...Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

a) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

b) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté protegido por la ley bajo el amparo del secreto profesional.

c) Las personas que por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de

²¹⁰ Así, Llobet, p 598.

bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de delitos cometidos en su perjuicio o en perjuicio de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control y siempre que conozcan el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones.

En todos estos casos, la denuncia no será obligatoria si razonablemente arriesga la persecución penal propia, del cónyuge, o de parientes hasta tercer grado por consanguinidad o afinidad, o de una persona que conviva con el denunciante ligada a él por lazos especiales de afecto..."

Igualmente, el artículo 49 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone:

"...Denuncia de Maltrato o Abuso: Los directores y el personal encargado de los centros de salud, públicos y privados, adonde se lleven menores de edad para atenderlos, estarán obligados a denunciar ante el Ministerio Público cualquier sospecha razonable de maltrato o abuso cometido contra ellas. Igual obligación tendrán las autoridades y el personal en centros educativos, guarderías o cualquier otro sitio en donde permanezcan, se atiendan o se preste algún servicio a estas personas..."

La denuncia debe realizarse ante la autoridad competente, de modo que no se cumple con dicha obligación si se hace ante otra autoridad que no sea la competente, aunque esta a su vez tenga la obligación de denunciar.

d- Consumación. En la forma negativa se consume cuando ha vencido el término legal o reglamentario para formular la denuncia, o cuando en caso de no fijarse plazo, el retardo en la interposición de la denuncia sea dolosamente injustificado.

e- Autor. En su forma omisiva, el favorecimiento personal es un delito propio que solo puede ser cometido por quien, según las leyes y reglamentos, esté en la obligación de denunciar²¹¹.

f- Culpabilidad. La omisión de denuncia requiere que el agente conozca la existencia del delito, para que surja el deber de denunciar.

18- Favorecimiento de evasión

a- Artículo 325 "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado. Si el autor fuere un funcionario público, la pena se aumentará en un tercio. Si el autor fuere ascendiente,

²¹¹ **La doctrina discute en relación con el secreto profesional, cuándo el hecho está amparado por el secreto profesional y cuándo existe el deber de denunciar. Sobre esta discusión no existe una posición unánime. (al respecto puede consultarse, entre otros Cafferata Neres, J. "La prueba en el proceso penal, Buenos Aires, 1986.**

descendiente, cónyuge, hermano, concubino o manceba del evadido, la pena se disminuirá en una tercera parte”.

B- Acción típica. Se favorece de la misma manera que si se ayudara a la persona privada legalmente de su libertad a realizar la evasión, es decir, eliminando los obstáculos que le impiden gozar de su libertad de tránsito.

c- Relación causal. El favorecimiento puede realizarse mediante una conducta activa u omisiva, las cuales son equivalentes²¹². Cuando el favorecimiento es constitutivo de una omisión debe haber en el sujeto la obligación legal de actuar en orden al impedimento de la evasión del favorecido. La conducta favorecedora es aquella que incide en el proceso causal de la evasión, sin que sea necesario que la misma se concrete.

d- Consumación. La consumación requiere que el hecho de evadirse del favorecido por lo menos se haya manifestado externamente en actos ejecutivos.

²¹² **De acuerdo con Bacigalupo, "...Lineamientos...", p 140 en este tipo de delitos se establecen bajo una misma amenaza penal, tanto la realización de una acción positiva como la omisión de una acción determinada. Es decir, en estos casos la misma ley equipara la realización de una acción con la omisión de una acción determinada.**

e- Autor. Puede ser cualquier persona, en tanto no participe en la evasión de otro evadiéndose con él, si se trata de otra persona que también está privada legalmente de su libertad. La norma estipula un agravante cuando se trata de un funcionario público, sin que se mencione si su posición lo coloca en una situación de custodia del favorecido o no. Esta normativa contempla una atenuante de la pena cuando el autor es ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, concubino o manceba del evadido.

f- Culpabilidad. En el caso del favorecimiento doloso, se necesita el conocimiento de los presupuestos típicos en el favorecido (que esté legalmente detenido).

19- Evasión por culpa

a- Artículo 326 “Si la evasión se produjere por culpa de un funcionario público, se impondrá a este de treinta a ciento cincuenta días multa”.

b- Acción típica. La conducta culposa se tipifica al producirse la evasión por negligencia. No basta que la negligencia del sujeto haya significado un aporte más dentro del proceso causal, sino que la evasión se haya producido a causa de la negligencia, sin la cual no se hubiera realizado.

c- Consumación. Esta se produce con la producción del resultado, o sea de la evasión de quien estuviera legalmente privado de su libertad.

d- Autor. Solo puede serlo el funcionario a quien se ha asignado la custodia de los privados de libertad, ya sea de manera directa -como es el guarda del centro penal- o indirecta, en el caso de aquel que cumple funciones de supervisión. No entran dentro de estas categorías los funcionarios de los tribunales que realizan diligencias con los detenidos.

20- Incumplimiento de deberes

a- Artículo 330 “Será reprimido con veinte a sesenta días multa, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de función”.

En este delito lo que se tutela es la correcta marcha de la función pública, mediante el eficiente desarrollo de los servicios propios de ella.

b- Acciones típicas. Las tres acciones típicas son omisivas. El omitir y el retardar son claramente estructuras omisivas. El rehusar necesita ser corroborado, pues la inactividad es precisamente lo que viola el mandato que impone la realización de una determinada conducta. Omite el acto propio de su función, el funcionario que no lo lleva a cabo; rehúsa hacerlo el que, ante un pedido u orden legítimos se niega a realizarlo; retarda el que no lo realiza en la oportunidad determinada por la ley.

Con respecto al rehusarse, no se trata simplemente de una pura omisión del

acto, pues dicha omisión debe estar precedida de la negativa en respuesta a la demanda; quien se rehúsa a hacer, hace algo más que limitarse a no hacer. Igualmente es importante si el acto se realiza, pero no en el momento en que debió realizarse.

b- Consumación. Al ser un delito de mera actividad, este se consuma con la omisión, con el retardo o con el rehusamiento; no se requiere la producción de un resultado dañoso.

c- Autor. Es el empleado o funcionario público en el ejercicio de su propia función o tarea administrativa. Es un delito de propia mano, por lo que no se contempla la posibilidad de una complicidad, aunque sí la instigación y la coautoría²¹³.

d- Culpabilidad. Es un delito doloso que requiere del conocimiento del carácter del acto omitido como propio del oficio, omitiéndose de forma ilegal mediante la libre voluntad de omitir, retardar o rehusar hacer.

²¹³ **Delitos de propia mano: En ellos el tipo exige la realización de una acción determinada y solo el que se encuentre en posición de ejecutar inmediata y corporalmente, por si mismo, la acción, puede ser sujeto activo o autor en sentido estricto de la acción descrita en el tipo legal.**

21 Denegación de auxilio

a- Artículo 331 “Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad competente”.

En este delito se tutela la normal marcha de la administración al tratar de evitar que se malogre el acto de la autoridad por falta de auxilio de la Fuerza Pública.

Las acciones típicas son las mismas del artículo anterior: se omite cuando no se presta auxilio, se retarda cuando este se presta fuera de la oportunidad debida, y se rehusa cuando se rechaza formal y materialmente la interpelación.

b- Requerimiento de auxilio. La norma requiere que la omisión, el retardo o el rehusamiento sean típicos, únicamente cuando ha mediado un requerimiento de auxilio legalmente formulado por la autoridad competente. Requerir hace referencia a una orden o intimación a su prestación proveniente de autoridad competente para recabar el auxilio según las motivaciones jurídicas posibles.

c- Consumación. El delito se consuma con la omisión, el retardo o el rehusamiento seguido de la omisión material de prestación de auxilio.

d- Autores. Son los jefes o agentes de la Fuerza Pública que por su jerarquía funcional o porque ostentan una posición de mando tienen la facultad de impartir

órdenes, o bien aquellos cuya función es preservar la seguridad y el orden público.

e- Culpabilidad. Es un delito doloso que requiere del conocimiento de la existencia del requerimiento y de su legalidad, siendo que a pesar de dicho conocimiento el agente se rehusa, retarda u omite la prestación de auxilio, sin que interesen sus motivaciones.

22- Facilitación culposa de sustracciones

a- artículo 353 “Será reprimido con treinta a ciento cincuenta días multa, el funcionario público que por culpa hubiere hecho posible o facilitado que otra persona sustrajere el dinero o los bienes de que se trata en el artículo anterior”.

b- Acción típica. Es un delito culposo de omisión de mera actividad. Cuando el tipo no exige otro requisito que la realización de la omisión, la cual, si bien debe ser lesiva de un bien jurídico, no necesita producir resultado material o peligro alguno.

En la práctica no se castiga la tentativa en delitos de mera actividad o simple omisión, en los que teóricamente no hay problema en admitir la tentativa.

23- Demora injustificada de pagos

a- Artículo 355 “Será reprimido con treinta a noventa días multa, el funcionario público que teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario decretado por la autoridad competente o no observare en los pagos las

prioridades establecidas por la ley o sentencias judiciales o administrativas”.

En la misma pena incurrirá el funcionario público que requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

b- Acción típica. Demora el pago quien no lo realiza en el tiempo debido de acuerdo con la ley, el reglamento o la costumbre administrativa. La demora puede consistir en no efectuar el pago cuando es el mismo funcionario el que debe realizarlo, o en no dar la orden de pago cuando es otro el que lo tiene que realizar. La demora de los pagos ordinarios se refiere a aquellos que la Administración efectúa periódicamente de acuerdo con un presupuesto o fijación previa (ejemplo: los sueldos). La demora de pagos decretados son los dispuestos por resolución especial de la autoridad en específicas relaciones jurídicas.

Para que se configure el tipo deben existir fondos expeditos, o sea, fondos suficientes para realizar los pagos; no basta que estos estén presupuestados, sino que deben estar en disposición del funcionario.

c- Consumación. El delito se consuma con la omisión de pagar en el tiempo debido. No se requiere que medie interpelación o intimación previa de aquel a quien corresponde hacer el pago, ni de otra autoridad. Este delito no admite tentativa.

d- Autor. Autor es el funcionario público que tiene a su cargo hacer efectivo el

pago o dar la orden para que este se realice, ya sea que esté dentro de sus funciones o que haya sido comisionado por autoridad competente.

II- EI DELITO DE OMISION IMPROPIA EN EL CODIGO PENAL DE COSTA RICA

Difícilmente se pueda realizar una clasificación pormenorizada de los delitos impropios de omisión en el Código Penal costarricense. Como bien lo señala Muñoz Conde²¹⁴, en este tipo de delitos el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, pues en estos únicamente se describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero desde un punto de vista valorativo resultan equivalentes las conductas activas y omisivas cuya realización produce un resultado prohibido.

Nos adherimos a la clasificación propuesta por Sauer, debido a las dificultades antes apuntadas, pues solo en el caso concreto se podrá determinar si la conducta prohibida es por un hacer o por una omisión.

Dicho autor estima que los casos más relevantes en los que resulta posible una omisión impropia para la realización de un tipo penal son: los delitos de homicidio y lesiones; algunos casos de privaciones de libertad; injurias, estafa y algunas formas

²¹⁴ “...derecho penal...”, p 225.

asimilables a esta última -entre los delitos contra la propiedad. Solo limitadamente el encubrimiento, la infidelidad en la administración y la defraudación, así como los delitos culposos.

Igualmente, Grunwald ha incluido dentro del prisma de posibilidades de delitos omisivos impropios los cometidos por funcionarios, mediante los cuales omitan impedir dentro de la esfera de su competencia la realización de actos contrarios a derecho.

Del estudio de la jurisprudencia nacional se desprende que solo en ciertos casos se ha discutido en nuestros tribunales sobre conductas omisivas impropias y ha sido en delitos de estelionato, contra el honor y administración fraudulenta.

En estas y otras conductas, tales como el delito de incendio, lo importante para establecer si estamos en presencia de un delito de omisión impropia, es atender a lo que la doctrina denomina el deber jurídico de actuar, sea que solo pueden cometer este tipo de delitos aquellos sujetos que se encuentren en una estrecha relación con determinados bienes jurídicos, los cuales, en virtud de una norma prohibitiva están obligados a proteger activamente.

Será entonces nuestro desarrollo jurisprudencial el que nos permita profundizar más acerca del tratamiento que nuestra legislación da a este tipo de conductas delictivas; desarrollo que, aunque en la actualidad es escaso, permite vislumbrar un

vasto campo de estudio y potencialidades.

Sin duda, esta inopia jurisprudencial constituye una invitación a incursionar más profundamente en el estudio de los delitos omisivos -tradicionalmente relegado- y requiere para un futuro próximo la revisión de los conceptos relativos a la omisión, no solo en el campo penal sino también en otras especialidades, incluso administrativas. Tal incursión en la reflexión y el estudio de estas especies jurídicas debería alcanzar a motivar a nuestros nuestros legisladores, para un mejor planteamiento de las modernas formas de delinquir o, dicho de otra manera, para un mejor planteamiento de la forma de verlas.

CAPITULO TRECE

I- JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE EL DELITO DE OMISION

INTRODUCCION

El grado de evolución de la dogmática de los delitos de omisión en Costa Rica es notablemente inferior con respecto al desarrollo que ha experimentado en países tales como Alemania y España.

No obstante, aspectos que han sido de innumerables discusiones en el derecho comparado, como son la vulneración del principio de legalidad en aquellos delitos de omisión impropia no previstos por la ley, en nuestro medio han sido superados vía jurisprudencial partiendo del artículo 18 del Código Penal, el cual no escapa de los cuestionamientos en cuanto a la vaguedad de su redacción. Sin embargo, al igual que en otras legislaciones, se echan de menos el estudio de una teoría con respecto a los deberes de garante, así como una adecuada delimitación, pues a nuestro criterio -y precisamente para superar los cuestionamientos de legalidad- es necesario legislar adecuadamente qué ha de entenderse como deber de evitar un resultado.

Jurisprudencialmente, como veremos más adelante, los casos de omisión que han llegado hasta nuestros más altos tribunales se refieren principalmente a delitos de omisión propia, los cuales están expresamente regulados, y a algunos pocos

casos que contemplan omisiones impropias, sobre todo en delitos en que los bienes jurídicos son especialmente importantes como la vida y el honor, entre otros.

No cabe duda que el escaso estudio de los delitos omisivos en nuestro medio, lejos de ser una limitante, ha de convertirse en un aliciente para que nuestros estudiosos retomen el presente estudio como base para nuevas elaboraciones teóricas que contribuyan a su evolución.

LEY DE IMPRENTA. RESPONSABILIDAD PENAL

“...Es función de esta Sala, en los casos en que puede una norma ser interpretada conforme al texto de la Carta Magna, señalar esa forma de interpretación, a la que deben atenerse los Tribunales de Justicia al aplicarla, no reconociéndose en este caso la inconstitucionalidad, pero señalando cual es la forma correcta de interpretarla. No cualquier enfrentamiento entre la norma y la Constitución conlleva al acogimiento de la acción, debe la Sala, según se indicó, establecer si resulta posible interpretar la primera en forma que se ajuste a los principios que informan la segunda y si ello es posible, debe optar por esta solución a efecto de mantener la vigencia de la ley. Lo propio ocurre en el caso en examen en que resulta posible buscar y encontrar concordancia entre el artículo 70 de la Ley de Imprenta y las consecuencias derivadas de la relación de culpabilidad establecida como garantía en el artículo 39 de la Constitución y desarrollada en los numerales 30 y siguientes del Código Penal. Es lo cierto que ni en el analizado artículo 70, ni en la Ley de Imprenta se hace referencia a la exigencia de culpabilidad, pero si se relaciona dicho numeral con lo dispuesto en los citados artículos 30 y siguientes del código represivo de aplicación supletoria en su parte general a las leyes especiales, según lo dispone su artículo 30, la deficiencia se suple, de manera tal que debe interpretarse que la acción reprimida en el artículo 7, solo posibilita la imposición de la pena en el señalada si la acción realizada por el editor, los directores de la imprenta, sus dueños, arrendatarios o tenedores, les es atribuida por dolo, culpa o

preterintención. La responsabilidad penal del editor, director o dueño resulta entonces no del hecho de un tercero, sino de una acción u omisión reprochada personalmente, por haber sido realizada con conocimiento y voluntad o por no haberse puesto en la conducta la diligencia que le era exigible al autor al momento de la acción u omisión. Esta interpretación salvaguarda el derecho de defensa, en tanto le permite al director o editor demostrar cualquier circunstancia que le exima de responsabilidad penal, por ejemplo que no tuvo conocimiento del hecho, no obstante que sí ejerció la vigilancia que le era exigible, o que existiendo un interés público de por de por medio, autorice en forma correcta la publicación que se tacha de calumniosa o injuriosa...²¹⁵

²¹⁵ **Así, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolución número 2996-92, de las 15:10 horas del 06 de octubre de 1992.**

OMISION IMPRUDENTE

“...La sentencia contiene las razones por las cuales el a quo concluyó, con base en las pruebas incorporadas al debate, que el imputado R. O. tenía -en el caso concreto- la obligación de descartar la presencia de embarazo. Para que la Sala pudiera entrar a examinar la correcta o incorrecta derivación de ese extremo, el recurso debió ser interpuesto por quebranto a las reglas de la sana crítica, cosa que no se hizo. En esa tesitura, procede declarar este motivo sin lugar. Sétimo Motivo.- Nuevamente el recurrente aduce falta de fundamentación, "al ser contradictorio lo que se resuelve con lo que se tiene por demostrado, lo que hace perder a la sentencia la necesaria correlación que debe existir entre lo considerado y lo resuelto." Al respecto, señala que en ninguno de los hechos probados de la sentencia se consigna que él tuviera alguna participación en la ejecución de las operaciones que se realizaron a la ofendida, por lo que no es posible que se lo haya tenido como coautor del hecho, ya que no fue él quien lo realizó. El alegato es improcedente. Como ya se indicó en el considerando anterior, el pronunciamiento recurrido contiene las razones por las cuales el a quo concluyó, con base en las pruebas incorporadas al debate, que el imputado R. O. tuvo participación en el hecho punible. En realidad, lo que el impugnante pretende es que la Sala examine el juicio de derecho contenido en la sentencia y que determine, con base en los hechos que se tuvieron por probados, si correspondía o no declararlo autor responsable del ilícito. Tal pretensión es totalmente ajena al recurso por la forma, defecto que obliga

a declarar este reproche sin lugar. Octavo Motivo.- En el octavo motivo por la forma, el impugnante acusa nuevamente falta de fundamentación. Señala, sobre el particular, que el argumento expuesto para acoger la partida del daño moral es contradictorio, pues por un lado se indica que la ofendida no podía comprender las consecuencias del procedimiento al cual fue sometida y por otro se afirma que si fuera normal sí hubiera sufrido daño moral. El reclamo no es de recibo. Es cierto que la sentencia indica que la ofendida, "...por su condición socio cultural, no estaba en capacidad de comprender las consecuencias del procedimiento al cual fue sometida, consecuencias que siendo una persona normal le acarrearán sufrimiento..." (sic, folio 321 vuelto). Sin embargo, las expresiones que contiene ese párrafo no son contradictorias entre sí. Una cosa es que la ofendida no estuviera en capacidad de comprender las consecuencias del procedimiento y otra cosa muy distinta es que, una vez aplicado ese procedimiento, sus resultados le hayan causado aflicción. Lo primero se refiere al conocimiento de la ofendida respecto al procedimiento médico en sí; lo segundo se refiere al dolor sufrido una vez que conoció los resultados de ese procedimiento. Como no existe ningún contrasentido en el párrafo que interesa, el motivo debe ser declarado sin lugar. Recurso por el fondo.- En el único motivo de su recurso por el fondo, el impugnante alega violación de los artículos 1, 2, 4, 11, 16, 18, 20, 30, 31, 45, 50, 51, 53, 54, 55, 71, 74, 103 y 128 del Código Penal; 123, 124, 125, 127, 132, 135 y 137, inciso 2), del Código Penal de 1941. En sustento de su reproche señala que, al examinar los hechos probados, se advierte que en ninguno

de ellos se tiene por cierto que él haya realizado personalmente o por medio de otro alguna de las operaciones que causaron las lesiones a la ofendida; como tampoco se tuvo por probado que esas operaciones hayan sido realizadas conjuntamente con él, de modo que no se lo puede tener ni como autor ni como coautor del ilícito investigado. Agrega que tampoco se tuvo por cierto que él haya participado como instigador o cómplice en la comisión del delito. En vista de lo anterior solicita que se lo absuelva de toda pena y responsabilidad. El reclamo carece de razón. En sus cuestionamientos, el recurrente no se ajusta a los hechos que el a quo tuvo por demostrados, sino que pretende modificarlos, para que sean examinados desde una óptica que no corresponde al contenido de la sentencia. En efecto, en el fallo se afirma claramente que la responsabilidad del encartado R. O. consistió en omitir imprudentemente "la obligación de descartar la existencia de un embarazo" (folio 315 vuelto). De modo que, según se afirma en las consideraciones de fondo, "por no haberse cerciorado de la existencia del embarazo, la indicación médica de conización fue totalmente errada, por ello es irrelevante con respecto a la responsabilidad penal que le asiste al inculpado R. O. que el producto fuera mayor o menor de veinticinco semanas, pues no consideró el embarazo a la hora de realizar el acto médico que desencadenó en la histerectomía practicada a la ofendida G. A. y al no haber adoptado las medidas precautorias que correspondían, se produjo el resultado dañoso investigado..." (folios 317 vuelto y 318 frente, el subrayado no es del original). No está de más recordar que los hechos punibles pueden ser realizados

por acción o por omisión. Y que: "Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo." (Ver artículo 18 del Código Penal). Los hechos que se tuvieron por probados señalan, con claridad, que la responsabilidad de R. O. consiste en la omisión imprudente de un acto que estaba obligado a realizar, el cual desencadenó o produjo el resultado dañoso. En otras palabras, de conformidad con la sentencia, si dicho encartado hubiera llevado a cabo la acción esperada, el resultado no se hubiera producido. Hay que acotar que, como bien lo señala la representación del Ministerio Público, el imputado R. O. -por su condición de médico- tenía una posición de garante respecto a la salud de la ofendida, quien es acreedora de los servicios de la Caja Costarricense de Seguro Social, institución pública en la cual labora dicho profesional. De ese deber de garantía deriva la "acción esperada"; o sea, determinar si la ofendida estaba embarazada o no, acción que el imputado imprudentemente omitió. De lo anterior se concluye que no existe la alegada violación de la ley sustantiva. Por ende, el reclamo debe ser declarado sin lugar...²¹⁶

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GERENTE

²¹⁶ **Sala Tercera de la Corte Suprema, voto 453-F de las 11:15 horas del 12 de agosto de 1993.**

“...El inciso 3º del artículo 106 del Código Penal vigente (y en algunos supuestos el inciso 3º del artículo 137 del Código Penal de 1941) establece un caso de responsabilidad civil objetiva, al señalar que las personas naturales y jurídicas, dueñas de establecimientos de cualquier naturaleza, en que se cometiere un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes y demás trabajadores a su servicio, están igualmente obligadas, en forma solidaria junto con los autores del hecho, a pagar los daños y perjuicios ocasionados a la víctima. Esta norma exige cuatro requisitos para que se establezca la responsabilidad civil de la propietaria del establecimiento. En primer lugar que se cometa un hecho punible; en segundo lugar que el hecho se realice en la empresa; en tercer lugar, que el delito sea cometido por un administrador, dependiente o empleado de la empresa; y en cuarto lugar, que una autoridad jurisdiccional competente declare que ese hecho es delictivo y tenga por demostrado, cumpliendo con las reglas del debido proceso, que un personero, dependiente o empleado de la empresa intervino en la realización del hecho punible. Esos requisitos se cumplen a cabalidad en el presente asunto, según expondremos de seguido, razón por la cual el reclamo no es atendible. En efecto, en primer término la sentencia tuvo por demostrado que en el periódico La Nación se publicó una nota injuriosa suscrita por el querellado S. S. afectándose la reputación y el honor de los querellantes, lo que se calificó de delictivo, y con ello se cumplió el primero de los requisitos. En segundo término conforme se indicó antes, se tuvo por cierto que el hecho se realizó en la empresa denominada La Nación, concretamente

que la nota injuriosa (denominada "campo pagado") se publicó en el diario del mismo nombre que publica esa empresa. En tercer término es evidente, y ello se desprende en forma certera de la relación de hechos probados de la sentencia, que para que tal cosa ocurriera necesariamente alguno de los responsables de controlar el material que se publica en ese diario, subordinado de la empresa, autorizó que la publicación se insertara en el diario del 16 de febrero de 1987. Para tales efectos se toma en consideración que los editores y directores de una publicación periódica, o los funcionarios que estos designen en caso de justificarse una distribución de funciones, están en el deber de controlar el material que se edita en el medio, con el fin de evitar que se ofenda delictivamente el honor y la reputación de otras personas, asumiendo una posición de garante frente a la ciudadanía, máxime en un caso como el presente en que, como lo expone el fallo de instancia, la simple lectura del aviso o carta evidencia una afectación para el honor de los querellantes. El ejercicio de las actividades económicas, profesionales y sociales, y las posiciones que cada uno de nosotros asumimos en relación con las demás personas en nuestras actividades cotidianas, nos obliga a la vez a asumir una determinada posición de garante en relación con diferentes bienes jurídicos fundamentales para nuestra comunidad. En el caso de la actividad periodística es claro, con base en los artículos 29 de la Constitución Política y 7 de la Ley de Imprenta, en relación con los artículos 18, párrafo segundo, 145, 146, 147, 148, y 153 del Código Penal, que si bien se garantiza el derecho de comunicar el pensamiento sin previa censura, se adquiere

responsabilidad por los abusos que se cometan en el ejercicio de esa facultad, de lo cual surge un claro deber de garantía para los editores y directores de los diarios, quienes asumen por ello una obligación frente a la sociedad, en el sentido de que deben controlar que sus publicaciones sean veraces y no lesionen el honor de los ciudadanos, lo cual los obliga a realizar una ardua tarea de control. En el caso de autos se faltó a ese deber, al autorizarse la publicación de un comunicado ofensivo y delictivo a la vez, que afectó el honor de otras personas. Ahora bien, esa autorización provino de personeros del diario, sin cuyo concurso (al menos omisivo) hubiere surgido el delito investigado en este proceso. La responsabilidad penal se adquiere en estos supuestos por omisión impropia, cuando el sujeto que está en posición de garante no impide que el resultado se produzca, siempre que pudiera evitarlo de acuerdo con las circunstancias, teniendo la obligación jurídica de hacerlo, como en este caso, conforme lo dispone el citado artículo 18 del Código Penal. Por todo lo anterior concluimos que el tercer requisito también se presenta en este asunto, pues la publicación se hizo con el concurso de empleados de la empresa demandada, que autorizaron la inserción de la nota suscrita por el querellado S. S. en el diario La Nación. En cuarto término también se cumple el último de los requisitos para que opere la responsabilidad civil objetiva sobre la empresa periodística, pese a la discrepancia del recurrente. Sobre el particular debe tomarse en cuenta que la publicación de la nota suscrita por el querellado S. S. fue declarada como un delito de injuria por la prensa, es decir una autoridad jurisdiccional

determinó que ese hecho constituyó un delito tipificado por la ley penal, con lo cual se cumple la primera parte del último de los requisitos. Pero también se cumple con los demás aspectos. Se afirma en el recurso que el inciso 3º del artículo 106 del Código Penal exige, para que se decrete la responsabilidad civil solidaria de la empresa, que el empleado de la misma sea declarado autor responsable del hecho delictivo, sobre todo tratándose de delitos de acción privada. Sin embargo debemos replicar que la norma lo que exige es, conforme ya se dijo supra, que el hecho sea realizado en la empresa, por un empleado de la misma y que tal cosa se declare en un proceso jurisdiccional, tramitado conforme a derecho. Pero no indica esa norma que el personero deba necesariamente ser declarado autor responsable del ilícito, como lo interpreta el recurrente. En el caso de autos el fallo tiene por cierto que la publicación se hizo en el diario La Nación, lo cual significa -por las razones ya dichas- que fue necesario el concurso de sus empleados, al menos de los responsables de examinar el material que se publica en el diario, sobre todo cuando dicho material es aportado por particulares que pagan un precio para que se publique, como ocurrió en este caso. Estos hechos los tiene por ciertos la sentencia recurrida, luego de tramitarse un proceso cumpliéndose las reglas legales y constitucionales. La norma no exige que para decretar la responsabilidad civil de la empresa necesariamente deba declararse culpable al personero acusado, sino que para que la empresa asuma esa responsabilidad civil objetiva es indispensable tener por cierto que el hecho es delictivo y que fue realizado en la empresa con el

concurso de uno de sus empleados. Esto último si lo tuvo por cierto el juzgador. Esa responsabilidad civil le corresponde a la empresa periodística en virtud de que la absolutoria lo fue por el aspecto penal, no el civil, y en favor de su Director E. U. B. en su carácter personal, y no de la empresa periodística como tal. Con esa declaratoria contenida en el fallo no se excluye la participación de los otros empleados que en este caso concreto autorizaron la inserción de la nota injuriosa en el diario, y por esa razón es que la empresa debe asumir la responsabilidad civil...²¹⁷

²¹⁷ **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 492-F de las 11:31 horas del 31 de agosto de 1993.**

OMISION IMPROPIA: CONCEPTO

"...En el cuarto motivo de su recurso de casación por el fondo, reclama el impugnante la violación de los párrafos 3 y último del artículo 129 de la Constitución Política, "...por cuanto el artículo 3 del Decreto Ejecutivo 16,563-MAG, vigente y debidamente publicado, al momento de las transacciones, establece en forma clara y expresa las limitaciones en cuanto a la venta de las acciones de [...], indicando expresamente que para la venta de esas acciones se requiere autorización expresa..." (folios 569 y 570). El motivo esencial del reparo se hace consistir en que la resolución recurrida dispuso la existencia de un derecho patrimonial que no es tutelable por la Norma antepuesta al artículo 217, inciso 2, del Código Penal, ya que no pudo nacer ningún derecho para los adquirentes en virtud de una prohibición expresa del Decreto Ejecutivo citado. Sin embargo, este reparo tampoco puede ser atendido ya que si bien es cierto el artículo 129 de la Constitución Política se refiere a un conocimiento ciudadano del bloque de legalidad, entendiendo por tal el conjunto de normas que componen el ordenamiento jurídico, también es cierto que el conocimiento o ignorancia de una disposición reglamentaria no puede derogar para el caso concreto lo dispuesto por una norma superior como lo es la Ley. En efecto, el Decreto citado no puede derogar el artículo 411 del Código de Comercio, también citado por el recurrente en el motivo anterior, el cual, para el caso en examen, dictamina, como ya se ha analizado, que los contratos de comercio se someterán a los requisitos impuestos por el Código mismo o las leyes especiales. En

consecuencia, no se le puede dar valor derogatorio a este Decreto del Ministerio de Agricultura y Ganadería en cuanto a la constitución formal del negocio jurídico de traspaso de las acciones.

En todo caso, como ya lo ha sostenido la doctrina privatística: una especie fáctica parcial (verbigracia: contrato ínter partes con objeto mercantil) no es capaz de expresar plenamente el interés tutelado por el derecho ni puede producir sus efectos típicos y fundamentales. Sin embargo, a pesar de que esa especie fáctica (negocio jurídico que incumple el requisito del artículo 3 del Decreto) no puede portar consigo todo el interés del ordenamiento jurídico (entendido como un todo), indica ya al menos un núcleo central de intereses (transacción comercial, venta de acciones, interés comunitario en la actividad mercantil) que, cuando el proceso de reintegración con el ordenamiento jurídico (se den los permisos y autorizaciones administrativas correspondientes) llegue a completarse el núcleo de intereses, entonces, es capaz de ameritar o exigir la tutela del derecho, en este caso la tutela penal.

Es esto lo que se denomina relevancia jurídica de la especie fáctica, que acorde con la Ley, hace producir el fenómeno de la tutela del derecho, aun cuando el mismo pueda interpretarse que no acarrea todos los intereses del sistema jurídico. (FALZEA (Angelo), Eficacia Jurídica, en: Principios de derecho Privado, San José, Costa Rica, Cátedra de derecho Privado, Facultad de derecho, Universidad de Costa

Rica, Coordinador de la Antología Víctor Pérez Vargas, Marzo de 1983, pp. 96-97. La Sala estima que de las probanzas del proceso, que ha valorado correctamente el Tribunal a quo, se desprende que la especie fáctica (la negociación de los títulos accionarios) ha sido integrada, al menos preliminarmente, con los hechos idóneos para constituir, especificar o individualizar los sujetos y el objeto de la negociación jurídica y sus consecuencias: efectos jurídicos. Así, no se encuentra ninguna razón de peso para realizar una suspensión de la eficacia del negocio ya que los elementos necesarios se han dado, tanto los estructurales (requisitos legales) como los subjetivos (consentimiento de las partes, acuerdo jurídicamente relevante). Es este negocio traslativo de dominio de las acciones y configurativo del status de socios de los ofendidos, lo que constituye el derecho que se encuentra tutelado por la Norma Penal antepuesta al artículo 217, inciso 2, cuando establece que: "No debe tornarse imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación". Por supuesto, que ese derecho debe haber nacido de manera lícita a la vida jurídica, cumpliendo los requisitos que exige la Ley. Lleva razón el representante del Ministerio Público cuando, al contestar la audiencia conferida, y en tratándose de los argumentos esgrimidos por el impugnante, postula que del cuadro fáctico acreditado se desprende que el ejercicio del derecho resultó nugatorio precisamente por la acción del señor H. C., al no proceder este a cumplir los requisitos colaterales que producían, en el caso concreto, la confluencia e integración de los intereses en juego a fin de ubicar la voluntad de las partes dentro

del contexto del sistema jurídico. En esencia, el derecho a la participación en la sociedad que adquirieron los ofendidos tiene relevancia jurídica, y aunque es cierto que dicha relevancia no iba a producir todos los efectos jurídicos, también lo es que los que produjo ya merecen protección del derecho, en este caso del derecho penal. Dicha protección es exigida por la norma antepuesta al tipo penal y por la necesaria tutela que debe recibir el bien jurídico penalmente relevante, protección que va en el sentido de remover la incerteza, al menos, en una fase preliminar de la eficacia fundamental de la especie fáctica producida por la voluntad de las partes. Si esta especie fáctica no se completó o quedó trunca lo es por la acción u omisión del imputado, la cual, a todas luces, configura los requisitos del tipo objetivo y subjetivo del estelionato. El Voto No. 64-F de las diez horas y treinta y cinco minutos del veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, que cita el recurrente en sustento de su posición, resulta tener un efecto contrario al que esperaba lograr, toda vez que el considerando VIII, que transcribe parcialmente, se refiere, expresamente a que el autor de un estelionato deber haber realizado una acción anterior que jurídicamente constituya una obligación válida cuyo cumplimiento requiere actos positivos ulteriores; actos que van encaminados a hacer que el derecho constituido se desbarate. Esta posición sigue siendo mantenida por la actual Sala Tercera, en la jurisprudencia posterior a 1984, y resulta plenamente aplicable al actual problema jurídico planteado en este motivo del recurso de casación por el fondo: quedó probado que el acusado concurrió a celebrar el contrato de cesión,

traspasó las acciones mediante un acto válido y por acciones y omisiones posteriores produjo el resultado de un derecho incierto y litigioso. De lo anterior, resulta que las violaciones reclamadas no se han producido por lo que este motivo también debe declararse sin lugar..."²¹⁸

²¹⁸ **Así, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto número 688, de las 09:50 horas del 06 de diciembre de 1993.**

OMISION IMPROPIA: POSICION DE GARANTE

"...Por otra parte, y suponiendo que no se hubiere podido establecer actuaciones (acciones positivas) a los encartados, tampoco analizó el Tribunal, como era su deber en un caso como el presente, si los absueltos pudieron haber incurrido en alguna responsabilidad penal por omisión, conforme al párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal, al disponer que "...cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo". Tómese en cuenta que los jefes, administradores, encargados, miembros de la junta directiva y demás personeros de una empresa que se dedica a receptor fondos del público con el fin de invertirlos en actividades supuestamente lucrativas, asumen un clarísimo deber legal frente a aquellos ciudadanos que realizan la inversión, al menos el deber de vigilar de manera responsable que el dinero efectivamente se invierta en la actividad económica prometida, que esa actividad sea cierta, lícita y que no se les defraude. Al eludir ese análisis, el Tribunal de Juicio incumplió el deber de fundamentación que se acusa violado en el recurso del Ministerio Público. Ya esta Sala había indicado, siguiendo la teoría de la omisión impropia acogida en el artículo 18 del Código Penal, que es posible para los representantes legales, personeros o miembros de la Junta Directiva de una empresa delegar las funciones en otras personas para que estas asuman sus responsabilidades, pero ello es admisible solo "...tratándose de empresas complejas, con un gran volumen de

trabajo, siempre que quien delegue las funciones gire adecuadas instrucciones a sus subalternos para que estos no realicen hechos lesivos; que eviten cualquier irregularidad de la que puedan percatarse; que seleccionen a personas idóneas para desempeñar las funciones delegadas; que los supervisen y suministren a estos los medios necesarios para cumplir con sus obligaciones; y, fundamentalmente, que la repartición de funciones responda a exigencias propias, concretas y constantes de la empresa..." (Sentencia N° 10-F de 15 hrs. del 21 de enero de 1988, Sala Tercera). El Tribunal de Juicio no analizó si en efecto hubo una delegación de funciones, o si los encartados permitieron que sus nombres se utilizaran para realizar actividades ilícitas, y la responsabilidad penal que en cualquiera de esos supuestos pudieron haber asumido por omisión. Tómese en cuenta que la posibilidad de delegar funciones en otros puede realizarse solo cumpliéndose con los presupuestos antes apuntados, situación que tampoco se examinó en la sentencia del Tribunal de Juicio, no obstante que la absolutoria se sustentó en que los encartados no conocían de las actividades de las empresas en que ellos mismos figuraban como personeros. En ese mismo fallo se señalaba que "...el ejercicio de la mayoría de las actividades profesionales y los roles que asumimos, implican a su vez la necesidad de asumir una determinada posición de garante en relación con diferentes bienes jurídicos fundamentales para nuestra comunidad. Así, por ejemplo, se le impone un mínimo deber a un comerciante el conocer la lista oficial de precios para que en su establecimiento no se cometa el delito de especulación en perjuicio de los

consumidores, y desde ese punto de vista el comerciante asume la posición de garante frente a la comunidad, lo mismo que el médico en relación con la vida de su paciente; el ingeniero civil en relación con los aspectos técnicos de una construcción, para que no se derrumbe; el conductor de vehículos en relación con los peatones; etc. (Sobre la posición de garante véase WESSELS, Johannes. Derecho penal, Parte General. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 214 ss.). Los editores de los diarios, en virtud de la norma citada de la ley de imprenta, asumen una posición de garantes frente a la sociedad, en el sentido de que deben controlar que sus publicaciones sean veraces, y no lesionen el honor de los ciudadanos, motivo por el cual se les exige efectuar una tarea muy importante de control.

Cuando se falta a ese deber, eventualmente pueden asumir responsabilidad penal por omisión..." (Sentencia de la Sala Tercera últimamente citada). Para tales efectos debe tomarse en consideración, además, que en un caso como el presente referido a las responsabilidades de los personeros y directores de una empresa mercantil dedicada a captar fondos del público para invertir y a vender públicamente valores mercantiles, la posición de garante surge por un lado de la propia ley, como por ejemplo de las normas contenidas en el Capítulo Tercero del Título I? del Libro I? (artículos 17 ss.); del Capítulo único del Título IV también del Libro I? (artículos. 398 y ss.); así como los artículos 181, 182, 183, 189, 226, 229, 231, y 233, todos del Código de Comercio, tanto en su redacción actual como la que tenían a la fecha de los hechos, sin hacer referencia a las normas que regulan la Bolsa Nacional de

Valores por ser de 1990, y a la Ley de Regulación de la Publicidad de la Oferta Pública de Valores por ser de 1988. Además, por otro lado, esa posición de garante también surge de la costumbre, de las tradiciones, y de las circunstancias, sobre todo en casos referidos al ámbito bursátil, mercantil y empresarial, regido por la tradición, la costumbre y las prácticas, entre las que sobresalen la buena fe, la confidencialidad, la exactitud y la lealtad en la información suministrada entre los distintos sujetos que se interrelacionan, según lo refieren los artículos 2, 3 y 4 del Código de Comercio. Tratándose de empresas, es evidente que la legislación comercial y las regulaciones del mercado bursátil y financiero (tanto del país donde esté operando la sociedad o la empresa, como las regulaciones de los países donde estén ubicados los inversionistas), le imponen una serie de deberes a los directores, con el propósito de que la captación de dineros del público para invertir en acciones se realice sin afectar los derechos de esos inversionistas y de los ciudadanos en general, ni la economía o la imagen del país, aun cuando se trate de sociedades constituidas en el extranjero, pues de acuerdo con los hechos de la sentencia operaron en Costa Rica y mantuvieron oficinas abiertas, y fue desde aquí donde captaban inversiones de los ofendidos ubicados también en el extranjero. En especial obsérvese que el artículo 229 del Código de Comercio dispone que "las sociedades extranjeras que transfieran su sede social a la República, continuarán rigiéndose por las leyes del país donde fueron creadas en lo que respecta a su pacto social, pero quedarán sujetas a las leyes de orden público de Costa Rica...", como

resulta ser la legislación penal y la que la complementa. En igual sentido, el artículo 404 del Código de Comercio establece lo que constituye una "venta pública" de acciones y títulos valores, calificando como tales las que se realicen por medio de "...publicaciones en periódicos u otros medios publicitarios, folletos y revistas, invitando a la suscripción de los valores o acciones...", como ocurrió en el caso de autos, lo cual era a su vez regulado, en aquella época por el artículo 403 del Código de Comercio (hoy sustituido por la Ley reguladora del Mercado de Valores N° 7201 de 1990), aplicable al caso por ser más favorable que la legislación sustituta, el cual exigía, entre otras cosas, que "...desde el momento en que funcione en el país la primera bolsa de comercio, debidamente autorizada conforme a este capítulo y facultada para tales transacciones, no podrá realizarse la venta pública de acciones y títulos-valores a menos que las respectivas emisiones estén registradas en cualquiera de las bolsas que estén facultadas para ello...".- Para tales efectos debe tomarse en consideración que ya para la fecha de los hechos a que se refiere este asunto funcionaba en Costa Rica la Bolsa Nacional de Valores, pues como bien se indica "...con la apertura en 1976 de la Bolsa Nacional de Valores S.A. se empieza a construir en Costa Rica un mercado de valores organizado, el que por razones históricas, se levanta sobre una estructura jurídica débil.

Dicho mercado de valores nace bajo la tutela del Título IV del Libro I del Código de Comercio, cuyo contenido es de escasos 13 artículos, que en principio van a regular los requisitos de constitución y funcionamiento de las bolsas de comercio

(bolsas de valores, de mercancías, de productos, de metales, etc) y algunos aspectos de registro de los emisores de títulos y de los agentes que negociarán en las bolsas..." (CHINCHILLA, WILLIAM. Notas sobre la Comisión Nacional de Valores y su estructura administrativa. San José, s.p., 1984, p.4). Este artículo 403 del Código de Comercio vigente a la fecha de los hechos fue luego sustituido en 1990 por una legislación más rigurosa, que contiene mayores exigencias y controles para las empresas y personas que deseen realizar una "venta pública" de acciones y valores de comercio, por ello resulta aplicable para apreciar la situación que se examina en el caso de autos, por resultar más favorable que la legislación vigente a los intereses de los acusados. En lo que al caso se refiere, de acuerdo con los documentos incorporados al debate [...] la compañía matriz [...] inscribió su personería, conforme lo ordena el artículo 226 del Código de Comercio, de lo cual se desprende el deseo de abrir sucursal o trasladar la sede al país. Por otra parte, conforme se indicó, es claro que las personas que aparezcan en la propaganda de una empresa y que figuran como directores de la misma, que se dedique a captar fondos del público, asumen una posición de garantes frente a los inversionistas que atendiendo la publicidad envían fondos a la empresa con la esperanza de capitalizar, según las reglas lícitas de la economía de mercado. Se trata de una relación de evidente buena fe, que obliga a esos directores a asumir en forma responsable una serie de deberes, los cuales de ser incumplidos o al menos eludidos podría acarrearles responsabilidad civil, comercial y eventualmente penal. El fallo recurrido

no realiza un análisis sobre estos extremos en relación a cada uno de los imputados absueltos, por lo que se vicia la fundamentación conforme lo reclama el Ministerio Público..."²¹⁹

²¹⁹ **Así, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto número 339, de las 14:30 horas del 31 de agosto de 1994.**

OMISION IMPROPIA: REQUISITOS

"...en el presente caso lo único que ha quedado debidamente probado con las pruebas evacuadas en el debate y en la instrucción (o incorporadas de modo legal a aquel) es que el encartado ocupó el cargo de Gerente de la sucursal de [la empresa ofendida] en Ciudad Quesada del 1 de diciembre de 1985 al 13 de julio de 1989, con las obligaciones de cumplir los lineamientos generales establecidos por la empresa para el adecuado manejo y control del dinero en efectivo y del personal a su cargo (folio 382 vuelto líneas 24 a 30). Además se acreditó que la coimputada R. C. ingresó a trabajar el 1 de agosto de 1988 al 13 de julio de 1989, teniendo entre sus funciones la de recibir dineros pagados por los clientes y hacer los depósitos bancarios, debiendo esta confeccionar un recibo al ingresar el dinero, cuyo original se le entregaba al cliente y la copia debía ser remitida a las oficinas centrales de San José. Igualmente quedó demostrado que ella era la responsable del manejo de la caja chica. Se acreditó en los hechos [...] de la sentencia impugnada la manera cómo la encartada se apropió de dineros que estaban bajo su administración disponiendo de ellos para su propio provecho. Estos hechos quedaron plenamente establecidos con los respectivos elementos probatorios que esta Sala comparte. En lo que respecta a [el co imputado], no se pudo acreditar de modo directo, al no existir ni una sola prueba -salvo las imputaciones de [la co imputada] que él hubiere sustraído dineros o se hubiere apropiado de ellos. Lo único que se determinó fue el cargo que ejerció y sus obligaciones, las cuales no cumplió a cabalidad, lo que fue

aprovechado por la coimputada para realizar sus maniobras fraudulentas, todo lo cual está bien explicado por el Tribunal al folio 395 (líneas 24 a 30) y al 397 1 y 398 líneas 1 a 30 y mismo folio vuelto), en donde se analiza que la responsabilidad no puede ser objetiva sino subjetiva y dolosa. La representante del Ministerio Público insiste en que por haber ocupado el puesto de Gerente y aunque no tuviere el manejo directo o material de los dineros, el hecho de tener ciertas obligaciones en razón de su cargo es suficiente para tenerlo como coautor del ilícito. Hay dos problemas que deben quedar claramente delimitados. Por un lado el problema probatorio, con derivación inmediata de los principios de legalidad (artículo 1 CPP) y de inocencia (artículo 39 C.Pol.) en virtud del cual nadie puede ser sancionado penalmente sin previa demostración de su culpabilidad. En este proceso corresponde al Ministerio Público acreditar la culpabilidad y la posterior apreciación y valoración al juez, quien debe hacerlo de conformidad con las reglas de la sana crítica a fin de que la convicción sobre la responsabilidad del imputado no admita ninguna duda (artículo 393). En este caso, tal y como se ha dicho, lo único que se probó fue que el encartado desempeñó el cargo de Gerente no cumpliendo debidamente con sus obligaciones de vigilar y controlar a sus subalternos.

El segundo aspecto es sí con la demostración de estos hechos es suficiente para tener por configurado el ilícito por parte de [el co imputado]. Esta Sala no comparte el criterio de la recurrente, pues como se sabe la responsabilidad en materia penal es subjetiva y no objetiva como ocurre en otras ramas del derecho,

como por ejemplo en el derecho Civil.

Por ello en delitos como el que aquí se discute (donde no cabe la posibilidad de un actuar culposo como ilícito penal), se habla del tipo subjetivo, queriendo significar con esto que el dolo se encuentra siempre en la descripción del tipo, de lo cual resulta entonces, que el dolo debe ser visto como el "elemento nuclear y principalmente del tipo subjetivo". Esto significa que el dolo es "voluntad realizadora del tipo objetivo...el dolo supone conocimiento, pues no se puede tener voluntad de lo que no se conoce" ("Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal", Henry Issa y Alfredo Chirino, 1991, p. 108). La realización del tipo objetivo es dolosa cuando el autor ha sabido de ella y la ha querido. El dolo, por tanto es el conocimiento, pues no se puede tener voluntad de lo que no se conoce. En otras palabras, el dolo es la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva de un bien jurídico, es decir, una acción que realiza un tipo penal (Enrique Bacigalupo, Principios de derecho penal, Parte General, AKAI, 1990, p. 125-126). En el presente asunto no existe prueba alguna que conduzca a demostrar que [el co imputado] dio órdenes a [la co imputada] para que ejecutara todas las actuaciones ni que le permitiera (tácita o expresamente) que hiciera las maniobras fraudulentas investigadas, lo que inclusive descarta su responsabilidad penal por omisión, como se examinará más adelante. Por estas razones, no es posible aceptar la tesis del Ministerio Público para extender de manera objetiva la responsabilidad al encartado, la cual quedó reducida en sus consecuencias al derecho Civil, por lo que resultó

condenado. Por lo dicho, este motivo debe declararse sin lugar.

Problema adicional:

En el segundo motivo por el fondo, se alega la errónea aplicación del artículo 222 del Código Penal por cuanto el Tribunal ha confundido la tipicidad dolosa omisiva con los tipos culposos.

Afirma la impugnante que si el "artículo 22 es un tipo activo doloso, perfectamente sería posible aplicar lo que en teoría se ha denominado "OMISION IMPROPIA" o "COMISION POR OMISION", mediante el cual se conecta el tipo penal activo doloso que contempla su realización a nivel omisivo pero que se vincula a la realización de una omisión cuando esta produzca el resultado que el tipo activo doloso contempla". De acuerdo con esto, el encartado al haber tenido un deber de vigilancia y no haberlo cumplido resultaría responsable penalmente por su omisión.

Para que se de este tipo de omisión impropia es necesario que el agente no impida el resultado si podía hacerlo de acuerdo con las circunstancias y además, debía jurídicamente evitarlo (artículo 18 C.P.). Dos elementos son indispensables para que la acción por omisión se cumpla: por un lado, que el agente no impida el resultado de acuerdo con las circunstancias, es decir, que exista lo que en doctrina se llama el "nexo de evitación". En otras palabras, hay que detectar el deber de actuar, lo que implica que el juez debe hacer un ejercicio intelectual para

determinarlo.. (Issa, H. op. cit. p. 131). El otro aspecto importante a analizar es sí el agente debía jurídicamente evitarlo. ¿Qué debemos entender por esta frase?. Se trata solo de los deberes expresamente establecidos para los funcionarios públicos (incumplimiento de deberes, artículo 330, denegación de auxilio, artículo 331 CP) y en aquellos asuntos en que la ley hace surgir ciertas obligaciones en virtud de vínculos familiares como ocurre con los alimentos (artículo 185 CP)?. ¿O también debemos entender comprendido cualquier otra circunstancia en que el particular está obligado en virtud de una relación contractual a cumplir ciertos deberes de administración, de custodia o de control?. La obligación de evitar el resultado alcanza a los tres supuestos, con la diferencia que en algunas situaciones el legislador tipifica de manera particular la omisión o el incumplimiento de los deberes, como sucede en los delitos antes mencionados. En los demás casos, es necesario demostrar que el agente tiene algún conocimiento de las actuaciones de quien está realizando actos encaminados a perjudicar los intereses del titular de los derechos o bienes. Ese conocimiento debe inscribirse dentro de la "voluntad realizadora" -en este caso por omisión-, lo que significa omitir voluntariamente el cumplimiento de sus deberes para impedir el resultado dañoso. No basta pues, la omisión producida por negligencia o culpa grave por cuanto en delitos como la Administración Fraudulenta no es posible su comisión de manera culposa. En el presente esto es lo que ha ocurrido al no haberse podido demostrar de manera clara e indubitable que [el imputado] tuvo conocimiento de las maniobras que estaba realizando [la co imputada], razón por la que únicamente se le podía condenar

por su responsabilidad civil...²²⁰

²²⁰ **Así, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto número 580, de las 10:15 horas del 21 de diciembre de 1994.**

OMISION IMPROPIA O COMISION POR OMISION

"...En el segundo motivo por el fondo, se alega la errónea aplicación del artículo 222 del Código Penal por cuanto el Tribunal ha confundido la tipicidad dolosa omisiva con los tipos culposos. Afirma la impugnante que si el "artículo 22 es un tipo activo doloso, perfectamente sería posible aplicar lo que en teoría se ha denominado "OMISION IMPROPIA" o "COMISION POR OMISION", mediante el cual se conecta el tipo penal activo doloso que contempla su realización a nivel omisivo pero que se vincula a la realización de una omisión cuando esta produzca el resultado que el tipo activo doloso contempla". De acuerdo con esto, el encartado al haber tenido un deber de vigilancia y no haberlo cumplido resultaría responsable penalmente por su omisión. Para que se de este tipo de omisión impropia es necesario que el agente no impida el resultado si podía hacerlo de acuerdo con las circunstancias y además, debía jurídicamente evitarlo (artículo 18 C.P.).

Dos elementos son indispensables para que la acción por omisión se cumpla: por un lado, que el agente no impida el resultado de acuerdo con las circunstancias, es decir, que exista lo que en doctrina se llama el "nexo de evitación". En otras palabras, hay que detectar el deber de actuar, lo que implica que el juez debe hacer un ejercicio intelectual para determinarlo.. (Issa, H. op. cit. p. 131). El otro aspecto importante a analizar es sí el agente debía jurídicamente evitarlo. ¿Qué debemos

entender por esta frase?. Se trata solo de los deberes expresamente establecidos para los funcionarios públicos (incumplimiento de deberes, artículo 330, denegación de auxilio, artículo 331 CP) y en aquellos asuntos en que la ley hace surgir ciertas obligaciones en virtud de vínculos familiares como ocurre con los alimentos (artículo 185 CP)?. ¿O también debemos entender comprendido cualquier otra circunstancia en que el particular está obligado en virtud de una relación contractual a cumplir ciertos deberes de administración, de custodia o de control?. La obligación de evitar el resultado alcanza a los tres supuestos, con la diferencia que en algunas situaciones el legislador tipifica de manera particular la omisión o el incumplimiento de los deberes, como sucede en los delitos antes mencionados. En los demás casos, es necesario demostrar que el agente tiene algún conocimiento de las actuaciones de quien está realizando actos encaminados a perjudicar los intereses del titular de los derechos o bienes. Ese conocimiento debe inscribirse dentro de la "voluntad realizadora" -en este caso por omisión-, lo que significa omitir voluntariamente el cumplimiento de sus deberes para impedir el resultado dañoso. No basta pues, la omisión producida por negligencia o culpa grave por cuanto en delitos como la Administración Fraudulenta no es posible su comisión de manera culposa. En el presente esto es lo que ha ocurrido al no haberse podido demostrar de manera clara e indubitable que O. F. S. tuvo conocimiento de las maniobras que

estaba realizando R. C., razón por la que únicamente se le podía condenar por su responsabilidad civil..."²²¹

²²¹ **Así, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto número 580, de las 10:15 horas del 21 de diciembre de 1994.**

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES Y NO ESTAFA POR OMISION IMPROPIA

“Dejando de lado ese defecto formal de la sentencia, el que como se verá no afecta decisivamente la legitimidad del fallo, esta Sala estima que la calificación jurídica otorgada por los juzgadores a la conducta omisiva desarrollada -y tenida como acreditada- por el maquinista (funcionario encargado de absolver las consultas telefónicas relativas a la existencia de fondos en las cuentas corrientes) y por el gerente, del banco ofendido, resulta equivocada, y para enmendar dicho defecto se hace necesario entrar a analizar tres extremos: **a)** si es posible incurrir en un delito omisivo mediante un dolo eventual; **b)** si, en este caso, podríamos hablar de la comisión de una estafa mediante una conducta omisiva; y **c)** si resulta acertado aplicar la figura del dolo eventual al delito de estafa. En lo que se refiere a la primer interrogante, debemos hacer una distinción entre los conceptos de “culpa consciente”, según la cual el agente -a pesar de no querer que se dé el resultado antijurídico- actúa previendo como posible su producción, aunque confía en su habilidad o capacidad para evitarlo. Por el contrario, en el dolo eventual el sujeto activo se representa y *acepta* la posibilidad del resultado el cual no procura evitar, pues más bien forma parte de su cálculo de efectos concomitantes (sabe que puede suceder, lo que no le importa). Teniendo claro lo anterior, el tratadista Zaffaroni descarta la existencia de un delito omisivo mediante dolo eventual, pues exige que - para que concurra dicha figura- se requiere siempre de un dolo directo, es decir, una

intencionalidad dirigida a un fin: *“Que en la estructura típica omisiva el dolo requiera ciertos conocimientos que le son propios y para hacer efectiva la finalidad requiera que ponga en funcionamiento otra causación que en sí es penalmente irrelevante, serán componentes que revelan las particularidades que presenta el dolo en la tipicidad omisiva, como concepto que quizá haya que “adaptarlo” (Jescheck), pero de todas maneras abarca una finalidad prohibida dirigida a la realización de un tipo objetivo...”* Zaffaroni (Eugenio Raúl), “MANUAL DE DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL”, editorial Ediar, Buenos Aires. 4ª edición, 1985. Pág. 459. En términos semejantes se expresa BACIGALUPO, para quien la existencia del delito omisivo doloso exige del agente, cuando menos, un efectivo conocimiento de la situación ilícita que hace necesaria su actuación, y que -a pesar de ello- haya adoptado al menos una actitud indiferente ante el resultado lesivo: *“ Por lo tanto, la forma más grave de lo ilícito, la correspondiente a los delitos de comisión dolosos, en los delitos de omisión será el delito “cuasi-doloso” (Armin Kaufmann). Esta omisión cuasidolosa se dará cuando el omitente haya tenido: 1) conocimiento de la situación típica generadora del deber de obrar;... 3) y haya sido por lo menos indiferente frente a la producción del resultado o la lesión del bien jurídico. El tipo del delito de omisión culposo no se diferencia del de omisión doloso sino en que la omisión tiene lugar por negligencia del omitente. Esta negligencia se tendrá por acreditada cuando el omitente no tuvo conocimiento de la situación (típica) generadora del deber o de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de obrar por falta de diligencia, es*

decir, por no haber empleado el debido cuidado.” Bacigalupo (Enrique), “LINEAMIENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO”, editorial Juricentro, San José. 2ª edición corregida y actualizada, 1985. Págs. 151 y 152. Como se deriva de las anteriores citas, resulta claro que para que concurra el delito de omisión doloso se requiere, no solo del conocimiento efectivo de la situación típica que hace surgir el deber de actuar, sino también una actitud omisiva final, dirigida a la producción del resultado. Si más bien lo que media en la conducta del agente es un comportamiento negligente, desidioso o, en fin, violatorio del deber de cuidado, caeríamos ante la figura del delito omisivo culposo. El segundo elemento que se debe considerar es si el delito de estafa puede cometerse mediante dolo eventual y a partir de una conducta omisiva, pues estos son los supuestos de hecho que se presentan en el caso que nos ocupa y en relación a la participación atribuida a los dos funcionarios bancarios acusados. En este sentido, el tratadista argentino Carlos Creus se inclina por la tesis de que, por regla general, la estafa solo puede cometerse mediante un comportamiento activo, consistente en el despliegue de toda una actividad tendente a engañar al sujeto pasivo: *“el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien, en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio”*, y que -en lo relativo a la estafa mediante un comportamiento omisivo- solo podrá cometerse en aquellos casos en los cuales el sujeto activo tenga la obligación de decir la verdad: *“... En cuanto al silencio, se afirma que cuando la ley ha querido darle el carácter de ardid o engaño, lo ha*

señalado expresamente, lo cual no es del todo exacto, pues en ocasiones lo hace implícitamente. No es erróneo sostener que puede asumir ese carácter cuando existe el deber de no guardarlo, por disposición de la ley, en virtud de una convención o de un hecho precedente atribuible al propio agente, pues solo en esos casos se podrá afirmar que el silencio implica una omisión determinante del error de quien debió saber la verdad, y no el simple aprovechamiento del error que no originó la conducta del agente y que, como vimos, no encuadra el marco de la estafa...”

Creus (Carlos), “DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL”, editorial Astrea, Buenos Aires. 2ª edición actualizada, 1988, pp. 490 y 494. Como se desprende de la anterior cita, las circunstancias en las que puede concurrir una estafa en virtud de un comportamiento omisivo -guardar silencio a pesar del deber legal de decir la verdad- hacen referencia sobre todo a relaciones contractuales o convencionales en las que un sujeto oculta a otro algún detalle o elemento fáctico que, al final, viene a configurar un engaño, todo lo cual no se da en el caso que nos ocupa. Por último, según este mismo autor, el delito de estafa solo puede cometerse mediante dolo directo: *“Aspecto subjetivo de la acción. Se han señalado dos elementos como integrativos del aspecto subjetivo de la acción típica. Uno se refiere al ardid y su destino y otro a la motivación de la conducta del agente. En cuanto a lo primero se dice que si la conducta se despliega en orden a producir el error de la víctima, se requiere que el agente conozca la falsedad de la idea que transmite (Rodríguez Devesa); no puede engañar quien, a su vez, ya está engañado: la falsedad requiere*

la incongruencia entre lo que se sabe y lo que se transmite el dolo del delito requiere el conocimiento del carácter perjudicial de la disposición que se pretende del sujeto pasivo y la voluntad de usar ardid o engaño para inducirlo a error a fin de que la realice. El error sobre el carácter perjudicial de la disposición puede excluir la culpabilidad típica. Las exigencias subjetivas de la acción que expusimos precedentemente demuestran que el único dolo admisible es el directo.” (CREUS, op. cit., págs. 495 y 499). Según lo expuesto, y conforme las tres interrogantes que se plantearon, queda del todo descartada la posible concurrencia de un delito omisivo doloso mediante dolo eventual. También debemos afirmar que, si bien es cierto existe un supuesto en el que podría cometerse una estafa mediante un comportamiento omisivo, los presupuestos fácticos que ello requiere no se presentan en el caso que nos ocupa. Por último, por las particularidades que presenta el delito de estafa, es claro que este solo podría cometerse en virtud de un dolo directo, lo que elimina la posibilidad de que se dé tal delincuencia a partir de un dolo eventual. Lo hasta aquí expuesto nos lleva a analizar cuál es la calificación jurídica que debe asignársele a la conducta que -según los hechos probados del fallo- se le atribuye a los dos funcionarios del banco ofendido. Como ya se dijo, en efecto, no se pudo probar que S. M. y su hermano R. hubieran tenido un acuerdo previo con G. Ch. y S. R. ni que estos últimos hubieran recibido suma alguna del monto defraudado al Banco Anglo, es decir, no se dio ningún vínculo subjetivo entre estos y aquellos a fin de materializar el engaño con su consecuente perjuicio patrimonial para la institución

ofendida. Pese a ello, los jueces de instancia razonan que fue tan evidente el conocimiento que tuvieron dichos funcionarios bancarios acerca de las irregularidades en el manejo de las citadas cuentas corrientes, al no ejercer los controles cada vez que se consultaban los cheques o se hacían depósitos, que eso demuestra una "anuencia dolosa" de su parte (folio 527 fte). Los juzgadores también hacen un esfuerzo por justificar la configuración de un delito de estafa cometido mediante un comportamiento omisivo y en virtud de un dolo eventual, estimándose que la "desidia" de ambos encartados rebasó los límites de la simple culpa o negligencia. En el caso sub examine se estableció que los encartados H.G. y G.S. tenían pleno conocimiento de que algunas faltas administrativas se estaban cometiendo en el manejo de las cuentas corrientes. Se les llamó la atención reiteradamente por parte de la auditoría del Banco Anglo, y no obstante esto cada vez que se debía congelar el pago de un cheque por el plazo reglamentario, o se hacía una consulta, se autorizaba el visto bueno sin tomarse ninguna precaución tendente a evitar el resultado lesivo para la institución. Esta actitud se dio en forma reiterada. Según todo lo antes expuesto, esta conducta negligente y descuidada del maquinista y del gerente, ambos servidores bancarios, no podría encasillarse dentro de la figura de la estafa, pues no existió de su parte ninguna acción final, ni se dio ningún vínculo subjetivo con los co-encartados S. y R. M., quienes sí realizaron todo un despliegue doloso tendente a defraudar a la institución ofendida, ni participaron de manera activa y dolosa en la creación del ardid necesario para consumar la

defraudación. Asimismo, en el presente asunto resulta del todo impropia la concurrencia de dicha delincuencia, primero porque la conducta que se les demostró a aquellos es omisiva y negligente, y segundo porque la estafa no puede cometerse mediante un dolo eventual...Según puede apreciarse del anterior extracto, el órgano de instancia sí tuvo por demostrado que, de manera dolosa, ambos servidores bancarios voluntaria y conscientemente decidieron NO ejercer los controles administrativos en torno a las cuentas corrientes, estando obligados a ello por ser parte de sus funciones. Tal conducta así descrita encuadra en la delincuencia que define el artículo 330 del Código Penal como Incumplimiento de Deberes...²²²

²²² **Así Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1202-97 de las 09:30 horas del 7 de noviembre de 1997.**

ELEMENTOS DE LA ACCION POR OMISION

...En sentencia número 1588-98 al evacuar una consulta judicial, esta Sala determinó la constitucionalidad de los delitos de acción por omisión al señalar:

“...considera esta Sala que en el caso del delito imposible, no se está ante un caso de atipicidad, por cuanto, el delito imposible o error del tipo al revés constituye, al igual que la tentativa idónea, un dispositivo amplificador del tipo que a juicio de este Tribunal no resulta inconstitucional. De hecho, figuras como la participación, la tentativa, la acción por omisión, son comportamientos que no están comprendidos en los tipos penales de la parte especial del Código, sino que el legislador las prevé en la parte general, refiriéndolas a todas las hipótesis delictivas, introduciendo así un mecanismo o dispositivo que permite ampliar el radio de acción o el alcance de los diversos supuestos de hecho. De esta forma los dispositivos amplificadores del tipo permiten cubrir o extender la punición a tales manifestaciones del quehacer humano, sin violentar el principio de tipicidad ni de legalidad, pues las conductas si se encuentran descritas en la ley.”

“...En efecto, la acción por omisión, supone comportamientos que no están comprendidos en los tipos penales de la parte especial del Código sino, que el legislador las prevé en la parte general, refiriéndolas a todas las hipótesis delictivas,

introduciendo así un mecanismo o dispositivo que permite ampliar el radio de acción o el alcance de los diversos supuestos de hecho. De esta forma los dispositivos amplificadores del tipo permiten cubrir o extender la punición a tales manifestaciones del quehacer humano, sin violentar el principio de tipicidad ni de legalidad, ya que ambos están contenidos en la ley, y es el juez o el aplicador del derecho el que los une, igual que cuando le da contenido a “conceptos jurídicos indeterminados” que no están definidos en la ley y que suponen una actividad jurisdiccional para su definición, o bien en casos como los de la tentativa y la participación. En consecuencia, el hecho de que el tratamiento que le da el legislador sea el de contemplar una parte en la sección general del Código, y otra en la parte especial, no significa una vulneración al principio de legalidad. Si el juez al interpretar lo hace de modo que da a la norma un contenido diferente al que el legislador le estableció, el problema entonces no es de la norma en sí, sino de la interpretación y esta, en principio – según luego se analizará- no es revisable por la vía de la acción de inconstitucionalidad. De hecho, la acción está mal alegada, ya que se dirige contra el párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal, y este por si mismo no tiene ninguna inconstitucionalidad como puede verse de la sola lectura de su texto:

“...Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo”.

II- En los delitos de comisión por omisión el problema se centra en establecer si la omisión puede equipararse a la acción respecto al resultado atribuido, lo que para satisfacer el principio de legalidad, obligó a nuestro legislador a incluir en el artículo 18 del Código Penal el párrafo impugnado, que si bien es cierto presenta un alto grado de apertura al referirse a “de acuerdo con las circunstancias”, ello por si solo no le hace inconstitucional, pues conforme esta Sala ya lo ha analizado en otros pronunciamientos, nuestra Constitución no exige que todos los tipos penales sean absolutamente cerrados, al contrario, un cierto grado de apertura no lesiona la función de garantía que debe cumplir el tipo penal. Al respecto en la sentencia 0178-96 se consideró:

“...Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que la vaguedad de algunos tipos penales abiertos, concepto que no debe confundirse con la llamada norma en blanco, si podría producir quebranto del principio de ley previa, pero únicamente cuando tal vaguedad rebasa los límites de racionalidad, dejando al juzgador demasiado margen de interpretación a la hora de pronunciar el derecho...”

La apertura del tipo, entonces, no significa, por sí misma una vulneración al principio de legalidad y sus demás derivados, sino que así ocurrirá cuando la imprecisión conceptual y el sin número de variables que pueden ser introducidas genéricamente, resten claridad, determinación y precisión a la norma, haciéndole perder su función de garantía, al no individualizarse la conducta constitutiva del a

infracción. Al contrario cuando el tipo abierto permite sin mayores dificultades al juzgador, individualizar esa conducta acudiendo a pautas o reglas que aunque están fuera del tipo penal, se tienen elementos suficientes en este para orientar válidamente la interpretación del juzgador (como ocurre al establecer el elemento generador de la falta al deber de cuidado en el homicidio culposo o cometido por culpa según lo expresa el artículo 117 de nuestro Código Penal) o facultando aquel para que en el cerramiento del tipo siga una pauta legal de cuantía o de magnitud, normalmente señalada por la vía de ejemplo (que sería otra forma de apertura típica), ciertamente no se incurre en los defectos mencionados. Para el caso la función de garante, las circunstancias propias del caso y la producción del resultado, sirven de marco suficiente para cerrar el contenido del tipo amplificado, supuesto restringido a quienes en razón de su obligación de impedir un resultado, tenían el deber de realizar la acción que omitieron, la que se logra establecer la acción omitida por medio de la fórmula de la causalidad hipotética que conlleva a equiparar la omisión con la acción, cuando de realizarse la acción esperada el resultado no se hubiera producido. Desde luego que el deber de actuar (función de garante), le debe estar impuesta al responsable por el ordenamiento jurídico, por un acto del que devenga la obligación de actuar (salvavidas) o por haber producido el riesgo del resultado (quema de rastrojos). En este sentido la Sala Tercera de esta Corte ha definido en su jurisprudencia los elementos necesarios para que se pueda aplicar la figura del artículo en cuestión. A manera de ejemplo se puede ver la sentencia 580-

F-94, que en lo que interesa dispuso:

“...Para que se de este tipo de omisión impropia es necesario que el agente no impida el resultado si podía hacerlo de acuerdo con las circunstancias y además, debía jurídicamente evitarlo (artículo 18 C.P.). Dos elementos son indispensables para que la acción por omisión se cumpla: por un lado, que el agente no impida el resultado de acuerdo con las circunstancias, es decir, que exista lo que en doctrina se llama el "nexo de evitación". En otras palabras, hay que detectar el deber de actuar, lo que implica que el juez debe hacer un ejercicio intelectual para determinarlo.. (Issa, H. op. cit. p. 131). El otro aspecto importante a analizar es sí el agente debía jurídicamente evitarlo. ¿Qué debemos entender por esta frase?. Se trata solo de los deberes expresamente establecidos para los funcionarios públicos (incumplimiento de deberes, artículo 330, denegación de auxilio, artículo 331 CP) y en aquellos asuntos en que la ley hace surgir ciertas obligaciones en virtud de vínculos familiares como ocurre con los alimentos (artículo 185 CP)?. ¿O también debemos entender comprendido cualquier otra circunstancia en que el particular está obligado en virtud de una relación contractual a cumplir ciertos deberes de administración, de custodia o de control?. La obligación de evitar el resultado alcanza a los tres supuestos, con la diferencia que en algunas situaciones el legislador tipifica de manera particular la omisión o el incumplimiento de los deberes,

como sucede en los delitos antes mencionados... ”²²³

²²³ **Así, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolución número 027720, de las 08:30 horas del 24 de abril de junio de 1998.**

INJURIAS. POSICION DE GARANTE: DIRECTOR DE PERIODICO QUE NO EVITA QUE OTRO INJURIE A TERCERO.

"...En los delitos contra el honor en general y aquellos cometidos mediante un medio como la prensa escrita, lo que resulta jurídicamente relevante es el contenido de lo dicho, manifestado, escrito o impreso. Es el querellante quien excita la jurisdicción mediante la interposición de la querrela. En la causa que nos ocupa el ex funcionario C. F. acusó aspectos lesivos a su honor, contenidos en la publicación noticiosa, impresa en La Nación del 19 de septiembre de 1997 y el editorial del 22 de septiembre del mismo año. Lo relevante jurídicamente es establecer, si en una noticia o un editorial publicado, se comete algún ilícito contra el honor de una persona. Para tales efectos resulta intrascendente si conforme a la determinación técnica propia de la disciplina periodística, un editorial es una información o por el contrario, es un comentario a dicha información, pues tanto en uno como en otro caso lo que debe apreciarse es si existen ofensas al honor de una persona penalmente relevantes..."

Problema adicional:

"...Como último apartado de este motivo se atribuye a la sentencia el desconocimiento constitucional de la libertad y el derecho de los ciudadanos de enjuiciar la conducta pública de los funcionarios. Estiman los recurrentes que el razonamiento del tribunal viola la libertad de prensa y enfoca las cosas

equivocadamente, por lo que se conculcan los ordinales 184, 361 y 369 del Código Procesal Penal. El reproche debe declararse sin lugar. El iter de los juzgadores no resulta violatorio del principio de libertad de prensa y cuestionamiento del quehacer público de los funcionarios. Los jueces determinaron que en el libre ejercicio de tales derechos, los encartados perpetraron los ilícitos por los que resultaron condenados. En esta línea discursiva, se cita en lo conducente la resolución de esta Sala, de las quince horas del veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y ocho, donde se afirmó lo siguiente: "El artículo 29 de la Constitución Política garantiza la libertad de expresión y la libertad de imprenta, al señalar que "Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito y publicarlos sin previa censura..., sin embargo este derecho, como todos, no es absoluto, y tiene sus limitaciones, y la misma norma agrega "...Pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca".

Precisamente la Ley de Imprenta y el Código Penal vienen a establecer en parte esas limitaciones, ya que el delito de injuria por la prensa tutela como bien jurídico el honor, la reputación, la fama, la autoestima, que pueden verse lesionados por el uso irresponsable de ese derecho". Este extremo del recurso resulta ser una manifestación de inconformidad respecto al resultado, pero no lleva razón en atribuir al tribunal inobservancia de las reglas de la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica. A folios 249 a 253 del fallo se aprecia el análisis pormenorizado de la libertad de información y sus implicaciones, sin que se observe fisura lógica alguna

en su razonamiento. Por lo expuesto se declara sin lugar el presente reclamo de violación a las reglas de la sana crítica..."

Problema adicional:

"...XIII.- Se argumenta -como segundo motivo por fondo- que las injurias por la prensa no están tipificadas, ya que la "contumelia" o forma especial de la injuria, contenida en el ordinal 145 del Código Penal, requiere típicamente la presencia física del ofendido o que la ofensa se infrinja mediante una comunicación a él dirigida. Fundamentan que la resolución 2996-92 de la Sala Constitucional, estableció la aplicación de la normativa del Código Penal en las injurias por prensa y no así la Ley de Imprenta. El tribunal incurre en aplicación indebida -al condenar con base en el artículo 7? de la Ley supra indicada, ya que este no tipifica ningún delito, lo mismo que el artículo 145 del Código Penal -que no menciona- también por aplicación indebida, ya que las alegadas injurias no se habrían proferido en presencia del querellante, ni en una comunicación personalmente dirigida. El reclamo no es procedente. El ordinal 173 del Código Penal de 1941, indicó expresamente que mantenía la vigencia de la Ley de Imprenta. El Código Penal de 1971, contiene tipos penales genéricos que sancionan la injuria y la calumnia entre otros. Pero este último cuerpo legal no señaló si se mantenía o no la vigencia de los tipos penales de la Ley de Imprenta. La jurisprudencia de esta Sala ha sido conteste en establecer la vigencia de los artículos de dicha Ley que no han sido derogados por razones de

inconstitucionalidad. En todo caso, la resolución 2996-92 de las quince horas y diez minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y dos, de la Sala Constitucional, rechazó la inconstitucionalidad en contra del artículo sétimo de la referida Ley -que es citado por los impugnantes- y ratificó la vigencia de dicho ordinal. En efecto, en el Considerando VII de esa resolución afirma la Sala Constitucional lo siguiente: " VII.- Se alega además que las conductas contenidas en el artículo 7 de la Ley de Imprenta son atípicas, pues dicha norma no contiene la necesaria descripción de la conducta para que esta pueda ser catalogada como punible. Para fundamentar la alegación el accionante lo hace en el voto número 1877 de esta Sala, de las dieciséis horas dos minutos del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa, en el que se estableció la importancia de la tipicidad en su función de garantía. En el impugnado artículo 7 se dispone que a los responsables de delitos de calumnia o injuria cometidos por medio de la prensa, se les castigará con la pena de arresto de uno a ciento veinte días. En derecho penal se acepta como válida la técnica legislativa que permite la utilización de las leyes penales en blanco o necesitadas de complemento, sea aquellas en que el presupuesto no se asigna completo o específico en la propia ley, pues debe recurrirse a otra de igual o distinto rango para completarla. Por ejemplo, para poder establecer el contenido de tipo penal del artículo 112 inciso 1º del Código Penal, es necesario recurrir al de Familia, que es donde se señalan las condiciones que deben reunirse para ser calificado como ascendiente, descendiente o hermano

consanguíneo, y si del inciso 2 de aquel artículo se trata, es necesario recurrir a la propia Constitución que es donde se indica a quienes corresponde dar el trato de miembros de los Supremos Poderes. La tipificación de la conducta se logra con la unión de las normas que la complementan; a efecto de establecer si en ella se cumple con las exigencias propias de la tipicidad, debe de previo relacionárselas. En el caso en examen lo propio ocurre entre el señalado artículo 7 y los numerales 145 y 147 del Código Penal, pues es en estas normas en las que se define el contenido de las conductas calificadas como injuria y calumnia, a los fines de la legislación penal, si ambas se relacionan, el tipo resulta completo y cumple con la función apuntada, razón por la que debe ser declarado sin lugar el recurso en cuanto a este extremo se refiere."

"...En cuanto al delito de injuria, debe entenderse que la citada norma se complementa con el artículo 145 del Código Penal. La injuria por la prensa es una forma especial de injuria, distinta de la figura común prevista en el numeral 145 del Código Penal por dos aspectos. Primero -en razón del medio empleado- sea documentos impresos accesibles por un número indeterminado de personas. Este medio es el que determina, bajo un criterio de especialidad, la aplicación de la citada Ley. La segunda arista a considerar refiere que si bien las ofensas al honor en ambas figuras, no imputan delito alguno, lo que permite establecer la diferencia con la calumnia; para la configuración del delito de injuria por la prensa no se requiere "contumelia", pues su medio de comisión -sea la publicación- excluye la presencia

física del ofendido y además dichos impresos no están dirigidos exclusivamente a este, sino a una generalidad de eventuales lectores. Al respecto esta Sala en resolución 492-F-93, de las once horas del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y tres, ha señalado que "El delito de injuria por la prensa se comete al publicar las ofensas en un medio de comunicación colectiva, sin necesidad de que el medio esté específicamente dirigido al ofendido, de conformidad con el artículo 7 de la Ley de Imprenta, a diferencia de lo que ocurre con la injuria prevista en el Código Penal que sí exige la contumelia, según su propia descripción típica. Precisamente lo que especializa la figura de injurias por la prensa de la injuria prevista en el Código Penal es el medio utilizado para realizar el hecho. El recurso desconoce esa especialidad que proviene de la naturaleza misma de los delitos de imprenta, pues los medios de comunicación colectiva no van dirigidos en forma específica a un solo usuario. En consecuencia, si bien el delito de injuria genérico previsto en el Código Penal exige que la ofensa se realice en presencia del agraviado o por medio de una comunicación dirigida a ella, en la injuria por la prensa por su propia naturaleza tal cosa no constituye un requisito de tipicidad, al relacionar la Ley de Imprenta con la norma penal que integra el resto de la descripción típica de ese delito. De lo contrario nunca podría llegar a tipificarse ese delito utilizándose un medio de comunicación colectiva no obstante que la Ley de Imprenta lo incluye entre los delitos castigables. Por lo expuesto los hechos descritos en la sentencia como probados si tipifican el delito de injuria por la prensa aplicado por el juzgador. En

consecuencia debe rechazarse el reclamo." Toda vez que se ha acreditado la vigencia del ordinal sétimo de la Ley de Imprenta, y solventada su relación con el numeral 145 del Código Penal, así como delimitado los alcances de su tipicidad, procede rechazar el presente motivo, en razón de que el tribunal no incurrió en aplicación indebida de las normas citadas por los recurrentes..."

Problema adicional:

"...XV.- Alegan los impugnantes, en este aparte de su recurso por el fondo, que el tribunal a quo aplica incorrectamente el artículo 18 del Código Penal cuando le condena por "comisión por omisión" por las publicaciones que son objeto de este subjuicio, ya que el mencionado numeral, en su párrafo segundo, solo permite la aplicación de esta forma de responsabilidad cuando el hecho (el delito de injuria) esté reprimido en consideración al resultado producido, lo que no es cierto aquí porque en el tipo de injuria solo está contemplada la circunstancia objetiva de ofender, no que el resultado efectivamente se produzca. Faltando, entonces, una incriminación referida al resultado, no puede aplicarse la figura de la omisión impropia en este caso. Solicita que se anule el fallo, y en su lugar se dicte en su favor la absolutoria que corresponde. No lleva razón en su reclamo. En primer término es necesario aclarar que de los dos delitos de injuria por la prensa por los que se condenó al querellado U. B., únicamente un delito se acreditó que fue realizado por comisión por omisión. Respecto al Editorial de fecha 22 de septiembre

de 1997, aparecido en el diario La Nación, quedó establecido que el delito de injuria por la prensa lo perpetró por comisión propiamente dicha. De previo a profundizar en el análisis del motivo, conviene acotar lo señalado por Gimbernart Ordeig "La omisión es una especie del género, no hacer, especie que viene caracterizada por que, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) solo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer, o, con otras palabras, la diferencia específica de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece, es la de que consiste en un no hacer desvalorado." (Gimbernart Ordeig, Enrique. Estudios de derecho penal. Editorial Tecnos- Madrid, 3ª edición 1990. Pp. 182, 183). El alegato que hace el recurrente olvida el sentido jurídico del artículo 18 del Código Penal. Esta disposición contiene una especial vinculación con el resultado, pero en modo alguno faculta a interpretar que únicamente pueden considerarse como punibles aquellas omisiones especialmente tipificadas como tales, ya que dicho precepto contempla también la posibilidad de producción de un resultado a partir de la omisión de un deber establecido en la norma, pero no expresamente tipificado (cfr. al respecto de la orientación de nuestra normativa penal en cuanto a la omisión en: Bacigalupo Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1985, p. 140-141). Se trata de una vinculación a partir de un resultado que se produce cuando un sujeto realiza una actividad distinta a la mandada o simplemente omite cualquier tipo de acción que no detiene la causalidad - que puede

voluntariamente interrumpir - y que generará el resultado antijurídico (en este sentido, por ejemplo, Bacigalupo, Lineamientos, op.cit., p. 141; Schöne ubica la producción del resultado como una parte concreta del tipo omisivo, cfr. Schöne, Wolfgang, Acerca del Orden Jurídico Penal, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1992, p. 62). Es por ello que la vinculación que hace el artículo 18 del Código Penal con el resultado lo es en el ámbito de la imputación, a fin de vincular la causación del resultado a partir del incumplimiento del deber, en este caso por la omisión de un comportamiento mandado por la norma penal. Es a esto a lo que se refiere este artículo de la ley represiva, cuando menciona la posibilidad "en consideración al resultado producido", se trata ni más ni menos de la causación de un resultado en los casos en que una persona no impida (omita un hacer o haga distinto a lo mandado) un resultado, si tiene la posibilidad física de hacerlo, de acuerdo con las circunstancias y si tenía el deber jurídico de hacerlo. En esta misma línea de pensamiento señala Gimbernart Ordeig "Ciertamente que Armin KAUFFMANN tiene razón cuando afirma que la omisión exige conceptualmente la capacidad (posibilidad) de ejecutar una determinada acción; pero esto solo no basta: es necesario además, para que se pueda hablar de omisión- si es que no se quiere tergiversar el sentido de las palabras-, que esa acción que se podía (aspecto ontológico) se hubiera debido también ejecutar (aspecto normativo de la omisión)."(Gimbernart Ordeig Enrique, Estudios op.cit. p.184). El comportamiento humano que interesa al derecho penal no se agota en el ejercicio activo de una

finalidad, sino también en la omisión de conductas debidas, en la no realización de conductas mandadas por la norma (ver, Schöne, *Acerca del Orden Jurídico*, op.cit., p. 65 y ss.) Las normas penales no son solo aquellas que incluyen prohibiciones, como parece desprenderse de la argumentación del impugnante, sino también aquellas que contienen deberes, es decir, aquellas a las que les interesa imponer un especial deber en relación con el bien jurídico penalmente tutelado (al respecto, por ejemplo, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 481 y ss.). Pertenecen a este rango de normas preceptivas aquellas que imponen el deber de auxilio, el deber de pagar alimentos a los deudores alimentarios. El deber que las normas preceptivas imponen, y que se castigan mediante la omisión impropia o "comisión por omisión" - como también se le conoce en doctrina -, no es un deber que brota del devenir social o de las costumbres de un pueblo o de su moralidad, sino que es el deber legal (deber jurídico de evitar - en el lenguaje utilizado por el legislador penal de 1971-), la acción mandada por el ordenamiento jurídico. Por ello no estamos hablando aquí de una analogía desfavorable al reo o de la imposición de una condena por una acción no tipificada, sino que la tipicidad omisiva impropia siempre implica el análisis de una tipicidad activa dolosa correlativa o paralela, la relación de antinormatividad de la conducta omitida o distinta al mandato, y, por supuesto, la producción reprochable (atribuible desde el punto de vista de la culpabilidad) de un resultado desaprobado. De acuerdo con este orden de ideas, es posible distinguir al menos tres tipos de

omisión que interesan al derecho penal: por un lado la omisión pura o propia que se produce cuando la Ley Penal castiga la simple infracción del deber de actuar (verbigracia: omisión de auxilio - artículo 144 del Código Penal, omisión de dar alimentos - artículo 185 ibídem-); otro caso de omisión relevante sería aquella que va ligada a un determinado resultado, como ocurre cuando el legislador castiga la producción de un determinado resultado, producido por omisión, y que representa por sí una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado. El tercer caso, que es el que interesa al presente subjuice, es el de la omisión impropia, en donde se establece una relación entre un tipo penal activo doloso, que no contempla directamente en su descripción típica su realización a nivel omisivo, pero que se vincula a la realización de una omisión cuando esta produzca el resultado que el tipo activo doloso contempla. Un ejemplo de este caso ocurre cuando teniéndose el deber jurídico de evitar un resultado, se realiza una conducta que se desvía del mandato y se produce el resultado desaprobado. El salvavidas observa ahogarse a su enemigo en la piscina que tiene el deber de vigilar, y se dedica a contemplar su muerte sin realizar ningún esfuerzo para salvarle, sin haber peligro para su vida, y existiendo posibilidad física para realizar el rescate. La conducta del salvavidas sería entonces equivalente a la conducta activa dolosa de homicidio simple, pero en el caso del ejemplo se produce este resultado de muerte por omisión (comisión por omisión). La omisión impropia, tal y como está contemplada en el artículo 18 del Código Penal, puede llamar a confusión, como se nota del alegato de la defensa, ya

que no es necesario que haya una expresa tipicidad de la omisión impropia para que pueda ser castigada. Este numeral de nuestro Código Penal lo único que hace es establecer algunos requisitos de legalidad para considerar la relevancia de aquellas conductas que interesan a nivel normativo como productoras del resultado, y eliminar del ámbito de relevancia aquellas que no deben ser consideradas a efectos del injusto. Esta tipicidad, acorde con el artículo 18 del Código Penal, se genera a partir de la constatación de que una conducta negativa (no hacer, o hacer distinto) produce un resultado que coincide con un tipo activo doloso. De tal manera que nuestro Código Penal contempla la posibilidad de construir una así llamada "situación típica" cuando alguien se encuentra en posición de garante de los bienes jurídicos de otro, es decir, cuando por alguna circunstancia que pertenece al ámbito del mandato de la norma deba esta persona actuar para proteger este bien jurídico de otro y no lo hace generando el resultado antijurídico (cfr. Bacigalupo, Lineamientos, op.cit., p. 147). Esta posición de garante del bien jurídico, que es a su vez un complemento adicional delimitador de la tipicidad omisiva impropia (ver, Zaffaroni, Manual, op.cit., pp. 485 y ss.), se produce, en una primera hipótesis, en aquellos casos que surgen a partir de una situación anterior entre las partes, de donde puede deducirse que uno de los sujetos asume el deber de protección y el otro actúa confiado en la expectativa de que el otro cumplirá con el deber de protección (en cuanto al deber de actuar conforme a la expectativa, cfr. Sánchez Vera y Gómez-Trelles, Javier, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Bogotá,

Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de derecho penal y de Filosofía del derecho, Primera Edición, 1995, pp. 23-25; 30 y ss.). La posición de garante también surge cuando uno de los sujetos de la relación o situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de una fuente de peligro (sobre la posición de garante derivada de la satisfacción de expectativas, cfr. Sánchez Vera y Gómez-Trelles, op.cit., pp. 68 y ss.). Un contrato o relación jurídica entre las partes también puede generar obligaciones de actuar y de vigilar que no se produzcan los resultados desaprobados por la norma (véanse los ejemplos sobre estas hipótesis en Bacigalupo, Lineamientos, op. cit., pp. 147 y ss.). La omisión impropia que se genera al encontrarse alguien en posición de garante, obliga, entonces, a que el análisis judicial se concentre en detectar primero si existe un deber de actuar conforme a la norma preceptiva en juego. En el caso en examen el acusado U., como director del periódico La Nación, tenía el deber jurídico de vigilar que el contenido de las informaciones contenidas en las publicaciones de su periódico no lesionaran el honor de una persona. Este deber jurídico brota directamente del valor constitucional del derecho fundamental a informar, el cual permite a los medios de comunicación informar al ciudadano en el Estado de derecho, pero mediante informaciones de contenido veraz, que hayan sido diligentemente investigadas, y de las cuales pueda predicarse que efectivamente cumplen con el requisito de llenar el objetivo democrático de generar opinión pública. El límite genérico de este derecho constitucional es claro. Aquellas informaciones

que no sean veraces, ni diligentemente investigadas y corroboradas, pueden causar daños al honor y a otros bienes jurídicos, aparte de incumplir el sentido constitucional del derecho de informar, que en modo alguno es irrestricto. Cuando el director no vigila el contenido de las notas del periódico, y las informaciones que allí se contienen afectan el honor objetivo de alguien, se comete también el delito que cometería quien directamente afecta el honor de alguien con una acción directa de difamar o calumniar, con la única diferencia que su "situación típica" se genera cuando, teniendo el deber de evitar la publicación de tales "informaciones", no las evita, acarreando la consecuencia que las informaciones lesivas llegan a un número enorme de lectores quienes tenderán a participar en el discurso público con una opinión formada en abierta lesión al objetivo constitucional al proteger el derecho de informar, precisamente porque este derecho ha sido abusado en detrimento de la honra y bienes jurídicos de alguien.. La posición de garante del director surge del deber jurídico de vigilar que las informaciones cumplan con los requisitos del derecho de informar en una sociedad democrática, la cual ha sido supeditada a un ejercicio diligente, cuidadoso y vigilante de los contenidos veraces y correctos de las informaciones. Constatado el deber de actuar, tiene el juez que proseguir en el análisis típico de la omisión impropia con el análisis de si existe un nexo de evitación. En este supuesto, tendrá el juez que observar si una conducta acorde con el precepto normativo evitaría que el resultado lesivo se genere. Es decir, es necesario concluir que un comportamiento debido hubiera evitado el resultado. Los juzgadores

han determinado que de haber una intervención del director se hubiera evitado el resultado lesivo para el honor del ofendido, por lo que esta parte del juicio típico está completo en el subjuicio (acerca de los requisitos para el examen judicial de la tipicidad omisiva impropia, cfr. Issa El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en materia Penal, San José, Costa Rica, ILANUD, 1991, pp.). Por los anteriores razonamientos es que es posible concluir que el artículo 18 del Código Penal contiene una fórmula que incorpora en el ordenamiento jurídico costarricense los delitos de comisión por omisión (omisión impropia). Esta fórmula funciona como una cláusula general que permite realizar un juicio ex-post, en vía judicial, acerca de la existencia de un autor que está en el deber de protección de un bien jurídico, que está obligado por una norma a actuar, dentro de los límites de la posibilidad física, para evitar la causalidad que va dirigida a producir un resultado antijurídico. Así también se debe proceder a establecer el nexo de evitación, es decir, observar si la persona que hubiera actuado de acuerdo con el mandato de la norma, hubiera podido evitar el resultado que se produjo en la hipótesis en examen. También debe analizarse si existe la posición de garante con respecto al autor identificado, tomando en cuenta las circunstancias que han sido detalladas en este fallo. Si estos elementos han sido cumplidos en la especie, puede considerarse que la omisión impropia generada resulta equivalente a la realización activa del mismo resultado, y, por ende, típica penalmente del correlativo delito activo doloso del que se trate. Al ser producto de un análisis a partir

de una cláusula general como la del artículo 18 del Código Penal, estos delitos cumplen con los requisitos de estricta legalidad, y no requieren ser considerados expresamente en ese carácter en la Parte Especial de la ley represiva. Los requisitos de legalidad terminan de cumplirse cuando se hacen los estudios de los elementos de la tipicidad omisiva que han sido expuestos en este Considerando y que, como la posición de garante, contribuyen a delimitar el núcleo de autores que pueden estar en el "deber jurídico de evitar el resultado, si podían hacerlo acorde con las circunstancias". Un examen del fallo, y de su argumentación, permite comprender que estos aspectos fueron considerados por el tribunal de mérito, ya que se detalló que el encausado U. B., tenía pleno conocimiento de la noticia preparada por los redactores C. C. y G. M., según el fallo sabía de la falta de veracidad con que se presentaría dicha nota, y teniendo la posibilidad y el deber de evitar su publicación, no lo hizo, con lo que se demuestra que no se ha causado el vicio in iudicando reprochado por el impugnante. Los casos más frecuentes de omisión impropia no han sido ubicados precisamente en los delitos contra el honor, sin embargo tampoco están descartados. Como bien se afirma en doctrina, "... fuera de aquellos casos en los que una realización omisiva está excluida por razones puramente estructurales del tipo penal, ya SAUER procuró demostrar que la problemática de la omisión impropia solo tiene vigencia en algunos delitos, pero no en todos de una manera genérica. De acuerdo con su criterio, los casos más importantes en los que resulta admisible una omisión para realización de un tipo penal son: homicidio y lesiones;

raros casos de lesión de la libertad e injurias; la estafa y algunas formas asimilables a ella entre los delitos contra la propiedad; solo limitadamente el encubrimiento, la infidelidad en la administración (Untreue) y la defraudación (en los cuales, en la mayoría de los casos resueltos de esta manera por los tribunales, existe en realidad un hecho positivo); y, finalmente, en los delitos culposos. A este catálogo, GRÜNWALD ha agregado en el ámbito de los delitos de funcionarios, las omisiones de impedir dentro de su competencia la realización de actos contrarios a derecho. Un repaso de la jurisprudencia permite afirmar que solamente en ciertos delitos se ha planteado la cuestión de la comisión por omisión en el Código Penal argentino: por supuesto en los delitos de homicidio y lesiones; en el delito de estupro, y en el delito de estafa. Sin duda también es factible en el Código Penal argentino admitir en el delito de privación ilegal de la libertad una comisión por omisión (fuera del caso del art. 143, inc.1, que es un puro delito de omisión), lo mismo que en el ámbito de la defraudación. En cambio, no parece admisible la comisión por omisión de la injuria en la medida en que es en realidad un delito de propia mano. Téngase presente que los casos que podrían presentarse, consistirían en impedir que otro cause una lesión al honor de un tercero. La mera omisión de saludo, p. Ej., no nos parece que pueda constituir una injuria." (Enrique Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, Temis, Bogotá, 1983, pp 134-135). En efecto, como lo señala este autor, uno de los casos en que podría presentarse el delito de injurias cometido por omisión, es el de aquel que no impide que otro cause una lesión al honor de un tercero, y eso es

precisamente lo que ocurre cuando el director o el editor de un periódico no impide que uno de sus periodistas incluya en el medio de comunicación información que lesiona el honor de otra persona. Por lo expuesto, se declara sin lugar el motivo..."²²⁴

²²⁴ **Así, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto número 789, de las 10:50 horas del 25 de junio de 1999.**

DOMINIO DEL HECHO EN LOS DELITOS DE OMISION

IX-El segundo grupo de delitos en los que los criterios del dominio del hecho resultan insuficientes o su aplicación da lugar a efectos que vulneran el principio de legalidad criminal, según la doctrina mayoritaria, está constituido por los delitos especiales, los de omisión (propia e impropia) y los delitos de propia mano. También se incluyen los tipos que requieren especiales elementos subjetivos de lo injusto o de la autoría (v. gr.: los delitos intencionados). En los supuestos referidos, la sola circunstancia de que uno de los sujetos que intervienen posea la capacidad de decidir “el si y el cómo”, el “curso de la acción” o las demás nociones que normalmente se utilizan para describir el dominio del hecho, es insuficiente para que pueda considerársele autor, pues la estructura propia de los tipos penales respectivos demanda la concurrencia de ciertos rasgos, elementos o caracteres específicos que definen y restringen la autoría, complementando el simple señalamiento de este concepto contenido en la parte general. **ROXIN** estima que los delitos de omisión se inscriben dentro de los que algunos sectores doctrinales denominan “de infracción de deber”, donde “... *no todo aquel que omite viene en consideración como autor, sino exclusivamente aquel al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo*” (*Op. cit.*, p. 496) y concluye que la aplicación de la idea del dominio del hecho en las omisiones “*es imposible desde el principio: no haciendo nada, no cabe dirigir, configurándolo, el curso de la acción. La dirección, con*

dominio, del acontecer presupone entre el resultado producido y la persona del autor una relación basada en conducta rectora activa, lo que justamente falta en aquel que se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso” (Ibídem, p. 500), de tal modo que, según el autor de cita, la situación de los delitos omisivos no difiere de los culposos en punto a determinar si es posible o no que exista en ellos un dominio del hecho, aunque ciertas corrientes doctrinales minoritarias lo admiten en algunos supuestos (CASTILLO, Op. cit., La autoría..., pp. 159-163)²²⁵

²²⁵ **Así, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto número 1427, de las 10: 00 horas del 15 de diciembre del 2000**

CONCLUSION

Con el presente estudio sobre los delitos de omisión no se pretende dar por finalizado un tema tan especializado. Los esfuerzos doctrinarios para crear una estructura uniforme para la interpretación de este tipo de delitos, han sido grandes, pero hasta ahora no definitivos.

Autores un tanto escépticos miran los delitos de omisión con desconfianza, pues desde una perspectiva político-criminal no dejan de evidenciar grandes dudas con respecto a su legalidad, sobre todo en lo atinente a los delitos de omisión impropia. No obstante, en nuestro criterio, tales preocupaciones carecen de sustento en aquellos casos en que se cuente con una apropiada redacción legislativa de la normativa que sustente tales conductas.

Por otro lado, es absurdo esperar que los códigos penales tipifiquen todas las conductas punibles, pues siempre habrá muchas que no son tomadas en cuenta, sea porque son olvidadas por el legislador o bien porque resultan de tal insignificancia que su tutela jurídico-penal carece de interés. Lo mismo se puede decir del constante desarrollo social que conduce a la aparición de nuevas conductas delictivas, o bien de aquellas conductas omisivas impropias que ni siquiera están expresamente reguladas en la normativa penal y que tienen como equivalente un

tipo activo.

Adicionalmente, resulta innecesario tratar de tipificar estas conductas de manera expresa, pues dejarían de ser delitos de omisión impropia para tornarse en delitos de omisión propia, los cuales sí están expresamente tipificados.

Lo verdaderamente relevante en los delitos de omisión impropia es tener claro cuáles son los criterios útiles para determinar la “posición de garante”, así como los elementos que determinan esa estrecha relación entre sujeto y bien jurídico tutelado.

Como hemos dicho, sería pretencioso de nuestra parte dar por finalizado un tema sobre el cual la doctrina no ha tomado una posición unánime. Las interrogantes sobre aspectos de legalidad, constitucionalidad, delimitación y alcances de los delitos de omisión, no dejan de ser una invitación para que nosotros mismos, u otros investigadores, profundicemos en temas relativos a este estudio, el cual puede servir de pauta para una investigación sistemática de los tipos penales que pueden verse involucrados en nuestro sistema jurídico penal.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, FRANCESCO, "Manual de derecho penal, Parte General", Bogotá, ed Temis, 1988.
- ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO, "Manual de derecho penal, El Delito", Pamplona, ed Arrazandi, 1985.
- BAUMANN, JURGEN, "Derecho penal, Conceptos Fundamentales y Sistema", Buenos Aires, ed De Palma, 1973.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, "Conducta Precedente y Posición de Garante en el derecho penal". Libro. "Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del derecho", homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, "Delitos Impropios de Omisión" Monografías --2 ed; Bogotá, Temis, S.C.A., 1983.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, "Derecho penal, Parte General", Buenos Aires, ed De Palma, 1987.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, " Lineamientos de la Teoría del Delito", San José, ed Juricentro, 2° edición; 1985.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, "Principios del derecho penal, Parte General", Madrid, ed Akal, 3°ed 1994.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, "Principios del derecho penal Español II", Madrid, ed Akal, 1984.
- BOTTKE, WILFRIED, "Estructura de la Autoría en la Comisión en la Omisión como requisito para la construcción de un sistema de derecho penal en la Comunidad Europea", Monografía, 1995.
- BUSTOS RAMIREZ, JUAN, "Manual de derecho penal, Parte Especial", Barcelona, ed Ariel, 1991.
- CASTILLO GONZALEZ FRANCISCO, "La Autoría Mediata", San José, 1°ed; 1987.
- CASTILLO GONZALES FRANCISCO, "Derecho penal, San José, Costa Rica, Folleto mimeografiado, Facultad de derecho de la Universidad de Costa Rica. S. L.E.
- CASTILLO GONZALEZ FRANCISCO, "El Concurso de Delitos en el derecho penal Costarricense, San José, Universidad de Costa Rica S.F.
- CASTILLO GONZALEZ FRANCISCO, "La Participación Criminal en el derecho penal Costarricense", San José, ed Juritexto, 1993.
- CASTILLO GONZALEZ FRANCISCO, " El Consentimiento del derecho habiente en Materia Penal", San José, ed Juritexto, 1998.

- CASTILLO GONZALEZ FRANCISCO, " El Dolo, su estructura y sus manifestaciones", San José, ed Juritexto, 1999.
- CASTILLO GONZALEZ FRANCISCO, "El Delito de Peculado", San José, ed Juritexto, 2000.
- CASTILLO GONZALEZ FRANCISCO, "El Delito de Estafa", San José, ed Juritexto, 2001.
- CHINCHILLA SANDI CARLOS, "La Autoría en el derecho penal Costarricense", San José, ed IJSA 1999.
- CREUS CARLOS, "derecho penal, Parte Especial", Tomo I y II, Buenos Aires, ed Astrea, 1993.
- CUELLO CALON, EUGENIO, "derecho penal, Parte Especial", Barcelona, ed Bosch, 1980.
- CUERDA RIEZU ANTONIO, "La Colisión de Deberes en el derecho penal", Madrid, ed Tecnos, 1984.
- CUERDA RIEZU ANTONIO, "Estructura de la autoría en los delitos dolosos imprudentes y de omisión en el derecho penal español", Homenaje al Doctor Claus Roxis investido de Doctor honoris causa de la Universidad de Coimbra, 1991.
- CURY URZUA, ENRIQUE, "derecho penal, Parte General", Santiago, ed Jurídica de Chile, 1885.
- DALL'ANESSE RUIZ, FRANCISCO Y OTROS, "Omisión Impropia", San José, ed Jurídica Continental, 2001.
- DAMIANOVICH DE CERREDO LAURA, "Delitos Contra la Propiedad", Buenos Aires, ed Universidad de Buenos Aires, 1983.
- FONTAN BALESTRA CARLOS "Tratados de derecho penal Parte General" Monografías 2, Buenos Aires ed, Abeledo-Perrot, 1970.
- GIOTTO BONINI, "L" Omissione Nel Reato", Milano, ed Fratelli Bocca, 1947.
- GIMBERNAT ORDEIG ENRIQUE, "Causalidad Omisión e imprudencia". curso publicado por MAIER JULIO y otro, "El derecho penal hoy", homenaje al profesor David Baigun, 1995.
- GOMEZ BENITEZ, JOSE MANUEL, "Teoría General del Delito, derecho penal Parte General", Madrid, ed Civitas, 1984.
- GOMEZ PEREZ, RAFAEL, "Etica, problemas morales de la existencia humana", Madrid, ed Casals, 1993.
- GONZALEZ CASTRO ARNOLDO Y OTROS. "Teoría del Delito a la Luz de la Jurisprudencia", San José. ed Investigaciones Jurídicas S.A. 1999.
- GOESSEL, KARL HEINZ, "Dos Estudios Sobre la Teoría del Delito", Bogotá, ed Temis, 1984.
- GUNTHER JACOBS, "derecho penal, Parte General, Madrid, ed Marcial Pons, 1°ed. 1995.

- HENDLER, EDMUNDO S; GULLCO, HERNAN VICTOR, "Casos de derecho penal Comparado", Buenos Aires, ed Editores del Puerto, 1996.
- HUERTA TOLCILDO SUSANA, "Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión", Madrid, ed Centro de Publicaciones, 1987.
- ISSA HENRY- CHIRINO ALFREDO, "Metodología de Resolución de Conflictos en Materia Penal, San José, Ilanud, 1991.
- JESCHECK HANS-HEINRCH, Tratado de derecho penal, Parte General, tomo I, Barcelona, ed Bosch, 1981.
- JESCHECK HANS-HEINRCH, Tratado de derecho penal, Parte General, tomo II, Barcelona, ed Bosch, 1981.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS, "Tratado de derecho penal, Parte General", Buenos Aires. Ed Losada, 1951.
- LUZON CUESTA, JOSE MARIA", Compendio de derecho penal, Parte General", Madrid, ed Dykinson, 1988.
- LLOBET RODRIGUEZ JAVIER, "Proceso Penal Comentado", San José, 1° ed, 1998.
- LLOBET RODRIGUEZ JAVIER, "Delitos en Contra de la Vida y la Integridad Corporal" San José, 1° ed, 1999.
- MAGGIORE, GIUSEPPE, "derecho penal, El derecho penal, El Delito", Bogotá, ed Temis, 1985.
- MAURACH REINHART, "derecho penal Parte Especial" tomo II, Argentina, 1995.
- MAURACH REINHART, "Tratado de derecho penal", Barcelona, ed Ariel, 1962.
- MEZGER, EDMUNDO, "Tratado de derecho penal", Madrid, ed Revista de derecho Privado, 1955.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Teoría General del Delito" Bogotá. ed Temis, 1984.
- MORA MORA, LUIS PAULINO, NAVARRO SOLANO S. "Constitución y derecho penal", San José, Escuela Judicial, 1995.
- NOVOA MONREAL EDUARDO "Fundamentos de los delitos de omisión" 2° ed., Buenos Aires, ed Depalma, 1983.
- NUÑEZ, RICARDO, "derecho penal Argentino. Parte General", Buenos Aires, ed De Palma, 1964.
- NUÑEZ RICARDO, "Tratado de derecho penal, Parte Especial", Buenos Aires, ed Lerner, 1975.
- OROZCO, RAFAEL "Elementos del derecho penal de Costa Rica" 1° ed, San José, ed Imprenta Nacional, 1882.

- ORTZ ALBERTI, FRANCISCO, "Delitos de Comisión por Omisión", Buenos Aires, ed Ghersi, 1978.
- PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, "De la Omisión del Deber de Socorro", Madrid, Monografía, 1996.
- RODRIGUEZ DEVESA JOSE MARIA, "derecho penal Español, Parte Especial", Madrid, ed Dykinson, 1993.
- RODRIGUEZ MOURULLO GONZALO, "La Omisión de Socorro en el Código Penal", Madrid, ed Tecnos, 1996.
- RODRIGUEZ MOURULLO GONZALO, "derecho penal, Parte General", Madrid, ed Civitas, 1978.
- ROXIN CLAUS, "Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, Madrid, 1979.
- ROXIN, CLAUS, "derecho penal, Parte General", Tomo I, Madrid, ed Civitas, 1997.
- SAINZ CANTERO, JOSE ANTONIO, "Lecciones de derecho penal, Parte General", Barcelona, ed Boch, 1985.
- SANCINETTI, MARCELO, "Casos de Derecho Penal, Buenos Aires, ed Hamurabi, 1986.
- SAUER GUILLERMO, "derecho penal, Parte General", ed Boch 1956.
- SILVA SANCHEZ JESUS MARIA, "El Delito de Omisión Concepto y Sistema", Barcelona, ed Cometa, 1986.
- SILVA SANCHEZ JESUS MARIA; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU; BALDO LAVILLA, Francisco, "Sistema de Casos Prácticos de derecho penal, Parte General con Soluciones", Barcelona, ed Boch, 1993.
- STRATENWERTH, GUNTER, "derecho penal, Parte General", Madrid, ed Edersa, 1982.
- VARGAS GONZALEZ PATRICIA-SOTO ARROYO HANNIA, "Imputación Objetiva en el derecho penal", San José, S.E. 1998.
- VON LISZT, FRANZ, "Tratado de derecho penal", Madrid, ed Reus, 1927.
- VELAZQUEZ VELAZQUEZ FERNANDO, "derecho penal Parte General", Bogotá, ed Temis 1994.
- WELZEL, HANS, "derecho penal Alemán", Buenos Aires, ed De Palma, 1956.
- WESSELS JOHANNES, "derecho penal Parte General", Buenos Aires, ed De Palma, 6° ed, 1976.
- ZAFFARONI EUGENIO RAUL, "Manual de derecho penal. Parte General", Buenos Aires, ed Ediar, 1985.
- ZAFFARONI EUGENIO RAUL, "Teoría del Delito", Buenos Aires, ed Ediar, 1973.

ZUÑIGA MORALES ULISES, "La Tentativa, su configuración en los delitos de peligro", San José, ed IJSA, 1995.

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolución número 2996-92, de las 15:10 horas del 06 de octubre de 1992.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 453-F de las 11:15 horas del 12 de agosto de 1993.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 492-F de las 11:31 horas del 31 de agosto de 1993.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto número 688, de las 09:50 horas del 06 de diciembre de 1993.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto número 339, de las 14:30 horas del 31 de agosto de 1994.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto número 580, de las 10:15 horas del 21 de diciembre de 1994.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1202-97 de las 09:30 horas del 7 de noviembre de 1997.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolución número 027720, de las 08:30 horas del 24 de abril de junio de 1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto número 789, de las 10:50 horas del 25 de junio de 1999.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 789, de las 10: 00 horas del 15 de diciembre del 2000.

Declaración Jurada

Bajo la fe del juramento que dejo rendido, declaro que este trabajo es de mi propia autoría y que en él no he reproducido como propios, en forma total ni parcial, libros o documentos, impresos o no; por el contrario, he destacado entre comillas los textos transcritos y he consignado los datos del autor y su obra. Así mismo he hecho referencia a la fuente mediante notas al pie de página.

Rafael Gullock Vargas