

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“ EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL
SALVADOREÑA, PROBLEMAS DOGMÁTICOS Y SU APLICACIÓN EN LA
CIUDAD DE SAN MIGUEL, 1999- 2002. ”**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:

JORGE ALBERTO LUNA LAZO

RAÚL ANTONIO SARA VIA ANDRADE

DIRECTOR ASESOR DE AREA PÚBLICA:

LIC. CARLOS SOLÓRZANO TREJO

COLABORADOR: LIC. MARVIN WILLIAN GONZALEZ MARTINEZ

ASESOR DE METODOLOGÍA:

LICENCIADO EDWIN JEOVANY TREJO

CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE, SAN MIGUEL. DICIEMBRE 2002.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Autoridades:

Dra. María Isabel Rodríguez

Rectora

Ing. Francisco Marroquín

Vice- Rector Académico

Licda. Hortensia Dueñas de García

Vice- Rectora Administrativa

Licda. Lidia Margarita Muñoz Vega

Secretaria General.

Facultad Multidisciplinaria Oriental

Autoridades:

Ing. Joaquín Orlando Machuca Gómez

Decano

Lic. Marcelino Mejía Gómez

Vice- Decano

Licda. Lourdes Prudencio Coreas

Secretaria de la Facultad

Lic. Rafael Antonio Andrade Polío

Jefe del Departamento de Ciencias Jurídicas

IX SEMINARIO DE GRADUACIÓN

Lic. José Florencio Castellón González
Director –Coordinador de Seminario

Lic. Carlos Solórzano Trejo
Director- Asesor de Contenido

Lic. Marvin Willian Gonzalez Martinez
Colaborador de Contenido

Lic. Edwin Jeovany Trejo
Asesor de Metodología.

DEDICATORIA

A Dios: *Por darme la oportunidad de vivir, por enseñarme que la vida es un sueño que hay que vivir de la forma más alegre que se pueda.*

A MIS PADRES: *Jorge Alberto Luna Torres y Berta Marina Lazo de Luna, por ser ejemplo de fortaleza, esperanza y dedicación en mi vida, crisol de amores y virtudes.*

A MIS TÍOS: *Pedro Antonio Moreno, Rosa Elvia Lazo, María Magdalena Lazo, José Fredis Lazo. Por apoyarme en toda mi vida académica de una forma desinteresada, por ser mis segundos padres, la mejor fuente de apoyo que he tenido, DIOS los bendiga.*

A MIS PRIMOS: *Juan Emilio López Lazo, Jacqueline López Lazo, Elva Marina Lazo Velásquez y Carlos Lazo. Por siempre estar unidos en cualquier dificultad, pero sobre todo en las alegrías, gracias.*

A MI ABUELO: *Agustín Mercado Melgar, por ser una fuente motivadora y sobre todo de creer que si se puede hacer lo que uno se propone.*

A MIS AMIGOS: *Duglas Iván Andrade Melgar, Olman Eugenio Ventura Aguilar, Sandra Milagro Ayala Alfaro, Carlos Mauricio Herrera Rodríguez, Jaime Amilcar Hernández, Willian Galeas y Raúl Saravia(Compañero de éste trabajo), por demostrarme que la amistad es un don que tiene que nacer en mí y encontrarse en el otro.*

A mis compañeros de universidad y seminario, al Licenciado Carlos Solórzano Trejo, al Licenciado Marvin Willian, Edwin Yobani (asesor de método), por todo lo bien que la pasamos en todo éste tiempo, gracias.

Jorge Alberto Luna Lazo.

DEDICATORIA

A JEHOVÁ: Por darme la oportunidad de vivir y acompañar mi lucha para lograr los objetivos que he trazado en mi vida, y por todo.

A MI MADRE: Ana Julia Andrade, por todo su amor, abnegación, comprensión y sus consejos en todo momento; Y a mi padre, Raúl Barrera Saravia.

ESPECIAL DEDICATORIA, con mucho amor para mis hijos: Nélide Gabriela Saravia Castillo Y Raúl Antonio Saravia Castillo, por su amor, comprensión, por ser parte fundamental de éste triunfo, por motivarme a ello; Así también a mí esposa Nélide Josefina Castillo Orellana, por su amor y comprensión.

A MI FAMILIA: Por estar siempre a mi lado, y compartir parte de mi vida, así como por su ayuda a éste triunfo.

A MIS AMIGOS: Por su ayuda y consejos en la realización de éste trabajo de graduación, especialmente a Napoleón Álvarez y a Yobani (Carlos) por ayudarme cuando más lo necesite. A mis compañeros de labores: Por su colaboración en el trabajo, especialmente a la Jefa, Licda. Ana Gloria Fuentes, por haberme dado el tiempo necesario y permitido culminar mis estudios en la Universidad de El Salvador.

A mis compañeros de Universidad; Tanto a los de Contaduría Pública, como a los de Ciencias Jurídicas, y a los que estuvimos en el IX seminario, por haber compartido todo lo que la universidad nos da; A Jorge Luna, mi compañero de grupo, por serlo. Y al Licenciado Carlos Solórzano Trejo, por todo el conocimiento que nos ha brindado.

Al pueblo salvadoreño, por permitir que las aulas del Alma Mater, estén al servicio de todo aquel que desea superarse por medio

del conocimiento, y que éste a su vez sea semilla de desarrollo y defensa de la gente.

Raúl Antonio Saravia Andrade.

AGRADECIMIENTO

DESEAMOS DEJAR CONSTANCIA DE NUESTRO SINCERO
AGRADECIMIENTO, A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, POR DARNOS
LA OPORTUNIDAD DE ESTUDIAR Y DESARROLLARNOS EN EL CAMPO DE
LA CIENCIA JURÍDICA; ASI MISMO A TODA LA COMUNIDAD
UNIVERSITARIA POR CONTRIBUIR A NUESTRO DESARROLLO; AI
LICENCIADO CARLOS SOLÓRZANO TREJO, POR COMPARTIR SUS
CONOCIMIENTOS, DEDICACIÓN Y ESMERO, POR CONTRIBUIR A ÉSTA
INVESTIGACIÓN. MUCHAS GRACIAS.

INTRODUCCIÓN

En materia de Derecho Penal y más precisamente en la Dogmática Penal y Teoría General del Delito, uno de los temas que ha sido y sigue siendo objeto de discusiones variadas es el delito de **omisión impropia o comisión por omisión**, en tanto que implica una construcción normativa y de abstracciones jurídico penales de las más altas cotas, en el perfeccionamiento dogmático penal.

En el desarrollo del presente trabajo, se presenta un estudio del delito de **comisión por omisión**, que en la Legislación Penal Salvadoreña esta regulado en el Artículo 20, y que se ha denominado “ **El delito de comisión por omisión en la ley penal salvadoreña, problemas dogmáticos y su aplicación en San Miguel, 1998-2002**”; De la sola lectura del artículo se ha despertado un interés especial en examinar tanto el fundamento filosófico y jurídico de tal disposición legal, en tanto que se le hace responsable a una persona por un resultado contenido en la descripción típica de un delito, cuando ella no lo ha realizado, pero si dejó que sucediese; Así también estudiar su desarrollo histórico en materia penal; Pero no solamente describir tales aspectos, sino que aportar algunos elementos para la solución de problemas y que es de un conocimiento limitado, lo que genera impunidad o se le critica en

el sentido de que se considera ilegal su aplicación, por no constituir un tipo penal en concreto.

Se desarrolla el presente trabajo en cinco capítulos, los cuales se han estructurado bajo un diseño metodológico holista, en que se busca combinar el aspecto monográfico y el aporte propio de los investigadores; En el capítulo número uno se desarrolla el planteamiento del problema, que contiene: Situación problemática, enunciado del problema, objetivos (general y específicos), la justificación y por último los alcances y limitaciones.

En el capítulo número dos, denominado “marco teórico”, se muestra: Los antecedentes históricos del delito de omisión (propia e impropia), tanto en Europa como en América y El Salvador; Se desarrolla la “base teórica”, en la cual se hace un análisis general del hecho punible, su concepción y conformación en la teoría del delito; Se analiza lo relativo a la norma de mandato, al deber jurídico y la infracción a la norma, destacándose dentro del estudio aspectos como el **principio de solidaridad y de derechos humanos**, así como la importancia de la omisión como concepto incluido en el Derecho Penal; Se presenta lo relacionado al problema dogmático del delito omisivo, radicado en la causalidad, se exteriorizan ambas posiciones, tanto los que la aceptan y rechazan. De especial importancia es también lo relativo a las teorías de imputación, en donde se enfatiza el aporte de la investigación, con la

propuesta dialéctica de imputación adecuada al caso; Se desarrolla lo relativo a la estructura del delito, desde la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y la punibilidad, incluidos los elementos que las componen; También se despliega el fundamento legal de la disposición legal citada, y un comentario con respecto a la prueba. Se presentan dentro del capítulo dos la operacionalización de hipótesis y definición de términos básicos.

En el capítulo tres, se explica lo concerniente a la metodología de la investigación, se incluye la definición del tipo de investigación, de la población y de la muestra, como la técnica e instrumento a utilizar para recolectar la información de las unidades objeto de análisis.

En el capítulo cuatro, se hace el examen e interpretación de los resultados, así como la prueba de las hipótesis, por el método estadístico Chi cuadrado (X^2).

Se presentan en el capítulo cinco, las conclusiones y recomendaciones, que van desde aspectos meramente dogmáticos, hasta los relacionados con el análisis de los datos estadísticos de la investigación; Y por último se presentan los anexos, se incluye la encuesta, así como un extracto de jurisprudencia y por último la bibliografía.

INDICE

CONTENIDO.

Página Nº.

<u>INTRODUCCIÓN.....</u>	<u>..... i</u>
<u>Capítulo I</u>	
<u>Planteamiento Del Problema</u>	
<u>1.1.- Situación Problemática.</u>	
.....	<u>1</u>
<u>1.2 Enunciado Del</u>	
<u>Problema.....</u>	<u>4</u>
	<u>1.3</u>
<u>Objetivos.....</u>	<u>.....4</u>
<u>1.3.1. General.....</u>	<u>..... 4</u>
<u>1.3.2. Específicos.....</u>	<u>..... 4</u>
	<u>1.4</u>
<u>Justificación.....</u>	<u>..... 5</u>

	<u>1.5 Alcances Y</u>	
<u>Limitaciones.....</u>		<u>10</u>
	<u>1.5.A. Alcances.</u>	
<u>.....</u>		<u>10</u>
	<u>1.5.B. Limitaciones.</u>	
<u>.....</u>		<u>10</u>

Capitulo II

Marco Teórico

	<u>2.1 Antecedentes Históricos.</u>	
<u>.....</u>		<u>12</u>
<u>2.1.1.- Reseña Histórica De La Omisión Como Categoría</u>		
	<u>Relevante.....</u>	<u>12</u>
	<u>2.1.1.A. - En El Derecho</u>	
<u>Antiguo.....</u>		<u>13</u>
	<u>A.1.Código De</u>	
<u>Hammurabí.....</u>		<u>13</u>
	<u>B.- Derecho</u>	
<u>Hebreo.....</u>		<u>14</u>
	<u>C.- Derecho</u>	
<u>Romano.....</u>		<u>15</u>

2.1.1.B. - En El Derecho Penal Moderno- Doctrina-

	<u>A.1</u>
<u>Europa.....</u>	<u>28</u>
	<u>A.2.</u>
<u>América.....</u>	<u>31</u>
	<u>A.3.- La Omisión En El</u>
<u>Salvador.....</u>	<u>33</u>
<u>a.-) Leyes Aplicadas Durante La Conquista</u>	
	<u>Y La</u>
<u>Colonia.....</u>	<u>33</u>
	<u>1. -El Fuero</u>
<u>Juzgo.....</u>	<u>33</u>
	<u>2.- El Fuero</u>
<u>Real.....</u>	<u>34</u>
	<u>3.- Las Partidas. (</u>
<u>1265.).....</u>	<u>34</u>
<u>b.-)Posterior A La Independencia De El</u>	
<u>Salvador.....</u>	<u>35</u>
	<u>2.2. Base Teórica.</u>
<u>.....</u>	<u>39</u>
	<u>2.2.1. El Hecho Punible.</u>
<u>.....</u>	<u>39</u>
	<u>A.- Generalidades.</u>
<u>.....</u>	<u>41</u>

1. - Objeto De La Dogmática Jurídico Penal Y La Teoría General	
	<u>Del Delito.</u>
	<u>.....42</u>
	a) <u>La Dogmática Jurídico Penal.</u>
	<u>.....42</u>
	b)- <u>La Teoría Jurídica Del Delito.</u>
	<u>.....43</u>
	<u>2. - Método De La Teoría Del Delito.</u>
	<u>.....45</u>
	a.-)
<u>Deductivo.....</u>	<u>46</u>
	b.-)
<u>Teleológico.....</u>	<u>4</u>
	<u>6</u>
	c.-) <u>Materialista.(Dialéctico).</u>
	<u>.....47</u>
<u>B.-) Concepto De Acción Y Omisión, Delito Y Sus Categorías.</u>	<u>.....47</u>
	<u>1. - Clásica. (Causalismo. 1881-1906).</u>
	<u>.....48</u>
	<u>2. - Neoclásica.</u>
	<u>.....52</u>
	<u>3. - El Finalismo. (La Teoría De La Acción Final).</u>
	<u>.....57</u>

	<u>4.- El</u>
<u>Funcionalismo.....</u>	<u>61</u>
	<u>C.-) Concepto Social De Acción Y Omisión.</u>
	<u>.....65</u>
2.2.2. – Norma Jurídica De Mandato Y El Deber Jurídico.	67
A.- Normas Jurídicas De Mandato.	67
	1.-) El Deber Y La Omisión.
 72
	2.-) Mandatos Jurídicos De Origen Ético.
 74
	3.-) Mandatos Originados De Condiciones De Vida.
 75
	4.-) El Principio De Solidaridad Y Mandato.
 75
	5.-) Mandato Y Derechos Humanos.
 76
	2.2.3. Infracción A La Norma De Mandato.
 77
	A.-) Aspecto Social.
77
	B.-) Valoración Jurídica De La Omisión.
78

C.-) Importancia Jurídica De La Omisión.	79
.....	
2.2.4.- Omisión, Causalidad Y Resultado.	80
.....	
A.-) Teorías A Favor De La Causalidad.	81
.....	
1.-) El " Aliud Agere." (Otro Hacer).	81
.....	
2.-) Teoría De La Acción Precedente.-	82
.....	
3.-) Teoría De La Interferencia.	82
.....	
4.-) Teorías De La Causalidad Artificial.	83
.....	
5.-) Teoría De Causalidad De Las Condiciones Negativas.	84
.....	
6.-) Teoría De La Acción Esperada.	86
.....	
B.-) Teorías Que Niegan La Causalidad.	86
.....	
▪ Hans Welzel.	86
.....	
▪ Zaffaroni.	87
.....	

<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Reinhart Maurach. 87 ▪ Jescheck.87 	
C.-) Nuestra Posición.88	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Nexo De Evitación, De No Evitación.89 	
D.-) El Resultado, Teorías De La Causalidad En La Omisión, E Imputación.-90	
<ul style="list-style-type: none"> 1.-) Generalizadoras.93 	
<ul style="list-style-type: none"> a.-) Teoría De La Equivalencia De Las Condiciones.93 	
<ul style="list-style-type: none"> b.-) La Teoría De La Conditio Sine Qua Nom.94 	
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> • Causalidad Hipotética.94 	
<ul style="list-style-type: none"> 2. -) Teorías Individualizadoras.96 	
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> a.-) Teoría De La Condición Eficaz.96 	
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> b.-) Teoría De La Condición Decisiva.97 	

c.-) Teoría De La Causalidad Adecuada.	97
c.1.) Concausas- Concepto.	99
▪ Las Preexistentes.	99
Normales, Atípicas, Patológicas.-	
▪ Concomitantes.	100
▪ Supervinientes.	100
d.-) Teoría De La Relevancia Típica De	
La Causalidad.	101
e-) Teoría Del Poder Final Del Hecho. (Finalismo).	102
f-) La Teoría De La Imputación Objetiva.	103
f.1.-) Imputación Objetiva En El Delito De	
Omisión Impropio.	105

2.2.5. - El Tipo Penal De Comisión Por Omisión	107
(Omisión Impropia)	

2. Tipos De Resultado.

.....	113
a- Con Relación Al Momento	
Consumativo.....	113
▪ Instantáneos, Permanentes	
Y De Estado	
.....	113
b.- Atendiendo A Los Medios.	
.....	114
▪ Determinados	Y
	Resultativos.
.....	114
a.3-) Por La Cantidad De Acciones.	114
▪ De Un Acto, De Varios Actos,	
Y Alternativos.	
.....	114
b.-) Clasificación, Atendiendo A Los	
Sujetos.....	115
▪ Comunes, Especiales	
(Propios E Impropios), Y De Intervención	
Personal.	115
c.-) Clasificación Que Atiende Al Criterio Del Bien Jurídico.....	116
1. - Por La Proximidad De La Amenaza O	
Lesión.....	116
	▪ De Lesión, De
	Peligro.....
	116

2.	- Por El Número De Bienes Jurídicos	
	Afectados.....	117
	▪ Simples Y Compuestos.	
	117
3.-	Atendiendo A Ciertas Relaciones	
	Entre El Sujeto Activo U Omisivo	
	Con El Bien Jurídico tutelado: <i>Cualificados,</i>	
	<i>Privilegiados,</i>	
	<i>Delitos Autónomos.</i>	
	117
B.4. -)	Clasificación Del Tipo (Subjetivo.)	
	119
a -)	El Dolo En El Tipo De Injusto, Concepto Y Clases.	
	120
	1. -)	
	Concepto.....	120
2. -)	Clases De Dolo. (Directo O De Primer Grado, De	
	Consecuencias Necesarias O De Segundo	
	Grado, Dolo	
	Eventual y Dolus	
	Generalis).....	121
b. -)	La Imprudencia En El Tipo De Injusto, Concepto Y	
	Clases. ..	123
	1.-) Concepto.	
	123

2. -) Clases De Imprudencia- Consciente E

Inconsciente.124

c.-) Elementos Especiales Del Injusto Subjetivo.

.....125

- **Mutilados en dos actos, de Resultado cortado y Tendencia.**

.....125

2.2.5.1. -) Elementos Objetivos Del Tipo Penal De Comisión Por

Omisión.....12

6

A.-) Sujetos.

..... 127

1. - El Sujeto

Pasivo.....127

2.- El Sujeto Activo.

.....128

- **Fuentes De La Posición De Garante:
Formal Y Material.**

..... 128

B.-) El Resultado. ¿ Material O Jurídico-

Formal?.....140

C.-) La Situación Típica.

.....145

D.-) La Ausencia De La Acción.	
.....	145
E.-) La Posibilidad Y Capacidad Real Y Física De Evitar	
El Resultado. El Poder Final Del Hecho.	
.....	146
F. -) El Nexo De Evitación.	
.....	147
2.2.5.2.-) Elementos Subjetivos Del Tipo Penal De Comisión Por	
Omisión.	
.....	149
A.-) El Dolo.	
.....	150
➤ Estructura Del Dolo En La Omisión.	
B.-) La Imprudencia (Culpa).	153
C.-) El Error De Tipo En El Delito De Comisión Por Omisión.	155
2.2.5.3.-) El Desistimiento Y La Tentativa De La Omisión.	
(Omisión De Tentativa).....	157
A.) El Desistimiento.	157
B.) La Tentativa.	157
2.2.5.4. -) Autoría Y Participación.	161
A.-) Autoría.	161

1.-) Autor Directo.	163
2.-) En Cuanto A La Coautoría.....	163
3.-) Autoría Mediata.	165
B.-) Participación En La Omisión.....	167
1.-) La Instigación De La Omisión.	167
2.-) La Complicidad.	171
2.2.5.5. -) Concurso De Delitos En Comisión Por Omisión.	175
A.-) Concurso Ideal. Concepto.	176
B.-) Concurso Real O Material En Comisión Por Omisión.	
Concepto.	178
2.2.6.-) La Antijuridicidad En El Delito De Comisión	
Por Omisión.	179
A.) Antijuridicidad E Injusto Penal Y Personal.	180
B.) Causas De Justificación.	181
▪ Omitir En Legítima Defensa.	
▪ Omisión Por Cumplimiento De Un Deber Y Su Colisión.	
▪ Omisión Por Un Estado De Necesidad Justificante.	
2.2.7. -) La Culpabilidad En El Delito De Omisión Impropia.	184
A.) Capacidad De Culpabilidad O Imputabilidad.	185

B.) El Conocimiento De La Prohibición Penal o	
Conciencia de la Antijuridicidad.	186
B.1.- El Error De Prohibición.	187
▪ Error De Prohibición Directo.	187
▪ Error De Prohibición Indirecto.....	188
C.) La Exigibilidad De Una Conducta Diferente.....	190
2.2.8. -) La Punibilidad En El Delito De Comisión Por Omisión.	191
A.-) Excusas Absolutorias.	193
B.-) Condiciones Objetivas De Punibilidad.	194
C.-) La Determinación De La Pena.....	195
2.2.9. -) El Delito De Comisión Por Omisión Y El Principio De	
Legalidad.	196
2.2.10. -) La Prueba En El Delito De Comisión Por Omisión.	200
2.3. – Sistema De Hipótesis.....	201
A.- Hipótesis General.....	201
B.- Hipótesis Específicas.....	201
2.3.1. - Operacionalización De Hipótesis.....	202
2.4.-) Definición De Términos Básicos.....	204

Capitulo III

Metodología De La Investigación

3.1. Tipo De Investigación.....	206
3.2 Población Y Muestra.....	209
3.2.A. Población.....	209
3.2.B. Muestra.....	211
3.3. - Técnicas E Instrumentos.....	212

Capitulo IV

Análisis E Interpretación De Resultados

4.1. -) Presentación De Resultados.	213
A.- En Cuanto A La Hipótesis General.....	213
B.-) Hipótesis Especifica N°	
1.....	225
C.-) Hipótesis Especifica N°	
2.....	235
4.2.) Prueba De Hipótesis E Interpretación.....	239
A.- General.....	239
B.) Especifica N°	
1.....	243
C)Hipótesis Especifica N° 2.....	247

Capítulo V

Conclusiones Y Recomendaciones

	A.)Conclusiones De La	
	Investigación.....	252
B.)	Recomendaciones.....	
	258

ANEXOS.

BIBLIOGRAFÍA.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

I.1.- Situación Problemática.-

El Derecho Penal, es concebido como una de las formas más drásticas que el Estado utiliza para realizar uno de sus fines, que constituye proteger bienes jurídicos de relevancia para la sociedad y de ésta manera mantener la convivencia pacífica, es decir, que, cuando se está frente al Derecho Penal, que contiene normas de convivencia social y se daña o se pone en peligro un bien jurídico, se inicia la facultad sancionadora en ese ámbito.

Es de aclarar que lo mencionado obedece a dos caracteres del Derecho Penal, uno el coercitivo y otro el sancionatorio; El primero referido a ofrecer seguridad jurídica a todos los miembros e instituciones de una sociedad por medios coactivos, y el segundo visto como la facultad de imponer sanciones o castigos frente a

determinadas normas de conducta, lo que viene a retomar el principio de retribución de la pena y de control social.

Pero resulta que el Estado en ese actuar, en esa facultad que tiene de reprimir y sancionar acciones u omisiones que lesionan o ponen en riesgo bienes jurídicos, tiene límites; La función punitiva del Estado no es absoluta, el Derecho Penal desde la óptica subjetiva “*Jus Puniendi* “ se autolimita, dado que esa facultad sancionadora no puede ni debe violentar, ni anular los valores humanos, y es que por más grave que sea la lesión a un bien jurídico protegido como es la vida o la libertad, el Estado en aras de ser ejemplificante y buscar la prevención de esa conducta lesiva no debe instrumentalizar al hombre y la pena misma, puesto que hacerlo equivale a sacrificio, tal como lo postula Kant, “El Hombre es un fin en si mismo”¹, en efecto en esa autolimitación se enuncian principios, que se encuentran en el ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad sirve de límite al poder o facultad sancionadora del Estado de Derecho, en el que objetivamente, la

¹ MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal" (Parte General) Barcelona, P.P.U., 1990, Pág.4.

única fuente o la más importante para aplicar el Derecho Penal es la ley.

En el Código Penal Salvadoreño, está regulado éste principio en el artículo 1, que tiene su fundamento en el artículo 15 de la Constitución de la República, que para el tema de investigación resulta de relevancia lo establecido en ellos, en primer lugar por que menciona dos formas de conducta típica por las que se puede responder penalmente, una implica *acción* y la otra *omisión*, que están descritas previamente en la Ley, y tomando en cuenta que no se puede hacer interpretaciones analógicas *in malan parte*.

El anterior argumento es para valorar el artículo 19 del Código Penal, en donde se establece que los hechos punibles pueden ser realizados por

“ **Acción u Omisión** ” por lógica éstas conducta están descritas en la parte especial de aquel; Pero resulta que en el mismo cuerpo legal en el artículo 20 se establece una forma de poder responder penalmente y que no constituye una acción en sí misma ni una omisión propia o pura, ésta es la **Comisión por Omisión**.

De lo anterior surge un problema, y obedece a que en la Ley Penal no se encuentra descrita de manera clara e inequívoca la conducta de Comisión por Omisión, pero existe la cláusula genérica en el artículo 20 del Código Penal, que establece que es una de las formas de realización del hecho punible y por la cual se responde penalmente.

En tal sentido se podría considerar que existe una violación al Principio de Legalidad, una valoración de responsabilidad objetiva del resultado y de todo ello una confusión en torno a la adecuación de la conducta a comisión por omisión, con relación a un hecho descrito por la ley como delito o falta. Por tanto, se generan dudas sobre la naturaleza de tal disposición, así como de su ubicación sistemática en el Derecho Penal, y que para no incurrir en dudas, es necesario profundizar en la teoría del delito.

1.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

El problema se origina en el conocimiento y la interpretación, adecuación del hecho y empleo del Art.20 Pn. , Para el caso del

tema de investigación, es, ¿Si el artículo 20 del Código Penal, es de aplicación y cuáles son los elementos objetivos - subjetivos que conforman el Tipo Penal de Comisión por Omisión?.

1.3. OBJETIVOS.

1.3.A. GENERAL:

- Analizar el tipo penal de comisión por omisión en la legislación penal salvadoreña vigente y su aplicación.

1.3.B. ESPECIFICOS:

- Plasmar los elementos objetivos y subjetivos que contiene el delito de comisión por omisión.
- Señalar los supuestos del deber jurídico de actuar del sujeto activo en el tipo penal de comisión por omisión.
- Indicar los criterios de la imputación del resultado, al sujeto activo.

1.4. JUSTIFICACIÓN.

El presente tema representa la posibilidad de abordar una de las temáticas especiales dentro del Derecho Penal, sobre todo de poca aplicación en el Sistema Penal Salvadoreño; En primer lugar la normativa penal, parte del criterio de que la acción penal puede ser promovida por la Fiscalía General de la República, la cual no tiene vinculación directa con la función resolutive, es decir, la labor propia del juzgador, cuando éste valora la prueba y resuelve el asunto principal.

El Ministerio Público juega un rol en la nueva normativa penal, ya que tiene la función de instruir las diligencias iniciales de investigación del proceso, al tener conocimiento de la “*noticia Criminis*” que da inicio a la promoción de la acción penal pública; Pero es nula o escasa la promoción, cuando el delito adquiere los presupuestos normativos de la Omisión Impropia, donde su consumación lleva implícita un *incumplimiento del deber jurídico de obrar y la posición de garante del sujeto activo*, sobre todo cuando

se trata de los delitos que protegen bienes jurídicos de la colectividad, situación que constituye un factor de impunidad.

Otro factor para analizar y que provoca un cuestionamiento que genera un interés grupal y de consecuencias jurídico-social, es ¿Porqué el Legislador deja una cláusula en el Artículo 20 del Código Penal, donde plasma la conducta genérica que determina la legalidad de la comisión por omisión o la omisión impropia?, esto tomando en consideración, que existe un principio de legalidad el cual expresa “Que nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma clara, previa, precisa e inequívoca como delito o falta”², todo encauzado a tener una seguridad jurídica es decir, poder examinar las conductas, por las cuales se responde penalmente, pero en el delito de comisión por omisión, ¿Cuáles son los presupuestos de adecuación típica de la conducta humana?, En el sentido de producir un resultado final por un ser humano de consecuencias dañosas a los bienes jurídicos protegidos por el Estado.

² Código Penal, El Salvador, Art.4. Vigente.2002.

Considerando que la convivencia humana es el fin de la actividad del estado, y que por medio del Derecho Penal, trata de normar ya sea en forma positiva o negativa los comportamientos de sus ciudadanos, estableciendo los comportamientos socialmente relevantes, que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos seleccionados, configurándose, por tanto, así un catálogo de hechos punibles, que pueden ser delitos o faltas, y que se pueden realizar sea por un comportamiento activo u omisivo.

Pero por razones de tipo político criminales, y no permitir la impunidad de algunos comportamientos(Omisivos) es que se encuentran delitos que no necesariamente constituyen una acción ni una omisión pura, que genera un tipo penal; Pero que su relación causal es hipotética como lo expresa FRANCISCO MUÑOZ CONDE “ lo que importa en la comisión por omisión es la constatación de una causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado”³(en principio, por cuanto es más cierto referirse al nexo de evitación), no se estipula

³ Muñoz Conde, Francisco, “ Teoría General del Delito”, Tirant lo Blanch, 2ª. Edición, 1989. Sevilla, Pág.43.

claramente o en forma objetiva la imputación del hecho punible, dejando a las partes que pretendan promover una acción penal, el arbitrio de interpretar la tipicidad, de acuerdo a la regla genérica que establece el legislador.

Es un esfuerzo determinar, desde el punto de vista jurídico-teórico la naturaleza de la omisión, como al mismo tiempo valorar los presupuestos, que dan un carácter de delito a la Omisión Impropia(Comisión Por Omisión), dado que el sujeto activo, que tenía el deber jurídico de obrar, debe de responder penalmente, por el resultado de una consecuencia dañosa, en tal sentido la ley le sanciona por no actuar, ya que tenía el deber jurídico de hacerlo, responsabilidad que equivale a la realización del tipo penal; es decir, que responde por el hecho perjudicial en que no actuó en defensa de un bien jurídico, obligado a protegerlo.

Es importante analizar la aplicación legal y efectiva de los delitos de Comisión por Omisión, determinar cuándo se tiene el deber jurídico

de obrar y la posición de garante, sobre todo cuando se tiene vinculación con el bien jurídico protegido.

Por otra parte, siendo que el Derecho Penal es el instrumento que el Estado utiliza como ultima medida(Carácter de última ratio) para lograr el *control social institucionalizado(formal)* y por ende su aplicación debe limitarse a la infracción o lesión de los bienes jurídicos protegidos de mayor relevancia social. De modo que se tratará de encontrar el fundamento teórico y jurídico por el cual una persona responde por el no actuar, donde para el derecho tenía ese deber jurídico, cuando pudo haber evitado que sucediera un hecho que pone en peligro o lesiona un bien jurídico, aunque esa conducta no se encuentra establecida propiamente en la parte especial del Código Penal pero sí su resultado.

Así mismo, profundizar sobre la naturaleza jurídica de los delitos de Omisión Impropia o Comisión por Omisión, desde el punto de vista de su tipicidad, es decir, desde el carácter normativo-valorativo, así

como establecer una clasificación de los delitos de Omisión desde la legislación vigente y su clasificación doctrinaria.

En esencia se pretende establecer la estructura del delito de Omisión Impropia y la situación típica generadora del deber de obrar, así como lo relativo a la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva, partiendo que el tipo penal tal como lo expresa BACIGALUPO “Es la descripción de la conducta prohibida por la norma”⁴.

En resumen, se proporcionará un aporte doctrinario, pero justificándolo desde un análisis de resultados, de la medición que se haga del conocimiento que se tiene sobre el tema, por parte de aquellos profesionales que se encuentran involucrados en la aplicación del Derecho Penal.

Con lo anterior la investigación reúne el sentido social, puesto que se presentará un conjunto de conocimientos en torno al tema de los delitos de Omisión Impropia, que ha sido uno de los temas de mayor discusión en Derecho Penal y que por haber muy poca

⁴ BACIGALUPO, Enrique “ Manual de Derecho “, Parte General, 2ª. Edición, Buenos Aires, 1987

información reunida en un solo texto elaborada en nuestro país es importante su investigación.

Se hará un esfuerzo teórico-práctico, que servirá de apoyo en el estudio del delito, tanto para la comunidad de estudiantes como para los abogados en el ejercicio de la profesión, dado que el conocimiento es universal y pertenece a todos, en especial a las personas que buscan nutrir el conocimiento.-

1.5 ALCANCES Y LIMITACIONES:

1.5.A. ALCANCES:

- Poder entender y recopilar bibliografía relacionada a los delitos de Omisión Impropia.
- Presentar un trabajo que contenga información relacionada a la teoría del delito de los ilícitos de Omisión Impropia.

- Obtener información de los sujetos procesales que intervienen de forma directa en el proceso penal, en los delitos de omisión impropia.
- Analizar la promoción de la acción penal pública con respecto a los delitos de omisión impropia.

1.5.B. LIMITACIONES

- Se presenta como limitación, la circunstancia que el tema de investigación, es de importancia nacional, territorialmente entendido, pero que por razones de recursos y de la investigación, se delimita únicamente al departamento de San Miguel, de la zona oriental de la República de El Salvador.
- La exigua información especializada, que sobre el tema se ha producido en El Salvador.

- El tiempo con que se cuenta para desarrollar la investigación es limitado.
- La dificultad de acceder a los sujetos que intervienen técnicamente en los procesos penales.
- La posibilidad de encontrar jurisprudencia y casos de imputación de la comisión por omisión, que hayan ingresado al sistema judicial.
- El hecho que el tema aún no este definido o acabado por la doctrina, en el sentido de que existirá opinión desfavorable a la investigación y aportes a realizar.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes Históricos.

2.1.1.- Reseña Histórica de la Omisión como categoría Relevante.

El hombre en convivencia interactúa con el medio en que vive, realiza actividades dirigidas a sobrevivir y desarrollar la especie humana; Ante esa necesidad ha tenido que luchar contra la naturaleza, a lo largo del desarrollo de la humanidad se han dado diversas etapas o sistemas de desarrollo, a los que han denominado modos de producción.

Pero resulta que, el hombre en esa lucha constante por el desarrollo, ha actuado de diferentes formas, unas de ellas han sido actuaciones infractoras a las normas de convivencia social, en estas se ha valorado por regla general la actividad del hombre, si las acciones son contrarias al orden previsto.

Así, fue determinante la noción que se tuvo del comportamiento humano y el que se deduce de las acciones humanas, pero esto no revela, que la pasividad del hombre no fuese relevante para la sociedad, especialmente cuando en determinadas circunstancias o hechos, una persona en particular tenía el deber de obrar, a continuación se proporcionan algunas evidencias de la regulación y ámbito de relevancia de la omisión.

2.1.1.A. - En el Derecho Antiguo.

A.1.Código de Hammurabí. (Aproximadamente XVIII A. De C.)⁵

Es uno de los documentos más importantes que legaron las primeras civilizaciones, un ejemplo de la penalización de la omisión se deduce de los delitos relativos a la construcción, especialmente a la omisión de poner en práctica en la edificación reglas de construcción, para asegurar mejor su obra.

Tenemos por ejemplo, los arts.229 y 233, que dicen:

⁵ [http:// www.ufes.br/-Hammurabí.html](http://www.ufes.br/-Hammurabí.html).

“ Si un constructor construye una casa, pero su obra no es lo bastante resistente, y luego resulta que la casa que él ha construido se derrumba causando la muerte del propietario de la misma, el constructor será condenado a la muerte.

“ Si un constructor construye una casa, pero no remata bien su obra, de forma que se derrumba una pared, deberá levantar dicha pared por sus propios medios.

En ambos casos, la responsabilidad se deriva de un actuar anterior, modernamente conocida por actuar precedente(pero con un mejor criterio normativo), y que es fuente del deber de actuar.

Se dice que existió una regulación anterior al Código de Hammurabí, escrito en lengua sumeria, y que se denominó Código de lipit-istar, perteneciente a la tercera dinastía de Ur. (2000 A. De C.)

B.- Derecho Hebreo. (1500 –1200 A. De. C. Faraón- Ramses -I, II, III).

En el Pentateuco, en lo que se refiere a la omisión, encontramos como antecedente el Libro de Éxodo, Capítulo 21, Versículos 28 y 29, en la Biblia, refiriéndose a las Leyes Sobre Responsabilidades de Amos y Dueños, así:

“ Si un buey acorneare a un hombre o a mujer y a causa de ello muriere, el buey será apedreado, y no será comida su carne, más el dueño del buey será absuelto. Pero si el buey fuere acorneador desde tiempo atrás, y a su dueño se le hubiere notificado y no lo hubiere guardado, y matare a hombre o a mujer, el buey será apedreado y también morirá su dueño.

De la anterior transcripción se observa, la forma que en la antigüedad se establecía una sanción para el dueño de animal que causaba un daño, en la doctrina penal moderna, ésta fuente de garantía descrita en La Biblia, deriva de la posición de garante, originada por la guarda o cuidado de una fuente de peligro.⁶

⁶ En ese sentido: Novoa Monrreal, Eduardo; Fundamentos del Delito de Omisión. Depalma, Buenos Aires, 1984. Pág. 9.

C.- Derecho Romano. (Siglos IV-XII, A. De C.)

En cuanto a la omisión en el derecho romano, se reglamentaron aspectos relacionados a la obligación del posadero de la guarda de los objetos del alojado, asimismo la responsabilidad del dueño de un edificio que ocasionará daños a terceros por haber omitido las reparaciones necesarias, se establecía también el hecho del daño causado por los animales fieros, y cuyo daño era imputable al que lo tuviese bajo guarda. Se castigaba a los que no impedían la falsificación de moneda, con la pena correspondiente a ese delito.⁷

El Derecho Romano ha sido de una marcada influencia en el derecho francés, sobre todo en materia de derecho civil, y éste a su vez en el derecho civil de América Latina; Por lo que respecta a la Omisión, fue regulada siempre en el mismo sentido, es decir, sobre ciertas responsabilidades en que incurrían algunas personas cualificadas, más adelante se demostrará tal afirmación.-

⁷ Jiménez de Asúa, Luis. " Tratado de Derecho Penal ". 2ª.Ed. Tomo III, Pág. 390.

2.1.1.B. - En el Derecho Penal Moderno- Doctrina-. (Humanitario, Siglo XVIII D. De C. En adelante).

Antes de profundizar es de comentar que durante la época del oscurantismo no se tienen datos acerca de la regulación de la omisión; Y es que en ésta fase no había un derecho penal propiamente dicho, sino un cúmulo de prohibiciones de hechos que se consideraban lesivos u ofensivos de la integridad del individuo, de la sociedad, de la divinidad, siendo procedente como respuesta a estos hechos la violencia, el pecado y el delito se confundían; Derecho y moral convergían y la pena se imponía como un castigo para expiar las malas acciones, asignándolas arbitrariamente.

Los paulatinos avances de la sociedad en busca de la dignidad humana tuvieron plena vigencia durante el siglo XVIII; fue la época del Iluminismo que marcó un hito en la historia de la civilización. La justicia Penal salió de los linderos metafísicos para tornarse humana; Los conceptos de delito y pena dejaron de ser entes

inasibles para convertirse en concretas estructuras jurídicas; La crueldad en el castigo fue cediendo el paso a la modernización, y por primera vez se habló de ofrecer garantías al reo, en forma tal que tuviera la oportunidad de defenderse.⁸

Fue en la época humanitaria del derecho penal, con la obra de CESAR BECCARIA " Del Delito y de la Pena " (1764 Lierna, Italia), que se alcanza un concepto jurídico de delito, es decir, como ente jurídico, independizándolo de la religión y de la política; Para Beccaria el delito era "El perjuicio causado a la sociedad, y que solo ésta puede definirlo mediante la ley, partiendo de la idea del contrato social. Este principio se cristalizó en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

Se plasma con la anterior formulación, el principio de legalidad, cuya formulación latina se debe a Anselm Von Feuerbach, es parte de las conquistas obtenidas por la Revolución Francesa.

⁸ Reyes Echandía, Alfonso. "Derecho Penal " Parte General, Universidad Externado de Colombia. Bogota, 1981. Pág. 35-37.

Con respecto a la omisión como forma de realización del delito, se tiene que según la doctrina penal, es Anselm Von Feurbach, autor del código penal Bavaró (S/ Lehrbruch) en Alemania, el que se ocupa de un tratamiento general sobre la omisión, hasta 1828 existía un tratamiento fragmentario sobre el tema, y en puntos aislados, para éste autor existe un delito de omisión en tanto una persona tiene un derecho a la real exteriorización de nuestra actividad. En todo caso deberá existir un especial fundamento jurídico (ley o contrato), sin la cual no existirá delincuente.⁹

A lo anterior Spengenberg y Henke, le añadieron ciertas estrechas relaciones vitales.

Pero los anteriores autores, no hicieron planteamiento alguno sobre la causalidad en la omisión, sino que fue STÛBEL el que anunció la causalidad y la posición de garante por primera vez en 1828. Este hace referencia a un deber de acción en especiales relaciones o que se originan en acciones previas.¹⁰

⁹ Bacigalupo, Enrique. "Delitos Impropios de Omisión " TEMIS, 2ª. Ed. Bogota, Colombia. 1983. Pág.12.

¹⁰ Ibíd. Pág.13-15.

B.1.- Teoría Clásica del Delito.

Entre los años 1881-1906; Von Liszt y Von Belling, como sus principales autores (Causalismo), basaron el concepto de delito en la categoría acción, la que era concebida en forma natural; La Acción era por lo tanto un movimiento corporal que causa una modificación en el mundo exterior. Bajo tal planteamiento de delito, por lógica se deduce que la Omisión no era valorada como forma de realización del hecho punible.

Estos autores no lograron explicar la esencia de la Omisión; Pero el propio Von Liszt observó que la esencia de la omisión, reside en el sentido social que se le atribuye, consistente en " la no-realización de la acción esperada por el ordenamiento jurídico" . Pero reconocer tal situación era apartarse del concepto naturalístico de acción, con lo que se pensaba que el sistema de delito conformado se dañaría, dado que tenía su fundamento en ella.¹¹

¹¹ Trejo Escobar, Miguel Alberto. "Introducción a la Teoría General del Delito", Triple D.Ed..San Salvador. E.S., 1999. Pág.143-167.

B.2.- Teoría Neoclásica del Delito. (Neokantismo, Edmund Mezger y Ernst Mayer, 1920).

Estos intentan referir a valores las categorías que componen el delito, con lo que se manifiesta la idea neokantiana.

La reforma empezó por el concepto de acción, estos intentaron resolver el problema (del tipo objetivo – neutro, valoración objetiva del resultado y la exclusión de la omisión), en dos aspectos:

PRIMERO: Modificaron el concepto de acción a COMPORTAMIENTO HUMANO VOLUNTARIO, para de esa forma comprender y abarcar la acción en sentido positivo, como la omisión.

Así, bajo un nuevo concepto de comportamiento humano, que incluyó tanto la acción como la omisión, se trato de solucionar los problemas originados por la teoría anterior (Causalista), y precisamente para el caso de la omisión, por lo que implicó un

avance en la teoría del delito, la omisión se valoró, surge normativamente.

Constituyendo lo anterior un avance importante en materia de delitos omisivos, aunque para no romper con el sistema, los delitos omisivos son vistos como formas anormales sobre la comisión de un hecho delictivo.

SEGUNDO. La imposibilidad de un concepto superior de acción y omisión, estuvo ligada a prescindir del concepto de acción e iniciar la estructura del delito por la tipicidad. La Omisión es normativa, bajo el concepto de “ACCIÓN ESPERADA.”¹²

B.3.- El Finalismo. (Hans Welzel, 1930).

Esta teoría fue expuesta en Alemania por Welzel, con la obra Derecho Penal Alemán; La acción es considerada como ejercicio de actividad final, se establece que existe una omisión cuando no se

¹² Ibíd. Pág.182 y Sgtes.

realiza una acción concreta posible de ser realizada, transgrediendo con ello una norma de mandato, siendo por lo tanto el núcleo en el delito omisivo: La debida acción que se omite. Constituye una forma especial de comisión del hecho punible.¹³

B.4.- La Teoría de Nagler. (1930-1938)

Cerro provisionalmente la evolución *Histórico Dogmática*; Según la misma la equiparación constituye un problema de complemento de tipo del delito de comisión correspondiente al de omisión, mediante elementos que caracterizan al omitente " como garante de la no-producción del resultado, que esta obligado a evitar el daño que puedan causar las energías contrarias al derecho.¹⁴

En la doctrina penal, se volvió de especial interés el delito de omisión; Pero su distinción representó un problema dogmático. Fue LUDEN, el que hizo una distinción entre delitos propios e impropios

¹³ Ibíd. Pág.244-245. Al respecto.

¹⁴ Jescheck,H.H. "Tratado de Derecho Penal ", Parte General,V.II, BOSCH,Barcelona, España,1981. Pág.828.

de omisión. Este autor vio la esencia de los delitos de omisión propia, en el hecho de que el mismo consistía únicamente en la infracción de un mandato y no se dirigían a la vulneración de derecho subjetivos ajenos; Mientras que los delitos que se cometen por "Acciones Omisivas ", implicaban la dirección a la lesión de un bien jurídico; La impropiedad del segundo grupo reside, según esto, en que el autor no se limita a ellos a una pura insubordinación, sino que mediante su inactividad causa un resultado que normalmente será producido por un hacer positivo.¹⁵

Así, queda planteada por primera vez la problemática de la equiparación de un comportamiento omisivo y uno activo; Luden establece para los delitos propios de omisión el hecho de que se agotan por la violación de la ley que impone deberes u obligaciones de actuar; Para los Impropios, parte de la unidad o equiparación de estos con las acciones; Dado que la omisión no esta fuera del concepto de acción, por que una omisión tiene una dirección final encaminada a lesionar un bien jurídico o derecho subjetivo.

¹⁵ Ibíd. Pág.832.

B.5. - ARMIN KAUFMANN(Hacia mediados del siglo XX)

Desarrolla el tema de la omisión, replanteando los aportes de las teorías anteriores, y lo hace sobre la base de algunas ideas expuestas por su maestro (Welzel.)

El Concepto de CAPACIDAD DE ACCION, constituye para Kauffman el elemento común que vincula la omisión con la acción, que se mueven bajo un

concepto general de conducta, definida esta como " La actividad o pasividad

Humana corporal, como capacidad de dirección voluntaria de acuerdo a un fin."

Kaufmann y Rudolfhi, establecen que la posición de garante deviene de la infracción a normas de mandato y prohibición, con posterioridad se expondrá más detalladamente, lo relativo a la posición de garante.

B.6. - Hellmut Mayer.

Al respecto sostuvo, que los comportamiento omisivos están incluidos en la descripción típica de los hechos punibles de comisión, y que se diferencian por la intensidad de la voluntad, se actúa con intensidad, se omite sin ella.

El planteamiento anterior, encierra que ambas formas de comportamiento se encuentran en el tipo, así por ejemplo en el delito de Homicidio, cuando la norma dice " El que matare a otro... " en ésta no se hace referencia a sí debe ser mediante acción y omisión, por lo que caben las dos formas de realización de ese resultado.¹⁶

B.7.- El Funcionalismo. (1970- Claus Roxin.)

¹⁶ Bacigalupo, Enrique. " Delitos Impropios de Omisión, 2ª. Ed. TEMIS. Colombia. 1983, Pág.47. Al respecto.

La Propuesta de Roxin es un concepto de acción, apartado tanto del concepto causalista, del neocausalista, y la acción final del finalismo, propone, que la acción, es una manifestación de la personalidad, "Un concepto de acción ajustado, es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (Somática) del hombre o del ámbito material vital y animal del ser, sin estar sometidos al control del yo; Implicando un concepto personal de acción.¹⁷

La acción implica un elemento anímico de la personalidad del hombre, así cuando se determina una conducta en un tipo penal, se hace para que el sujeto se motive o anime a: En el caso de normas prohibitivas, a no realizar esa acción, y en el caso de normas de mandato, a que realice la acción esperada.

¹⁷ Trejo Escobar, Miguel Alberto. " Curso de Derecho Penal Salvadoreño " . Parte General. V.I. Edit. Triple D. 1ª.Ed. San Salvador. E.S. 2002. Pág.214.

Se puede entonces afirmar que una persona ha llevado cabo una acción, cuando ha habido una valoración de la misma y en torno a la conducta del individuo, que puede ser de un hacer o un no hacer, de este no hacer se deduce la omisión como categoría relevante, para la imputación del hecho al sujeto activo.¹⁸

2.1.2. La Omisión en el Derecho Penal Positivo. Legislación Comparada.

“Posterior a la segunda guerra mundial, en Europa se dan movimientos de reforma de sus Códigos Penales; En Alemania en 1954 se establece una comisión de reforma, establecida por el Ministerio de Justicia Federal, y que presentó el proyecto en 1959, ha éste se dio en denominarle proyecto del 62; Contra éste fue presentado uno alternativo de la parte general del código penal, por un grupo de catorce profesores de Derecho Penal, ambos proyectos se estudiaron en el Parlamento Federal; El resultado más importante lo constituyen las dos- 1ª. Y 2ª. - Leyes Penales.

¹⁸ Ibíd. Pág. 276 y Sgtes.

Una considerable restricción sufre el principio de la determinabilidad legal de la punibilidad de los tipos abiertos, en especial los de omisión impropios¹⁹.

En ésta reforma Alemana, se comprendió la Omisión Impropia (Comisión Por Omisión), el problema era que la disposición no se había redactado bajo un acápite autónomo, y el tipo penal en todo caso era de complemento judicial, pero la ley ofrecía al juez esos elementos.

Así, la reforma Alemana del 62, determina el camino de la reforma del derecho penal Europeo.²⁰

Citando a Enrique Bacigalupo, en su obra de " Delitos Impropios de Omisión " a efecto de sustentar la falta de regulación expresa del delito de comisión por omisión, incluso en Europa, no obstante el

¹⁹ Welzel. Hans. "Derecho Penal Alemán. Ed.Jurídica de Chile, 4ª. Ed.Castellana.1997. Pág.16-28.

²⁰ Bustos Ramírez, Juan. "Consideraciones Respecto a la Estructura del delito en la reforma penal Latinoamericana. Doctrina Penal. Teo. Y Práctica...- Depalma. Año 2. N.5-8. 1979. Pág. 477-488.

avance ya mencionado del Derecho Penal Alemán, se transcriben los siguientes pasajes: (Pág. 217.

“En la década de los años 70 (1970), se intentó legislar sobre el tema de los delitos impropios de omisión. Las codificaciones del Derecho Penal vigente hasta entonces no habían manifestado preocupación por el tema, que en consecuencia no era sino una cuestión de la interpretación de los tipos penales redactados activamente.

El texto del Código Penal Español (Art.1) es un modelo en ese sentido, que ha sido seguido por varios países latinoamericanos. Al afirmarse que- Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley. ”- (El Código Penal de El Salvador de 1904, en ese sentido, en el Art.1.-)

Los movimientos de reforma de Europa, influyeron a América; Así, a iniciativa de Eduardo Novoa, por primera vez se reúnen a discutir temas de esa especialidad, los más destacados penalistas Latinoamericanos. Con lo que se da paso a la conformación de una

“Comisión Redactora de un Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica. (C. P.T.)”

La primera reunión se dio en Santiago- Chile en 1963, fue una idea totalmente original y única, el Código Penal Tipo fue terminado en la reunión de Sao Pablo- Brasil en el año de 1971. ²¹

En el Código Penal Tipo, se regula la comisión por omisión u omisión impropia, pero no de forma expresa o autónoma, sino que bajo el acápite de las formas de comisión del delito, y se tiene tal regulación en el Art. 12 Inc. 2do. que dice:

“Cuando la ley reprime el hecho atendiendo al resultado producido, responderá también quien no lo impidió, si pudo hacerlo de acuerdo a las circunstancias y si tenía el deber jurídico de evitarlo. ²²

El objetivo era dejar plasmada en la parte general de los códigos penales, una cláusula de equiparación o equivalencia, es decir,

²¹Fragoso, Heleno Claudio. Ibíd. “ El Derecho Penal Comparado en América Latina ” Año 1,1978. Pág. 713-722.

²² Levedne, Ricardo. Zaffaroni- Feyde. Códigos Penales Latinoamericanos. La Ley. S.A.. B.A. Argentina.1978

establecer los presupuestos mediante los cuales la ausencia de evitación de un resultado típico se equipara a la correspondiente comisión del tipo mediante una conducta omisiva.

A. Regulación de la Omisión y Comisión Por Omisión en la Ley.

A.1 Europa.

Como ya con anterioridad se dejó establecido, no obstante haber existido toda una discusión doctrinal al respecto, no se reglamenta la comisión por omisión de forma expresa en los códigos penales, sino que se realizaba una labor interpretativa y doctrinaria, para adecuar e imputar un resultado a un sujeto, pero si habían disposiciones en los códigos que hacían referencia a la omisión, por ejemplo, y ya citado el Código Penal Español en el Art.1.

Fue posterior a los movimientos de reforma penal en Europa, hacia los años 60, 70, que se estableció en forma expresa y de forma autónoma la regulación de la comisión por omisión, aunque es difícil distinguir cuales o que países lo regularon primero, no obstante es

seguro que el Derecho Penal Alemán fue el primero que determino de una forma autónoma la comisión por omisión, tenemos:

Alemania: En los Proyectos de Códigos del 62, La Segunda Ley de Reforma

(Parte General) que entra en vigencia el 1ro. De octubre de 1973.

El Código Penal del 1ro. De enero de 1975, parágrafo 13.²³

“ El que omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, será punible según esta ley sólo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización del tipo legal por un hacer...”²⁴

Austria: Parágrafo 2. “ Comisión Por Omisión. Si la ley conmina bajo pena la causación de un resultado, será también punible el que omite evitarlo, a pesar de estar vinculado a ello por el Ordenamiento Jurídico en virtud de una obligación que recae especialmente sobre

²³ Mir Puig, Santiago. “ Derecho Penal “. Parte Gral. 3ª.Ed. PPU. Barcelona. 1990. Pág. 326.

²⁴ Silva Sánchez, Jesús María, “La Regulación de la Comisión Por Omisión en el Nuevo Código Penal Español”. Revista Peruana de Ciencias Penales. N.7-8.1998. Pág.577.

él y la omisión de evitación del resultado es equiparable a una realización del tipo legal por un hacer. ²⁵

Italia: Art.40. Cpv. CP. "No impedir un resultado que se tiene la obligación Jurídica de impedir equivale a causarlo. (25)

Portugal. Art.10 CP. "Comisión Por Acción y por Omisión. 1. Cuando un tipo penal de delito comprenda cierto resultado, el hecho abarca no sólo la acción adecuada para producirlo sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo que otra fuera la intención de la Ley.

2. La Comisión Por Omisión de un resultado sólo es punible cuando recaiga sobre el omitente un deber jurídico que le obligue personalmente a evitar ese resultado, 3. En el caso del número anterior la pena podrá ser atenuada de modo especial, "

²⁵ Ídem. Pág. 577-578-.

España: El Art. 11 del Código Penal Español de 1995, regula por primera vez en ese país la comisión por omisión en forma expresa, y dice:

“ Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no-evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga según el sentido del texto de la ley, a su causación.

A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: A) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. B.) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.²⁶

A.2. América.

Con anterioridad se estableció que la influencia del desarrollo del derecho penal en Europa, hacia los años 60 y 70, tuvo influencia en el continente Americano, y también se dijo que a iniciativa de Novoa Monreal, se había logrado articular un trabajo de reforma penal,

²⁶ Ídem. Pág.576.

culminando con la elaboración de un Código Penal Tipo Para Latinoamérica (Sao Pablo-1971.)

Así, tenemos que la comisión por Omisión se tomo en cuenta en algunos proyectos y códigos de la época:

Proyecto del Código Penal Brasileño, en 1969;

Costa Rica en 1970;

Panamá en 1970;

Bolivia en 1973;

El Salvador en 1973; Código Penal del 30 de marzo de 1973;

Guatemala en 1973;

Nicaragua en 1974(73)

Anteproyecto de Colombia de 1974;

A Continuación se dan a conocer algunos textos, sobre la regulación que se hacía de la Comisión Por Omisión (OMISIÓN IMPROPIA).

Anteproyecto Argentino del 75: Art. 14 " El que omitiera impedir un resultado de un hecho punible será sancionado con la pena prevista

para su comisión, si le incumbía el deber jurídico de cuidar de que ese resultado no se produjera o cuando el riesgo que originare el resultado, se hubiera creado con su comportamiento precedente.

Colombia, Art.20 Inc. Último " Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

Los anteriores datos se han compilado de la colección de " Códigos Penales Latinoamericanos (La Ley. S.A. – Buenos Aires- Ricardo Levedne- Zaffaroni, Eugenio Raúl.)

Costa Rica: Art. 18... "Cuando la Ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo a las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo. " ²⁷

A.3.- LA OMISIÓN EN EL SALVADOR.

²⁷ Bacigalupo, Enrique, "Delitos Impropios de Omisión ".2ª.Ed. TEMIS. Bogota. 1983. Pág.218.

En El Salvador la omisión se vuelve una categoría jurídica relevante en el ámbito civil, influenciado por el derecho Chileno, éste a su vez del Derecho Francés, el cual compila parte del Derecho Romano; Pero ello no implica que no fuere de relevancia en el derecho punitivo anterior, así se tiene:

a.-) Leyes aplicadas durante la conquista y la colonia.

Inicialmente es de precisar que la historia del derecho penal Salvadoreño, en gran medida esta en correspondencia con el Derecho Penal Hispánico, y que por lo tanto, los datos que se presentan, se pueden generalizar para la mayoría de países que estuvieron dominados por el reino Español.

1. -El Fuero Juzgo.

Considerado parte del Derecho Hispano-Godo. (Latín: Liber Judiciorum-Libro de los Jueces, o Liber Judicium- Libro de los Juicios). Fue elaborado en tiempos del Rey Godo (Siglo VII),

revisado por el XVI Concilio de Toledo que lo aprobó en el año 681, tomo la denominación castellana de Fuero Juzgo. Contiene en su orden materias políticas, civiles y penales.²⁸

En cuanto a la omisión encontramos, Ley 18, Titulo 1, libro 11, en el caso del juez que no quiere oír o dar su sello a un querellante.²⁹

2. - El Fuero Real.

Es considerado parte del Derecho Feudal (1255), se promulgó bajo el reinado de Alfonso X, llamado el sabio.³⁰

La omisión, se encuentra regulada en la Ley 8, título 7, libro I, con referencia al Alcalde que omite justicia.³¹

3. - Las Partidas. (1265.)

²⁸ Trejo Escobar, Miguel Alberto. " Curso de Derecho Penal Salvadoreño ". Parte General. V.I. Edit. Triple D. 1ª.Ed. San Salvador. E.S. 2002. Pág.214.

²⁹ Orts Alberdi, Francisco. " Delitos de Comisión Por Omisión ". GHERSI- EDITOR. Buenos Aires. 1978. Pág.13.

³⁰ Opcit.Pág.214

³¹ Opcit, Pág.13.

Se contempla la omisión como delito, Así el proemio (introducción) de la Séptima partida dice: "Oluidanca e atreuimiento son dos cosas que fazen a los omes errar mucho..... tales fechos como estos deuen ser escarmentados duramente..."³²

Las Partidas también castigan, entre otros casos, al que no denuncia un delito de traición contra la persona del Rey (Libro 6, Título 13, Partida II), a los siervos o sirvientes que, pudiendo hacerlo, no ayudan a sus amos en peligro (Ley 16, Título 8, Partida VII).³³

En cuanto a las leyes de Indias, tenemos que fue en el libro séptimo, en el que aparecen las disposiciones en su mayoría, referente al Derecho Penal.³⁴

³²Orts Alberdi, Francisco. " Delitos de Comisión Por Omisión ". GHERSI- EDITOR. Buenos Aires. 1978. Pág.13.

³³ Ibíd. Pág. 14.

³⁴Trejo Escobar, Miguel Alberto. " Curso de Derecho Penal Salvadoreño ". Parte General. V.I. Edit. Triple D. 1ª.Ed. San Salvador. E.S. 2002. Pág.215.

4.-Posterior a la independencia de El Salvador se tiene regulación de la omisión en el Derecho Civil (Vigente, 1860), el Art. 2074 y dice.. "El dueño de un edificio es responsable a terceros de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia,...

El Art.2078 C. "El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño no será oído."

Podemos observar que la omisión se deriva en dos formas, una en el actuar precedente de la construcción o reparación del edificio, y la otra por el cuidado de una fuente de peligro; En el inicio de éste apartado, cuando se hizo referencia al derecho antiguo se observa que la regulación es casi en los mismos términos.

En el Derecho Penal Salvadoreño, se tiene que la omisión se regula, en el Código Penal de 1904. Art.1. "Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la Ley " Se denota aquí la influencia de los Códigos Penales Españoles de 1822, 1848, 1850,etc.

En el mismo Código, en el Art. 301 se regulaba un delito de omisión propia, y decía: " El funcionario público que requerido por autoridad competente, no prestare la debida cooperación para la administración de justicia u otro servicio público, incurrirá en la pena de cuatro meses de prisión. Si de su omisión resultare grave daño para la causa pública, o a un tercero la pena será de seis meses de prisión mayor... "

Se regula por primera vez en El Salvador de una forma expresa y autónoma la omisión impropia o comisión por omisión, en el Código Penal del 30 de marzo de 1973, en el Art.22 que dice "El que omite impedir un resultado que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiera producido. El deber de

obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, o a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo; Y a quien asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado."

Es relevante el hecho de que El Salvador, es uno de los primeros países en Latinoamérica o Iberoamérica que regula de forma expresa la comisión por omisión, como forma de realización del hecho punible, es decir, el delito de omisión impropia; Se deduce de la influencia de los movimientos de reforma iniciados en Chile y culminados en Sao Paulo en 1971, con la elaboración del Código Penal Tipo, pero incluso en éste no se regulaba en forma autónoma, lo cual El Salvador, si lo hace en el Art.22 mencionado.

En el Código Penal que entró en vigencia en 1998, se regula en el Art.20 y dice "COMISIÓN POR OMISIÓN. El que omita impedir un resultado, responderá como si lo hubiere producido, si tiene

el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado. El deber jurídico de obrar incumbe, a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creó el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determino con ello que el riesgo fuera afrontado. "

Hasta aquí se han presentado aspectos históricos sobre la omisión, tanto en el campo de la doctrina penal, como en la ley positiva; Indispensable es el estudio del delito de omisión impropia o comisión por omisión, pero antes se hace ineludible tratar algunos aspectos o conceptos generales, así como la teoría del delito, aún y cuando se presenta de una forma simplificada, pero que de alguna manera es inevitable en ésta labor académica.

2.2. BASE TEÓRICA

2.2.1. El Hecho Punible.

Diferentes han sido las significaciones que en el transcurso del desarrollo del Derecho penal ha tenido el termino " Hecho Punible ", Así para el caso en el Derecho Primitivo Romano, se le denominó NOXA, que significaba daño; Posteriormente se adoptaron otras expresiones como las siguientes: Maleficcium, Delictum, Crimen.³⁵ Es de indicar que antes de la humanización del derecho penal, y que el delito fuese visto como ente jurídico, y no solamente como un

³⁵ Al respecto: Arrieta Gallegos, Manuel, "Lecciones de Derecho Penal" C.S.J. S.S, 1972.Pág.123.

hecho dañoso, todas o casi todas las significaciones o términos utilizados para designar el hecho punible atendían a la idea meramente naturalística de concebirlo como daño. Pero lo anterior fue solventado con la Escuela Clásica del derecho penal, y con el aporte de la Escuela Positivista, es decir, el termino Delito alcanzo un nivel de estudio en el plano jurídico.³⁶

Pero que si bien es cierto ello implico una evolución de la ciencia penal, fue hasta con el progreso de la Dogmática Jurídico Penal y la Teoría General del Delito, que se logra obtener con mayor exactitud la noción y significación del término hecho punible; Se dice que éste suele confundirse y así lo es en la realidad, con el vocablo delito o crimen, pero resulta que no significan lo mismo; Esta aseveración se comprueba con la lectura del Inciso Primero del Art.18 del Código Penal Salvadoreño, y dice " Los hechos punibles se dividen en delitos o faltas, de lo cual se deduce que delito no es lo mismo que hecho punible, dado que el termino hecho punible incluye tanto al delito como a la falta.

³⁶ Ibíd.Pág.124

Pero cabe preguntarse ¿en qué consiste tal diferencia?. En primer lugar se dice que ésta diferencia se remonta al derecho penal del medioevo y a los prácticos Italianos del Siglo XVI, quienes clasificaban los hechos punibles atendiendo a la naturaleza psicológica, es decir, la culpabilidad del agente, ya para el año de 1930 distinguieron el reato en: *Delitti* (Delito) y *Contravvenzioni*(Contravención), Art.39 C.P.³⁷

Así, se dice que el distingo existente entre el vocablo hecho punible, delito y contravención, atienden a factores tanto cuantitativos, cualitativos y mixtos, en tal caso, para no profundizar y perder de vista el objeto de estudio de este trabajo, se establece como diferencia entre hecho punible, delitos y faltas, en que el primer término es de carácter genérico-comprensivo y los otros específicos, y la diferencia entre delito y falta, atiende más al criterio Cuantificable, es decir son delitos aquellos en que la pena es mayor y la gravedad del hecho también los es, y las faltas son

³⁷ Velásquez V. Fernando. "Derecho Penal " Parte Gral. TEMIS.Colombia.1997. Pág. 313.

contravenciones o delitos por decirlo así, de pena reducida y que la infracción es casi irrelevante, En suma los delitos y las faltas no se diferencian cualitativamente, sino cuantitativamente.³⁸

De lo anterior se deduce que hecho punible es: Toda conducta descrita en la ley penal como delito o falta, y, por consiguiente, sancionada.

A.- GENERALIDADES.

Con anterioridad se dijo que es con la Dogmática Jurídico Penal que se desarrolla el concepto de delito, y valiéndose de la Teoría Jurídica del Delito, es necesario desde un punto de vista metodológico antes de proceder al estudio del delito de comisión por omisión, dejar establecido el objeto de la Dogmática y de la Teoría del Delito, así como el método que utilizan.

³⁸ Ibid.Pág.313.

1. - OBJETO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL Y LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO.

a) LA DOGMATICA JURÍDICO PENAL: En su acepción más común suele entenderse por dogma: Los principios fundamentales de una doctrina o religión y que son innegables, pero lo que interesa es entender la significación en Derecho Penal, y su objeto. Para Claus Roxin, la Dogmática Juridicopenal es: " La Disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal³⁹ .

De lo anterior se deduce que la Dogmática Juridicopenal, enseña " lo que es " descifra lo que el derecho regula y el contenido propio de la ley penal en sentido amplio, hace las abstracciones indispensables para proporcionar los presupuestos que han de

³⁹ Trejo Escobar, Miguel Alberto. " Introducción a la Teoría General del Delito" Triple D. E.S. S.S. 1999. Pág.26.OPUD. Roxin. Claus, Derecho Penal .Parte General.T-I Civitas, Madrid.1997.Pág.192.

darse para que entre en juego o se aplique un tipo penal, instituya los principios más fundamentales para la aplicación de la ley penal y de ésta manera no incurrir en arbitrariedades o ilegalidades al momento de decidir sobre un caso concreto.

El Derecho Penal se torna científico con la dogmática como método de estudio, su elaboración y fundamentación, se deben primordialmente, a Binding y Liszt, a fines del siglo XIX e inicios del XX. Se trata de un método para la investigación jurídica. En tal sentido su objeto es el estudio general, abstracto, sistemático, crítico, y axiológico de las normas del derecho penal positivo y, en general, el sistema penal de cada país.⁴⁰

En resumen se dice que la Dogmática jurídica, intenta a partir del derecho positivo, aislar o agrupar los principios o características implícitos en el ordenamiento jurídico, conformando de esa manera un todo orientado a la resolución de problema jurídicos. Para ello

⁴⁰ Ibíd.Pág. 26-27.

formula reglas que faciliten la decisión del problema a un nivel de abstracción medio situado entre la ley y el caso.⁴¹

b)-LA TEORIA JURÍDICA DEL DELITO: Se estableció en el apartado anterior el objeto de la dogmática jurídicopenal, y si bien es cierto que ésta tiene como objeto el estudio general de la norma penal, no puntualiza el aspecto jurídico de la punibilidad de una acción u omisión, entonces es que se manifiesta por medio de la Teoría General del Delito, "ámbito en el que la Dogmática del Derecho Penal alcanza las cotas más elevadas de abstracción, estudio y desarrollo.⁴²

Por tanto, se entenderá que la teoría Jurídica del delito, es una herramienta de la dogmática mediante la cual se estudia que condiciones o presupuestos jurídicos son requeribles para que una conducta, ya sea activa u omisiva, se configure en un hecho punible.

⁴¹ De la Cuesta Aguado, Paz María. "Tipicidad e Imputación Objetiva" Tirant lo Blanch. Valencia. 1996. Pág. 18.

⁴² Ibíd. Introducción.

En ese sentido, Jescheck, dice " La Teoría del Delito se ocupa de los Presupuestos jurídicos generales de la punibilidad de una acción,.... La Teoría del delito no estudia , sin embargo, los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos componentes del concepto de delito que son comunes a todo hecho punible. Tales son, en particular, las categorías de tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad, que a su vez se subdividen en numerosos subconceptos, como elementos objetivos y subjetivos del tipo, presupuestos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, elementos negativos y positivos de la culpabilidad. Todo ello gira en torno a la cuestión de las condiciones bajo las cuales un hecho puede ser imputado al autor como punible.⁴³

En concordancia con lo mencionado, se entenderá que el objeto de la teoría general del delito o jurídica del delito, es la de facilitar o proporcionar los elementos del estudio del delito establecidos en la ley, y que se adecuan a la conducta de un sujeto, volviendo ésta punible.

⁴³ Jescheck, H.H. " Tratado de Derecho Penal ". Parte general.V.I , BOSCH. España.1981.Pág.263-264.

Permite la aplicación del derecho de una mejor forma, es decir, brinda un esquema que sirve de filtro, y en el cual el juez introduce los comportamientos humanos, para saber si éste tiene correspondencia con el hecho punible descrito en la ley como delito o falta.

2. - METODO DE LA TEORIA DEL DELITO.

Sí bien es cierto que la teoría del delito en sí misma es un método de análisis jurídico penal del hecho punible, ésta utiliza también sus propios métodos de análisis; A continuación se aborda de una forma sucinta lo relativo al método de la Teoría del Delito.

a.-) DEDUCTIVO. Es deductivo por que implica un análisis o juicio de valor con respecto a la norma penal, esto para no contrariar el Principio de legalidad, puesto que como ya se ha dicho, en el derecho penal, la fuente objetiva de aplicación de una sanción es la ley penal, y en ella se encuentran

determinados los hechos punibles. En conclusión La Teoría General del Delito debe deducirse de la Ley.⁴⁴

b.-) TELEOLÓGICO. El Derecho Penal tiene un fin definido, éste fin atiende al logro del *Control Social*, mediante ese control social se logra armonizar las relaciones entre los miembros de una sociedad, y mediante la amenaza de la imposición de una sanción penal por la comisión de una conducta descrita como punible en la ley, se trata de prevenir generalmente el auge de la delincuencia y de forma especial o particular la reincidencia.

Por lo que la Teoría del Delito debe de atender al carácter finalista del derecho penal, el delito debe de concordar con el fin y los medios que el derecho penal utiliza.⁴⁵

⁴⁴ *Ibíd.*. Pág. 265.

⁴⁵ *Ibíd.*. Pág. 266.

c.-) MATERIALISTA. (Dialéctico) Por que su punto de partida debe de ser la realidad, tanto del lugar como del tiempo, se consideran las condiciones sociales y el sistema penal.

B.-) CONCEPTO DE ACCION, DELITO Y SUS CATEGORIAS.

Como ya se dijo la Teoría del Delito, tiene como objeto establecer un orden en la aplicación de la ley penal, a un caso en concreto, por supuesto de una forma sistemática, y bajo ese proceso obtener un concepto de delito que comprenda elementos comunes de análisis, independientemente del caso en específico.

Estas categorías comunes son: La Tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad, pero resulta que contienen subelementos que las integran y que llenan estos conceptos.

Pero estos no siempre han sido considerados bajo una misma visión por las diferentes corrientes doctrinarias de la teoría del

delito, entre estas tenemos: La Causalista o Clásica, la Neoclásica o Neokantismo, el finalismo y funcionalismo.

1. - CLÁSICA. (Causalismo. 1881-1906)

Los problemas sobre la concepción de delito, se comienzan a superar con la contribución que realizaron **Franz Von Liszt y Ernest Von Beling.**

Von Liszt, considera que el delito es un hecho al cual el orden jurídico asocia una pena, como lógica consecuencia. Hace luego un análisis del cual deduce que el delito ha de ser un **acto humano, antijurídico y culpable.**⁴⁶

Von Beling, para éste el delito es una **acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad.**⁴⁷

⁴⁶ Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal" Parte general. ABELEDO-PERROT. 2ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. 1980. Pág.333.

⁴⁷ Ibíd. Pág.334.

Este esquema esbozado descansaba en el concepto de la acción, la cual se concebía en forma natural, “sostenía que la acción es un movimiento causado por un acto voluntario, es decir, por los impulsos de la voluntad que se ponen en movimiento produciendo un resultado.”⁴⁸

La Tipicidad era el indicio de la antijuridicidad, y ésta a su vez la constatación de un hecho contrario al orden o descrito como delito en la ley.

Lo importante para los causalistas era la acción enlazada a un resultado, es decir, una visión meramente naturalista, importaba ese vínculo causal (Nexo causal) o relación de causalidad, el aspecto subjetivo, (Psicológico era estudiado dentro de la culpabilidad). De aquí se deduce que los elementos objetivos del delito se verificaban en sede de tipicidad y antijuridicidad, y los subjetivos en la culpabilidad.

⁴⁸ Opcit. Pág. 141.

El Tipo, era meramente objetivo, bastaba con que concurrieran los elementos descritos en él. Así se entendió como descripción puramente externa de la acción, sin ninguna valoración.

La culpabilidad no era más que la totalidad de procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del autor. A partir de ahí, la imputabilidad se concibió como " presupuesto de la culpabilidad, el dolo y la imprudencia como formas o especies de la culpabilidad y el estado de necesidad se incluyó como causa de exclusión de la culpabilidad, y la conciencia de la antijuridicidad quedo también incluida en ella.⁴⁹

Siendo que la centralidad del planteamiento causalista radicaba en la Acción, **no consideraban la omisión como forma de cometer el hecho punible, no era valorada. Se observa la marcada influencia positivista.**

⁴⁹ Jescheck. "Tratado de Derecho Penal". Parte Gral. V.I. BOSCH. España.1981.Pág.275.

Von Liszt, definía la acción ” Como inervación muscular producida por la energía de un impulso cerebral, que a través del medio natural, y conforme a las leyes causales de la naturaleza provoca una mutación en el mundo externo perceptible por los sentidos”.⁵⁰

Por de pronto lo que nos interesa es dejar establecido que la omisión, para los causalistas no era objeto de comisión de delito, no era valorada, y ésta es una de las críticas a ésta corriente de las teorías del delito.

En afán de presentar en forma más entendible y estructurada, la noción de delito de ésta teoría o escuela jurídica, se presenta un cuadro con las categorías comunes del delito.

⁵⁰ Trejo Escobar, Miguel Alberto. “Introducción a la Teoría General del Delito”(Evolución del Sistema). 1ª. Ed. San Salvador. Servicios Editoriales Triple D, 1999. Pág.148.

Teoría Clásica (Liszt- Beling.1881, 1906-1910)

Cuadro Sinóptico.

<u>Acción</u>	<ul style="list-style-type: none">- <u>Causal, Natural.</u>- <u>Movimiento Corporal que causa una modificación en el entorno.</u>
<u>Omisión</u>	<ul style="list-style-type: none">- <u>No es valorada.</u>
<u>Tipicidad</u>	<ul style="list-style-type: none">- <u>El tipo es neutro, sin juicio de valor, indicio de la antijuridicidad.</u> <p><u>Con lo anterior se presenta un problema con los tipos abiertos, la omisión, imprudencia y tentativa.</u></p>
<u>Antijuridicidad</u>	<ul style="list-style-type: none">- <u>Implica una confrontación entre el hecho y la norma,</u> <p><u>una valoración formal en consideración a 3 Aspectos: Objeto del hecho, es la lesión del bien jurídico.</u></p> <p><u>Valoración Negativa de la Acción, contradicción del proceso causal con la ley.</u></p> <p><u>Valoración de acto, como condición típica.</u></p> <p><u>Las consecuencias: En las causas de justificación no se admiten elementos subjetivos; Y el error de prohibición tanto directo(de derecho), como indirecto(de hecho), es irrelevante en la valoración del autor .</u></p>
	<ul style="list-style-type: none">- <u>Subjetiva: Concepto psicológico de culpabilidad- nexo entre el hecho y el autor.</u>- <u>Dolo y culpa, formas de culpabilidad.</u>- <u>La imputabilidad como presupuesto de la</u>

<u>Culpabilidad</u>	<u>culpabilidad.</u> - <u>Estado de necesidad(Como excluyente).</u> - <u>Conciencia de la antijuridicidad.</u> <u>Se presentan problemas con la culpa consciente e inconsciente.</u>
<u>Punibilidad</u>	- <u>Represalia por la violación jurídica, sobre</u> <u>la medida de la culpabilidad.</u>

2. - NEOCLÁSICA.(Neocausalista)

De los máximos exponentes de ésta teoría es, sin duda alguna, **Edmund Mezger**, al igual que **Mayer** y **Sauer**. (Hacia los años 20 del siglo XX).

“ El originario sistema de Franz Von Liszt y Ernst Beling va a sufrir una transformación importante, por el intento de referir a valores las categorías de la teoría general del delito, con lo que se manifiesta la influencia de la teoría neokantiana, que va a tener su época de máximo esplendor entre los penalistas.”⁵¹

⁵¹ Ibíd. Pág.172.

El Neokantismo, “apartándose del naturalismo, quiso devolverles un fundamento autónomo a las ciencias del espíritu considerando que su peculiaridad consiste en que se debe referir la realidad a determinados valores supremos en los que se basan las respectivas disciplinas, configurarla y delimitarla mediante los mismos y sistematizarla desde el punto de vista de dichos valores.”⁵²

Para el objeto del estudio, por de pronto interesa establecer la posición de ésta corriente doctrinaria en cuanto a la acción y la omisión.

Así pues la Teoría Neoclásica, se aparta del naturalismo causal, que sostenían los denominados clásicos, es decir, de únicamente el aspecto físico (Objetivo) de la acción, que era la categoría sobre la que descansaba su planteamiento, y le añaden el aspecto valorativo-normativo.

⁵² Ibíd. Pág.173.

Los Neocausalistas, modificaron el concepto de acción, y lo establecieron como un comportamiento humano (Conducta) y voluntario que se refleja en el mundo exterior, además, en vista de la imposibilidad de mantener bajo una sola categoría los conceptos de acción y omisión, prescindieron del concepto de acción e iniciaron la estructura del delito por la tipicidad.⁵³

De lo anterior, se tiene que para los neoclásicos la acción deja de ser objetiva, para inspirarse de un cierto sentido normativo que permita la comprensión tanto de la acción en sentido estricto(Positiva) como de la omisión⁵⁴, la cual es entendida normativamente, es decir, como conceptos jurídicos o abstracciones.

En lo que se refiere a **la tipicidad** tuvieron lugar cambios, puesto que estos descubrieron los elementos normativos, que requieren la atribución de un contenido de valor para ser aplicados, estos

⁵³ Ibíd. Pág. 182.

⁵⁴ De la Cuesta Aguado. Paz M. "Tipicidad e Imputación Objetiva". La Teoría General del Delito. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996. Pág.41-42.

elementos pueden ser legales o jurídicos, como por ejemplo son:
Conceptos jurídicos tales como: Acto ultrajante, Móviles bajos,
Documento, etc.⁵⁵ ; También socioculturales, dentro de estos
podemos señalar: Buenas costumbres, reputación, fama, decoro,
exhibiciones obscenas, actos deshonestos, etc. La teoría del tipo
penal tuvo un significativo impulso como consecuencia del
descubrimiento de los elementos normativos del tipo hecha por
Max Ernst Mayer.⁵⁶ (1915)

También se tiene el descubrimiento de los elementos subjetivos,
y que no podían ser asignados a la culpabilidad, por ser estos
pertenecientes al "injusto típico... Así las cosas, el término
"ajeno", no podía entenderse como un elemento descriptivo, sino
normativo; Y los elementos como el propósito de provecho, el
ánimo de lucro, como elementos **subjetivos**.⁵⁷

⁵⁵ Jescheck. H.H., Ibíd. Pág. 278.

⁵⁶ Roxin, Claus, "Teoría del Tipo Penal". Depalma, Buenos Aires, 1979, Pág. 60.

⁵⁷ Velásquez V. Fernando, "Derecho Penal " Parte General ". 3ª. Ed. TEMIS.S.A. Colombia. 1997. Pág. 327.

En el terreno de **la antijuridicidad** el aporte o desarrollo, fue que se dejó de ver a ésta en el sentido estrictamente formal, sino que se le añade el aspecto material, visto este como dañosidad social, la ventaja de su inclusión es que posibilito la graduación del injusto según la gravedad de los intereses lesionados; Y se desarrollaron nuevas causas de justificación más allá de las establecidas en la ley penal de ese entonces.⁵⁸

En el ámbito de **la Culpabilidad**, el desarrollo consistió en concebirla normativamente, resumiéndose de la siguiente forma: "Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo efectuado.⁵⁹ Surgió así el concepto normativo-psicológico de culpabilidad... De esta manera componían el estrato objeto de examen el dolo y la culpa del agente, la imputabilidad – colocada a veces como presupuesto – y la no exigibilidad de otra conducta, elemento que por su contenido normativo permitía excluir de la culpabilidad

⁵⁸ Jescheck, H.H. "Tratado de Derecho Penal". Parte General.BOSCH. Barcelona, 1981. Pág.279.

⁵⁹ Ibíd. Pág.280.

aquellos eventos en los cuales no podía exigírsele al agente un comportamiento distinto del realizado.⁶⁰

Teoría Neocausalista. (Mayer, Mezger, Sauer) 1900-1920-
1930.

Resumen

⁶⁰ Velásquez V. Fernando. " Derecho Penal " Parte General. TEMIS,S.A. Colombia,1997.
Pág.328.

<u>Acción</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Comportamiento Humano</u> - <u>Natural.</u>
<u>Omisión</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Comportamiento Humano.</u> - <u>Normativo.</u> - <u>Acción Esperada.</u>
<u>Tipicidad</u> <u>Ratio</u> <u>Cognoscendi.</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Tipo Neutro por lo general.(Normales-Anormales)</u> - <u>Descubren los elementos normativos que por excepción son valorados (Ajeno, matar, dañar, Buenas costumbres, honor). Estos pueden ser Jurídicos(Documento, flagrancia),sociales(fama, decoro),y culturales(actos obscenos, interés arqueológico)</u> - <u>Los Elementos Subjetivos: Móviles, ánimo de lucro, propósito. Estos elementos se refieren a la dirección de la voluntad del autor, anímicos espirituales.</u>
<u>Antijuridicidad</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>En principio tiene un carácter objetivo-formal.</u> - <u>Se agrega el elemento material, este se fundamenta en el concepto de dañosidad social; Se Permite graduar el injusto, según la gravedad social del hecho.</u> - <u>Surgen nuevas causas de justificación.</u>
<u>Culpabilidad</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Normativa-Psicológica: Un Comportamiento puede imputarse a una persona, como culpable, cuando puede reprochársele haberlo efectuado.</u> - <u>Elementos: Capacidad de Imputabilidad, Conciencia de la Antijuridicidad(Error Invencible), La No exigibilidad de un comportamiento diferente.</u> - <u>Dolo y Culpa: Formas de culpabilidad.</u>
<u>Punibilidad</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Se deduce que La pena, se encuentra en correspondencia a la culpabilidad, como juicio de reproche.</u>

3. - EL FINALISMO. (La Teoría de La Acción Final).

Esta teoría es desarrollada por Hans Welzel, a partir de los años 1930, implicó una revisión del sistema y la estructura del concepto de delito. Abandona el pensamiento abstracto naturalista y logicista de los causalistas y Neocausalistas.

Welzel, hace un análisis partiendo de la modificación del concepto de acción, y dice que “ Toda acción humana, para bien o para mal, está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes. Puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (Valor de Resultado o material), y también, independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (Valor de Acto).⁶¹

⁶¹ Welzel, Hans. “Derecho Penal Alemán”. Parte GENERAL. 11ª.Ed. 4ª. Ed.Castellana. Editorial Jurídica de Chile,1997.Traducida por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Pág.1.-

Establece también que “ La acción humana es ejercicio de actividad final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines.

En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Por lo tanto, **actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no ésta dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso.**⁶²

En lo que respecta a la omisión, establece que “ El poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella.” ...existen

⁶² Ibíd. Pág.39.

normas jurídicas que ordenan efectuar acciones para la producción de resultados socialmente deseados o para evitar aquellos socialmente indeseados. Estas normas se lesionan mediante la omisión de la conducta mandada.⁶³

De lo anterior se tiene que omitir, es no realizar la acción esperada o determinada habiendo tenido la posibilidad de realizarla. Así para el finalismo la omisión es normativa y valorada.

El delito de omisión constituye para los finalistas una forma especial de hecho punible que no resulta abarcado por el concepto final de acción.⁶⁴

En cuanto a la estructura del delito, es con el finalismo que surgen los cambios más radicales o que marcan un sesgo con las teorías causalistas anteriores, dentro de estos cambios tenemos:

⁶³ Ibíd. Pág.237.

⁶⁴ Jescheck.H.H. "Tratado de Derecho penal". Parte general. V.I, BOSCH. España.1981.Pág.285.

- La Conciencia de la Antijuridicidad tuvo que separarse del Dolo, éste pasa como elemento subjetivo del tipo, al igual que la culpa y la conciencia de la antijuridicidad se queda en sede de culpabilidad.
- En virtud de la separación anterior, se reformula lo relativo al error, y ya no es posible hablar de error de derecho y de hecho, sino que de *error de tipo* y *error de prohibición*.

El error de tipo excluye el dolo y por ende la punibilidad, por que sin dolo no se realiza el tipo, y por otra parte, el error de prohibición, que elimina la conciencia de la antijuridicidad y a lo cual Welzel añade los términos de evitabilidad (Vencible) e Inevitabilidad (Invencible); Por último, se siguió que sólo cabe participación (inducción y complicidad) en un hecho principal doloso, puesto que sin el dolo falta ya el tipo del hecho principal.⁶⁵

Teoría Finalista. (Welzel, hacia 1930-1950)

Cuadro Sinóptico.

⁶⁵ Ibíd. Pág. 285.

<u>Acción</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Ejercicio de actividad final voluntaria, implica un obrar orientado conscientemente desde el fin. Contiene 2 fases:</u> - <u>Interna = Anticipación del fin, Selección de medios, Valoración de efectos concomitantes.</u> - <u>Externa = Puesta en marcha de cursos causales y el resultado.</u> - <u>Valoración del resultado y de la acción.(Ausencia de acción: Fuerza física irresistible, Movimientos Corporales reflejos, Estados de Inconsciencia)</u>
<u>Omisión</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>No ejecutar una acción posible de ser realizada y esperada.</u> - <u>Normativa.</u> - <u>El poder de la voluntad humana, no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende la omisión de ella.</u> - <u>Forma especial de comisión del delito.</u>
<u>Tipicidad</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Tipo: Descripción de la conducta prohibida por la norma, se establece un tipo complejo, con elementos normativos, Objetivos y subjetivos.(Distintos del dolo)</u> - <u>Dolo y Culpa: Elementos Subjetivos.</u> - <u>La Tipicidad, es la adecuación del hecho a la norma penal.</u> - <u>Incorpora el error(vencible e invencible) de tipo.</u> - <u>Ratio Cognoscendi de la antijuridicidad.</u>
<u>Antijuridicidad</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Material y formal. La primera referida a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, la segunda a la contradicción del hecho con la norma jurídica.</u> - <u>Causas de Justificación, implican una valoración negativa.</u> - <u>Defensa necesaria, Estado de necesidad justificante, Cumplimiento de un deber y/o ejercicio legal de un derecho (Contienen elementos o presupuestos objetivos y subjetivos)- Juicio de desvalor de acción. Injusto personal.</u>
<u>Culpabilidad</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Normativa. Es el reproche que recae sobre el actor.</u> - <u>Elementos de la culpabilidad: Imputabilidad, Conciencia de la antijuridicidad(Error de Prohibición), La exigibilidad de otra conducta- conforme a derecho- supone un juicio ex ante.</u> - <u>Contiene elementos: Objetivo y Subjetivo.</u>
<u>Punibilidad</u>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Objetiva y Normativa: Es objetiva por que basta constatar la existencia del delito, y Normativa por que implica un juicio de valor negativo, es decir, si existen las excusas absolutorias y presupuestos objetivos de punibilidad.</u> - <u>Las penas tienen una función de prevención general, y especial, retribución.</u>

4.- EL FUNCIONALISMO.

El más importante precursor de ésta doctrina es **CLAUS ROXIN**, que la inicia con la obra de “ Política Criminal y Sistema del Derecho Penal” en la cual pueden observarse dos aspectos importantes: El primero, que partiendo de un punto de vista teleológico del Derecho Penal intenta superar la división entre finalistas y causalistas y, el segundo, que a partir del análisis puramente sistemático fundamental hace corresponder a finalidades político criminales los elementos del concepto de delito, introduciendo como criterio rector final para la resolución de problemas dogmáticos la política criminal, por eso se habla de un sistema de Derecho Penal orientado político criminalmente a sus consecuencias.⁶⁶

La acción, es concebida como una manifestación de la personalidad, es decir, todo lo que se pueda atribuir a un ser humano como centro anímico – espiritual de acción. Se aparta ésta corriente del pensamiento penal de la concepción de acción

⁶⁶ Trejo Escobar, Miguel Alberto. “ Introducción a la Teoría general del Delito” Opcit. Pág.271-272-273.

de las anteriores, sostiene la identidad del aspecto valorativo de la acción, y ésta es atribuible al individuo como persona, es decir, como un centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un hacer o dejar de hacer, y esto es por lo tanto una manifestación de voluntad, en el dejar de hacer, es que encontramos la omisión como punible.⁶⁷

Por lo que respecta a la estructura de análisis del delito, en el funcionalismo se incluye la teoría de los elementos negativos del tipo, dado que el tipo contiene no solo elementos positivos, sino también negativos, esto es, las causas de justificación, lo que indica que afirmado el tipo en su conjunto, aparece también ya dada la antijuridicidad; **La Tipicidad** así entendida es igualmente *ratio essendi* de la antijuridicidad, las causas de justificación pueden entonces jugar también solo un rol de demarcación o delimitación del tipo positivo. En el fondo se plantean dos tipos, uno positivo en relación con la norma

⁶⁷ Al respecto. *Ibíd.* Pág.276.

prohibitiva o de mandato y otro negativo con relación a las reglas permisivas.

Ambos cumplen la misma función dentro de la teoría del delito, es decir, sirven de base y fundamento del injusto.

Así Roxin, señala: "Ciertamente aparece en consideración a las diferencias enunciadas de ambos grupos de características, como totalmente pleno de sentido contraponer un tipo descriptivo de lo injusto y uno excluyente de lo injusto y proceder en la prueba de un caso, Primero investigando el tipo fundante de lo injusto y luego el excluyente de lo injusto, pero es recomendable unir ambos elementos en un tipo total, dado que sirven en igual forma para la valoración del injusto."⁶⁸

El funcionalismo, agrega a cada categoría del delito elementos de política criminal, y en términos generales se entiende " como una disciplina que se ocupa de la investigación y elaboración de

⁶⁸ Trejo, Miguel Alberto y otros. "Manual de Derecho Penal". M.J.CIJ. 2ª.Ed. 1996. E.S.- Pág. 190.

los principios, instrumentos, medios, estrategias y tácticas para prevenir y reducir la comisión de hechos delictivos y, en general, para alcanzar un optimo control social del delito. ⁶⁹

En cuanto al tipo penal, Roxin, estima que este tiene una función político-criminal, consistente en la concreción del principio de legalidad.

En la antijuridicidad, se plantean como principios, **la autoprotección y prevalencia del derecho** (En las causas de justificación) y en el estado de necesidad, **la ponderación de bienes jurídicos.** ⁷⁰

El Funcionalismo. Roxin-1970.

Cuadro Sinóptico.

<u>Acción</u>	<u>Comportamiento humano:</u>
<u>Desvalor de acción: Puesta en Peligro o lesión al bien jurídico.</u>	<u>Concepto personal de acción, como manifestación de la personalidad y atribuible a un ser humano</u>

⁶⁹ Trejo Escobar, Miguel Alberto. "Introducción a la Teoría Genetal del Delito". Triple D, El Salvador, S.S. 1ª.Ed..1999. Pág. 298.

⁷⁰ Ibíd. Pág-300.

	<u>como centro anímico espiritual de acción.</u>
<u>Omisión</u>	<u>Dejar de hacer, en contraposición al hacer de la acción.</u>
<u>Tipicidad</u> (Nullun Crimen), razón de política criminal. Desvalor de resultado: Imputación Objetiva.	Tipo Total: Elementos positivos y negativos(Causas de justificación). <i>Ratio essendi</i> de la antijuridicidad. <u>El tipo positivo es en razón de la norma prohibitiva o de mandato, el negativo en razón de las normas permisivas.</u> <u>Exige dos juicios de valor.</u> <u>El problema surge con el error de prohibición indirecto, se vuelve de tipo.</u>
<u>Antijuridicidad</u> (Principios: Autoprotección, Prevalencia del Derecho y La Ponderación de Bienes Jurídicos)	<u>La Función Politicocriminal de la antijuridicidad es la solución de los conflictos sociales. (Fundamento de causas de justificación)</u>
<u>Culpabilidad</u>	<u>Se amplio a responsabilidad penal(Esta determinada politicocriminalmente por la necesidad y función de la pena)</u>
<u>Punibilidad</u>	<u>Necesidad abstracta de la pena.Preventivo general, función motivadora.</u>

En Resumen, se debe de entender que los elementos o categoría dogmáticas comunes al concepto de delito son: Una acción u omisión típica, antijurídica, culpable, a veces punible. Además, que la OMISIÓN se empieza a valorar modernamente como

forma de realización del injusto penal a partir de la corriente neoclásica (Neo Kantiana). Siendo, por tanto, de naturaleza normativa.

C.- CONCEPTO SOCIAL DE ACCION Y OMISION.

Se ha podido observar que en lo que se refiere al concepto de acción y omisión existen divergencias en las diferentes corrientes de la teoría general o jurídica del delito, para tratar de solventar aspectos y posiciones orientadas a concebir la omisión dentro de un mismo concepto de acción, lo cual antológicamente es imposible, la doctrina penal aporta un concepto social de acción y omisión, tenemos:

Se dice que no obstante, no corresponder por su propia naturaleza ambos conceptos, se puede lograr concebir o reunir ambas modalidades en un concepto unitario de acción si se consigue encontrar el punto de vista superior de naturaleza valorativa, que auné en el ámbito normativo a ambos. Y teniendo como elemento común el comportamiento del sujeto en el mundo circundante.

El concepto social de acción: Implica que es un comportamiento humano socialmente relevante.⁷¹

El concepto de omisión: La omisión sólo puede concebirse como realización de una posibilidad de reacción existente para el hombre si puede afirmarse de

⁷¹ Jescheck. H.H. "Tratado de Derecho Penal " Parte General. V.I. BOSCH. 1981. España. Pág. 296.

forma general la capacidad de realización de la acción esperada con empleo de la finalidad. La capacidad general de acción, pertenece, por ello al propio concepto de omisión en el sentido de comportamiento socialmente relevante.⁷²

Por de pronto se deja esbozado uno de los principales problemas dogmáticos del Derecho Penal, derivado en estructurar un concepto de acción y omisión, que poseyera un elemento común denominador y así poder sostener la causalidad de un comportamiento humano con el resultado, máxime cuando ese comportamiento es pasivo (Omisión) y que hoy en día resulta insostenible.-

2.2.2. – NORMA JURÍDICA DE MANDATO Y EL DEBER JURÍDICO.

En el sentido usual "norma " es una regla o pauta de comportamiento o como se debe de hacer algo; Toda norma así sea jurídica o sociocultural, esta dirigida a la persona humana y tiene una función de baremo y motivación, en el entendido de medir o valorar el comportamiento humano conforme ella lo ha establecido, si existe un quebrantamiento de la regla establecida y conforme a esta una consecuencia.

A.- Normas Jurídicas de Mandato.

⁷² *Ibíd.*. Pág. 298.

Las normas jurídicas tienen siempre por destinatario a uno o varios seres humanos o persona jurídica; Tales normas se proponen obtener del respectivo destinatario un comportamiento determinado, con tal fin, le mandan ajustar su conducta a determinadas pautas. Lo ordinario será que si el destinatario desobedece la orden, recaiga sobre él una consecuencia jurídica denominada sanción.⁷³

Las normas penales participan de la misma estructura de las restantes ramas del ordenamiento jurídico, es decir, a la realización de un "*Supuesto de Hecho*" Una "*Consecuencia Jurídica.*"

La diferencia de la norma penal con las normas de otros ámbitos del ordenamiento jurídico, debe ser buscada en el contenido material de sus elementos, esto es, el contenido material del supuesto de hecho, que en éste caso es el delito, y en el de las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad)⁷⁴.

Por ejemplo: El Art. 148 "Privación de Libertad", el privar de libertad es el supuesto de hecho, y la sanción- prisión de tres a seis años- la consecuencia jurídica.

⁷³ Novoa Monrreal, Eduardo." Fundamentos de los Delitos de Omisión". Depalma. Buenos Aires.1984.Pág. 20.

⁷⁴ Gómez de la Torre, Ignacio Verdugo, y otros. "Lecciones de Derecho Penal ". Parte General. Pág.19.

Las Normas Penales a su vez, pueden ser completas, que son aquellas que contienen sus 2 elementos: Supuesto de Hecho y consecuencia jurídica.

También las hay incompletas o dependientes, estas no consagran por sí mismas un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica, y se subdividen en: Aclaratoria, restrictivas y remisivas.

Las Normas Penales en Blanco, este término fue introducido por Binding en Alemania, son aquellas cuyo supuesto de hecho aparece consignado o complementado, total o parcialmente, en una norma de carácter no penal.⁷⁵

Las Normas Jurídicas cumplen su finalidad, ordenan la vida social en forma óptima de dos maneras diferentes: Por una parte obteniendo que los hombres no amenacen, trastornen o lesionen la estructura social establecida, mediante acciones suyas dirigidas a tales efectos. Por la otra, obteniendo que los hombres presten colaboración activa para la protección, perduración o progreso de dicha estructura social; En ambos casos se propone que los hombres se sometan al ordenamiento jurídico general que integra todo el conjunto de normas jurídicas.⁷⁶

Así se subdividen en: Prohibitivas, de Mandato y Permisivas.

⁷⁵ Velásquez Velásquez, Fernando . " Derecho Penal ". Parte General. 3ª.Edición. TEMIS.S.A. Santa Fe de Bogotá.Colombia.1997. Pág.106

⁷⁶ Novoa Monrreal, Eduardo. "Fundamento de los Delitos de Omisión". DEPALMA. Buenos Aires. 1984. Pág. 21.

La Norma Prohibitiva, está destinada a impedir acciones humanas contrarias al orden establecido(Por lo que adquieren un sentido estático o de conservación).

La de Mandato, está destinada a obtener acciones humanas necesarias para la supervivencia y desarrollo del orden previsto(Por lo que predomina en ellas un sentido dinámico y de cambio).⁷⁷

Las primeras implican un no actuar para conservar el estado de las cosas o bien jurídico y las segundas actuar para impedir el cambio o lesión en el bien jurídico.

Se deduce entonces, que la norma jurídica penal de mandato es aquella en la cual se establece la realización de una acción para evitar un resultado (Jurídico y material). Y la norma jurídica penal de prohibición, aquella que prohíbe la realización de una acción (ilegítima) dirigida a lesionar un bien jurídico protegido por el derecho penal.

Ahora bien no es dificultad dilucidar entre una norma de prohibición y una de mandato, por ejemplo, el Art. 128 Pn. "Homicidio Simple". Se encuentra implícita la prohibición de matar (A no ser que concurra una permisiva, Causal de Justificación). Y el Art. 175 Pn. "Omisión del Deber de Socorro", es una norma de mandato, por cuanto exige un comportamiento activo(en función de protección) para que no se realice una lesión al bien jurídico.

⁷⁷ Ibíd. Pág.22.

Pero resultando que el Art. 20 del Código Penal, establece la comisión por omisión, en la cual se establece una norma de mandato y al ser infraccionada, concurre por equivalencia una de prohibición, por la equiparación de la causación del resultado, mediante una comisión activa; Por lo anterior es que se establece que en el delito de comisión por omisión, hay una infracción a ambas normas, de prohibición y de mandato.

Armin Kaufmann, al respecto ha prevenido, que " El delito impropio de omisión es un delito de comisión por que lesiona una prohibición de llevar a cabo un resultado determinado, pero esta prohibición es lesionada en tanto y por que no se ha cumplido un mandato de evitar un resultado."⁷⁸

Se tiene entonces que la comisión por omisión, implica una norma de prohibición en lo básico y una obligación de actuar (Mandato) en segundo grado.⁷⁹

Las normas de mandato pueden ser cualificadas (Especiales) y simples, las primeras dirigidas a personas que desempeñan cargos o funciones públicas, por ejemplo: El Art. 312 "Omisión del Deber de Aviso ". Las segundas dirigidas a particulares (Art. 309 " Omisión del Deber de Poner en conocimiento determinados delitos").

Resulta que las normas de mandato tienen a la base el "Deber Jurídico", de lo cual surge la necesidad de aportar algunas líneas, para una mejor comprensión.

1.-) El Deber y La Omisión.

El desarrollo de la humanidad, sus avances científicos, trajo consigo las desigualdades sociales; El liberalismo económico, sobre la base del Principio de Libertad e Igualdad genera esas

⁷⁸ Bacigalupo. Enrique. " Delitos Impropios de Omisión ". 2ª. Edición. TEMIS. Bogotá, Colombia. 1983. Pág. 7.

⁷⁹ Opcit. Pág.215.

desigualdades, los principios se relativizan, de ahí que surjan las clases sociales, una frágil (Los no dueños de los medios de producción) y los burgueses. Surge entonces la tesis que objeta el *Absolutismo de los Derechos Subjetivos*, estableciendo limitaciones a ellos; Se postuló el deber de todo hombre de preocuparse de sus semejantes, no tan sólo por razones éticas, sino también por la obligación jurídica emanada de un sistema de organización social que ha de estar basado en la solidaridad. Se llegó a proponer la noción de función social de los derechos, con lo cual se entendió que en la sociedad no cabían, en general, " Derechos " en estado puro, sino derechos unidos a deberes con la sociedad y hacia los otros miembros de ellas.⁸⁰

Así el deber jurídico impone al sujeto, la realización de conductas, sean activas u omisivas, dirigidas a la protección de derechos subjetivos ajenos; En el terreno de la omisión, el deber jurídico, se identifica con el mandato de realizar la acción de salvamento, de protección de un bien jurídico (Derecho Subjetivo Ajeno) de una lesión determinada.

" Kelsen llega a situar en primer plano al deber jurídico, por considerar que es la norma prescriptiva primaria del derecho". En la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la ONU, en 1948, después de enunciar los Derechos Fundamentales, declara en el Art. 29, que " Toda Persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que solamente en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad".⁸¹

La Constitución de la República de El Salvador, como norma jurídica fundamental contiene en sentido general, este principio del Deber Jurídico, así el Art. 73 ordinales 2do. Y 3ro, como

⁸⁰ Novoa Monrreal, Eduardo. "Fundamentos de Los Delitos de Omisión ". DEPALMA. Buenos Aires. 1984. Pág.29.

⁸¹ Ibíd. Pág.31-32.

deber jurídico político, pero que desarrolla los Arts.1 y 2 de la referida constitución.

2.-) Mandatos Jurídicos de Origen Ético.

Estos no comprometen en forma tan directa y grave la subsistencia del orden social establecido: Por ejemplo, el delito de Omisión del Deber de Socorro, Art.175 Pn. Se establece como origen de incorporación a la ley, la enseñanza evangélica sobre EL BUEN SAMARITANO(Lucas, X, 30-37); Pese a que se trata de un supuesto de hecho que no va a conmover seriamente los fundamentos del orden social por sí mismos, la situación es tan fustigante desde el punto de vista moral que la ley hace suya la conclusión ética, la lleva a la jerarquía de norma jurídica, e inspirándose posiblemente, también un propósito de perfeccionamiento de la calidad humana de los miembros de la sociedad, opta por sancionarla.⁸²

Por tanto, se afirma, que hay un juicio sobre los valores humanos, las buenas costumbres, sobre un actuar correcto conforme a lo que la sociedad demanda de sus conciudadanos.

3.-) Mandatos Originados de Condiciones de Vida.

Se incluyen aquí, aspectos subjetivos y la realidad existente, sobre todo de la vida moderna, en la cual hay un incremento de riesgos cada día en ascenso;

Para el control de los mismos se requiere de sujetos cualificados, que en virtud de un oficio, profesión u ocupación, están obligados a realizar acciones positivas encauzadas a servir de barrera para salvaguardar bienes jurídicos.

Estos son base para la protección de fuentes de riesgo o peligro, que surgen como fuentes de la posición de garante.

⁸² **Ibíd. Pág. 39.**

Por ejemplo: El Operador de las turbinas de la fábrica, que tiene que vigilar su temperatura o presión, para liberar la energía antes de que ésta haga explosión, existe un riesgo permitido sujeto a control por el maquinista, adquiriendo éste la posición de garante por el cuidado de la fuente de peligro, derivada de una relación contractual; Así las condiciones de la vida moderna crean riesgos beneficiosos para la sociedad, pero que requieren de vigilancia o control.

4. -) El Principio de Solidaridad y Mandato.

Implica exigencias de participación y colaboración social para todos los miembros de la colectividad.- En tanto a la antigua concepción liberal individualista haya sucedido una concepción solidaria e integradora de la sociedad, en la que cada individuo contrae la obligación de contribuir positivamente al desarrollo y felicidad de los demás y al bien del conjunto social, y en tanto esta nueva concepción se haya incorporado al derecho, van a aumentar las normas jurídicas de mandato.⁸³

5.-) Mandato y Derechos Humanos.

Dentro de los Derechos Humanos Fundamentales, figuran los Derechos Sociales, imbíbido en ellos el principio de solidaridad, participación y colaboración de todos los ciudadanos.

Se encuentran estos derechos sociales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el Pacto Sobre Derechos Sociales, Económicos y culturales de 1966, en la constitución como los son el trabajo, seguridad social, educación, etc., estos implican " El poder de todo miembro de la sociedad de exigir de ésta misma, en cuanto expresión de la organización conjunta y, por consiguiente, a todos los demás

⁸³ Ibíd. Pág. 41.

miembros de ella, lo que se requiera para la plena vigencia de ellos.⁸⁴

En resumen se establece, que toda infracción a una norma de mandato implica, "NO CUMPLIR" con el "Deber Jurídico " y por ende OMITIR, y en el caso de estar ese deber regulado en una de norma de mandato penal, se configura, por consiguiente, un delito de omisión.

2.2.3. Infracción a la Norma de Mandato.

A.-) Aspecto Social.

Se ha establecido con anterioridad que la infracción a una norma de mandato, contiene la omisión del deber jurídico.

La omisión, por tanto, reviste un comportamiento humano de importancia dentro de la vida en sociedad. "En cuanto dicha actitud humana consiste en que el sujeto no despliega aptitudes o potencialidades que podrían influir de alguna manera en esa vida social, la cual a su vez, está integrada por un vasto conjunto de actividades de todos los demás miembros de ella, adquieren una evidente importancia para esa vida."⁸⁵

De lo anterior se deduce, que omitir la realización de una acción para salvaguardar un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, pudiendo hacerlo, envuelve un comportamiento socialmente reprochable.

Por ejemplo: El salvavidas, que deja ahogar a un bañista, pudiendo haberlo evitado, será objeto de un reproche de parte de la sociedad.

⁸⁴ *Ibíd.*. Pág.42.

⁸⁵ Novoa Monrreal, Eduardo. " Fundamentos de los Delitos de Omisión" *Opcit.* Pág.76.

B.-) Valoración Jurídica de la Omisión.

Considerando que la omisión es un comportamiento humano de relevancia social, el derecho se encarga de determinar, bajo que condiciones esa forma de comportamiento es relevante penalmente.

Para el caso del Art.175 Pn. , El derecho penal requiere al sujeto, su actuar con la finalidad de cambiar, mediante ese actuar una situación determinada que se está produciendo en el mundo del ser (Material), en la sociedad misma, por considerar más pertinente y adecuado socialmente ese cambio.

Así se concibe normativamente la omisión, en el sentido de que no atiende únicamente al plano natural, es decir, de un "No Hacer", sino también de la valoración de la capacidad o potencialidad de la acción, en contraposición y como " Evitación " de un resultado determinado.

Entonces " Sí el destinatario de la norma de mandato deja incumplido el deber de actuar que ésta le impone, el Derecho imputa ese incumplimiento o desobediencia e impone responsabilidad legal al desobediente."⁸⁶

C.-) Importancia Jurídica de la Omisión.

Adquiere relevancia jurídica la omisión en virtud de estar a la base el *Deber Jurídico* como un concepto normativo, que tiene implicancia para la sociedad; En correspondencia a la realización de una acción jurídicamente desaprobada, cuando la exigencia de tal comportamiento (Activo) es exigido como barrera de protección a un bien jurídico, dado que éste es amenazado por una situación típica (un curso causal lesivo.)

⁸⁶ *Ibíd.* Pág.80

Así, " El Derecho, en cuanto norma conformadora de una sociedad de hombres, ha de ocuparse por ello tanto del hacer, como del no hacer. ⁸⁷

2.2.4.- Omisión, Causalidad y Resultado.

Uno de los problemas fundamentales que ha presentado la doctrina en torno al delito de Omisión (propia e impropia) es si, ese comportamiento pasivo , ese " No Hacer " causa el resultado (en sentido restringido- material- o amplio-jurídico) . El origen del problema se debe a la concepción del delito de la teoría causalista (Liszt y Beling) , y que tenía a la base la acción, como una condición causal de modificación del mundo exterior. Es de recordar que la omisión se valora como forma de realización del hecho punible, con el neocausalismo (Mezger- Mayer).

Sobre la problemática en mención, se han edificado dos posiciones, una a favor de la causalidad en la omisión, y la otra en contra.

A.-) Teorías a favor de la Causalidad.

1.) El " Aliud Agere." (Otro Hacer)

LUDEN es el primero que formula esta teoría, afirmando que lo que causa el resultado es la acción del que omite, que se realiza en el momento en que se omite la acción debida.

La omisión para esta teoría, no es no hacer, sino " Un no hacer que no es el debido" el cual es la causa del resultado externo. ⁸⁸

Así por ejemplo; El operador del puente levadizo, que se duerme en su turno, y producto de ello no acciona el dispositivo que eleva el puente, y el navío que navega por

⁸⁷ Ibíd.. Pág.82

⁸⁸ Orts Alberdi, Francisco. " Delitos de Comisión Por Omisión" . GHERSI-Editor. Buenos Aires.1978. Pág.59-60.

debajo sufre accidente, del cual resultan personas lesionadas, el hacer no debido en éste caso, es el hecho de haberse dormido.

Esta teoría, se critica, así para el caso, si la madre que deja morir de inanición al hijo por ver la novela, el hecho de pasar viendo la novela será la causa de la muerte. También sucede que hay casos en que el omitente no hace nada, se queda inerte o petrificado, aquí simplemente no se tiene un -aliud agere -.

2. -) Teoría de la Acción Precedente.-

Krug, Glaser, Jullius y Merkel, exponen esta teoría, por la cual la causa del resultado debe de buscarse en la acción que ha precedido a la omisión.

Se plantea que " La causa del resultado o evento en estos delitos debe verse, no en la omisión en sí misma, sino en la conducta activa del sujeto"⁸⁹ .

Esta teoría representa un problema y es determinar, el momento del dolo, como elemento subjetivo del tipo, de ahí que según la misma se hace una valoración de un dolo antecedente o subsecuente.

3. -) Teoría de la Interferencia.

Binding opina, que toda acción contiene al mismo tiempo una provocación y un impedimento del resultado, por tanto, la contención de la voluntad debe de tenerse como causa del hecho.

Kollmann, uno de sus sustentadores, dice " Que el impedir que se impida el resultado debe de equipararse a la causación de dicho resultado"⁹⁰ .

Lo que se establece, es que el sujeto que omite, interfiere entre un deber impuesto de actuar y la resolución del no actuar, y

⁸⁹ **Ibíd.. Pág.62**

⁹⁰ **Ibíd.. Pág.63**

que con esta determinación de no hacer, se actúa causando el resultado.

Mezger, afirma que ésta teoría fracasa, sobretodo por que una conducta "querida" por el omitente no es en modo alguno, esencial en los delitos de Comisión Por Omisión. Otro problema lo representa la culpa inconsciente.⁹¹

4. -) Teorías de la Causalidad Artificial.

Rohland, da un concepto de causa relacionado con el deber jurídico. La Omisión sólo es causal cuando el omitente tiene el deber jurídico de intervenir para impedir el resultado.

Kholer, sostiene la causalidad del ordenamiento social, el cual según su autor, impone el deber de impedir un resultado dañoso. El que así no actúa modifica el funcionamiento del orden social y por ello su omisión es "Causa Eficiente"⁹².

W. Sauer, admite, desde un punto de vista "Científico, natural y lógico", que de la nada no puede devenir nada; Pero califica de inatendible el rechazo de la causalidad en la omisión, no obstante, por que con él se pasa por alto un obrar socialmente positivo del autor.

Por ello concluye que la omisión es causal, cuando la acción esperada (Sociológicamente) hubiere evitado probablemente el resultado.⁹³

G. MAGGIORE, concluye que el- *no hacer*- generador de un resultado ya no es la nada, y que no se puede negar la causalidad de algo tan real como la omisión.⁹⁴

⁹¹ *Ibíd.* Pág. 64

⁹² *Ibíd.* Pág.65

⁹³ Novoa Monrreal, Eduardo. "Fundamentos de los Delitos de Omisión." Depalma, Buenos Aires. 1984. Pág.160.

⁹⁴ *Ibíd.* Pág.161.

J. BAUMANN, para apoyar su posición argumenta que la omisión no es un NULLUM MATERIAL, ni jurídico, y que negar en ella la causalidad llevaría a admitir delitos de resultado en los que no existe ninguna causalidad entre la conducta del autor y el resultado.⁹⁵

5. -) Teoría de causalidad de las Condiciones Negativas.

Armin Kaufmann, Nagler, Finger, Kraus, Stoos, Zitelman, Von Liszt (citados por Bacigalupo y Orts).

La causalidad de las condiciones negativas es afirmada por Nagler, según una cita de Kant, también por Kaufmann y Wolf; Brevemente expuesta esta posición considera que la determinación causal real, se compone tanto de condiciones positivas como por las negativas o no acaecidas.

Esta teoría utiliza la fórmula de la Condictio sine qua nom; Así por ejemplo, una omisión es causal del resultado, si supuesta mentalmente su realización, el resultado seguramente no se habría producido.⁹⁶

No obstante lo anterior, y a pesar de sostener hasta cierto punto la causalidad, “Armin Kaufmann, ha demostrado con agudeza que, a pesar de la afirmación de la causalidad de las condiciones negativas, en la omisión solo puede hablarse de una causalidad potencial, pues, si bien la omisión es causal en sí, el omitente no es causal de su omisión. Comprobándose, así: Si se suprime mentalmente al omitente, no desaparece la omisión; En la falta de energía, en la negación de la acción no se transformará nada por la existencia o no de un sujeto capaz de acción.⁹⁷

6. -) Teoría de la Acción Esperada.

⁹⁵ *Ibíd.*. Pag.161.

⁹⁶ Bacigalupo, Enrique. “ Delitos Impropios de Omisión “. 2ª. Edición. TEMIS, Bogotá, Colombia.1983. Pág.86.

⁹⁷ *Ibíd.*. Pág.87-88.

Mezger, según esta teoría la omisión es causal, cuando la acción esperada impide el resultado y existe un paralelismo perfecto entre la causalidad de la acción y de la omisión. En el primer caso, si suprimimos la acción desaparece el resultado y el segundo caso, éste no se produce si realizamos la acción esperada, por lo que requiere de un proceso causal hipotético. Una de las críticas, radica en que, la acción no es esperada como se sostiene, sino que es ordenada por la norma jurídica.⁹⁸

B.-) Teorías que niegan la causalidad.

Hans Welzel, sostiene que " A la omisión no le es propia ni la causalidad ni la finalidad (actual). Por ello, falta una voluntad de realización orientada a un omitir y con esto falta también un dolo de hecho en el sentido de los delitos de comisión. Lo que nosotros acostumbramos denominar omisión querida, es en realidad un omitir consciente, es decir, una omisión en la conciencia del poder actuar: El omitente sabe que puede salvar al que se esta ahogando. ⁹⁹

Sostiene Welzel, también, que si falta a la conducta delictiva la causalidad para el resultado, sólo cabe en consideración un delito de omisión.

E. Zaffaroni, expresa " La conducta distinta de la debida no causa el resultado típico, y agrega que en el tipo omisivo, no se requiere un nexo de causación entre conducta injusta y resultado, sino un *Nexo de Evitación*.¹⁰⁰

⁹⁸ Orts Alberdi, Francisco. " Delitos de Comisión Por Omisión ". GHERSI- Editor. Buenos Aires.1978. Pág. 66.

⁹⁹ Welzel, Hans. "Derecho Penal Alemán". Parte General. 11ª.Ed., 4ª. Castellana. Editorial Jurídica de Chile. 1997. Pág.238.

¹⁰⁰ Novoa Monreal, Eduardo. "Fundamentos de los Delitos de Omisión" . Depalma. Buenos Aires. 1984. Pág.163.

Reinhart Maurach, para este autor el fundamento de la punibilidad no estriba en causar, sino en no impedir un resultado mediante una voluntad finalista.¹⁰¹

Jescheck, dice que " La causalidad, como categoría del ser, requiere una fuente real de energía que sea capaz de conllevar un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión ("ex nihilo nihil fit")... Sin duda, en la omisión no cabe requerir, como en el hacer positivo, una certeza plena en relación a la causalidad, puesto que el examen de la misma no puede basarse en un suceso real, sino únicamente posible, que no puede calcularse con absoluta seguridad (CAUSALIDAD HIPOTÉTICA).¹⁰²

En conclusión, en la actualidad es negada la causalidad de la omisión, dado que es de su naturaleza la pasividad u omitir en todo caso, la realización de la acción mandada.

C.-) Posición de grupo.

Con las anteriores argumentaciones, es posible fijar una posición de grupo, en cuanto al problema de la causalidad de la omisión.

En primer lugar se establece, que omitir es la abstención de la realización de un actuar mandado por la norma jurídica penal, por ende de relevancia social; Pero naturalmente (En el mundo del ser) esa abstención no puede causar un resultado, puesto que la causalidad requiere de un conjunto de energías físicas orientadas a la consecución de un fin (El Resultado) .

En segundo lugar, en los delitos omisivos, no se imputa al sujeto la causalidad del resultado, sino LA NO EVITACION DEL MISMO, puesto que hay una infracción a un deber jurídico de

¹⁰¹ Orts Alberdi, Francisco. "Delitos de Comisión Por Omisión" GHERSI-EDITOR. Buenos Aires.1978. Pág.68.

¹⁰² Jescheck., Hans. "Tratado de Derecho Penal " Parte General. V.II. BOSCH. España.1981.Pág.852.

actuar, quebrantado éste se incurre en una omisión. Por ello se considera que naturalmente en los delitos omisivos se debe de hacer referencia a un NEXO DE EVITACION, o de NO-EVITACIÓN, y no de relación de causalidad o nexo causal, pero concurriendo una probabilidad inmediata, de que con el ejercicio de la acción final mandada, se hubiere evitado un resultado.

Así por ejemplo, en el delito de Omisión del Deber de Socorro, la relevancia penal del comportamiento, no es causar, puesto que la causalidad ya se ha presentado, entonces se impone un deber, a efecto de evitar la conclusión de ese curso causal(Lesivo del Bien Jurídico).

El Art. 20 Pn. Comisión Por Omisión, dice " El que omita impedir un resultado..."; Puede observarse que la causalidad ya esta sucediendo, entonces lo relevante es evitar esa causalidad lesiva.

Se aclara, que existen posiciones diferentes en torno al tema, especialmente de este apartado, y que validamente han sido aplicadas en la práctica jurídica o jurisprudencia internacional.

**D.-) El Resultado, Causalidad en La Omisión e Imputación.
" Todo comportamiento humano se manifiesta en el mundo exterior generando efectos de tipo físico e incluso psíquicos, por lo cual no hay conducta humana sin efectos, sin resultados"¹⁰³**

El Resultado, como elemento objetivo del tipo penal, es de relevancia, dado que, es una consecuencia de la manifestación del comportamiento humano; Y siendo que el poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad, sino que comprende la omisión de ella, se vuelve necesario

¹⁰³ Velásquez Velásquez.Fernando. "Derecho Penal ". Parte General.TEMIS, Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1997. Pág.385.

hacer el análisis del resultado, especialmente en el delito de comisión por omisión.

En primer lugar, hacer una distinción entre los delitos de omisión pura(Propia) y de comisión por omisión (Impropia.) en cuanto al resultado. " De la misma forma que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo no hacer algo determinado, o requerir, además, la no-evitación de un resultado. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad, en la omisión, constituyen tipos de omisión pura; En tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de comisión por omisión.¹⁰⁴

Entonces tenemos, que el delito de comisión por omisión, es un delito de resultado, en el que el resultado producido debe de ser imputado al sujeto de la omisión.¹⁰⁵ Y el delito de Omisión Propia es un delito de " Pura Inactividad "¹⁰⁶.

En segundo lugar, se tiene que los delitos de omisión propia, están regulados o tipificados en forma expresa en el catálogo de delitos del código penal, y la omisión impropia, es una cláusula genérica, que se encuentra en la parte general del código penal, como una fórmula de equivalencia de la causación activa de un delito de resultado, a la no-evitación del mismo, sosteniendo la doctrina que se trata de un dispositivo amplificador del tipo penal.¹⁰⁷

Atendiendo a que existen bienes jurídicos tangibles (Bienes materiales, la vida, la integridad física) que pueden ser dañados en su esencia, en su materialidad, lo que no es posibles con bienes jurídicos intangibles (El honor, la dignidad, la intimidad, etc.), por tanto, se tienen delitos de

¹⁰⁴ Mir Puig, Santiago. "Derecho Penal" Parte General. P. P. U. 3ª. Edición.Barcelona. 1990. Pág.324.

¹⁰⁵ Muñoz Conde, Francisco. " Teoría General del Delito ". Tirant lo blanch Derecho.2ª. Edición. Valencia .1991. Pág.43.

¹⁰⁶ Novoa Monrreal, Eduardo. "Fundamentos del Delito de Omisión".Depalma. Buenos Aires.1984.Pág.54.

¹⁰⁷ Trejo, Miguel Alberto, y otros. " Manual de Derecho Penal ". Parte General. 2ª.Edición. C.I.J. Ministerio de Justicia. 1996. El Salvador, S.S. Pág.542.

resultado-material- o únicamente su puesta en peligro- Delitos de Peligro-. En estos últimos no se contempla un resultado material, sino un resultado diferente, que consiste en la – Colocación de situación de riesgo. ” Ciertamente se acercan a los delitos de actividad en que no hay un resultado material, pero se diferencian en que afectan a bienes jurídicos susceptibles de ser materialmente dañados o destruidos.

En los delitos de omisión propia no hay resultado (la llamada omisión impropia constituye un problema diferente), pero tampoco hay una *actividad típica*, pues lo típico es precisamente dejar de hacer algo concreto, con independencia de lo que haga el autor. El parecido, pues, con los delitos de simple actividad se reduce – formalmente- a la ausencia de resultado..¹⁰⁸ .”

En el apartado, donde se desarrolle lo relativo al tipo penal, se hará un análisis más detallado de los tipos penales y su clasificación; Por de pronto, interesa establecer, como se ha tratado de resolver el problema de imputar un resultado a un comportamiento humano, por lo que de una forma extractada se presentan las teorías enunciativas de la causalidad – bifurcadas- en generalizadoras e individualizadoras.

1.-) Generalizadoras.

Estas teorías se caracterizan porque en ellas = todas = las condiciones que han determinado la producción de un resultado tienen el carácter jurídico penal de causa.

a.-) Teoría de la Equivalencia de Las Condiciones.

Su formulación comenzó en el ámbito penal, en el siglo XIX, con el procesalista Austriaco Julius Glaser y culminó, fundamentalmente a partir de 1860, con la

¹⁰⁸ Quintero Olivares, Gonzalo. ” Derecho Penal ”. Parte General. 2ª. Edición. MARCIAL PONS. Madrid, 1989. Pág.323-324.

Difusión que hiciera el penalista alemán Maximilian Von Buri.¹⁰⁹

Esta teoría trata como causa a cualquiera que pueda ponerse en relación con el resultado de forma más o menos cercana. Todos aquellos aspectos y circunstancias que condicionan la objetivización de un resultado equivalen cualitativamente a una causa, pues la idea básica surge de una consideración simplista: No puede haber causa sin efecto, ni efecto sin una causa que lo motive.

Por ejemplo: A hiere levemente a B, éste último por no haber recibido tratamiento adecuado, se le infecta la herida, adquiriendo tétano, por lo cual muere. Para esta teoría la causa de la muerte es la acción realizada por A, y que causó la herida, que se infestó y como consecuencia se dio la muerte de B.

Con lo anterior se observa el reflejo del concepto naturalista de la acción sostenida por el Causalismo (Causa- Efecto), para entender ésta teoría hay que partir de la base que todas las condiciones son aptas e imprescindibles para la producción del resultado.¹¹⁰

b.-) La teoría de la Conditio sine qua nom.

Para eliminar en cierto modo el alcance de la doctrina de la equivalencia de las condiciones, se sostiene la posibilidad de acudir a criterios complementarios como el de la Causalidad Hipotética o el de la Conditio sine qua nom. De éste modo se logra, según se dice, resolver la causalidad en aquellas situaciones en los que la Equivalencia de las Condiciones fuera incapaz de captar cursos causales " anormales " o " extraños "¹¹¹ (Concausas).

¹⁰⁹ Opcit. Pág.254.

¹¹⁰ Trejo, Miguel Alberto. " Manual de Derecho Penal ". Parte General. 2ª. Edición. Ministerio de Justicia. C.I.J. 1996. Pág.254.

¹¹¹ Quintero Olivares, Gonzalo. "Derecho Penal " Parte General. 2ª. Edición. MARCIAL PONS. Madrid. 1989.Pág.326.

Esta teoría sostiene: " Que una acción es causa de un resultado si, suprimida idealmente (mentalmente) su realización, el resultado no se hubiese producido; En el caso de la omisión, se tiene que la omisión es causal del resultado cuando, supuesta la realización de la acción omitida, el resultado no se hubiese producido."¹¹²

Criticas a esta teoría:

- **Amplitud del planteamiento causal, ¿Qué pasaría con los elementos de ausencia de acción?**
- **No toma en cuenta si el sujeto tenía o no el dominio final del hecho, o si por el contrario, su intención dolosa, estaba orientada a hacer suyo el interés delictivo.**
- **El problema de las concausas también aparece como crítica, las concausas son circunstancias que concurren con relación al hecho delictuoso, y hacen que las conductas no lleguen a resultados normales, sino que se desvíen a resultados excepcionales que pueden ser de diferente naturaleza. En verdad, si concurren estos factores que hacen que la conducta se desvíe, no hay**

¹¹² Opcit. Pág.255.

causalidad al actuar; La causa pasa a ser anormal por la desviación del curso causal.¹¹³

- **Se presentan problemas con la autoría y participación.**

2. -) Teorías Individualizadoras.

Las teorías individualizadoras procuran establecer, dentro de la relación causal determinada por la teoría de la equivalencia, aquella " Condición Preponderante " para el caso individual y descartarla a ella únicamente como " causa " frente a las otras condiciones concurrentes. Las teorías individualizadoras son impracticables como teorías causales, ya que la magnitud causal de la participación en el efecto es sólo raramente mensurable, pero si bien siempre jurídicamente indiferente, pues aún el más pequeño esfuerzo de energía causal puede ser penalmente decisivo.¹¹⁴

a.-) Teoría de la Condición Eficaz.

Sostiene que sería causa de un resultado, " Aquella que con mayor intensidad o fuerza hubiera contribuido a la producción del resultado " ¹¹⁵ .

Por Ejemplo: A y B, quieren matar a C, A le da una fuerte dosis de veneno(letal) y B le dispara con arma de fuego, muriendo C en el acto; La causa de la muerte que a sido eficiente es la acción de B, ahora bien si suprimimos ésta acción, y nos preguntamos si la acción de A habría sido

¹¹³ Opcit. Pág.256.

¹¹⁴ Welzel. Hans. " Derecho Penal Alemán ". Parte General. 11ª.Ed. 4ª. Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 1997. Pág.55-56.

¹¹⁵ Quintero Olivares, Gonzalo. " Derecho Penal ". Parte General. 2ª. Edición. MARCIAL PONS. Madrid. 1989. Pág.328.

suficiente para causar la muerte a C, lógicamente la respuesta es sí, entonces ¿Quién será el autor del hecho.?

Una solución actual, B como autor directo de homicidio y A en tentativa de homicidio.

b.-) Teoría de la Condición Decisiva.

(Nagler), en resumen sostiene " Causal es aquella acción que dentro de ese factor de vida debe de ser considerada como decisiva para el resultado, de acuerdo a la valoración Social.¹¹⁶

c.-) Teoría de la Causalidad Adecuada. **(Johannes Von Kries) Frente a la teoría de la equivalencia de las condiciones, surge la teoría de la causalidad adecuada que, de acuerdo con Mir Puig, es la preferida de la doctrina dominante. Esta teoría parte del conocimiento general de una realidad existente, dejando de lado toda consideración valorativa de la conducta manifestada por el sujeto activo del delito.¹¹⁷**

Según ésta teoría solamente puede ser considerada causa de un resultado, aquella que – a priori- puede ser apta para producir aquella clase de resultados previstos en el tipo (Causas Típicamente adecuadas); Es decir, aquellos que de acuerdo a la experiencia general, provocan habitualmente el resultado.¹¹⁸

Una acción será adecuada para producir un resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes tal resultado se produciría inevitablemente.

¹¹⁶Opcit.Pág.56.

¹¹⁷ Trejo, Miguel Alberto, y otros. "Manual de Derecho Penal ". Parte General. 2ª. Edición. Ministerio de Justicia. C.I.J., 1996. El Salvador. Pág. 257.

¹¹⁸ Quintero Olivares, Gonzalo. " Derecho Penal " Parte General. 2ª. Edición. MARCIAL PONS. Madrid. 1989. Pág.328-329.

Pero previsible objetivamente lo es casi todo, por eso se recurre a otro criterio: El de la diligencia debida, ya que si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno.¹¹⁹ (* Previsibilidad Objetiva y diligencia debida.)

Dentro de ésta teoría se analiza lo concerniente a las concausas.

C.1.) Concausas- Concepto.

Se denomina, " A todo fenómeno que al actuar, conjuntamente con la acción del sujeto, da lugar a consecuencias que no pertenecen al curso normal u ordinario de ésta, constituye en realidad una contingencia anterior, simultánea o posterior, que en conjunto con el acto, provoca un resultado constitutivo de delito.¹²⁰

Doctrinariamente las concausas se clasifican de la siguiente forma: Preexistentes, concomitantes y supervinientes.

Las Preexistentes: Se dan antes de la acción humana, son inherentes a estados o situaciones de índole permanente (Deben ser desconocidas por el sujeto activo). Estas pueden ser: Normales, atípicas y patológicas.

Normales: Se dan por un estado pasajero o temporal del organismo humano y de su función.

Por Ejemplo: Una persona que recién fue operada del abdomen, es golpeada por otra que desconoce tal situación

¹¹⁹ Muñoz Conde, Francisco. "Teoría general del Delito". 2ª. Edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 1991, Pág. 34.

¹²⁰ Trejo, Miguel Alberto, y otros. "Manual de Derecho Penal ". Parte General. 2ª. Edición. Ministerio de Justicia. C.I.J., 1996. El Salvador. Pág. 258

y a raíz del golpe muere, o el caso de la persona que recién a ingerido sus alimentos y es golpeada en el estómago y a consecuencia muere.

Atípicas: Que se originan en una anomalía de la anatomía humana.

Patológicas: Que provienen de una enfermedad de la víctima, Por ejemplo: Hemofílico, diabético.

Concomitantes: Son producto de circunstancias ignoradas por el agente, que intervienen en el acto mismo de la ejecución. Por ejemplo: A empuja a B, éste resbala y al caer se fractura el cráneo en una piedra y muere.

Supervinientes: Aparecen después de haber ocurrido un hecho delictivo por lo tanto son independientes de la acción humana realizada, por lo que quedan excluidas de la imputación, siempre que por si solas no hubieran producido el resultado.

Por ejemplo: la falta de prudencia del lesionado en el cuidado de sus lesiones, razón por la cual muere.¹²¹

La teoría de la causalidad adecuada, presenta algunos problemas, por ejemplo: Disparar es a priori, adecuado para matar pero, si el disparo ingresó un órgano no vital y en la causa sobrevino por una situación endógena (para el caso la víctima era hemofílico), no se podría sostener que la causa adecuada de aquella muerte fue el disparo; Y a la inversa, una causa en principio inadecuada puede en un caso concreto ser la que produce el resultado. Por ejemplo aterrorizar a un enfermo grave del corazón hasta que muere, Esto no es en principio adecuado para matar, y en cambio, en el caso concreto sirvió al propósito del autor.¹²²

¹²¹ Trejo, Miguel Alberto, y otros. "Manual de Derecho Penal", Parte General. 2ª edición. C.I.J., C. S. J. San Salvador. 1996. Pág. 260.

¹²² Quintero Olivares, Gonzalo. "Derecho Penal" .Marcial Pons. Madrid. 1989. Pág. 329.

d.-) Teoría de la Relevancia Típica de la Causalidad. (Mezger)

Se fundamenta en el hecho de que una acción podrá ser relevante jurídicamente hablando, siempre y cuando el nexo causal que la vincula con cierto resultado esté contenido dentro del elemento objetivo del tipo penal, con ello, la relevancia de la causalidad estará determinada por la existencia o no de una voluntad delictiva dirigida a causar el resultado prohibido. Mantiene desde un punto de vista causal la teoría de la equivalencia.¹²³

e.-) Teoría del Poder Final del Hecho. (Finalismo)

De manera simplificada se presentan aspectos del finalismo, para la imputación a un sujeto del ilícito de omisión.

“ El que no actúa omite la acción ordenada por el mandato sólo cuando tenía el poder para su ejecución. Para ello es necesario:

- **El Conocimiento de la Situación Típica;**
- **La conciencia del Poder de Hecho (de Evitación) para la ejecución de la acción omitida (El llamado dolo de omisión en analogía al dolo de hecho);**
- **La posibilidad real y física de llevar a efecto la acción mandada.**

f.-) La Teoría de la Imputación Objetiva.

¹²³ Trejo, Miguel Alberto. “ Manual de Derecho Penal “. Parte General. C.I.J. CSJ. 2ª. Ed. 1996. El Salvador. San Salvador. Pág.261.

Esta concepción encuentra sus precedentes en los trabajos de K. Larenz (1927) y R. Honig (1930), retomados por Claus Roxin en diversas publicaciones (1962, 1970, 1992). Según éste último enfoque debe de reemplazarse la causalidad por la imputación objetiva, criterio a partir del cual se determina si un resultado preciso es o no atribuible o imputable objetivamente a un determinado comportamiento; Con ello se da un salto desde las teorías puramente naturalistas hasta las normativas.¹²⁴

Se establece en ésta teoría, que para poder determinar sí el resultado producido o la lesión a un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, es consecuencia de una acción u omisión, se debe de determinar basándose en los siguientes aspectos:

- Que la conducta haya creado un riesgo jurídicopenalmente relevante(Carácter disvalioso del comportamiento realizado por el agente);
- Verificar si el riesgo se ha concretado en el resultado (la conducta realizada por el sujeto activo es constitutiva de tentativa o delito consumado);
- Determinar, si el resultado se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma (Valoración político-criminal).
- Verificación de conductas que disminuyen el riesgo (estas no son imputadas objetivamente);

¹²⁴ Velásquez Velásquez, Fernando. " Derecho Penal ". Parte General. 3ª. Edición. TEMIS.S.A. Santa Fe de Bogota, Colombia. 1997. Pág.390.

- Conductas que no crean para el bien jurídico un riesgo jurídicamente desaprobado;
- Conductas generadoras de resultados, que de no ser causados por el autor se producirían de todas maneras por otra razón **(Causas de Aceleración de la causalidad y causalidad de reemplazo)**

Sí por ejemplo: **El médico le suministra un tratamiento inadecuado al paciente enfermo de cáncer terminal, causándole la muerte antes de lo previsto; o si Juan da muerte a Carlos con una granada en el preciso momento en que su deceso se producía por haber ingerido una fuerte dosis de cianuro.**¹²⁵

Esta teoría es de lo más reciente en el ámbito de la dogmática jurídicopenal, se establece que no abandona la teoría de la equivalencia de las condiciones, tampoco del nexo causal o de evitación.

f.1.-) Imputación Objetiva en el delito de Omisión Impropio (Comisión Por Omisión).

Se propone un esquema de imputación para la comisión por omisión (dialéctica adecuada al caso concreto, y que se puede aplicar también a los de comisión activa), con los siguientes elementos:

- **Verificar por medio de la Teoría de la equivalencia, si ese comportamiento antepuesto al riesgo como barrera de**

¹²⁵ *Ibíd.*. Pág.392-393.

protección de ese bien jurídico protegido, le hubiese objetiva y racionalmente sido posible evitar el resultado;

- **Determinar si el agente omisivo (Activo) tenía el dominio del hecho de evitación, al momento de suceder la omisión u acción y como consecuencia el resultado lesivo al bien jurídico;**
- **Determinar la existencia de la ausencia de acción dirigida a la no-evitación del resultado o su ejercicio para su consecución (Nexo de evitación o de no-evitación,);**
- **Determinar si con ese comportamiento pasivo, se incrementó el riesgo, ya creado por un curso causal ajeno (En el momento de la omisión) al sujeto omisivo y que se concreto en un resultado(o se crea y aumenta por la acción realizada);**
- **Establecer si el bien jurídico protegido se encontraba dentro del ámbito de protección de la norma jurídica;**
- **Determinar al quebrantamiento de la norma de mandato y por ende de prohibición y la infracción al deber jurídico**

de obrar producto de la posición de garante del sujeto omisivo.

El criterio que se presenta parece amplio, pero sucede que en éste tipo de delitos, es necesario tener una gran probabilidad, casi de certeza para poder imputar al agente un delito de resultado.

Por tanto, se deben de agotar los recursos académicos-doctrinarios, para evitar la injusticia o arbitrariedad; Por supuesto que dependiendo del caso concreto, se podría obviar alguno o algunos procesos de valoración de los propuestos.

Para el caso: Supóngase que el salvavidas, no realiza el rescate acuático del bañista, que en una forma imprudente, por encontrarse ebrio, se adentró al mar, en la parte profunda, no obstante que ya había sido prevenido por los socorristas al respecto; Es en éste tipo de casos, en que es necesario utilizar las herramientas aportadas para determinar si se puede o no imputar, un resultado lesivo.-

2.2.5. - ESTRUCTURA DEL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN (OMISIÓN IMPROPIA)

Se comienza por establecer primeramente la distinción entre los delitos de omisión propia e impropia, de las diferencias más esenciales, se determinan:

- 1.) Que los de omisión propia se encuentran tipificados expresamente en el Código Penal, además, que el sujeto activo- omisivo, puede ser cualquiera persona (simples) o un sujeto cualificado(funcionario o empleado público- Arts.175, 311 y 312 del Código Penal);**
- 2.) En el delito de comisión por omisión, el sujeto omisivo tiene la posición de garante, como especial característica de autor;**
- 3.) En el delito de comisión por omisión se requiere de la producción de un resultado (debe de ser material en general, con excepciones);**
- 4.) El delito de omisión propio es de mera inactividad; El de comisión por omisión, de resultado con exigencia de una actividad.**
- 5.) En el delito de comisión por omisión existe infracción a norma de prohibición y de mandato, en el propio de omisión, únicamente de mandato.**

Entre las distinciones más importantes se encuentran las enunciadas; No obstante en la doctrina pueden aparecer otras.

A.-) Concepto del Delito de Omisión Propia e Impropia.

- **Omisión Propia: Es aquel delito que consiste en el quebrantamiento de una norma de mandato, y que se encuentra tipificado en forma expresa en el Código Penal;**
- **Omisión Impropia: Es el establecido por medio de una cláusula genérica, en que se equipara la no-evitación de un resultado a su causación, requiriendo la condición de posición de garante para su imputación y que se complementa en un tipo de resultado establecido como delito de comisión activa en el Código Penal.**

B.-) El Tipo Penal de Comisión Por Omisión.

Se establece que el tipo penal de omisión impropia, contiene en su estructura elementos subjetivos y objetivos, dentro de los cuales se establecen:

Elementos Subjetivos: DOLO Y CULPA (Imprudencia)

Elementos Objetivos: Sujetos, resultado, nexo de evitación, elementos normativos, bien jurídico, situación típica, ausencia de acción, posibilidad de evitación, posición de garante, capacidad de evitación, algunas condiciones de lugar y tiempo, pero estos dependerán del tipo en concreto(tipificado.)

Antes de proceder a su estudio, es necesario dejar moldeado los aspectos más relevantes del tipo penal en términos generales, aún y cuando se haga en forma condensada.

B.1.- Tipicidad y Tipo (Definición.)

“La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de Legalidad en su vertiente *nullum crimen sine lege* sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.

La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual es el tipo.- Tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal.”¹²⁶

Con anterioridad, se presentó la evolución de éste concepto de tipo, de un tipo neutro a uno valorativo y complejo, no obstante recordamos que fue Beling el que elaboró por vez primera el concepto de tipo en su obra *Die Lehre vom Verbrechen* (1906) y le asignó un significado claramente independiente frente a la antijuridicidad y a la culpabilidad.¹²⁷

Pero tanto el tipo como la tipicidad tienen funciones dentro de la Dogmática del Delito, por lo que en forma breve se enuncian a continuación.

B.2.- Funciones del Tipo y Tipicidad Del Tipo.

De la Tipicidad.

¹²⁶ Muñoz Conde, Francisco. “ Teoría General del Delito”. 2ª.Edición. Tirant lo Blanch. Valencia,1991. Pág.47,48.

¹²⁷ Roxin, Claus. “ Teoría del Tipo Penal “. Depalma. Buenos Aires.1979. Pág.56.

<p>Función Seleccionadora:</p> <p>Es decir, selecciona los Comportamientos socialmente relevantes.</p>	<p>Función Indiciaria: La Constatación de que un comportamiento es típico, nos establece tan sólo la función de "ratio Cognoscendi" de la antijuridicidad.</p>
<p>Función Garantizadora: Sólo aquellos comportamientos descritos en el tipo pueden ser sancionados penalmente.</p>	<p>Función Garantizadora: La tipicidad enmarca las garantías implícitas del principio de legalidad o taxatividad.</p>
<p>De motivación en general; El codificador indica por medio de la descripción del comportamiento prohibido y la sanción respectiva, el hecho de que los ciudadanos se abstengan de realizar esa conducta prohibida.</p>	<p>Función Motivadora: El tipo formula juicios de valoración con respecto de las conductas de los sujetos, para que éste se motive y dirija su conducta conforme a la norma jurídica, con la finalidad de proteger el bien jurídico.</p>

B. 3. -) CLASES DE TIPOS (OBJETIVO).

La existencia de elementos en el tipo penal, tales como la acción o la omisión, los sujetos, el bien jurídico tutelado, el resultado o peligro para el bien jurídico, los medios, el nexo causal y de evitación, conceptos jurídicos, socioculturales, el dolo y la imprudencia, etc., conocidos como objetivos y subjetivos, así como otros elementos distintos del dolo, o llamados elementos especiales de autoría (Elementos anímicos Subjetivos), todos estos elementos permiten poder hacer una clasificación de los tipos penales, a continuación se presenta en forma compendiada las clases de tipos.

a.-) SEGÚN LAS MODALIDADES DE LA ACCIÓN.

Se presentan algunos criterios de clasificación, así se tienen: Atendiendo a la forma de comportamiento, a la relación de la

acción-objeto(Bien Jurídico), y el número de acciones, a continuación se detallan.

a.1.-) POR LA FORMA DE COMPORTAMIENTO.

Se dividen en: Tipos de Acción y de Omisión (Propia e Impropia), **son por excelencia las formas de comportamiento humano, la actividad y la pasividad, en los delitos de acción o comisión, se realiza una actividad prohibida por la norma jurídico penal, por ejemplo: Matar, hurtar, robar, etc. , en cambio en los delitos de Omisión, el sujeto no realiza la acción ordenada en la norma, por lo que infringe una norma de mandato o preceptiva.**

En cuanto a estos últimos, se tienen los de omisión propios, que equivalen a los de mera actividad, que se les puede denominar en caso de omisión de inactividad; Los segundos son los de omisión impropia, que equivalen a los de resultado.¹²⁸

a.2.-) ATENDIENDO A LA RELACIÓN DE LA ACCIÓN CON EL BIEN JURÍDICO.

Se tienen bajo esta clasificación los delitos de mera actividad y los de resultado.

1. Tipos de Mera Actividad, se caracterizan por que no existe resultado, es decir, que la mera acción consuma el delito, Por ejemplo: el delito de uso falso de documento de identidad (Art.288 C.P), el acoso sexual (Art.165 C.P.), liberación de energía (Art.264 C.P.), allanamiento de morada (Art.188 C.P.) etc., lo que le interesa al codificador en estos casos, es adelantar la aplicación del derecho penal, como barrera de protección, ante una posible infracción.

2. Tipos de Resultado.

Estos pueden ser estudiados en cuanto al momento consumativo, como a los medios requeridos para su ejecución.

¹²⁸ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, y otros. " Lecciones de Derecho Penal " Parte General.2ª. Edición. Editorial PRAXIS, S.A. Barcelona, España. 1999.Pág.153-154.

a. - Clasificación con relación al Momento Consumativo.

<p>Instantáneos.</p> <p>Son de resultado instantáneo aquellos en los que entre la acción del sujeto y el resultado, no existe una separación temporespacialmente, significativa para la consumación del delito, por ejemplo: El Homicidio (Art. 128 C.P.)</p>	<p>Permanentes.</p> <p>El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica en el tiempo, por la voluntad del autor, por ejemplo: Privación de Libertad (Art.148 C.P.)</p>	<p>De Estado.</p> <p>En el delito de estado, se crea una situación jurídica duradera, pero su consumación se da en el preciso momento en que aparece el delito, pues el tipo solo describe la producción del estado y no su mantenimiento, por ejemplo: Matrimonios Ilegales (Art.192 C.P.), Falsedad Material(Art.283 C.P).</p>
---	--	--

Uno de los aspectos que se deben de dejar en claro, es que cuando se hace referencia a tipos de resultado, se entenderán que son aquellos que ocasionan materialmente un cambio del mundo exterior, entonces los delitos de resultado requieren además de la acción de un resultado material para su consumación.

b.- ATENDIENDO A LOS MEDIOS

<p>De medios Determinados</p> <p>Son aquellos en el cual, se describen en el tipo, las modalidades comisivas, por ejemplo: La Violación (Art.158 C.P.), Estafa (Art.215), Usurpaciones de</p>	<p><u>De medios resultativos</u></p> <p>En estos no se restringe en el tipo, la modalidad de la acción para su consumación, por ejemplo, El Homicidio (Art.128 C.P), Las Lesiones (Art.142 C.P).</p>
--	---

Inmuebles(Art.219).	
----------------------	--

a.3.-) POR LA CANTIDAD DE ACCIONES

<u>De un Acto</u>	<u>De Varios actos</u>	<u>Alternativos</u>
Son aquellos en que el tipo describe una acción para su consumación, por ejemplo: Disparo de Arma de Fuego(Art.147-A. C.P),El hurto (Art.207. C.P.)	Su consumación requiere dos o más actos del sujeto activo, por ejemplo: El Secuestro, (Art.149C.P, implica la privación de libertad y la solicitud de la condición), se tiene también, el Robo (Art.212 C.P, implica el apoderamiento y la violencia)	Estos se consuman bajo dos o más acciones alternativas entre sí, pero no necesarias en comunión para que el delito quede concretado, por ejemplo: La Violación de Derechos de Autor... (Art.226 C.P), Estragos(Art.266 C.P), El Allanamiento de Morada (Art.188C.P).

B.-) CLASIFICACIÓN, ATENDIENDO A LOS SUJETOS.

Existen tipos penales que describen ciertas cualidades especiales del agente y que es necesario que concurra, para la consumación del delito, aunque casi por regla general, el supuesto de hecho esta redactado en forma impersonal, por ejemplo: El homicidio, Art.128 C.P, dice "El que..." de ahí que pueda ser

cualquier sujeto el que cometa el delito, pero existen tipos que establecen la cualidad del sujeto, por ejemplo: El patrocinio infiel (Art.314 C.P), prevaricato

(Art.310.) Se tiene entonces que **atendiendo a las cualidades del sujeto activo, el tipo penal se divide en:**

- Comunes:** Puede ser cualquier persona el sujeto activo.
- Especiales:**
 - Propios:** En el tipo se describe como posible sujeto activo a un sujeto especialmente cualificado, el caso del prevaricato es uno de ellos.
 - Impropios:** Estos tienen correspondencia con un delito común, por ejemplo: Homicidio Agravado, Art. 129 N.1, C.P., Violación Agravada de Comunicaciones. Art.186 C.P., Privación de Libertad, en el caso del Art.290 C.P.

También se tiene **el criterio de la intervención personal** del sujeto para que se consume el delito, y se dice que estos son de **propia mano, implica que el agente o sujeto activo debe de realizar personalmente, es decir, en forma física el delito**, por ejemplo: El delito de violación, Art. 158 C.P., el estupro, Art. 163 C.P, en estos delitos se tiene que sólo aquel que realice el acceso carnal, puede ser imputado.(Por regla general, en grado de autoría directa).

c.-) CLASIFICACIÓN QUE ATIENDE AL CRITERIO DEL BIEN JURÍDICO.

1. - Por la proximidad de la amenaza o lesión

De lesión	De peligro	
	Concreto	Abstracto
Son de lesión, los que requieren de un daño o menoscabo al bien jurídico tutelado, por ejemplo: El delito de daños, Art.221 C.P., El Homicidio, Art.128 C.P., Las Lesiones, Art. 142,C.P.	Son aquellos en los que la consumación del tipo exige la situación de peligro efectivo, concreto y próximo para el bien jurídico, Por ejemplo: contaminación Ambiental, Art.255 C.P.	Son anteriores a los de peligro concreto, el codificador adelanta la barrera de protección aún más. A la simple realización de la conducta considerada peligrosa. Por ejemplo: Quema de rastros, Art.262-A.

2. - Por el número de Bienes Jurídicos afectados

<p>Simples (Mono-ofensivos)</p> <p>Son aquellos tipos en que se describe la protección(por el contenido de prohibición de la norma penal) a un único bien jurídico, por ejemplo: El Homicidio, Lesiones; el primero el bien jurídico es la vida y en el segundo la integridad física.</p>	<p>Compuestos (Pluri-ofensivos)</p> <p>En estos tipos se describe la lesión a más de un bien jurídico, por ejemplo: El delito de Violencia Intrafamiliar (Art.200 C.P.) los bienes jurídicos que contiene son: derechos y deberes familiares y la integridad, tanto la física-personal como de autonomía personal. La extorsión (Art.214.C.P.) que afecta al patrimonio, y pudiera ser la autonomía o libertad.</p>
---	--

Se tiene también que el codificador, por técnica legislativa, en la formulación de los tipos penales, construye a partir de un delito básico, una serie de delitos que en su esencia, en cuanto a los elementos objetivos y subjetivos del tipo, dependen de éste, pero que atendiendo a ciertas relaciones entre el sujeto activo u omisivo con el bien jurídico tutelado, se agravan o atenúan, denominándose a los primeros *Cualificados* y los segundos *Privilegiados*.

Así por ejemplo: Un tipo básico, contenido en el delito de homicidio, Art.128. C.P., y el cualificado o agravado, es el delito de homicidio agravado, Art.129.C.P.

Sería privilegiado el homicidio en el caso de concurrir una causal de atenuación, aún y cuando se encuentran delitos, que en todo caso, siempre describen en el supuesto de hecho " El dar muerte a otro, es decir, el que matare o causare la muerte de otro, pero que con relación a ciertas circunstancias especiales, su sanción se atenúa.

Un ejemplo de ello es el delito de homicidio piadoso, Art.130.C.P., en donde la pena en abstracto se encuentra establecida con un límite mínimo de un año y un límite máximo de cinco años, de ahí que sea un ejemplo de tipo penal privilegiado.

Bajo el criterio anterior, se tienen también *Delitos Autónomos*, los cuales se encuentran conectados con otros delitos, pero contienen un elemento especial del tipo que los diferencia, formulando el legislador en forma autónoma el delito.

Por ejemplo: El allanamiento sin autorización Legal, Art.300 C.P, en sí siempre implica el hecho de que una persona penetre a un lugar o casa, sin la autorización o consentimiento de su habitante, lo que se regula en el Art.188 C.P., pero que en virtud de ser el sujeto cualificado (especial) se le da la autonomía respectiva, igual sucede con los Arts.187C.P., y 324 C.P., todos los delitos especiales impropios son autónomos.¹²⁹

En conclusión, se han presentado las formas de clasificación de los tipos objetivos, y que han atendido a varios criterios¹³⁰; Es de menester, dar a conocer a continuación la clasificación del tipo subjetivo.

¹²⁹ Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio. Y otros. "Lecciones de Derecho Penal ". Parte General.2ª. Edición. PRAXIS, S.A. Barcelona, España.1999. Pág.152-157.

¹³⁰ *Ibíd.*. Págs.152-159.

B.4. -) CLASIFICACIÓN DEL TIPO (Subjetivo.)

En éste apartado se hace referencia a la clasificación que atiende al carácter interno de la conducta del sujeto activo u omisivo dentro del tipo penal(contenido de la voluntad). Y siendo que la persona humana es un ser bio-psico-social, se encuentra determinada en cierta forma por motivaciones sean internas o externas, que lo inducen a actuar en cierto sentido, teniendo por lo tanto conocimiento o conciencia de su resolución (aspecto interno), decidiendo subsecuentemente realizarla u omitirla cuando está fuese mandada (socialmente esperada), con lo cual se presenta un resultado (aspecto externo) en sentido jurídico, que es lo que interesa al objeto de investigación; Pero resulta que en ocasiones el sujeto, aún y cuando resuelve actuar en cierta forma, no desea causar un resultado.

En relación con lo anterior se tiene que los tipos pueden ser dolosos y culposos o imprudentes. Así el Código Penal en el Art.19 " Los hechos punibles pueden ser realizados por acción o por omisión", y el Art.4 C.P., establece las formas de responsabilidad penal por acciones u omisiones dolosas y culposas.

a. -) EL DOLO EN EL TIPO DE INJUSTO, CONCEPTO Y CLASES.

1. -) Concepto

"El ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo. El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.¹³¹ " (En el Derecho Penal).Entonces se

¹³¹ Muñoz Conde, Francisco. " Teoría General del Delito". Parte General. 2ª. Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991.Pág.60.

instituye que el dolo tiene dos elementos: El Volutivo y el Cognoscitivo.

2. -) Clases de Dolo

<p style="text-align: center;">Directo (de 1er.Grado)</p> <p>En el dolo directo el autor quiere realizar precisamente el resultado (En los delitos de resultado) o la acción típica (en los de simple actividad): El autor quería matar y mata, quería dañar y rompe la cosa. En el Código Penal, se identifica éste dolo con expresiones tales como: propósito, intención,¹³² etc. Art.184, 219,319,C.P.</p>	<p style="text-align: center;">De Consecuencias Necesarias (2do. Grado)</p> <p>Aquí el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende.¹³³</p> <p>Por ejemplo: Pedro quiere matar a José, y para ello coloca un explosivo en el vehículo de Pedro, y que accionara al poner en marcha el vehículo, pero José sabe que Pedro siempre viaja con su esposa, la cual inevitablemente también morirá.</p>	<p style="text-align: center;">Dolo Eventual.</p> <p>En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual realización.¹³⁴</p> <p>Por ejemplo: Juan, que es conductor de un vehículo y transita por el Centro de la ciudad a 100Km/h, sabe que lo más probable de ese forma de conducir es que ocasionará un accidente de tráfico, y del cual pueden salir personas lesionadas, y no obstante ello, sigue conduciendo de la misma forma.(No es imprudente, puesto que la posibilidad de acaecimiento del riesgo, era</p>
---	--	---

¹³² *Ibíd.*Pág.63.

¹³³ *Ibíd.*Pág.63.

¹³⁴ *Ibíd.*Pág.63.

		de probable realización y conocida y se asumió.)
--	--	--

De las tres clases de dolo, el que representa mayor problema es el eventual, puesto que suele confundirse con la imprudencia, pero se distinguen en la intensidad (o medida)de la probabilidad de acaecimiento del resultado y que aún con esas condiciones se actúo; El primer aspecto se refiere a la teoría de la probabilidad y el segundo a la teoría de la voluntad o del consentimiento

(De actuar de esa forma.) Por ésta razón es que la doctrina sostiene que el dolo eventual constituye la frontera entre el dolo y la imprudencia.¹³⁵

Existe también el denominado *DOLUS GENERALIS*, en donde el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce por un hecho posterior. O cuando el resultado sólo se produce por una acción posterior, con la cual buscaba encubrir el hecho.¹³⁶ Por ejemplo: Miguel, que le ha disparado a Francisco, en la creencia de que está muerto lo entierra en una fosa, cuando en realidad no murió por el disparo de la pistola, sino de asfixia. Este dolo no excluye la responsabilidad penal.

Pero resulta que el sujeto no siempre puede dirigir su acción en una forma perfecta hacia la consecución del resultado, pudiéndose equivocar en los elementos objetivos del tipo, esto es, en el curso causal, en el objeto, en los medios, etc., de lo cual surge la teoría del Error de Tipo, que puede ser en el objeto de la acción, en la relación de causalidad(se puede valorar tentativa), en el golpe o *aberratio ictus*. En estos casos el dolo no se excluye.

¹³⁵ *Ibíd.*. Pág.63.

¹³⁶ Welzel, Hans. "Derecho Penal Alemán". Parte General, 4ª. Ed.Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997.Pág.89.

Se tiene también dentro de la teoría del error de tipo al Error Vencible e Invencible, cualquier desconocimiento sobre la existencia de los elementos objetivos, excluye el dolo, cuando el error es invencible, si el error fuere vencible, subsiste la imprudencia¹³⁷. En el Art.28 C.P. se encuentra el fundamento de tal afirmación.

b. -) LA IMPRUDENCIA EN EL TIPO DE INJUSTO, CONCEPTO Y CLASES.

1.-) Concepto. Un tipo penal subjetivamente considerado, es imprudente cuando, al autor le hizo falta voluntad para realizar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, lo cual sucedió como producto de haber infringido un deber objetivo de cuidado y que al hacerlo era previsible su acontecimiento.

2. -) Clases de Imprudencia (Culpa.)¹³⁸

Inconsciente(negligencia)	Consciente(luxuria)
En ésta el autor, a causa de una infracción del cuidado debido, no piensa en la posibilidad de realización del tipo legal.	Aquí el autor advierte la presencia del peligro concreto para el objeto protegido de la acción u omisión, pero por la infravaloración del grado de aquel, por la sobrevaloración de sus propias fuerzas o por la simple confianza en su buena suerte, confía indebidamente en que no se realizará el tipo penal.

Es de mencionar que en el Código Penal Salvadoreño, no se hace distinción al respecto, lo cual puede ser el resultado de la reformulación del concepto de la culpa consciente, en el

¹³⁷ *Ibíd.* Pág.92.

¹³⁸ Choclán Montalvo, José Antonio. " El Delito Culposo ". 1ª.Ed. Corte Suprema de Justicia, El Salvador. C.A.. 2001.Pág.90.

sentido de referirse a ella sólo en los casos en que el sujeto únicamente conoce un riesgo abstracto o, conociendo el riesgo concreto, considera improbable la producción del resultado por que confía negligentemente en que todo irá bien.¹³⁹

c.-) Elementos Especiales del Injusto Subjetivo.(tipo subjetivo) **Esencialmente se hace referencia aquí, a los elementos subjetivos distintos del dolo o especiales de la autoría, como por ejemplo: el ánimo de lucro, de injuriar, lascivos, etc., en algunos tipos penales estos elementos son necesarios para la consumación del tipo, faltando éste, el hecho es atípico. Estos se clasifican¹⁴⁰ así:**

Mutilados en dos actos	De Resultado Cortado	De Tendencia Interna Trascendente.
<p>En estos el primer acto sirve para realizar un segundo por el mismo sujeto, cuya realización no exige el tipo, el cual le basta cuando ha sido llevado a cabo con la intención de efectuar el segundo. Por ejemplo: En el delito de Suposición u Ocultación de Estado Familiar, Art.195 Inc.1C.P. con el solo hecho de</p>	<p>Son aquellos en que se tipifica una acción, con la que el sujeto pretende alcanzar un resultado posterior, que el tipo no requiere que se llegue a realizar. Por ejemplo: Rebelión y sedición, Inducción al abandono. (Arts.3340, 341,203 C.P.)</p>	<p>En estos hay una finalidad o motivo que trasciende la mera realización dolosa. Por ejemplo: Delitos de animus(Injuriandi, lascivo, provecho, etc.)</p>

¹³⁹ Ibíd.Pág.90.

¹⁴⁰ Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio. Y otros. "Lecciones de Derecho Penal ". Parte General.2ª. Edición. PRAXIS, S.A. Barcelona, España.1999. Págs.202-203.

inscribir, sin atender al daño posterior que causara, se consuma el tipo.		
---	--	--

Habiendo presentado en los apuntes anteriores aspectos relativos al tipo, es considerable aportar a continuación en forma concreta y detallada, los elementos que forman el tipo de comisión por omisión.

2.2.5.1. -) ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL DE COMISIÓN POR OMISIÓN.

Con anterioridad se estableció que dentro del tipo penal objetivo, se encuentran los siguientes elementos: Los sujetos, el resultado, el nexo de evitación, la situación típica, la ausencia de acción de salvamento(omisión), la posibilidad y capacidad de evitación. (Posición de garante).

En estos se contemplan tanto los llamados elementos descriptivos del tipo, que son aquellos que se pueden percibir por los sentidos; Y los elementos normativos, que son aquellos que requieren de una valoración, estos son los conceptos jurídicos, tales como documento, proposición y conspiración, ascendiente, adoptado, etc.; Y los Socioculturales, tal como conductas sexuales indeseadas, la prostitución, actos lúbricos, fama o propia estimación, buenas costumbres y decoro, etc.

A.-) Sujetos.

En el tipo penal de Comisión por Omisión, se tiene: El Sujeto Pasivo y el Sujeto Activo(Omisivo).

1. - El Sujeto Pasivo: En cuanto al sujeto pasivo, se establece que es aquel que se encuentra garantizado, de que ante un

posible resultado lesivo a un bien jurídico propio, por un especial derecho subjetivo de requerir del garante, una acción dirigida o destinada a la evitación de una amenaza actual.

Por Ejemplo:

El bañista que se encuentra nadando en la piscina, tiene un especial derecho subjetivo de exigir una acción de salvamento en caso de estarse ahogando, al socorrista o guardavidas del centro turístico, por tanto, éste último es garante del primero, y en caso de suceder la muerte por inmersión, se tendrá como sujeto pasivo al bañista, y como víctima, a su esposa, hijos, padres o demás parientes, de conformidad al Art.12 N.2 del Código Procesal Penal.

2.– El Sujeto Activo.

El Artículo 20 del Código Penal, establece quien es el sujeto activo(Omisivo) y se transcribe: “ El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerara equivalente a la producción de dicho resultado.

El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creó el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría determinó con ello que el riesgo fuera afrontado”.

Se tiene, por tanto, establecido el aspecto especial de autor, en el delito de comisión por omisión, es decir, solo será sujeto activo(Omisivo) aquel que tenga, lo que en doctrina se designa como “ Posición de Garante”.

Doctrinariamente se reconocen o clasifican como fuentes de la posición de garante dos tendencias, así: Formal y Material.

***Desde un punto de vista formal, se puede establecer que “ tradicionalmente, el examen de la posición de garante quedó limitado al esclarecimiento de las fuentes en las cuales se originaba la obligación jurídica de actuar con el fin de impedir un resultado prohibido. Indiscutiblemente la ley puede imponer una obligación de actuar a ciertos sujetos, por ejemplo la de los padres con respecto a los hijos menores(Arts.351 y 222 Cód. Familia) y de las personas de la tercera edad(Art.394 Cód.Fam.), fuente de la que nace en lo jurídico, la obligación de aquellos de proteger activamente a éstos y de impedir todos los males que puedan sobrevenir a su vida, a su salud, a su educación, etc.¹⁴¹**

(Esta fuente se denomina: Especifica obligación legal)

Se tiene también, como fuente formal (Posición Tradicional), la obligación contractual, de evitar el resultado. Así por ejemplo: Un controlador de tráfico aéreo, en virtud de un accionar laboral al cual llegó por medio de un contrato de trabajo, se vuelve garante de que los aviones no colisionen entre sí, y al omitir éste proveer de esa información al piloto, y suceder un accidente, responderá por los resultados, así si son muertes, por homicidio, etc.

Por último, se establece como fuente formal la “Injerencia o el actuar precedente del omitente que haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido. El conductor de un camión que transporta piedras debe de controlar su carga y es garante de los accidentes que puedan ocurrir por la caída de ellas en la vía pública.¹⁴²

¹⁴¹ Novoa Monreal, Eduardo. “ Fundamentos de los Delitos de Omisión”. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1984. Pág.142.

¹⁴² Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio. Y otros. “ Lecciones de Derecho Penal”. Parte General. Editorial PRAXIS, S.A., 2ª. Ed. Barcelona, España. 1999. Pág. 184.

Se establece, por tanto, que, La denominada injerencia es el actuar precedente peligroso que con su hacer activo origina un peligro de que se produzca un resultado típico.¹⁴³

Critica: La Clasificación tradicional (citada) no se fija en el contenido del deber jurídico, por lo que no puede indicar ningún elemento material de delimitación. Tal defecto intenta evitarse por la más reciente doctrina, iniciada por Armin Kaufmann, según la cual los deberes de garante deben de determinarse con arreglo a criterios materiales.¹⁴⁴

** En consideración al Punto de Vista Material (Teoría de las Funciones.)

Dicha teoría distingue entre deberes de garante que consisten en una función de protección de un determinado bien jurídico(deberes de custodia) y aquellos otros en los que el garante está obligado al control de una fuente de peligro (Deberes de aseguramiento o dominio).¹⁴⁵

Atendiendo a éste criterio material o funcional se tiene que las fuentes de la posición de garante, devienen de determinadas situaciones en las cuales se observa como aspecto objetivo de demarcación a efecto de imputar el resultado al sujeto activo-omisivo, (como criterio de equivalencia de la causación del mismo) el hecho que éste sujeto se encuentre ejerciendo determinada actividad de protección(Función) con respecto a determinado bien jurídico; Además, por cierta vinculación material del sujeto con el bien jurídico, y que genera el deber de defensa del mismo.

¹⁴³ Fuentes de Paz, Ana Lucila. " Delitos de Omisión". Revista Justicia de Paz. N.12, Año V- Vol.II. Mayo- Agosto.2002.CSJ-AECI.Pág.214.

¹⁴⁴ Jescheck, Hans-Heinrich. " Tratado de Derecho Penal". Parte General. Volumen I, BOSCH.España.1981.Pág.855.

¹⁴⁵ *Ibíd.*Pág.855.

Con relación a éste punto de vista(Material –Funcional), las fuentes de la posición de garante se subdividen en dos grupos, dentro de los cuales se tienen otras divisiones, a saber:

■ En el primero grupo se tiene que la fuente de posición de garante, dimana de la función de protección de un bien jurídico, se encuentra determinado éste criterio en virtud de que existen personas que se encuentran obligadas a la protección de un bien jurídico, debido a que éste se encuentra en su esfera de dominio.

Dentro de los cuales se tienen las siguientes clasificaciones:

- **Deberes de Garante Deducidos de una Estrecha RELACION VITAL o COMUNIDAD DE VIDA.**

Se origina éste deber en la convivencia familiar o de hecho, así los padres son garantes de la vida e integridad de sus hijos, los cónyuges entre sí, etc.-, el fundamento de tal posición es la estrecha relación o cercanía del sujeto activo con el bien jurídico.

“Sin embargo, es oportuno señalar que no toda comunidad de vida genera automáticamente posición de garante. El Juez, para decidir sobre la posición de garantía del omitente, debe de comprobar dos extremos: La relación de dependencia y el contenido real de esa comunidad de vida existente entre el omitente y el allegado en el momento de la omisión.

La ponderación del grado de dependencia entre el portador del bien jurídico y el omitente no debe de ser entendida en abstracto, sino referida al concreto momento en que se produce la omisión. Además, se requiere comprobar la existencia de una real comunidad de vida.¹⁴⁶ Así, no será

¹⁴⁶ Berdugo Gómez de la Torre, y otros. “ Lecciones de Derecho Penal” , Parte General. PRAXIS, S.A.2ª. Edición. Barcelona, España.1999 Pág.186.

garante el marido que separado de hecho de su esposa, y que conviviendo con otra mujer, se la encuentre, lesionada en el camino producto de un accidente a su esposa formal y omitan brindarle auxilio. Se justifica la afirmación elaborada, en virtud de que el marido, ya no tiene una comunidad de vida real con su ex mujer.

- **Deberes que dimanen de la regulación legal de determinadas profesiones.**

Resulta que, existen determinadas profesiones en las cuales como producto de su propia actividad incluye un deber formal de protección de determinados bienes jurídicos.

El fundamento de la posición de garante del profesional hay que buscarla en la infracción de un deber extrapenal derivado del papel social que desempeña el omitente.¹⁴⁷

Son garantes, por ejemplo. El doctor respecto a la vida e integridad de sus pacientes, el policía respecto a la seguridad de los ciudadanos.

- **Deberes de Garante Deducidos de la Asunción Voluntaria.**

“ Dentro de este grupo de supuestos se incluyen, no sólo los compromisos asumidos por vía contractual, sino también los aceptados expresa o tácitamente de forma voluntaria. Lo importante sigue siendo también que la aceptación voluntaria de protección coloque al bien jurídico en una clara situación de dependencia respecto al omitente.

Si un grupo de personas acude a auxiliar al accidentado y una de ellas manifiesta su intención de transportarlo al hospital en su automóvil, pero una vez solo lo abandona, de suerte que el

¹⁴⁷ *Ibíd.*. Pág.187.

accidentado muera a causa de desatención. El omitente responderá de un homicidio doloso en comisión por omisión.”¹⁴⁸

En materia contractual, también se da la asunción de garantía de protección, sucede por ejemplo, con el guardaespaldas, con el enfermero del hospital. Ahora bien, supongamos que el contrato por el cual se obliga el omitente, adolece de nulidad, ¿Podrá exigirse siempre la función de protección?.

La respuesta es afirmativa, dado que como ya se estableció, importa en este tipo de delito, el hecho de que objetivamente se desempeñe esa función de protección de bien jurídico, y que más bien tiene su fundamento en el principio de confianza, es decir, la situación bajo la cual se ha confiado al garante la protección del bien jurídico.

■ El otro criterio de clasificación de las fuentes de posición de garante, atiende al “Deber de Vigilancia de una Fuente de Peligro”.

Aquí lo que importa es, que la posición de garante se dirige a la defensa de cualquier bien jurídico frente al peligro de lesiones que puedan derivarse de una determinada fuente. Es decir, la posición de garante tiene aquí por contenido la dirección y el encauzamiento de algo que produce, por su utilización, peligro para bienes jurídicos en la vida social, por cuyo motivo un determinado sujeto o sujetos tienen como función el evitar y prevenir los daños.

En general, se admiten aquí los casos que derivan de una posición monopólica de cuidado de ciertas fuentes de peligro(ejemplo: bomberos, policías) y aquellos en los que la naturaleza y el efecto socialmente peligroso deriva de cosas

¹⁴⁸ **Ibíd..Pág.187.**

materiales(Ejemplo: la tenencia de animales feroces o peligrosos).¹⁴⁹

Se consideran como subclases delimitadas, del deber de vigilancia de fuentes de peligro, las siguientes dos:

- El deber de control de fuentes de peligro (situadas en el interior de la esfera de dominio del sujeto)

Se debe de encontrar el fundamento de esta posición, en el principio de confianza, las personas en su generalidad por ejemplo confían, en que el domador de fieras del circo, tiene bajo su dominio a las mismas, de ahí que si un león, causa la muerte de un espectador, será responsable de ese homicidio en comisión por omisión el domador. Estas fuentes pueden provenir de objetos, animales, instalaciones(Coheterías), maquinarias(las calderas del ingenio Chaparrastique),etc.

- Por Injerencia (o Actuar precedente peligroso).

Se basa en la prohibición de lesionar a otros(“neminem laede”). Quien produce una perturbación de aquel orden social de protección que se dirige a la evitación de lesiones (Injerencia) debe de cuidar de que el peligro por él creado no se convierta en un resultado físico. Sin embargo, para que quede claro que de la sola causación de un peligro no puede nacer el deber de evitar el resultado, la idea de la injerencia debe de restringirse a un triple sentido. En Primer lugar, el hacer precedente debe de haber ocasionado el peligro próximo (adecuado) de producción del daño(pero con una separación tempore espacial). En segundo lugar, el comportamiento previo debe de haber sido objetivamente contrario al deber(aunque no sea culpable). Por último, con objeto de excluir infracciones mínimas del deber, la clase de la perturbación debe de haber sido lo suficientemente importante.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Bacigalupo, Enrique. “ Delitos Impropios de Omisión”. Editorial TEMIS S.A., 2ª.Edición. Bogotá, Colombia.1983. Pág.146.

¹⁵⁰ Jescheck, Hans Heinrich. “ Tratado de Derecho Penal “. Parte General. BOSCH, S.A. Barcelona. 1981.Pág.859-860.

Por Ejemplo: Un chofer que en virtud de haber estado reparando el automotor, deja por olvido la cuña en la mitad de la calle, y al pasar un motociclista tropieza con la cuña, produciéndose un accidente resultando lesionado el conductor de la moto, en éste caso será responsable de las lesiones y daños en comisión por omisión el chofer; El que embriaga a otro hasta casi perder la razón, está en el deber y posición de garante, de cualquier resultado posterior.

Ahora bien, ese actuar precedente, además, de ser peligroso o riesgoso, ¿ debe de ser antijurídico y no permitido?. Al respecto el Art.20 Pn. No establece tal situación, pero por lógica se debe de entender que así lo es; Por ejemplo: No tiene la posición de garante, la persona que en defensa necesaria ha lesionado a su agresor, produciéndose posteriormente la muerte.

Hans Welzel, establece también como fuente de posición de garante, determinadas o especiales relaciones de lealtad.

Incluye dentro de esta clasificación: La comunidad de vida y la comunidad de peligro. En lo que respecta a la comunidad de vida, con anterioridad se delimito su ámbito de aplicación así como su definición.

En cuanto a la comunidad de peligro(ascensión común peligrosa a una montaña) se reduce a dos aspectos, injerencia y al monopolio de la garantía, en sentido de haber una obligación de ayuda reciproca.

Como una primera conclusión se puede establecer que, la perspectiva material muestra un camino de resolución de la problemática del garante sobre la base del sentido social de los distintos deberes, pero no se pueden perder de vista las fuentes de las que estos surgen, pues de lo contrario se abrirán las puertas al peligro de una excesiva extensión. De ahí que

deba perseguirse la unión de los puntos de vistas formales y materiales.¹⁵¹

La conclusión es que, en la forma de redacción del Art. 20 C.P-salvadoreño, se sigue el criterio de la Unión de las fuentes de la posición de garante(deber que dimana por la ley según el cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creó el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado), con lo cual se pueden ajustar a estos comportamientos, resultados lesivos de bienes jurídicos objetos de protección.

Una tercera conclusión, es en el sentido que se debe de entender la posición de garante, en dos aspectos, una que se relaciona en sí con el bien jurídico protegido(se encuentra determinado) y la otra de determinadas funciones de protección hacia la colectividad(de carácter general), razón por la cual suele decirse situación de garante o deber de garante.

Se han presentado de una forma condensada las opiniones de algunos doctrinarios penalistas, así como la propia posición sobre este apartado. A continuación se sigue con los elementos objetivos del tipo de comisión por omisión.

B.- El Resultado.

Con anterioridad se estableció una posición respecto al elemento resultado, dentro del tipo objetivo, sin embargo, es de mencionar que existen algunas posturas distintas, al hecho de que el resultado debe de ser material (De lesión); Así por ejemplo: Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero y otros, en su obra “Lecciones de Derecho Penal”, página 156, escriben “ La consumación de un delito de peligro concreto requiere la comprobación por parte del juez de la proximidad del peligro al bien jurídico y de la capacidad lesiva del riesgo. Por está razón, estos delitos son siempre de resultado.” Welzel, en “

¹⁵¹ **Ibíd.. Pág.856.**

Derecho Penal Alemán “ al referirse a la situación típica del delito de omisión impropio, escribe “ Que la situación típica consiste en la producción de una lesión o de una puesta en peligro de un bien jurídico, es decir, en la producción de un resultado típico en el sentido de un delito de comisión..”.

La relevancia de lo anterior es que, si se admite el hecho de que puede ser imputado a una persona garante, la sola puesta en peligro de un bien jurídico, abre la posibilidad de poder imputar en comisión por omisión en autoría, delitos clasificados como de peligro concreto, en los que para su consumación no es necesario que se produzca la lesión o daño al bien jurídico, pues existe un adelantamiento de la barrera de protección del derecho penal.

Pero tal situación, ya ha sido resuelta con la posición que ha tomado el legislador al redactar el Art.20 Pn.; Por cuanto dice “ El que omita impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido”, otro de los efectos sería que se podría entonces imputar en comisión por omisión “ el simple actuar precedente culposo y/o antijurídico, sin la producción del daño, “ lo cual como ya se estableció no es posible, sino pues que se requiere de la lesión al bien jurídico tutelado.

Por ejemplo, se regula en el Art. 255 Pn, el delito de contaminación ambiental, y que es de peligro concreto, supongamos que Juan, quien no es funcionario ni empleado público, y que mediando contrato se ha comprometido al cuidado de un determinado sector de un bosque protegido, por el cual pasa un río, y observa como Pedro llega a depositar desechos de un taller que tiene, y Juan no lo impide. Bajo la posición de aceptar la puesta en peligro concreto, Juan sería autor del delito de contaminación ambiental en comisión por omisión, ahora bien, es sabido que delitos de resultados, son aquellos que requieren que la acción vaya seguida del resultado material(separables espacio-temporalmente), en el caso

planteado, ¿ Cuál es la lesión al bien jurídico protegido en el tipo? , la puesta en peligro en sí, pero como se dijo, lo que sucede es que existe un adelantamiento de la barrera de protección, el tipo está estructurado de tal forma que no sea necesario para su consumación la muerte de personas o animales, etc.

La respuesta al caso, la conducta de Juan quedaría impune como autor, por el motivo de que no sería político-criminalmente aceptable, imponer una pena a Juan que va de cuatro a ocho años de prisión, cuando para el caso de que se trate de funcionarios o empleados públicos que tienen el deber de actuar, la pena en abstracto es de uno a tres años (Art.262 Pn.), Máxime cuando en la ley penal salvadoreña, no se encuentra dentro de la cláusula del Art.20Pn. La facultad de atenuación que sí contiene el parágrafo 13 del Código Penal Alemán.

Pero la omisión de Juan, puede ser equiparable a un comportamiento activo de complicidad necesaria, y en forma excepcional, lo cual sería socialmente adecuado, y, además, la pena se reduce a un máximo de las dos terceras partes, según el Art. 66Pn., Con tal circunstancia se evita la impunidad y el exceso de la penalidad.

Otro de los aspectos es que: Como la cláusula genérica del Art. 20 Pn plantea la equiparación de la omisión con la causación o producción de dicho resultado, con respecto a tipos penales de resultados descritos en la parte especial del código, por lo que se reduce la aplicación de esta figura a delitos de resultado material, en términos generales.

SILVA SÁNCHEZ, al referirse a la regulación de la comisión por omisión en el código penal español (Art.11 Pn.), En la Revista Peruana de Ciencias Penales 7/8,año IV(ya citada), escribe “ El Artículo 11 reduce el ámbito de la comisión por omisión al ámbito de los delitos o faltas- que consistan en la producción

de un resultado-. Ello hace difícil introducir aquí algunas de las interpretaciones que, por ejemplo, se han desarrollado a propósito del término *resultado* contenido en el 13 del StGB Alemán. Según éstas, el término resultado no debería entenderse en el sentido físico de resultado material, separado en el tiempo y en el espacio de la conducta, sino que debería de entenderse como resultado en sentido jurídico(lesión o puesta en peligro). Y, así sería posible incluir en el ámbito del precepto también los casos de delitos de mera actividad, tanto de peligro como de lesión. Tal punto de vista, que ciertamente es defendible cuando se habla simplemente de resultado, se hace ya gramaticalmente difícil cuando la referencia es a delitos o faltas que no consisten en tal resultado, lo que excluye la hipótesis de la interpretación del término resultado del Art.11 en clave jurídica... Si a ello se añade que el juicio de equivalencia del Art.11 se realiza entre una no-evitación del resultado y su causación, todo parece abonar una restricción del ámbito del precepto a los delitos de resultado material.

Pues causación en sentido estricto sólo lo hay en delitos de resultado material.” (Es una crítica del autor, dado que él apoya la tesis de concebir el término resultado en forma amplia, al igual que Jackobs, citado también por Silva Sánchez, y Schone).

Este punto, es muy controversial para la teoría del delito, dado que se ha planteado que los delitos de resultado material pueden aparecer como delitos de peligro(concreto) o de lesión; Pero que, no obstante ello se establece para éste trabajo de investigación la posición de la restricción del término resultado en forma general, pero con excepciones, dado que concebirlo en un sentido amplio o jurídico sería darle una potencia o alcance a la cláusula genérica, que podría salir de control de la función político criminal.

C.-) La Situación Típica.

Comprende aquellos presupuestos circunscritos típicamente, cuya concurrencia hace que el ordenamiento jurídico exija una intervención.¹⁵²

Se establece, por tanto, el presupuesto de hecho (Supuesto de hecho) que da origen al deber de actuar y que varía según el tipo específico.

Por ejemplo: En el Art. 20 Pn. Se establece el supuesto de impedir un resultado, el que dependerá del tipo descrito en la parte especial del código, para el caso, causar lesiones, daños o muerte. Por lo tanto la situación típica requiere de complemento en su construcción en comisión por omisión.

El hecho de que él bañista se éste ahogando, constituye una situación típica.

D.-) La Ausencia de la Acción.

Implica la abstención de toda acción final dirigida a impedir la producción de un resultado, perjudicial o lesivo para el bien jurídico protegido; Es decir, el que tiene la obligación de salvamento o de barrera de protección, no acciona en esa dirección o mejor dicho no cumple con la función.

E.-) La Posibilidad y Capacidad real y física de evitar el resultado.
(El Poder Final del Hecho)

Se presenta en éste elemento del tipo, un análisis, en cuanto a la concurrencia de algunos aspectos externos que pudieran haber incidido en la voluntad del sujeto garante, en la realización de la acción de protección.

¹⁵² Welzel, Hans. " Derecho Penal Alemán". Parte General.4ª. Ed. Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Pág. 241.

Se debe determinar por lo tanto, si el sujeto estaba en condiciones físicas, como por ejemplo, en el lugar de los hechos, si tenía los medios materiales para emplearlos en su acción, etc. O si por el contrario, se encontraba limitado físicamente, por ejemplo, que otra persona hubiese ejercido violencia sobre él para impedir su actuación. Además, que psicológicamente pudiera reconocer las posibilidades de su acción.

Se debe de entender, que todo ello implica una construcción que debe de realizar el juez en cada caso concreto, por que el sólo hecho de que aparezca el resultado del supuesto de hecho de la situación típica, no implica una imputación automática del mismo.

Welzel:

Sostiene que “ La capacidad para la evitación del resultado dirigida finalmente, presupone en particular.”

(Son tres aspectos meramente materiales del conocimiento del sujeto)

<p>El Conocimiento de la situación típica Es decir, de la inminente producción del resultado. Es suficiente contar con la producción del resultado. El tener que conocer no basta.</p>	<p>La posibilidad de reconocer la vía de evitar el resultado El que no actúa, tiene que poder reconocer la vía y los medios para salvar el bien jurídico amenazado.</p>	<p>La posibilidad real-física de evitar el resultado Para ello hay que emitir un juicio causal hipotético sobre si la respectiva persona pudiese haber evitado el resultado con su actividad.</p>
--	---	---

F. -) El Nexo de Evitación.

Un gran sector de la doctrina penal sostiene que, en los delitos de omisión el vínculo que une la conducta con la lesión al bien jurídico, no es la relación de causalidad o nexo causal, puesto que la causalidad necesita de la puesta en movimiento de todo un curso capaz de desplegar fuerzas físicas y cambiar materialmente el mundo exterior o al menos ponerlo en peligro; por tanto, sólo es posible comprobar que una omisión es causal, sí: Supuesta mentalmente la acción omitida el resultado no se hubiera producido(teoría de la *Condictio sine qua nom*, de la causalidad hipotética o potencial).

El problema que representa esta posición doctrinaria, es que el análisis no se basa o fundamenta en un suceso real, sino que se hace sobre una posibilidad, es decir, en abstracto, por tanto, no se puede determinar con una probabilidad que linde en la certeza que esa omisión es causa del resultado.

Por tanto (Supra.2.2.4.C) se estableció la posición de grupo, en cuanto a considerar como un elemento objetivo del tipo, para imputar el resultado al garante, El Nexo de Evitación, y bajo las consideraciones que fueron citadas, a la que complementamos, estableciendo que, es más preferible referirse a nexo de evitación que a causalidad hipotética, en virtud, de que el no evitar, es una conducta perceptible por el sentido humano, y que es objeto de valoración en el mundo del ser; En cambio al hacer un juicio hipotético se establece una mera posibilidad, la cual en todo caso se valora como elemento objetivo del tipo por aparte (La posibilidad o capacidad de evitación.)

No obstante, que existen otros elementos objetivos del tipo(de tiempo, forma y lugar, normativos, descriptivos, etc.) se concluye aquí con los elementos especiales del tipo de omisión impropio, puesto que los demás son comunes a los delitos de comisión activa con el cual se equiparan, a continuación se presentan los elementos subjetivos.

2.2.5.2.-) Elementos Subjetivos del Tipo Penal de Comisión Por Omisión.

Se hace referencia en éste apartado al **tipo de injusto Subjetivo**, puesto que el tipo penal no sólo contiene elementos descriptivos, normativos, sino que comprende también el contenido de la voluntad de la acción u omisión.

Se tiene, que ese contenido de la voluntad radica en el dolo y la culpa o imprudencia, y en algunos tipos específicos, además, se incluyen otros elementos distintos del dolo, como de ánimo(injuriar, lucro, lascivo, de provecho, de sustraer, etc.), y que suelen denominarse elementos especiales de autoría o tendencia, que puede ser trascendente y de participación.

A.-) El Dolo.

Welzel sostiene que, toda acción (conducta) consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere- el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo- el momento volitivo-...El dolo como mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el derecho penal no puede alcanzar al puro ánimo, sólo en los casos en que conduzca a un hecho real y lo gobierne, pasa a ser penalmente relevante.

El dolo penal, tiene siempre dos dimensiones: No es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo. Esta función final objetiva del dolo para la acción(conducta) se presupone siempre en el derecho penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho. **Por tanto, dolo es el saber y querer la realización del tipo.**¹⁵³

Se concluye entonces, que el dolo tiene dos elementos uno cognitivo y otro volutivo. En consideración a ello, cabe mencionar que en el delito de comisión por omisión, existen tres posiciones, una que rechaza el dolo, otra que lo acepta y otra que sostiene el cuasidolo.

Se comienza por hacer referencia al cuasidolo, estableciéndose esencialmente lo siguiente: “ hay que reparar que en los delitos de omisión lo que no existe es precisamente una realización de acciones; Tenemos que admitir, pues, que el dolo en los delitos de omisión tiene que ser diferente que en los delitos de comisión. Por ese motivo, es posible afirmar que no existe un “dolo de omitir” en el sentido de conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo, es decir, en el sentido de los delitos de comisión. El dolo de la omisión tiene, consecuentemente, una estructura propia, por lo que cabe designarlo como “cuasidolo”.¹⁵⁴

¹⁵³ Welzel, Hans. “ Derecho Penal Alemán “. Parte General. Ibíd.Pág.77.

¹⁵⁴ Trejo, Miguel Alberto, Serrano y otros. “ Manual de Derecho Penal “. Parte General. CIJ- Ministerio de Justicia.2ª. Edición. El Salvador.1996 Pág.555. Cit. Bacigalupo.

Así faltando el elemento volutivo, entonces no se puede hablar de dolo en sentido estricto, faltando, por consiguiente.

Se tiene, que por lógica y por principio de legalidad y responsabilidad, según el Art.4 del Código Penal, la conducta sujeta a sanción penal debe de ser realizada con dolo o culpa, por tanto, no se puede estar haciendo referencia a un cuasidolo.

➤ **Estructura del Dolo en la Omisión.**

En primer lugar, en lo que al componente cognoscitivo, se requiere que el agente tenga conocimiento de la posición de garante, es decir, debe saber que en el caso concreto e él se le ha asignado la tutela del bien jurídico, en su calidad de padre, hijo, hermano, médico, jefe, oficial de seguridad, salvavidas, etc., este evento es distinto al conocimiento del deber de garante, es decir, el deber de actuar, que como tal, es un conocimiento de la antijuridicidad, cuya sede es la culpabilidad, en la conciencia de la antijuridicidad.

En segundo lugar, se debe de tener conocimiento de la situación típica y del curso causal, cuando el tipo es de resultado(con cierta reserva por lo de la causalidad hipotética).

En tercer lugar, se requiere del conocimiento de la posibilidad de representación de la conducta debida y la vía para evitarlo.

Con relación al componente volutivo, es indispensable que también el agente quiera la realización del tipo en su aspecto objetivo correspondiente, que tenga voluntad de realización de la conducta omisiva acorde con la nota de la finalidad.¹⁵⁵

En conclusión, el dolo del delito de comisión por omisión esta estructurado por el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y por la determinación de no ejecutar o evitar el resultado(aspecto volutivo), con lo que se cumple el tipo objetivo.

B.-) La Imprudencia (Culpa)

¹⁵⁵ Velásquez Velásquez. Fernando. " Derecho Penal ". Parte General. 3ª. Edición. TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997. Pág.451.

El tipo imprudente viene constituido, por la infracción al deber objetivo de cuidado y la causación(No-Evitación) del resultado típico. “ En los delitos de omisión impropios también puede presentarse la falta de cuidado que fundamenta la culpa, bajo los mismos presupuestos que en los delitos de omisión culposos.

Presupuestos:

- En el planeamiento o en la ejecución de la acción para impedir el resultado: el bañero lanza el salvavidas muy lejos o no se percató que debería lanzarse él al agua, para poder intervenir eficazmente.

- Al enjuiciar la situación típica: el bañero no presta atención y no oye el grito de ayuda, u oye el llamado, pero no cuenta con la producción del resultado, por ejemplo, por que cree que la persona que no sabe nadar puede ayudarse a sí misma en aguas no profundas.”¹⁵⁶

- El actuar precedente peligroso.

Otros ejemplos de imprudencia que se contemplan en la doctrina, el caso del médico que no atiende al herido por estimar que su estado de salud no es tan grave como el del otro paciente que debe de socorrer, siendo que realmente

¹⁵⁶ Welzel, Hans. “ Derecho Penal Alemán”, Parte General. 4ª.Ed.Castellana. Editorial Jurídica de Chile.Santiago de Chile. 1997. Pág.264.

ocurre lo contrario, el agente que por la premura de apagar un incendio, en lugar de rociarle agua le hecha gasolina, o el que por la impericia hace naufragar el barco; También puede suceder, que se viole el deber de cuidado, en virtud de que el omitente no apreció correctamente la posibilidad o capacidad real o física de realizar la acción de salvamento, por ejemplo:

El padre no se lanza al agua a salvar a su hijo, por que no puede nadar y piensa que el lugar es profundo, cuando en realidad no lo es.

Es de mencionar que para este delito también opera, la culpa con representación(consciente) o sin representación(Inconsciente) no obstante el código penal no hace tal distinción, además, que la culpa en omisión impropia, sólo cabrá en los tipos culposos ya establecidos en el código penal, por el sistema de numerus clausus que emplea, y siempre se tiene que es un tipo abierto, por tener que ser el juez el que realice el juicio de desvalor de la acción imprudente y determinar si el sujeto actúo imprudentemente.

C.-) El Error de Tipo en el Delito de Comisión Por Omisión.

Se establece que es el error sobre los elementos del tipo objetivo. Hay dolo cuando se conocen los elementos del tipo objetivo y se quiere su realización; De ahí que, sino se conocieren los elementos del tipo objetivo, el autor obrara

con error e ignorancia sobre alguno de esos elementos, en consecuencia no sólo falta el conocimiento, sino también la voluntad de realizar el tipo.

El error es una causa que excluye el dolo cuando recae sobre los elementos del tipo objetivo, pero debe de tomarse en cuenta que la exclusión del dolo no implica exclusión total de responsabilidad penal, ya que si el autor ha obrado con error de tipo, faltado al deber objetivo de cuidado, su adecuación típica evidentemente no será dolosa, pero sí adecuada a un tipo culposo, siempre que la imprudencia aparezca tipificada como tal. ¹⁵⁷

Por ejemplo: Juan, que tuvo una relación con María, de la cual nació un niño, pero que María no lo hizo saber a Juan, cierto día la habitación donde residía María se estaba incendiando con el niño adentro, y Juan al ver la situación, únicamente observó como las llamas consumieron la casa con el niño dentro.

En realidad Juan, omitió la acción final de salvamento, pero sucede que a él no se le puede imputar el homicidio en comisión por omisión, por que había un desconocimiento de su parte de uno de los elementos objetivos del tipo (Posición de Garante) por fuente de ley (relación paterno-filial), pero si lo será del delito de omisión del deber de socorro, Art.175Pn.

¹⁵⁷ Trejo, Miguel Alberto, Serrano y tros. “ Manual de Derecho Penal” Parte General. Opcit.Pág.272-273.

Fuentes de Paz, menciona como ejemplo, el hecho de abandonar a una persona que esta incapacitada de valerse por sí misma, creyendo que ésta finge.

Se debe de recordar que el error de tipo puede ser vencible e invencible, en el caso de ser invencible, como en el primer ejemplo citado, no es típica la conducta, al menos de comisión por omisión, en caso de que el error sea vencible, subsiste la culpa. Art.28 del Código Penal.

2.2.5.3.-) El Desistimiento Y la tentativa de la Omisión.

(Omisión de Tentativa).

A.) El desistimiento excluye la responsabilidad penal, excepto cuando producto de la omisión su hubiere presentado una lesión al bien jurídico. Por ejemplo:

El socorrista del balneario, escucha la voz de auxilio, por que una persona se esta ahogando, inicialmente él no hace nada, sólo observa, al ver que la persona en peligro se hunde, se tira al agua, y la salva, pero la persona en mención en el chapoteo realizado se lesiona o fractura la clavícula.

Como el resultado del ahogamiento no ocurrió, no se le puede imputar ese resultado, lo que sí se le va a imputar son las lesiones en comisión por omisión.

B.) Con respecto a la tentativa, es un tema muy discutido en la comisión por omisión, sobre todo si se trata de la idónea (acabada) o inidónea(inacabada).

Welzel, establece que “omitir la tentativa de impedir el resultado corresponde a la tentativa acabada de comisión; La tentativa de omisión comienza y termina en el momento en que el obligado a más tardar debería haberla emprendido, si de acuerdo a su representación hubiese sido exitosa. Por el contrario, no existe un paralelo con la tentativa inacabada de comisión. El ordenamiento jurídico exige la evitación oportuna del resultado ”.

Jescheck, establece que **la tentativa es inacabada**, cuando el autor cree poder todavía realizar la acción exigida, **y acabada** cuando según su opinión no podría ya impedir el resultado.¹⁵⁸

Se establece según el Art. 24 Pn. , que el resultado no se consumó, por una causa extraña al agente, por tanto no hay resultado, entonces no concurre uno de los elementos objetivos del tipo de comisión por omisión. Otro aspecto es que tal como lo establece el Art.12 Pn., el hecho punible se considera realizado, al momento de la acción o de la omisión, aún cuando sea otro el tiempo del resultado.

Es de aclarar, que será admisible la tentativa en los delitos de comisión por omisión, si se tiene el criterio que también opera la cláusula genérica para los delitos de peligro y de mera actividad siempre, si por el contrario, se sostiene que sólo opera con los delitos de resultado material, la tentativa no será admisible en ninguna de sus dos formas.

¹⁵⁸Jescheck, Hans-Heinrich. " Tratado de Derecho Penal". Parte general. BOSCH. Barcelona España. VII 1981. Pág.880.

Ahora bien, supongamos, que una persona se esta ahogando, y el guardavidas no realiza la acción de salvamento, pero otra persona que no tiene posición de garante, socorre y salva a la víctima.

Se podría decir que el resultado no se dio por una causa ajena al omitente, idónea, ¿En realidad se esta ante un caso de tentativa?, Lo que sucede es que el resultado no ocurrió, sino únicamente la puesta en peligro.

Supongamos, que el socorrista realiza la acción tardíamente, y el bañista se ahoga por tal motivo, la pregunta es, si habrá tentativa o la consumación del delito de homicidio en comisión por omisión. En contexto, la omisión surge en el mismo momento que debía de haber tenido lugar la acción de salvamento, el obrar en forma retrasada, es un actuar negligente, con lo que estaríamos en un caso de homicidio imprudente en comisión por omisión.

La teoría finalista, sostiene que no se puede hacer referencia a la tentativa de omisión, sino que se trata de la omisión de la tentativa de impedir el resultado.¹⁵⁹ Otra consideración con respecto al finalismo es que la tentativa constituye el principio de ejecución del delito que esta dentro de la fase externa, pero no constituye la ejecución en sí misma para los delitos de resultado material.

¹⁵⁹Welzel, Hans. "Derecho Penal Alemán", Parte General. 4ª.Ed.Castellana. Editorial Jurídica de Chile.Santiago de Chile. 1997. Pág.262.

En cuanto al funcionalismo, la tentativa se encuentra en la fase intermedia o actos preparatorios para la consumación del delito, y ésta sólo es punible cuando se pone en peligro efectivo el bien jurídico.

Concluyendo, se tiene que es procedente descartar la tentativa en el delito de comisión por omisión, por las razones siguientes: 1) No concuerda con el fundamento de la misma, en el sentido de que es necesario un comportamiento activo de la voluntad final de realización del tipo penal, 2) Como consecuencia lógica, se necesita de la puesta en marcha de la fase de ejecución o intermedia del delito, lo que implica el impulso de energías físicas activas, 3) En el delito de comisión por omisión, la omisión está directamente relacionada con el resultado, y no con el desarrollo del hecho, puesto que como ya se dijo antes, en la omisión, la causalidad no se encuentra directamente relacionada con la conducta del sujeto omisivo, puesto que ya está sucediendo (Curso causal ajeno al omitente).

Bacigalupo, sostiene que “ la posición de garante solamente se relaciona con la evitación del resultado, por lo cual, en la medida en que esta es todavía posible, no hay aún conducta punible. Pero una vez que la lesión ya no es evitable, la punibilidad no presenta duda alguna. Esta misma circunstancia demuestra

hasta que punto es imposible fijar en el transcurso anterior a esta inevitabilidad de la lesión el momento del –comienzo de la ejecución-.”¹⁶⁰

2.2.5.4. -) AUTORIA Y PARTICIPACIÓN.

Es muy discutido el hecho de establecer, si puede haber coautoría y autoría mediata en el delito de omisión impropia, así como instigación y complicidad, a continuación se presentan algunos datos sobre el tema.

A.-) Autoría.

Según la doctrina finalista, es autor aquel que tiene el dominio final del hecho, para el caso de los delitos dolosos, y en el delito culposo, lo es todo aquel que mediante una acción lesiona una norma de cuidado requerido en el ámbito requerido, causación respecto del resultado típico producido no dolosamente.¹⁶¹

¹⁶⁰ Bacigalupo, Enrique, “ Delitos Impropios de Omisión”. Opcit. Pág.191.

¹⁶¹ Welzel, Hans. “ Derecho Penal Alemán”, Parte General. 4ª.Ed.Castellana. Editorial Jurídica de Chile.Santiago de Chile. 1997.Pág.119-120.

El Art. 32 Pn. ,Establece que “ Incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices. Los autores pueden ser directos o pueden ser mediatos...”

El Art.33 Pn. Contiene que “ autores directos o coautores”, Son autores directos los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito”.

En el Art.34 Pn., se tiene que “Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio del otro del que se sirven como instrumento...”

La autoría mediata tiene su base en el dominio de la voluntad. Welzel¹⁶², al respecto, subclasifica la autoría mediata bajo tres aspectos, así:

- Sobre la base de dominio final único del hecho por utilización de un tercero que actúa sin dolo.
- Sobre la base de un dominio superior del hecho, mediante utilización de un tercero que actúa sin libertad.
- Autoría mediata del cualificado por la utilización de un no cualificado. En los delitos especiales propios el cualificado que está detrás y que induce, es el que da al no cualificado la posibilidad de tomar parte en la realización típica del delito especial.

¹⁶² Ibíd.Págs.122-125.

1.-) En el delito de comisión por omisión, **es autor directo**, aquel que tiene la posición de garante por cualquiera de las fuentes, y que no evita la producción del resultado, teniendo la capacidad para hacerlo.

Por ejemplo: La madre que no alimenta al hijo y muere, el salvavidas que no socorre al bañista, el hermano que no socorre del incendio al hermano, etc.

2.-) **En cuanto a la coautoría**, esta requiere del acuerdo de voluntades en la realización del hecho, es decir, los sujetos realizan el hecho conjuntamente, se aplica la teoría del dominio funcional del hecho, en la doctrina se establecen algunos requisitos para que opere, a saber:

-Debe de existir un elemento subjetivo, el acuerdo previo y común, una división de tareas o funciones previamente acordada;

-La Contribución del coautor debe ser esencial, será así cuando el interviniente individual, retirando su contribución, pueda desbaratar todo el plan.(Roxin)¹⁶³

¹⁶³Verdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero y otros. “ Lecciones de Derecho Penal”, Parte General. Op cit. Pág.292.

Roxin, sostiene que en el delito de omisión, el concepto del dominio funcional o del hecho, aún y cuando se le vea en dos sentidos: a) Como posibilidad de intervención y b) Como dominio del hecho social; No es lo que convierte esencialmente en autor al omitente, sino el deber de evitar el resultado(aspecto que debe de agregarse)¹⁶⁴.

En cuanto a este apartado de la coautoría existen dos posiciones, los que sostienen que se presenta y los que la rechazan.

Dentro de las consideraciones a tomar en cuenta para rechazarla tenemos: La falta de exigencia en el tipo subjetivo de la omisión impropia de una “ voluntad de realización “, lo que sí impide hablar de resolución común al hecho (Bacigalupo, Armin Kaufmann); La falta de una acción o de una ejecución activa priva de sentido a una división de trabajo, implicando que no es concebible que alguien omita una parte mientras otra omite el resto.

Roxin, sostiene que es posible la coautoría en la omisión, lo cual descarta Kaufmann, pero de una forma limitada; sostiene que, allí donde existe un deber

¹⁶⁴ Roxin, Claus. “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal “. Traducción de: Cuello Contreras, Joaquín y otro. Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 1998. Págs. 499-504.

común resulta perfectamente posible la coautoría por omisión. Por ejemplo: Si dos guías de montaña asumen contractualmente el deber de guiar conjuntamente a otro grupo de alpinistas y si conciben y ejecutan el plan de dejarlos en la estacada en un lugar peligroso, son, en función de qué tipo sea aplicable, coautores del abandono, lesiones o de homicidio.¹⁶⁵ Posición a la cual nos adherimos en este trabajo de investigación.

Con respecto a la posibilidad de concebir la coautoría, en la cual un sujeto actúa en forma activa y el otro en forma omisiva, tenemos, que ambos son autores, pero uno lo será del delito establecido propiamente y el otro en comisión por omisión; Lo anterior por que en materia de coautoría se considera de insalvable criterio, para la imputación de los intervinientes que se tomen en cuenta los mismos elementos de imputación, lo cual no sucede en dos formas de comportamiento distintos.

3.-) Autoría Mediata.

En la omisión impropia(y propia) se descarta, por dos consideraciones:

¹⁶⁵ Roxin, Claus. “ Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal”.Marcial Pons. Madrid-1998.Pág.507.

a.) Omisión y dominio del hecho no pueden coexistir (Bacigalupo); El equipo investigador, sostiene, dominio de la voluntad del hecho por omisión, que es más natural, de lo afirmado por Bacigalupo; **b.)** Toda autoría mediata presupone que el sujeto de detrás se sirva de una persona interpuesta a la que, mediante hacer activo, emplea en el curso de la acción, bien sea dirigiendo el suceso en virtud de su dominio de la voluntad, bien sea simplemente impulsando él, como obligado, a un *extraneus doloso* (lo que en el caso del instrumento doloso no cualificado, basta para fundamentar la autoría mediata). Tal “impulso” falta por naturaleza en la omisión. Si se quisiera renunciar a este requisito habría que estimar autoría mediata en todos los casos en que un garante no interviene para contrarrestar el delito de un tercero.¹⁶⁶ (Posición que es la más adecuada.)

Maurach, por el contrario, sostiene la posibilidad de la autoría mediata, y pone el siguiente ejemplo: El enfermero encargado de la vigilancia en una institución psiquiátrica deja, adrede, que un enfermo mental ataque a otro.”

Lo que sucede con este ejemplo, es que, el enfermero no ha producido mediante su actividad la predisposición del enfermo para que agrede al otro,

¹⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 509.

dado que su conducta ha sido pasiva, y si así lo hubiera sido, entonces fuese autor directo pero por comisión, no por omisión.

B.-) Participación en la Omisión.

Las formas de participación que se regulan en el código penal, Arts.35,36, son:
Instigación, complicidad (necesaria, no necesaria).

1.-) La instigación de la omisión.

Se consideran instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito; es decir, la creación en otro del dolo de hecho.

En cuanto a la omisión existen dos posiciones:

Para Roxin (funcionalismo), es posible, en virtud de que no hace depender la accesoriadad del dolo(entendido como voluntad final de realización)sino de la

existencia de un deber, la falta de dolo en el hecho principal no constituye problema alguno para admitir la instigación en la omisión impropia.¹⁶⁷

Por su parte Armin Kaufmann y Hans Welzel, sostienen que la llamada “instigación” a la omisión o, más precisamente, “la disuasión” del cumplimiento del deber, constituye directamente un caso de autoría del correspondiente delito de comisión.¹⁶⁸

Por ejemplo: En el turicentro la cueva, balneario de la localidad, Juan se está ahogando, Pedro que se encuentra junto a Manuel, quien es el salvavidas, le dice que no realice el rescate, omitiendo Manuel realizarlo, razón por la cual Juan muere ahogado.

¿ Es Pedro responsable como partcipe, por instigación?

**** 1ª. Posición:** Es que Pedro, queda impune, por las consideraciones siguientes: En primer lugar, la disuasión que hace, no es lo que determina finalmente a la producción del resultado(no existe vínculo entre la acción del inductor, al hecho principal), sino la no-evitación del mismo(el rompimiento del curso causal lesivo) del cual el único obligado es el salvavidas por ser garante;

¹⁶⁷ Bacigalupo, Enrique. “ Delitos Impropios de Omisión”. 2ª.Edición. TEMIS. Bogotá, Colombia. 1983.Pág.177.

¹⁶⁸ *Ibíd.*Pág.177.

En segundo lugar, Quien en todo caso tiene el dominio del hecho y asume la responsabilidad de la no-ocurrencia del daño, es el garante, puesto que finalmente es su resolución y no actuar lo que produce el resultado, y definitivamente, dado que el dolo de la omisión implica una construcción normativa en lo que respecta al conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y el querer no realizar la acción esperada, no se podría considerar que en esa misma medida se va a configurar el dolo del que disuade o instiga. (En acuerdo con esta posición Bacigalupo, “Delitos Impropios de Omisión”. Pág.184).

A lo que se ha planteado, es a lo que Roxin denomina “ huecos en la punibilidad”¹⁶⁹ La solución, sería que el legislador, agregará al Art.35 “... u omitir la *no-evitación* del mismo”.

*** **2ª. Posición.** Welzel, por su parte sostiene que éste retener a otro, debe de ser enjuiciado de acuerdo a los tipos de comisión: Quien en un accidente induce a un obligado a prestar ayuda a desistirse de su decisión de salvamento dándole un billete de 100 marcos, no debe ser penado como instigador, sino por homicidio o asesinato (en caso contrario debería de quedar impune quien

¹⁶⁹ *Ibíd.*. Pág.182.

induce a una persona pronta a prestar auxilio, sin estar obligada a ello, a omitir la acción de salvamento: sería instigación a una omisión atípica).¹⁷⁰

****** 3ª. Posición:** Si es posible la instigación a un delito de omisión, por razones, éticas-sociales y jurídicas, constituyendo tal conducta, un comportamiento socialmente relevante, además, que la equiparación es posible según el contexto de la ley. Por Ejemplo: Juan induce o disuade a Pedro(controlador de tráfico aéreo) a que no preste el auxilio debido a los pilotos cuando aterrizan o despegan de pista, determinándose Pedro en ese sentido, producto de lo cual surge un accidente de aviones, muriendo los pasajeros. Como podría observarse existe una relación causal de la acción de disuasión con la determinación a no realizar la acción de salvamento.

Consistente la inducción en el caso anterior, a la provocación dolosa de la decisión del omitente de permanecer inactivo pese a conocer la situación típica y la posición de garante, y como se trata de inducción por medio de un hacer positivo no representa problema con la omisión y el garante. Si se instiga o disuade a un padre a dejar que se ahogue su hijo, ciertamente esto es, según los baremos valorativos del legislador, más merecedor de pena que si se anima

¹⁷⁰ Welzel, Hans. " Derecho Penal Alemán", Parte General. 4ª.Ed.Castellana. Editorial Jurídica de Chile.Santiago de Chile. 1997. Pág.244-245.

a seguir su camino a un desconocido que pasaba por casualidad por el lugar del accidente.¹⁷¹

2. -) La Complicidad.

“**Muñoz Conde**” establece que “Cómplice sería el que con su contribución no decide el sí y el cómo de la realización del hecho, sino sólo favorece o facilita que se realice”.

“ **Hans Welzel**” por su parte sostiene, “ La Complicidad consiste en prestar ayuda dolosa a un hecho doloso. El autor no necesita saber que se le ayudará. La complicidad puede prestarse mediante hechos y consejos, luego también espiritualmente. Según la teoría predominante también por omisión. Sin embargo, aquí la delimitación entre complicidad y autoría se hace muy problemática”.

¹⁷¹Roxin, Claus. “ Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal”.Marcial Pons. Madrid-1998.Pág.553-554.

En la doctrina se establecen dos formas de participación en complicidad: La primera se designa como **complicidad necesaria**, la que implica que el aporte doloso del colaborador es imprescindible para la realización del delito, es decir, que sin ella el hecho no se hubiera realizado; La segunda es la **complicidad no necesaria**, cuando dicha colaboración no es determinante para el suceso, es decir, que no prestándose tal cooperación, el resultado antijurídico siempre se hubiere dado;(A la primera se le denomina también primaria y a la segunda secundaria.) La complicidad necesaria se encuentra regulada en el N°. 1 del Art. 36 del Código Penal, y la no necesaria, en el N°. 2 del mismo artículo.

A efecto de poder determinar la posibilidad de la complicidad en la omisión y en especial del delito de comisión por omisión, **Roxin** hace la siguiente consideración: “ Por ejemplo, aquel en que el garante no interviene para impedir un homicidio. Este supuesto ofrece dos aspectos, **desde la perspectiva de la autoría**: El del dominio del hecho(que corresponde al que actúa) y el del deber (que convierte en autor al omitente). Sólo aplicando este patrón doble se obtienen dos autores simultáneos concebidos autónomamente. Ahora bien, sino se atiende a la virtualidad fundamentadora de autoría del deber de evitar el resultado y se enjuicia el suceso en su totalidad según el criterio del dominio del hecho, la calificación penalmente relevante del omitente desciende hasta

constituir una cooperación a título distinto de autoría que sólo puede valorarse como complicidad”.¹⁷² En todo caso, se puede observar que cuando concuerdan una conducta activa y una omisiva, se considera en general a esta última como complicidad, puesto que en la primera se constituye el dominio final del hecho, y a lo sumo, el omitente lo que hace es quebrantar la norma que le manda actuar.

Welzel en consideración a la participación, establece “ No hay participación en el delito de comisión por omisión: El garante que omite evitar la agresión al bien jurídico que tiene que proteger no es punible como cómplice de homicidio por omisión, sino como autor de omisión(homicidio por omisión); Pues él con la capacidad de acción, tiene el dominio final del hecho para repeler al homicida.”¹⁷³

**** En advertencia a los anteriores enfoques, se sustenta en esta labor académica de investigación, los siguientes parámetros:**

¹⁷² Roxin, Claus. “ Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal”. Marcial Pons. Madrid-1998. Pág.521-522.

¹⁷³ Welzel, Hans. “ Derecho Penal Alemán”, Parte General. 4ª.Ed.Castellana. Editorial Jurídica de Chile.Santiago de Chile. 1997. Pág. 263.

- **Que por regla general, en aquellos casos en que el garante omita la no-evitación del resultado, teniendo capacidad para hacerlo, será autor directo en comisión por omisión del tipo que se ajuste.**
- **Que se considerará la complicitad(autónoma) en comisión por omisión, en aquellos delitos, en que aún y cuando el sujeto activo(Omisivo) sea garante del bien jurídico, por características propias o especiales que el tipo requiera en cuanto al sujeto (Elementos subjetivo especiales del tipo)y el resultado(no material), no se le pueda considerar autor al garante, por ejemplo: Elementos especiales de ánimo: Lucro, satisfacción sexual (Delitos de propia mano), etc.**

Así, en el caso del padre que ante una situación típica de violación, por parte de un tercero en su hija, y no hace nada para evitarlo. Por ser de propia mano el delito de violación, no se le puede imputar en comisión por omisión, pero su inactividad equivale a una participación necesaria para la consumación, puesto que teniendo la posición de garante y la capacidad para avisar o intervenir personalmente en la evitación, no hace nada, por esto contribuye con tal decisión al resultado antijurídico; Se deja a valoración lo establecido en el Art. 309 Pn. "Omisión del deber de poner en conocimiento determinados delitos ", en el sentido que se pudiera decir que

por razones de política criminal, sería lo más adecuado disminuir lo más posible la pena.

En conclusión y comentando a CLAUS ROXIN, se tiene que “ Más bien la **complicidad por omisión** con arreglo al resultado de nuestro estudio sólo alcanza significación autónoma allí donde no existe un tipo prescriptivo de garante, esto es, según nuestra teoría, en lo esencial en los delitos de propia mano, en los delitos de infracción de deber personalísimos y en los de apropiación.¹⁷⁴

Una situación de consideración, es que como ya se asentó, la autoría del delito de comisión por omisión se da en los delitos de resultado material, y la exclusión en aquellos que requieren de elementos subjetivos distintos del dolo (de ánimo y autoría) y los de propia mano. En todo caso, el juez debe de determinar con criterio de justicia.

2.2.5.5. -) Concurso de delitos en comisión por omisión.

¹⁷⁴Roxin, Claus. “ Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal”. Marcial Pons. Madrid-1998.Pág.523.

Generalmente para realizar el estudio del concurso de delitos, se suele hacer la distinción entre concurso real y concurso ideal (propio e impropio o medial).

Bajo la denominación concurso de delitos se incluyen distintos supuestos que van más allá de la tradicional división entre concurso real y concurso ideal; Junto a ellos existen otros de pluralidad de acciones y unidad de delitos (delito continuado y delito masa, Arts.42 y 43 C.P., respectivamente) y de pluralidad de acciones y de delitos, pero tratada como si de concurso ideal se tratase(concurso ideal impropio)¹⁷⁵, punto de partida de los supuestos mencionados es el tratamiento de la unidad de acción y delitos.

En cuanto al delito de comisión por omisión, lo correcto será hacer referencia al concepto de unidad de omisión y delitos.

A.-) Concurso Ideal. Concepto: Es el que se da, cuando con un sola acción u omisión se cometen dos o más delitos, o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, Art.40 Pn.. (En el

¹⁷⁵ Muñoz Conde, Francisco. "Teoría General del Delito". 2ª. Edición. Tirant lo Blanch. Valencia 1991. Pág.193

segundo supuesto es de aclarar que se está ante un concurso ideal impropio o medial)

Un ejemplo de concurso ideal en comisión por omisión, sería el hecho del salvavidas que no socorre a dos personas que se están ahogando, una muere y la otra por sus propios medios logra salir a flote, pero producto de ello se fractura una de sus manos; Así pues, como consecuencia de una misma omisión, resultan dos delitos: El homicidio y las lesiones.

En relación, a éste concurso ideal, cabe la pregunta ¿ Podría una sola omisión, determinar dos delitos, uno doloso subsiguiente de uno imprudente o culposo, en una misma situación fáctica o típica?

Al respecto, se hace referencia a sentencia pronunciada, por el tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, en el caso conocido como el Estado de El Salvador, contra el Sargento Martínez Rodríguez, por el delito de homicidio agravado en comisión por omisión; En la que el tribunal colegiado determinó la responsabilidad del imputado, en concurrencia de: En primer momento de Lesiones graves agravadas, y en segundo momento de homicidio culposo.

Uno de los problemas que representa tal decisión, es poder determinar en que momento de la omisión, un comportamiento que inicialmente fue doloso, se modifica a imprudente, lo anterior equivale a decir, que el sujeto activo con conocimiento y voluntad omitió la acción de salvamento, para que se resultaren las lesiones, pero que tal resultado esperado, por una circunstancia no conocida o no querida por él, concluyó en el resultado muerte. Bajo ésta óptica, se estaría en el ámbito de una conducta preterintencional, así:

“El tipo preterintencional, radica en que el agente, dirige su voluntad de causación hacia un determinado resultado, produciéndose uno más grave, que él estaba, por lo menos en capacidad de prever. La Conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente; El ejemplo más clásico es del autor que, actuando con dolo de lesionar a otro, le causa culposamente la muerte.”¹⁷⁶ El problema en sí, es que esta conducta, no la regula el código penal, otro aspecto del caso en comento, es lograr determinar en que momento surge el error sobre el resultado.

B.-) Concurso real o material en comisión por omisión.-Concepto: Hay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independientes

¹⁷⁶Velásquez Velásquez, Fernando. “Derecho Penal”. Parte General. 3ª. Edición. TEMIS, S.A. Santa Fe de Bogotá- Colombia. 1997. Págs.440-441.

entre sí, se cometen dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada. Art. 41 Pn.

Por ejemplo: En el caso del salvavidas anterior éste omite por la mañana socorrer un bañista y más tarde omite socorrer a otro, habiendo resultado ahogados ambos; como se observa existen dos omisiones independientes entre sí decididas por un mismo sujeto, y qué han dado como resultado dos delitos de homicidio, también pudiese haber ocurrido que uno de ellos solo se hubiera lesionado, de lo cual se tiene que este concurso puede ser **homogéneo y heterogéneo.**

Los requisitos del concurso real en comisión por omisión, se tienen: **a.)** Pluralidad de omisiones independientes entre sí, **b.)** unidad o pluralidad de tipos penales, **c.-)** Unidad del sujeto omisivo o garante, **d.)** El sujeto pasivo, es el garantizado, existe esa relación entre ambos, que determina el tipo, **e.)** Es preciso que el sujeto omisivo, sea ente de juzgamiento en un mismo sumario.

2.2.6.-) La antijuridicidad en el delito de comisión por omisión.

Cuando se hace referencia al concepto de antijuridicidad, se debe de tomar en cuenta que puede ser vista desde dos aspectos: Formal y Material.

Por antijuridicidad **formal**, se va a entender que es la mera contradicción de la conducta del sujeto activo con el ordenamiento jurídico. Y por antijuridicidad **material**, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Suele también la doctrina penal más antigua, denominarla como antijuridicidad objetiva y subjetiva. La primera entendida como la mera contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico; La segunda referida al quebrantamiento de mandatos y prohibiciones establecidas en la ley, y que por imperativo los conciudadanos deben de observar, determinándose el sujeto en sentido contrario, debe de responder personalmente por su hecho.

A.-) Antijuridicidad e Injusto Penal y Personal.

Antijuridicidad es una característica que tiene una conducta de ser contraria al orden jurídico; **Injusto penal** es la conducta que presenta los caracteres de ser penalmente típica y antijurídica.¹⁷⁷

Injusto Personal; Welzel sostiene, que lo injusto no se agota en la causación del resultado(lesión del bien jurídico) desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción (u omisión) es antijurídica sólo como obra de un autor determinado. *La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal.* La lesión al bien jurídico(el desvalor de resultado) tiene relevancia en el derecho penal, sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción).¹⁷⁸

En consideración a lo anterior, lo que sucede en sede de antijuridicidad, es un juicio de desvalor o de valoración negativa de la conducta del agente con respecto al resultado, en cuanto a que sí lo amparaba una norma permisiva o justificante para lesionar un bien jurídico.

¹⁷⁷Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal". Parte General. 5ª. Edición. EDIAR. Buenos Aires-Argentina. 1987. Pág.482.

¹⁷⁸ Welzel, Hans. "Derecho Penal Alemán ". Opcit. Págs.74-75.

B.) Causas de Justificación.

Se tiene entonces que son las causas de justificación, el elemento negativo de la antijuridicidad; De estas causas de justificación, se distinguen:

a.) El Cumplimiento de un deber y su colisión, ejercicio legítimo de un derecho o actividad lícita, b.) Defensa necesaria(propia e impropia) o legítima defensa, c.) El estado de necesidad justificante. Se encuentran reguladas estas en el Art. 27 numerales,1,2,3, del código penal.

Las causas de justificación, poseen dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo; **El Elemento Objetivo**, está configurado por la descripción de la norma permisiva, por ejemplo, en la legítima defensa: la agresión ilegítima, la necesidad de la defensa y no haber sido provocada; Pero debe concurrir además del conocimiento la voluntad de la defensa.

El Elemento Subjetivo, es el conocimiento de los elementos objetivos, y la voluntad de realizar la acción u omisión, de defensa.

En lo que respecta al delito de comisión por omisión, en sede de antijuridicidad, lo que importa es determinar si la omisión quebrantadora del deber de actuar, estaba o no justificada; Aún y cuando representa

problemas dogmáticos, puesto que un garante que puede omitir justificadamente, podría identificarse con un elemento objetivo del tipo, en el sentido de que no tenía la capacidad de evitación, y no llegar hasta la antijuridicidad para excluir la responsabilidad penal, que es la consecuencia de los elementos negativos de la misma.

Ejemplos:

Omitir en legítima defensa. Juan, es el guía del bosque Montecristo; Pedro odia a Juan, por que se ha enterado que es el amante de su esposa, por lo anterior decide contratar a Juan para que lo guíe en la escalada, con la intención de matarlo una vez que se encuentren en la cumbre de la montaña; Así, una vez en el lugar Pedro le dice a Juan que lo va a matar, y saca una pistola, ante lo cual éste huye, y deja abandonado a Pedro, quien no conoce el lugar, y al poco tiempo es devorado por los coyotes, muriendo.

Omisión por cumplimiento de un deber y su colisión.

Resulta que cierto día, Manuel, que es doctor, se encontraba en la sala de urgencias, atendiendo a un herido por arma blanca, cuando al mismo tiempo ingreso otro herido por arma de fuego, habiendo determinado Manuel que era más urgente atender a éste último, ante lo cual el primer paciente pierde las funciones motoras de la mano herida. Por la actividad del

doctor existió una colisión de deberes, pero su omisión, con respecto al primer paciente que resultó lesionado, no se le va a imputar.

Omisión por un estado de necesidad justificante.

Uno de los problemas que representa esta causal de justificación, en los delitos que prescriben el deber de actuar, es que el agente omisivo casi siempre tiene el deber jurídico de afrontar el peligro, y el numeral 3 del Art. 27 Pn. , en la parte final, establece que no se tenga el deber jurídico de afrontar el peligro.

-Se presentan a consideración, algunos ejemplos: El Montañista o guía, que por salvaguardar la vida de los demás excursionistas, ante una avalancha, deja abandonado a uno de ellos y muere.

-El salvavidas, que deja de atender a uno de los bañistas, que se ha fracturado, por lanzarse al agua a socorrer a alguien que se ahoga.

Se aclara, que en cada caso concreto el juez debe de valorar tales circunstancias, con relación a la capacidad o no de actuar del omitente, puesto que interesa a la existencia del tipo objetivo en comisión por omisión.

2.2.7. -) La culpabilidad en el delito de omisión impropia.

En la doctrina penal, se ha hecho referencia a éste término bajo dos grandes puntos de vista: **1.) Concepto psicológico de culpabilidad**, entendiendo que su atribución a un sujeto requería la comprobación de un nexo psíquico con el hecho cometido, es decir, una relación de causa efecto, que le hiciera penalmente responsable del mismo.¹⁷⁹ **2.) Concepto normativo de culpabilidad**, incluye, en un primer momento el reproche al autor por su conducta antijurídica, es decir, la realización del hecho lesivo del bien jurídico; En segundo lugar, por el merecimiento de la pena, por haber quebrando el orden jurídico y social, aún y cuando pudo haberse motivado en forma distinta; En tercer lugar, sí el sujeto tenía o no-conocimiento de que su hecho es contrario a derecho.

En conclusión, pues, la nueva concepción dialéctica de la culpabilidad se materializa en la idea de la suficiente motivación normativa del autor del hecho antijurídico; en torno a ella se pueden distribuir los elementos de la culpabilidad, así:

A.) Capacidad de culpabilidad o imputabilidad: “ La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo del injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para

¹⁷⁹Verdugo Gómez de la Torre, Ignacio. Arroyo Zapatero, Luis y otros. “ Lecciones de Derecho Penal”. Parte General. 2ª. Edición. PRAXIS.S,A., Barcelona. 1999. Pág.242.

poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones físicas, o perturbación de la conciencia, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos.”¹⁸⁰

Por ejemplo: Un enajenado mental llega al lugar del accidente y observa como una persona pide auxilio, y éste lo que hace es ponerse a bailar y posteriormente se retira del lugar, muriendo el lesionado; Aún y cuando se asumió posición de garante, por la cercanía que tuvo con el bien jurídico que se estaba lesionando, no se le puede hacer responsable, por no tener capacidad de culpabilidad.

B.) El conocimiento de la prohibición penal o conciencia de la antijuridicidad: “ Junto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, constituye también un elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad. Quien realiza dolosamente un tipo penal, actúa, por regla

¹⁸⁰ Muñoz Conde, Francisco. “ Teoría General del Delito”. Opcit. Pág.129.

general, con conocimiento de la ilicitud de su hacer. Así como decíamos antes, que la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad, podemos decir ahora, que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido, tanto más cuanto el bien jurídico protegido en el tipo en cuestión sea uno de esos fundamentales, para la convivencia y en cuya protección tiene su razón de ser el derecho penal.¹⁸¹

En éste elemento de la culpabilidad, se analiza en que punto tuvo el agente conocimiento de la norma, sea sobre la existencia de la prohibición o de una causa de justificación. De ahí se tiene que el desconocimiento da lugar al error de prohibición.

B.1.- El Error de Prohibición.

Para Muñoz Conde, el error de prohibición es: El desconocimiento o ignorancia del carácter prohibido del hecho típico y antijurídico.

¹⁸¹ Ibíd. Pág.142.

Suele clasificarse en la doctrina, a este error como error de prohibición directo e indirecto, y a su vez en vencible e invencible.

- **Error de prohibición directo**¹⁸²: Existe un error de prohibición directo, que es aquel que recae sobre la propia existencia de la prohibición, por ejemplo: Fotocopiar los libros de derecho penal protegidos por derecho de autor, en la creencia de que no es prohibido o delito, y resulta que si lo es, según el Art. 226 del Código Penal.

Para el caso del delito de comisión por omisión, el padre desconoce la normativa jurídica de carácter extrapenal que le impone deberes y desconoce también, que al infringir esos deberes se configura un delito de omisión o comisión por omisión. (Desconoce el Código de Familia y Penal)

- **Error de prohibición indirecto**: Es aquel que recae sobre la existencia o los límites de una causa de justificación.¹⁸³ Por ejemplo: En el caso del guía de montaña, al que desea matar al esposo de su amante, se logra determinar, que a unos pocos metros del lugar en donde la deja abandonado, existe una estación de guardabosques, a donde pudo ir a

¹⁸²Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. Arroyo Zapatero, Luis y otros. " Lecciones de Derecho Penal". Parte General. 2ª. Edición. PRAXIS.S.A., Barcelona. 1999. Pág.261.

¹⁸³ Ibíd. Pág.262.

avisar del abandono y el motivo del mismo, no obstante no lo hizo. En éste caso hay un exceso en la justificante.

De lo anterior se tiene que el error indirecto, se presenta en los presupuestos siguientes de la antijuridicidad: **1.)** Error sobre la existencia de una causa de justificación, **2.)** Error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (creer que se esta ante una agresión ilegítima, inminente y real-se denomina Intensivo-, creer no haber provocado la agresión, y creer en la necesidad de impedir la agresión), **3.)** Error sobre los límites de la necesidad (se trata de un error sobre los límites de una causa de justificación en la cual, el autor se excede en la defensa de un bien jurídico, creyendo que su acción era necesaria- se denomina extensivo-). Por ejemplo- cuando el autor mata a su agresor, creyéndolo necesario, cuando objetivamente hubiera sido suficiente con lesionarlo.¹⁸⁴)

Ambos errores, tanto el directo y el indirecto, pueden ser: **vencible e invencible**; El primero-vencible-, constituye un elemento de la culpabilidad independiente del dolo, que determina la atenuación facultativa de la pena del

¹⁸⁴ Trejo, Miguel Alberto y otros. " Manual de Derecho Penal". Parte General. Opcit. Pág.360. OPUD. Bacigalupo, Enrique. " Lineamientos de la Teoría del Delito".1ª. Ed. ASTREA. Buenos Aires. 1978. Pág.91.

delito doloso.¹⁸⁵ El segundo-invencible-, éste no puede reprochársele al autor, pues quien no se encuentra en situación de advertir, lo injusto del hecho, no demuestra ninguna actitud censurable hacia el derecho cuando lo vulnera.¹⁸⁶

Por ejemplo: Un extranjero(Holandés), visita el país, y al ir a una discoteca, de entrada invita a una señorita, a realizar o tener sexo, sintiéndose ésta ofendida con tal invitación, desconociendo el extranjero que tal acto, en el país, se encuentra tipificado, como delito, acoso sexual, podría ser (Este caso es de error de prohibición directo invencible).

En el delito de comisión por omisión, representa un problema el tema del error sea directo o indirecto, por tanto, el garante siempre debe de conocer que lo es, y que esta obligado a impedir resultados, pero no obstante existe la posibilidad de hacer abstracciones sobre el tema. Los problemas que se pudieran presentar, son para el caso, determinar cuando mediante una omisión hubo un exceso en la defensa o el medio de la misma, cuando la omisión fue razonable para repeler la agresión.

¹⁸⁵ Jescheck, Hans Heinrich. " Tratado de derecho Penal ". Parte General.V.I., BOSCH, S.A. Barcelona. 1981. Pág.628.

¹⁸⁶ *Ibíd.* Pág.627.

La importancia del error de prohibición, es que tiene efectos propios sobre la determinación de la pena, es pues, su atenuación, de conformidad con los Arts.28 Inc.2, 29 N°.2 y 69 del Código Penal.

C.) La exigibilidad de una conducta diferente.

Resulta que El Estado determina ciertos deberes, los que son de acatamiento, pero ante tales circunstancias, también delimita el comportamiento y situaciones en las que ese actuar es exigido, generalmente cuando no representa un peligro real o de eliminación para un bien jurídico propio o ajeno pero cercano.

Hay que definir los límites en los que el Estado puede exigir a sus ciudadanos que cumplan los mandatos o prohibiciones, teniendo en cuenta para ello la exigibilidad individual o subjetiva. Hay supuestos en los que el derecho no puede exigir al sujeto que venza el miedo que padece, se sacrifique o lleve a cabo un comportamiento heroico, en contra de sus intereses más elementales.¹⁸⁷ Por ejemplo: No se le puede exigir al bombero, que realice la acción de salvamento, cuando el edificio está completamente envuelto en

¹⁸⁷ Verdugo Gómez de la Torre, Ignacio. Arroyo Zapatero, Luis y otros. "Lecciones de Derecho Penal". Parte General. 2ª. Edición. PRAXIS.S.A., Barcelona. 1999. Pág.264.

llamas, y la única persona que se encuentra dentro, está en el último piso pronto a derrumbarse. Tampoco se le va a exigir al salvavidas que deja ahogarse al bañista, por que en otro lugar tienen secuestrado a un hijo, con la condición de libertad, a cambio de que no intervenga ante esa situación.

En el Código Penal Salvadoreño, se encuentran reguladas las causas de inculpabilidad, en el Art. 27 numerales del 4 y siguientes.

Se tiene que la no-exigibilidad de otro comportamiento tiene como elementos negativos de valoración: miedo insuperable, coacción o peligro, conflicto de bienes iguales, enfermedad.

2.2.8. -) La Punibilidad en el delito de comisión por omisión.

En buena parte de la doctrina penal, y sobre todo de la teoría general del delito, no se le considera de mayor relevancia en el estudio propio del mismo, y más bien se le refiere al estudio de la sanción penal o pena; Lo cierto es que aún y cuando se trate de obviar, es por la propia naturaleza del delito, en cuanto de “ser” algo reprochable y antisocial, que se incluye la punibilidad en su estudio.

Son presupuestos para la imposición de una pena, que el hecho sea típico, antijurídico y culpable; Pero resulta que no siempre lo más conveniente es que el castigo sea una pena, incluso el Código Penal de los Arts.74 al 92, establece toda una regulación con respecto a formas sustitutivas de ejecución de una de las sanciones más graves, como lo es la prisión. Pero en ocasiones por razones de política criminal, el codificador, representante del pueblo, adelanta los mecanismos, en los cuales se determine y valore la necesidad de una pena, y no ponerla automáticamente.

De lo anterior se define la punibilidad como: El principio de reserva de una sanción penal, aún y cuando se haya constatado que la conducta fue injusta y culpable.

Caracteres:

- Diferencia entre merecimiento de pena y necesidad de pena;
- Los requisitos de la punibilidad no están en relación con dolo o culpa;
- Existen causas personales de exención de la pena(Excusas Absolutorias);
- Condiciones objetivas de punibilidad- se relacionan con el hecho en general.

Dentro de lo que más interesa al estudio, son las excusas absolutorias y las Condiciones Objetivas de Punibilidad.

A.-) Excusas Absolutorias: Aquí se encuentran los supuestos que se relacionan con los sujetos; son, por tanto, circunstancias o requisitos directamente relacionada con la persona del autor.¹⁸⁸ Pero que lo excluyen de ser objeto de una pena o sanción, generando impunidad en tal caso.

Ejemplos de Excusas Absolutorias: En los delitos de defraudación al fisco, Art.252; En los delitos relativos al medioambiente, Art.263; En los delitos relativos a los deberes y derechos familiares, Art.206, también en los Arts.137 Inc.2, 147, Inc.último, 191, 305 Inc. Últ. , del Código Penal.

Para el caso del delito de comisión por omisión, tenemos que, sí se acepta la posición de que se incluyen con los de peligro concreto, se presentaría por ejemplo en los delitos medioambientales la excusa absolutoria, y con propiedad se puede establecer los delitos relativos a la hacienda pública.

¹⁸⁸ Ibíd. Pág.268.

B.-) Condiciones Objetivas de Punibilidad: Son requisitos que el legislador ha añadido en los correspondientes preceptos penales, pero que no pertenecen al tipo del injusto ni a la culpabilidad.¹⁸⁹ Limitan la imposición de una pena con relación al supuesto de hecho descrito. Se les denomina, a estas como, condiciones propias de impunidad, siendo las impropias las que se refieren a ciertas circunstancias propias para determinar la culpabilidad, como por ejemplo el delito en riña.

Ejemplos: El delito de quiebra dolosa, del Art.242 Pn, se necesita la declaratoria de juez competente para imponer la pena; El delito de Cheque sin provisión de fondos, se necesita del protesto, Art.243 Pn., Otros ejemplos: Art.309, 249, del Código Penal.

Aún y cuando los primeros dos ejemplos, en algún sector de la doctrina son vistos como condiciones de procesabilidad, puesto que son previas, y sin ellas no se puede iniciar la acción penal. Un ejemplo de verdadera condición de procesabilidad se encuentra en el Art.251 Pn., 241 Inc. Último Pn., 201 Pn.

En el caso del delito de omisión, se establece, para las defraudaciones al fisco; Así por ejemplo: El Auditor fiscal, quien por disposición de ley (Código

¹⁸⁹ *Ibíd.* Pág.269.

Tributario), está en la obligación de informar sobre algún aspecto que implique defraudación, pero que no sobrepasa los cinco mil colones.

Considerando lo anterior, se establece, que es muy difícil encontrar en delitos de resultado que se presenten las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad; Y mucho más para el delito de comisión por omisión puesto que, la misma cláusula genérica, contiene una condición objetiva de punibilidad, y que es la producción del resultado(Lo que no siempre debe de ser indispensable, dado que hay excepciones, como ya se explicó).

C.-) La Determinación de la pena.

En el sistema penal salvadoreño, la pena que se impondrá al agente omisivo o garante, será la que corresponda como sanción al supuesto de hecho establecido típicamente.

Por ejemplo: Al guardavidas que omite salvar al bañista y éste muere, se le impondrá una pena que oscila entre los diez y veinte años de prisión.

En consideración a razones de política criminal, se piensa que esta posición del legislador fue rigurosa; Puesto que es un tanto no proporcional al mundo natural imponer una pena a alguien que no realizó la lesión, que si sólo tenía el deber de evitarlo, en relación al que si produjo el daño.

En algunos sistemas penales, se le ha dado la facultad de atenuación de la pena a los jueces, por ejemplo: En Alemania, el Art. 13 Inc.2 Pn., Portugal, Art.10 Inc.3 Pn.

No obstante lo anterior, se sostiene que en virtud de no regular nada al respecto el Art. 20 Pn., Se podrían aplicar las circunstancias atenuantes generales del Art.29 Pn.

2.2.9.-) El delito de comisión por omisión y el principio de legalidad.

Una de las críticas que desde siempre se le ha hecho por diferentes sectores de la doctrina penal, a ésta construcción normativa del delito de omisión impropia es, que violenta el principio de legalidad-“ nullum crimen, nulla poena sine lege”- por varias razones, a saber: No es un delito típico por

no estar especificado en la parte especial del código penal; La Norma jurídica prohíbe hacer interpretaciones analógicas en contra del imputado.

Para el caso el Artículo 1 del Código Penal, contiene “Principio de Legalidad. Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta... No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal. Con fundamento constitucional en los Artículos, 2,11,15,246 Cn.

Para tratar de solucionar tal problemática se han presentado tres posiciones:

1.-) La propuesta de un “ numerus clausus” de tipos específicos de comisión por omisión, en los delitos que ello estime procedente. Así claramente la postura en España de Susana Huerta Tocildo “Problemas fundamentales de los delitos de omisión”.¹⁹⁰ Pero esta propuesta, implicaría hacer más extenso el catálogo de delitos, y por razones de técnica legislativa sería un punto contraproducente,

¹⁹⁰ Silva Sánchez, Jesús María. “ La Regulación de la Comisión Por Omisión en el Nuevo Código Penal Español”. Revista Peruana de Ciencias Penales, N°. 7/8.Año IV.1998. Pág.585.

2. -) La de quienes rechazan que se le regule por medio de una cláusula general, y es más establecen que, existe una identidad estructural en algunos tipos penales, en los que el verbo rector, no estipula si se mata por acción o por omisión para el caso.

Sosteniendo que los verbos típicos, como en general los predicados del lenguaje ordinario, tienen un sentido mucho más adscriptivo que descriptivo, es decir, adquieren sobre todo un significado de atribución de responsabilidad, y no de descripción de causalidad. Decir “ el que matare” significa, pues, por un lado, mucho más que “ el que causare la muerte” y, por otro lado, algo menos o, mejor, algo diferente de eso. Comparten esta teoría: Silva Sánchez, Gimbernat, Vivas/ Boix, Gracia Martín, Meyer-Bahlburg, Luzón.¹⁹¹

3. -) La tercera posición, es la que adopta el codificador salvadoreño, en el sentido, de que para no quebrantar con el principio de legalidad ni con el de la técnica legislativa, se propone la solución de la problemática por medio de la inclusión de una cláusula general, en la parte general del Código Penal, que reconociera de modo genérico la posibilidad de cometer los delitos tipificados en la parte especial en “ Comisión Por Omisión”.¹⁹²

¹⁹¹ *Ibíd.* Pág. 586-587.

¹⁹² *Ibíd.* Pág.583.

Autores que trataron el tema, aún y cuando con algún reparo: Mir Puig, Cobo y Vives, Gómez Benítez, Torío López, Zugaldía Espinar, Cerezo Mir, Romeo Casabona, Wolter, Bacigalupo, Orts, Novoa, Roxin, entre otros .

En conclusión, se puede decir que mediante la inclusión del Art.20 Pn., en el Código Penal vigente, y que ya en el anterior también se encontraba en el Art.22, se logra rehuir el problema del principio de legalidad o taxatividad con respecto al delito de comisión por omisión.

Pero lo anterior demuestra, que en primer momento, el tipo penal es una construcción estrictamente normativa, además de ser abierto, por cuanto es el juez el que decide que delitos complementa con la cláusula genérica, y que fuentes de la obligación de actuar o de la posición de garante concurren; Con todo se determina que tal disposición constituye un dispositivo amplificador del tipo de comisión resultativo.

Además, es de recordar, que el delito de omisión tiene a la base el principio de solidaridad y el deber jurídico, reconocido por el Estado, y por medio de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículos,

XXIX al XXXV, siendo, por tanto, ley de la República, según el Art. 73 N°2 y 144 de la Constitución.

2.2.10. -) La prueba en el delito de comisión por omisión.

Uno de los problemas que representa este delito, es poder probar su existencia, y a quien se le va a imputar.

Al respecto es necesario, que siempre se observen los principios probatorios de legalidad de la prueba, de pertinencia y congruencia.

Por ejemplo: si se desea probar que el padre es garante de su hijo, se hará, en un orden sistemático, en primer lugar, con prueba documental, por ejemplo partida de nacimiento o cualquier otro registro; También se puede utilizar prueba testimonial, además, esta sirve para establecer situaciones fácticas, ante las cuales el garante debe de actuar.

Cuando la fuente de la garantía deviene de un contrato, sí es escrito hay que presentar esa prueba, si es oral, con prueba testimonial.

Así sucesivamente el actor o acusador, el defensor, y el juez deben de saber que la prueba tiene que referirse a probar la existencia del delito, es decir, que han concurrido los elementos objetivos y subjetivos del tipo, que se estuvo o no ante una causa de justificación y de inculpabilidad, y que es merecedora de pena.

2.3. – SISTEMA DE HIPÓTESIS

A.- Hipótesis General.

“ A mayor conocimiento del tipo penal de comisión por omisión, menor impunidad.”

B.- Hipótesis Específicas.

1. - “ A mayor conocimiento de la estructura jurídica del ilícito penal, mayor conocimiento de los elementos objetivos y subjetivos que conforman el tipo penal de comisión por omisión.

2.- “ El grado de conocimiento que se tiene a cerca de las fuentes del deber jurídico de obrar y posición de garante, no inciden significativamente en la imputación del hecho al sujeto omisivo. ”

2.3.1. - OPERACIONALIZACIÓN DE HIPOTESIS

Hipótesis General	A mayor conocimiento del tipo penal de comisión por omisión, menor impunidad.
Variable independiente	Mayor conocimiento del tipo penal de comisión por omisión.
Variable dependiente	Menor impunidad
Indicadores de variable independiente	<ul style="list-style-type: none">- Cláusula genérica.- Tipo penal abierto- Fórmula de equivalencia- Norma de mandato- Norma de prohibición.- Elementos objetivos y subjetivos.
Indicadores de variable dependiente	<ul style="list-style-type: none">- Ausencia de ejercicio de acción penal pública.- Inadecuada calificación del hecho punible.- Desconocimiento de la teoría general del delito.- Relativo conocimiento de la ley penal.

Hipótesis específica (1)	A mayor conocimiento a cerca de la estructura jurídica del ilícito penal, mayor conocimiento de los elementos objetivos y subjetivos que conforman el tipo penal de comisión por omisión.
Variable independiente	Estructura jurídica del Ilícito penal.
Variable dependiente	Conocimiento de los elementos objetivos y subjetivos del delito de comisión por omisión.
Indicadores de la variable independiente.	<ul style="list-style-type: none"> - Comportamiento humano (Acción y Omisión). - Tipicidad - Antijuridicidad - Culpabilidad - Penalidad.
Indicadores de la variable dependiente	<ul style="list-style-type: none"> - Del tipo penal - De la antijuridicidad - De la culpabilidad - Penalidad.

Hipótesis Específica (2)	El grado de conocimiento que se tiene a cerca de las fuentes del deber jurídico de obrar y posición de garante, no inciden significativamente en la imputación del hecho al sujeto omisivo.
Variable independiente.	Fuentes del deber jurídico de obrar y posición de garante.
Variable dependiente.	Imputación del hecho al sujeto omisivo.
Indicadores de la variable independiente.	<ul style="list-style-type: none"> - Ley y contrato - Cuidado de fuentes de peligro - Asunción de la garantía - Comportamiento precedente.

Indicadores de la variable dependiente.	<ul style="list-style-type: none"> - Conocimiento de la posición de garante y Deber jurídico de actuar. - Resultado - Nexo de evitación, causalidad hipotética, potencial, nexos de evitación.
---	---

2.4.-) Definición de Términos Básicos.

Cn. :Constitución.

Dogmática Penal: En sentido amplio, el derecho penal como ciencia.

Garante: Sujeto obligado a proteger determinado bien jurídico, por su cercanía.

Imputación : Doctrina o método para determinar cuando un resultado o la puesta en peligro de un bien jurídico, es imputable al autor o partícipe.

Omisión Impropia: Comisión Por Omisión.

Pn. ó C.P. : Código Penal.

Pr.Pn. ó C.P.P : Código procesal Penal.

Resultado: La lesión al bien jurídico.

Resultado material: Cuando la lesión, directamente causa un perjuicio material al bien jurídico.

Sujeto omisivo: El garante que no actúo en protección del bien jurídico,

Sujeto pasivo o garantizado: Es el que debe de ser protegido por la acción de un garante.

Salvavidas o guardavidas: Persona que se encarga de socorrer a los bañistas.

Teoría del delito: Método de la dogmática penal, que sistematiza las categorías comunes del hecho punible, para lograr adecuadamente la determinación de que conducta es delito, teniendo por tanto una función de filtro del comportamiento en el caso concreto.

CAPITULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

Un proceso global de investigación, requiere que se establezca o se defina la metodología a seguir para estructurar el diseño empírico de la misma, contempla o incluye, la delimitación del tipo de investigación, así como un método general, la determinación de las unidades de análisis, población o muestra, y las técnicas e instrumentos para la recolección de la información deseada, implicando esto un plan a seguir en el análisis.

Se define y determina en el presente trabajo académico investigativo, una investigación científica descriptiva tipo encuesta, justificándose en sentido de que se requiere una practica social e interactuar con la realidad existente en el ámbito jurídico, especialmente en el departamento de San Miguel, con respecto a determinar un grado de conocimiento por parte del sector justicia, en lo que se refiere al tema de los delitos de comisión por omisión; Con lo cual se logrará información del estado actual del objeto de estudio y que por esta razón nos permitirá hacer una prueba de hipótesis a partir de la recolección de la misma.

Envuelve así mismo, una valoración de los aportes ofrecidos de la unidad de investigación sobre la realidad existente, se excluye en este aspecto lo abstracto, y se parte de lo concreto, con lo cual se deja de un lado o se obvia el

conocimiento personal que se pueda tener de una situación concreta, por lo tanto se enriquece y se nutre el conocimiento personal, como colectivo, sirviendo como medio de difusión de esos conocimientos ésta investigación, que aún y cuando presente limitantes por el exíguo conocimiento del tema en El Salvador, no prescindirá del carácter científico; Así se pondrá en relación lo teórico – práctico.

En correspondencia con lo anterior se define el tipo de investigación, en este trabajo con carácter científico, puesto que se hará un estudio ordenado sistemático - lógico, que permite conocer el fenómeno de estudio en la realidad, así como el contenido objeto de la norma jurídica y las realidades jurídico-sociales conexas, teniendo como fuente la valoración de la aplicación efectiva de la norma en el terreno jurídico y de los factores que influyen en su eficacia para resolver los problemas relacionados al objeto de estudio.

Implicando la sistematización mencionada, el hecho de que se parte de un conocimiento determinado, tanto por la realidad preexistente, como por la teoría anterior, evolucionando hacia las nuevas concepciones y actuales problemas dogmáticos que representa la teoría del delito, la omisión impropia o comisión por omisión, haciendo un salto cualitativo al terreno de la practica y aplicabilidad, de ésta forma se vuelve un estudio sistemático e integral.

Por tanto, se plantea un método " deductivo -inductivo ", puesto que a partir de teorías dadas, de la norma jurídica existente, y su interrelación con los sujetos inmersos en el ambiente jurídico, se obtienen datos o resultados concretos, se parte pues de una situación general (la teoría del delito), a una situación en particular como lo es el delito de comisión por omisión.

Determinado el tipo de investigación, se tiene también que se requiere un nivel explicativo, justificándolo en el sentido de que se demanda un conocimiento previo de la teoría y de efectuar un proceso de abstracción a fin de destacar o determinar los elementos u aspectos básicos para comprender la centralidad de lo que se estudia y se pretende con la investigación, encontrando la relación del problema de estudio desde una óptica superficial–general, a una interno-específica; lo cual nos plantea un trabajo científico, que parte de concebir el problema y encontrar sus causas, determinando variable dependientes e independientes, ya definidas con anterioridad y que serán sometidas a un análisis.

3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA.

3.2.A. Población.

Considerando que en el trabajo de investigación se plantea el análisis del delito de comisión por omisión, así como determinar el nivel o grado de conocimiento

que hay sobre el tema en el departamento de San Miguel y su aplicabilidad es que se selecciona como población a los sujetos con conocimientos jurídicos o profesionales del derecho que intervienen en los procesos penales; Ya sea como fiscales, defensores públicos o jueces, constituyendo éstos sujetos la unidad de análisis.

El conjunto de sujetos en los cuales concuerdan las similitudes del conocimiento jurídico, y que se desempeñan en el sector justicia en San Miguel; forman la población para el presente trabajo de investigación; y que están integrados por sub-estratos.

Defensores Públicos: con un número de 15.

Dato que fue obtenido mediante consulta directa con un defensor público de la Procuraduría General de la República de la agencia auxiliar de San Miguel.

Fiscales auxiliares.

De la unidad de vida, 10.

De la unidad de patrimonio, 8.

De la unidad de medio ambiente, 1.

De la unidad de procuración,5.

De la unidad de hurto y robo, 1.

De la unidad del menor y la mujer, 5.

Haciendo un total de 30 fiscales auxiliares.

Según información recabada de fuente directa de la Fiscalía General de República de la regional de San Miguel.

Jueces.

La fuente directa es la Ley Orgánica Judicial.

2 Juzgados de sentencia, 6 Jueces.

3 Juzgados de instrucción, 3 Jueces.

2 Juzgados de transito, 2 Jueces.

1 Juzgado de instrucción en El Transito, 1 Juez.

1 Juzgado mixto en Ciudad Barrios, 1 Juez.

1 Juzgado mixto en Chinameca, 1 Juez.

4 Juzgados de Paz en la Ciudad de San Miguel, 4 Jueces.

2 Juzgados de Paz en Ciudad Barrios, 2 Jueces.

2 Juzgados de Paz en Chinameca, 2 Jueces.

1 Juzgado de Paz en El Tránsito, 1 juez.

Total de unidades judiciales a medición, 23.

Se aclara, que esta no es la totalidad de Jueces en el Departamento, pero en virtud de no estar buscando medir el grado de conocimiento por estratos, sino de una forma general del sector justicia, es con éstos que se pretende explorar y obtener la información requerida, y que se extenderá a las unidades judiciales seleccionadas, así como los fiscales y defensores.

3.2.B. Muestra.

Para la presente investigación, la muestra es exactamente la misma población definida, siendo por lo tanto, el total de esa población; se define una muestra poblacional equivalente a 68 sujetos que participarán en la investigación.

Unidad de Análisis:	Jueces	Fiscales Auxiliares	Defensores Públicos	Total
Cantidad	23	30	15	68

3.3. - TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

Siendo el propósito, en cuanto a la información que se requiere, medir el nivel de conocimiento de las variables e indicadores que conforman el sistema de hipótesis establecido para la investigación del delito de comisión por omisión, y no sobre los individuos o sujetos en sí; La técnica a utilizar para la recolección de la información será " La encuesta". Ahora bien, en cuanto al objeto a medir es intangible, puesto que es de remisión al conocimiento de la unidad de análisis, y no sobre objetos materiales. Representa ésta técnica una utilidad para la investigación, puesto que de una forma directa se requiere

información y de una manera sistemática y ordenada permitirá su análisis.

El cuestionario, será el instrumento, y se redactará con relación a los indicadores de las variables, los ítems en generalidad serán cerrados y semiabiertos; Lo anterior en virtud de que por utilidad metodológica es necesario en la mayoría de casos obtener certeza del nivel de conocimiento objeto de la investigación. El cuestionario en mención constará de 25 preguntas.

CAPITULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

De lo más importante en el desarrollo del presente trabajo de investigación, es la presentación de los resultados; A continuación se hace la presentación de la consecuencia de la mencionada investigación, incluyendo además de la simple presentación, el análisis e interpretación, lo que se desarrolla de una forma cualicuantitativa.

4.1. -) Presentación de Resultados.

A.- En cuanto a la hipótesis general.

“ A mayor conocimiento del tipo penal de comisión por omisión, menor impunidad “

Variable Independiente: Mayor conocimiento del tipo penal de comisión por omisión.

Pregunta N° .1 (Indicador 1).

Considera usted legal que sea punible un delito de resultado mediante una disposición o cláusula genérica, que no se refiera a un tipo penal en específico.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	24	35.29
No	31	45.59
En parte	1	1.47
No Contestó	12	17.65
Total	68	100 %

Es opinión de los encuestados en un 45.59% que no es legal que sea punible un delito de resultado, por la incorporación de una cláusula genérica, en el Código Penal, aún y cuando el 35.29% opina que si es legal.

Es de importancia, en virtud de que el dato, nos sirve en parte para determinar si existe un conocimiento del fundamento del establecimiento de tales disposiciones, que para el caso del Art.20 Pn., tiene un fundamento filosófico y jurídico importante, y es el principio de solidaridad.

Entonces se dice, que al menos el 35.29% tienen conocimiento de la legalidad y fundamento de la incorporación de la referida cláusula genérica.

Pregunta N°.2 (Indicador N° 2).

Valora usted que el delito de comisión por omisión, se encuentre regulado en forma típica, en la legislación penal salvadoreña.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	7	10.29 %
No	48	70.59 %
En parte	1	1.47 %
No Contestó	12	17.65 %
Total	68	100 %

De valor es el dato de la opción No, por cuanto un 70.59% tienen conocimiento, de que el delito de comisión por omisión no es típico, lo cual concuerda con los apuntes doctrinarios de la base teórica; Pero en un 10.29 % de los encuestados

desconocen tal situación de manera concluyente, más si sumamos los que no contestaron y los que dijeron en parte, se vuelve significativo el % de los sujetos sometidos a medición que desconocen el tema.

Entonces se determina la importancia de la interrogante, en el sentido de constatar si hay un conocimiento en el sistema penal de San Miguel, sobre la regulación típica de la comisión por omisión; Aún y cuando podría representar un problema, en el sentido de que si la mayoría considera que es atípico, se deje de aplicar, lo que genera impunidad.

Pregunta N° 3. (Indicador 3).

Considera usted que un tipo penal abierto es atípico.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	18	26.47 %
No	34	50.00 %
En parte	4	5.88 %
No Contestó	12	17.65 %
Total	68	100 %

La opinión de los encuestados en un 50 %, es que un tipo penal abierto no es atípico; Se relaciona este dato en virtud de que el delito de o en comisión por omisión no es típico, pero que su construcción normativa doctrinaria implica que el juez complementa el supuesto de hecho, al

tipo penal en específico de la parte especial del código penal, razón por la cual es un tipo penal abierto.

Se observa que con la pregunta formulada, los encuestados, que son fiscales, defensores públicos y jueces, se contradicen con respecto a la anterior, en virtud de que por una parte se le considera atípico al delito en comisión por omisión, y cuando se hace referencia a un tipo penal abierto (de construcción judicial), se considera que no es atípico.

Pregunta N° 4(Indicador 4.)

Sabe usted, si el Código Penal Salvadoreño, utiliza disposición o formulas legales en donde se haga una equiparación de una acción con una omisión.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	30	44.12 %
No	21	30.88 %
En parte	1	1.47 %
No Contestó	16	23.53 %
Total	68	100 %

Se observa que de la muestra poblacional encuestada, entre los que dijeron “no, en parte y no contestaron”, suman 55.88%, que desconocen en forma categórica, el hecho de que en el Código Penal, específicamente, en el Art. 20 Pn, se utiliza la regla de equivalencia de una omisión con una

causación activa del resultado.

Así, el ¿Por qué?, de la pregunta se fundamenta en el sentido de que se pretende medir en concreto el conocimiento sobre la disposición legal citada, entonces se dice que el menos un 44.12 % de los encuestados tienen conocimiento de la regla de equiparación.

Se constata que a medida se profundiza en el contenido dogmático penal, las contradicciones florecen, según responden los encuestados.

Pregunta N° 5 (Indicador 5.)

En los delitos de comisión por omisión no-se infraccionan normas de mandato ni de prohibición.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	38	55.88 %
No	16	23.53 %
En parte	2	2.94 %
No Contestó	12	17.65 %
Total	68	100 %

Es sentir de los profesionales encuestados, en un 55.88%, de que en el delito de comisión por omisión, no hay una infracción a normas de mandato y prohibición, y en un 23.53% han establecido lo contrario; La importancia de la pregunta, es que se pretendió con ella, obtener la

opinión y medir el nivel de conocimiento con respecto a la doctrina de la norma penal, en especial en la omisión impropia.

Según el resultado obtenido, se establece que hay un desconocimiento significativo, con respecto al quebrantamiento de la norma en el delito de comisión por omisión, puesto que en el mismo existe una infracción a ambas normas, tanto de prohibición como de mandato. Indica con detenimiento que los operadores de justicia en el departamento de San Miguel, desconocen el contenido dogmático del objeto de investigación.

Pregunta Nº 6 (Indicador 6.)

Cree usted que un delito cometido por omisión impropia, contiene elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	30	44.12 %
No	12	17.65 %
En parte	6	8.82 %
No Contestó	20	29.41 %
Total	68	100 %

Es criterio de los encuestados, en un 44.12 %, que el delito de omisión impropio, si contiene elementos objetivos y subjetivos del tipo; Pero la mayoría no contestaron en ese sentido que era lo esperado, puesto que efectivamente el tipo de comisión por omisión, contiene los elementos

mencionados; Con este resultado, se observa el desconocimiento del tipo penal de la omisión sea propia como impropia.

Es precisamente para averiguar ese conocimiento que se elabora la pregunta, y como se puede observar, resultó de utilidad, pues la intención fue lograda.

Entonces se tiene que en un 55.88 % de los encuestados, no fueron categóricos en afirmar, que si efectivamente el tipo penal de la omisión impropia tiene elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Variable Dependiente: Menor Impunidad.

Pregunta N° 1 (Indicador 1)

En los delitos de Comisión por Omisión, cree usted que existe un grado o nivel significativo de ejercicio de la acción penal pública.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	39	57.35 %
No	13	19.12 %
En parte	2	2.94 %
No Contestó	14	20.59 %
Total	68	100 %

En opinión de los encuestados, en un 57.35% manifiestan o son del criterio de que existe un nivel importante de ejercicio de la acción penal pública, cuando se trata de un delito de comisión por omisión; No obstante ello se logra recabar información de éstos mismos, que en el departamento de

San Miguel, con certeza, tan sólo en un caso se ha realizado el ejercicio de la acción penal, por un delito de comisión por omisión.

Lo que se ha pretendido con la interrogante es, obtener información del ejercicio de la acción penal en los casos de omisión impropia.

Pregunta N° 2 (Indicador 1).

En el desempeño de su cargo ha tenido conocimiento directo de un proceso penal, en donde se impute un delito de comisión por omisión.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	14	20.59 %
No	42	61.76 %
En parte	---	---
No Contestó	12	17.65 %
Total	68	100 %

En forma categórica, se afirma de parte de los encuestados, en un 61.76% que no han tenido conocimiento de un proceso penal de un delito de comisión por omisión; Entonces existe un contraste con la opinión de que si creen que existe un nivel significativo de ejercicio de

acción penal pública, cuando se trata de un delito de comisión por omisión, y que se ha apuntado en la pregunta anterior.

Por tanto, ésta pregunta, tiene por objeto verificar en doble vía el ejercicio de la acción penal pública, en conjunto con la pregunta anterior; Resultando como dato concreto en ambas preguntas, que se obtienen 53 casos que afirman positivamente, y 55 en forma negativa.

Pregunta N° 3(Indicador 2).

Considera usted que en la práctica jurídica o forense existe una inadecuada calificación de hechos punibles en comisión por omisión.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	24	35.29 %
No	27	39.70 %
En parte	5	7.36 %
No Contestó	12	17.65 %
Total	68	100 %

Es importante observar como a criterio de los encuestados, se segmenta la opinión, tanto en los que dicen que si, como los que dicen que no, se tiene pues que entre los porcentajes de 35.29% y 39.70%, no existe una diferencia significativa de la opinión de los encuestados, más, sin embargo, se observa también la constante del 17.65% de los encuestados que no contestaron, y que se

podría conjeturar que este porcentaje desconoce en su totalidad el tema.

El objeto de la interrogante, es determinar cual es la opinión de los encuestados en cuanto al criterio de calificación jurídica de los hechos, en especial cuando se trata de delitos omisivos. Pregunta N° 4. (Indicador 3).

Considera que existe un desconocimiento generalizado en el sistema penal salvadoreño, sobre la doctrina que informa el delito de comisión por omisión.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	33	48.53 %
No	9	13.23 %
En parte	14	20.59 %
No Contestó	12	17.65 %
Total	68	100 %

La opinión de los abogados encuestados y que en forma positiva contestan que si existe un desconocimiento sobre la doctrina que informa el tema de investigación, es significativa, pues en un 48.53% lo afirman; Por el contrario sólo en un 13.23 % dicen que no, es decir, que para esta minoría si existe conocimiento de la doctrina del delito de comisión por omisión.

omisión.

El objetivo de la pregunta ha sido exitoso, pues se ha logrado establecer la opinión de los mismos profesionales, en cuanto a la falta de conocimiento de la dogmática de la omisión impropia, lo cual es concordante con uno de los aspectos de relevancia social del problema, que representa esta investigación.

Pregunta N° 5 (Indicador 4).

Valora usted que entre los profesionales de las ciencias jurídicas hay un relativo conocimiento de la ley penal, con respecto a los delitos de comisión por omisión.

Crterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	34	50 %
No	10	14.70 %
En parte	12	17.65 %
No Contestó	12	17.65 %
Total	68	100 %

La opinión de los abogados encuestados en un 50%, es que si existe un conocimiento relativo de la ley penal en cuanto al delito de omisión impropia, es decir, que no hay un conocimiento seguro de la ley.

Este dato es considerable, pues se supone o se espera lo contrario, es decir, que exista un conocimiento no relativo,

sino con mayor certeza y seguridad, por que permite una mejor aplicación de la ley penal al caso concreto.

Así se logra obtener mediante la pregunta, el criterio según los mismos encuestados de que no tienen un conocimiento certero de la ley penal, en lo que respecta al delito de omisión impropia.

B.-) Hipótesis Especifica N° 1.

A mayor conocimiento de la estructura del ilícito penal, mayor conocimiento de los elementos objetivos y subjetivos que conforman el tipo penal de comisión por omisión.

Variable Independiente: Estructura jurídica del ilícito penal.

Pregunta N°.1 (Indicador 1).

Con relación a la categoría comportamiento humano, considera usted acertada la siguiente definición: Es toda acción o movimiento del ser humano que causa un cambio en el entorno.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	26	38.23 %
No	14	20.59 %
En parte	16	23.53 %
No Contestó	12	17.65 %
Total	68	100 %

En opinión de un 38.23% de los encuestados, contestan que si es acertada la definición que se les propone de comportamiento humano; Es importante este dato por que es significativo el número de profesionales que tienen una errónea apreciación de la categoría mencionada. Y es que el comportamiento humano, incluye tanto a la acción como a la omisión, y el

concepto propuesto es causalista, no-finalista que es la orientación que tiene el Código Penal.

Pregunta N° 2 (Indicador 2).

Esta usted de acuerdo que tipicidad es: La descripción de la conducta prohibida, mandada o permitida por la norma penal.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	25	36.76 %
No	22	32.35 %
En parte	7	10.29 %
No Contestó	14	20.50 %
Total	68	100 %

Es opinión en un 32.35% de los encuestados, de que no es acertada la definición que se les presenta de tipicidad.

Es decir, que más del 60% de los encuestados no establecen con certeza, o niegan en forma categórica, la errónea definición de tipicidad que se les presenta, dado que ésta corresponde a la definición de tipo

penal.

El centro de la pregunta es indagar, que tanto conoce el profesional de ciencias jurídicas como operador del sistema en el departamento de San Miguel, sobre el aspecto dogmático del delito, en especial del tipo.

Pregunta N° 3.(Indicador 3)

Si una conducta es típica es a la vez antijurídica.-

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	25	36.76 %
No	28	41.18 %
En parte	1	1.47 %
No Contestó	14	20.59 %
Total	68	100 %

En parecer del 36.76% de la muestra poblacional encuestada, es criterio de que si, cuando una conducta es típica es a la vez antijurídica, lo cual no es cierto, a no ser que el criterio se fundamente en la teoría de los elementos negativos del tipo, o del funcionalismo.

Pero resulta, que el Código Penal Salvadoreño, tiene una orientación final, con lo cual resulta errado el hecho de que si la conducta es típica sea a la vez antijurídica, puesto que la tipicidad sólo es indicio de ésta.

La pregunta realizada es parte de una secuencia de indagatoria, que pretende percibir el nivel de conocimiento de teoría del delito, y relacionado al delito de comisión por omisión.

Pregunta N° 4. (Indicador 4).

Esta usted de acuerdo que la culpabilidad del imputado, está determinada por que el hecho sea típico y antijurídico.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	32	47.06 %
No	22	32.35 %
En parte	2	2.94 %
No Contestó	12	17.65 %
Total	68	100 %

El 32.35% de los encuestados, contesta correctamente, puesto que no es cierto que la culpabilidad de un imputado este determinada por que el hecho sea típico y antijurídico.

Los elementos propios de la culpabilidad tales como: la Capacidad

de culpabilidad o imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la no-

exigibilidad de otra conducta, son los elementos objetivos por los que se determina ésta.

Por tanto, en una forma errada el 47.06 % contestan que si; El motivo de la pregunta es averiguar que tanto se conoce con respecto a las categorías comunes del delito.

Pregunta N° 5. (Indicador 5).

Considera usted acertado que las excusas absolutorias se estudian en sede de culpabilidad.

Crterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	24	35.29 %
No	22	32.35 %
En parte	9	13.24 %
No Contestó	13	19.12 %
Total	68	100 %

Las excusas absolutorias forman parte de los presupuestos de la punibilidad o de la pena, por tanto, su estudio se realiza en sede de punibilidad y no de culpabilidad.

Se tiene que en un 48.53%, sumando los que dicen si y en parte, de los sujetos encuestados, desconocen el elemento relacionado; Pero en

un 32.35% determinan de forma categórica de que no.

Así la pregunta se ha orientado, a obtener una medida del conocimiento que tienen los operadores de justicia sobre la penalidad o punibilidad, como categoría integrante del concepto de delito.

Variable Dependiente: **Conocimiento de los elementos objetivos y subjetivos del delito de comisión por omisión.**

Pregunta N° 1 (Indicador 1)

Sabe usted si el delito de omisión impropia, contiene elementos del tipo distintos de los de omisión propia.

Criterios	Frecuencia Fr.	Porcentaje %
Si	29	42.65 %
No	16	23.53 %
En parte	6	8.82 %
No Contestó	17	25 %
Total	68	100 %

La opinión de los encuestados en un 42.65 % contestó que sí, el tipo penal de omisión impropia, contiene elementos distintos de los de omisión pura.

Lo anterior es afirmativo, y que ya en la base teórica se ha desarrollado y se han establecido los elementos distintivos del tipo objetivo de comisión por omisión, a

saber: Posición de garante, capacidad de evitación, y un resultado material por regla general.

Pregunta N°.2 (Indicador 2).

Considera usted que la posición de garante, es un elemento objetivo de la antijuridicidad.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	19	27.94 %
No	34	50 %
En parte	---	---
No Contestó	15	22.06 %
Total	68	100 %

La opinión de los encuestados, en un 27.94% es errada, puesto que la posición de garante, es un elemento objetivo del tipo, y no de la antijuridicidad.

El deber de garante, si forma parte de la antijuridicidad, dado que se encuentra incluido en deber jurídico.

También se tiene la opinión en un 50% de que la posición de

garante, no forma o constituye un elemento de la antijuridicidad, lo cual es correcto.

La pregunta forma parte de una cadena, mediante la cual se pretende saber, qué tanto conoce el operador de justicia migueléño, sobre el delito de omisión impropia.

Pregunta N° 3 (Indicador 2)

Dentro de las causas de justificación se encuentra la defensa necesaria; Considera usted que en los delitos de comisión por omisión se puede invocar como elemento subjetivo.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	24	35.29 %
No	31	45.59 %
En parte	---	---
No Contestó	13	17.12 %
Total	68	100 %

Esta pregunta se complementa con la anterior, y forman parte del mismo indicador, el objeto de ambas es obtener información del conocimiento de la categoría antijuridicidad.

Es opinión de un 35.29%, de que si se puede invocar la legítima defensa, ante una omisión impropia, y un 45.59 %, opinan de forma negativa.

Una característica del comportamiento de los encuestados, en ésta pregunta, es que ninguno, opto por la opción “ en parte”, es decir, fueron categóricos en decir que si o que no. Lo cierto es que si se puede presentar una legítima defensa, como excluyente de responsabilidad penal, en un hecho omisivo.

Pregunta N°.4 (Indicador 3).

Sabe usted que elementos concurren en la culpabilidad en los delitos de comisión por omisión.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	24	35.29 %
No	25	36.76 %
En parte	---	---
No Contestó	19	27.94 %
Total	68	100 %

En un 36.76% de los encuestados contesto que no saben cuales son los elementos de la culpabilidad; Por el contrario un 35.29% manifiestan que si saben.

Es un dato importante en el sentido de que es de suponer, que el operador de justicia, sea fiscal, juez o defensor público, tiene que conocer esos elementos.-

La pregunta se orienta a eso, es decir, a sondear el conocimiento en cuanto a las categorías comunes a todo delito, para este caso a la categoría culpabilidad.

Pregunta N° 5 (Indicador 4).

Considera usted que las excusas absolutorias como condiciones objetivas de punibilidad, se pueden aplicar a los delitos de comisión por omisión.

Criterios	Frecuencia Fr.	Porcentaje %
Si	31	45.59 %
No	20	29.41 %
En parte	4	5.88 %
No Contestó	13	19.12 %
Total	68	100 %

La opinión de los encuestados en un 45.59% es que si se pueden aplicar las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad, en un delito de comisión por omisión.

Por el contrario un 29.41% es de la opinión de que no se pueden aplicar, y en un 5.88% de que en parte.

La pregunta tiene a la base averiguar, si el abogado encuestado sabe o conoce la teoría de la punibilidad, como una categoría integrante del delito y que se presenta en forma excepcional.

C.-) Hipótesis específica N° 2.

El grado de conocimiento que se tiene a cerca de las fuentes del deber jurídico de obrar y posición de garante, no inciden significativamente en la imputación del hecho al sujeto omisivo.

Variable Independiente: **Fuentes del deber jurídico de obrar y posición de garante.**

Contiene la siguiente pregunta, cuatro indicadores, que para su caso cada uno de ellos forma parte de las fuentes del deber jurídico de obrar y posición de garante, por lo que cada opción equivale a cada indicador, es decir, en cuatro veces.

Pregunta N° 1 (Indicadores 1-4)

Sabe usted ¿ Cuáles son las fuentes de la posición de garante, en el delito de comisión por omisión?

Criterios	Frecuencia Fr.	Porcentaje %	Acumulado
Si	21	30.88 %	84
No	27	39.70 %	108
En parte	5	7.35 %	20
No Contestó	15	22.06 %	60
Total	68	100 %	272

De la muestra poblacional encuestada, sólo el 30.88% sabe según contestaron, cuales son las fuentes del deber jurídico de actuar y

posición de garante; Además, el 39.70% no sabe o conoce cuales son dichas fuentes.

La pregunta tiene por objeto, deducir en que proporción de operadores de justicia, se tiene conocimiento a cerca de las fuentes que determinan la obligatoriedad de actuar a un sujeto, para impedir un resultado antijurídico.

Variable Dependiente: Imputación del hecho al sujeto omisivo.

Pregunta Nº 1 (Indicador 1).

Considera usted que el conocimiento de la posición de garante por parte del infractor, es un elemento necesario para imputar el delito en comisión por omisión.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	39	57.35%
No	9	13.24%
En parte	6	8.82%
No Contestó	14	20.59%
Total	68	100 %

En opinión de los encuestados en un 57.35%, si es necesario, que el sujeto omisivo tenga conocimiento de la posición de garante para poderle imputar el resultado; es decir, la mayoría opinan en forma positiva y una minoría del 13.24% opinan de que no.

La pregunta examina, el nivel de conocimiento que tienen los encuestados con relación a la categoría imputación; Se aclara que la necesidad sólo es en forma relativa, tal como se ha establecido en base teórica.

Pregunta Nº 2. (Indicador 2)

En los delitos de omisión impropia, considera usted que el resultado es indispensable para imputar el hecho punible.

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	41	60.29%
No	13	19.12%
En parte	---	---
No Contestó	14	20.59%
Total	68	100 %

Al igual que en la pregunta anterior, con ésta, se investiga que tanto conocimiento hay sobre criterios de imputación objetiva y el resultado.

La opinión mayoritaria, en un 60.29% consideran de que si es necesario el resultado para imputar el hecho

punible; Y en un 19.12% estiman que no es necesario el resultado para imputar un delito en comisión por omisión.

Es significativo, por tanto, el porcentaje de los encuestados que opinan en forma positiva en consideración a la relación entre resultado e imputación.

Pregunta Nº 3 (Indicador 3).

En los delitos de comisión por omisión, sabe usted ¿Cuál es el nombre del vínculo que une la conducta del imputado con la lesión al bien jurídico protegido?

Criterios	Frecuencia	Porcentaje
	Fr.	%
Si	17	25 %
No	32	47.06%
En parte	1	1.47%
No Contestó	18	26.47%
Total	68	100 %

Se observa que en opinión de los encuestados, la mayoría, es decir, en un 75 % no saben, como se le denomina al vínculo que hay entre conducta y resultado; Es decir, existe un desconocimiento sobre los conceptos de causalidad hipotética, o para otros del nexo de evitación.

Se tiene, por tanto, que según lo contestado, únicamente un 25% tiene conocimiento de cualquiera de los dos términos que se han mencionado, y que se hubieran contemplado en ambos casos como afirmativas, en virtud del sesgo dual que hay en la doctrina penal.

4.2.-) Prueba de Hipótesis e interpretación.

A.- General.

Tabla resumen.

Variable	Indicador	Si	No	En Parte	No Contestó
$\frac{p}{e} \frac{c}{e} \frac{d}{e}$	1	24	31	1	12
	2	7	48	1	12

	3	18	34	4	12
	4	30	21	1	16
	5	38	16	2	12
	6	30	12	6	20
Subtotal		147	162	15	84
Variable	1	53	55	2	26
Dependiente	2	24	27	5	12
	3	33	9	14	12
	4	34	10	12	12
Subtotal		144	101	33	62
Total		291	263	48	146

Tabla de Subtotales.

Opciones Variable	Si	No	En parte	No Contestó
Independiente	147	162	15	84
Dependiente	144	101	33	62
Total	291	263	48	146

Tabla de Contingencia.

V. Ind. \ V. Dep	Si	No	En parte	No contestó	Total
Si	291	248	180	209	928
No	306	263	195	224	988
En parte	159	116	48	77	400
No Contestó	228	185	117	146	676
Total	984	812	540	656	2,992.00

Frecuencia Observada =

Frecuencia esperada = $\frac{\text{Fr. Marginal de fila} \times \text{Fr. Marginal de Columna}}{\text{Total}}$

- | | <u>Total</u> |
|---|--|
| 1) Fe = 984 x 928/ 2992= <u>305.19</u> | 13) Fe = 656 x 928/ 2992 = <u>203.46</u> |
| 2) Fe = 984 x 988/ 2992= <u>324.93</u> | 14) Fe = 656 x 988/ 2992= <u>216.62</u> |
| 3) Fe = 984 x 400/ 2992= <u>131.55</u> | 15) Fe = 656 x 400/ 2992= <u>87.70</u> |
| 4) Fe = 984 x 676/ 2992= <u>222.32</u> | 16) Fe = 656 x 676/ 2992= <u>148.21</u> |
| 5) Fe = 812 x 928/ 2992= <u>251.85</u> | |
| 6) Fe = 812 x 988/ 2992= <u>268.13</u> | |
| 7) Fe = 812 x 400/ 2992= <u>108.55</u> | |
| 8) Fe = 812 x 676/ 2992= <u>183.45</u> | |
| 9) Fe = 540 x 928/ 2992= <u>167.48</u> | |
| 10) Fe = 540 x 988/ 2992= <u>178.31</u> | |
| 11) Fe = 540 x 400/ 2992= <u>72.19</u> | |
| 12) Fe = 540 x 676/ 2992= <u>122.00</u> | |

Habiéndose encontrado las frecuencias esperadas, y teniendo, además, las observadas, es procedente aplicar la prueba de la hipótesis de Chi cuadrado.

Formula: $X^2 = \sum (F_o - F_e)^2 \div F_e$

1.) $X^2 = (291-305.19)^2 \div 305.19 = 0.66$ 1)	K= (F-1) (C-
2.) $X^2 = (306-324.93)^2 \div 324.93 = 1.10$ 1)	K= (4-1) (4-
3.) $X^2 = (159-131.55)^2 \div 131.55 = 5.72$	K= 3 x 3
4.) $X^2 = (228-222.32)^2 \div 222.32 = 0.14$ los grados	K= <u>9</u> . son
5.) $X^2 = (248-251.85)^2 \div 251.85 = 0.05$ con un ni-	de libertad,
6.) $X^2 = (263-268.13)^2 \div 268.13 = 0.09$ confianza de	vel de
7.) $X^2 = (116-108.55)^2 \div 108.55 = 0.51$ resultado	0.05, el
8.) $X^2 = (185-183.45)^2 \div 183.45 = 0.01$ tabla es:	según la
9.) $X^2 = (180-167.48)^2 \div 167.48 = 0.93$	<u>16.919.-</u>
10) $X^2 = (195-178.31)^2 \div 178.31 = 1.56$ calculado	Si el valor
11) $X^2 = (48-72.19)^2 \div 72.19 = 8.10$ igual o su-	de X^2 , es
12) $X^2 = (117- 122)^2 \div 122 = 0.20$ éste, se di-	perior a
13) $X^2 = (209-203.46)^2 \div 203.46 = 0.15$ las variables	ce que

14) $X^2 = (224 - 216.62)^2 \div 216.62 = 0.25$ están relacionadas.

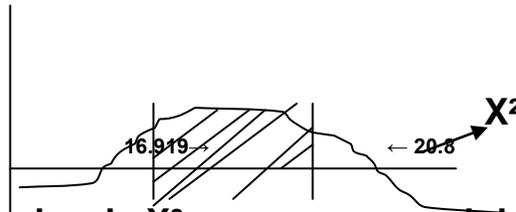
15) $X^2 = (77 - 87.70)^2 \div 87.70 = 1.30$ (X^2 fue significativa)

16) $X^2 = (146 - 148.21)^2 \div 148.21 = 0.03$ y se

acepta la hipó-

Sumando los resultados de los X^2 , se obtiene como tesis.¹⁹³

Producto 20.8.-



Por tanto, como el valor de X^2 es mayor que el de la tabla (16.919), entonces se tiene que las variables de la hipótesis general se encuentran relacionadas; En correspondencia a ello se acepta la misma.

Implica lo anterior, que el grado de conocimiento sobre el tipo penal, incide en el nivel de impunidad.

B.) Especifica N° 1.

Tabla resumen.

Variable	Indicador	Si	No	En Parte	No Contestó
$\phi \subset \sigma$	1	26	14	16	12

¹⁹³ Hernández Sampieri, Roberto. Y otros. " Metodología de la investigación ". 2ª. Ed. McGraw-Hill. Mexico. 1999. Pág. 405.

	2	25	22	7	14
	3	25	28	1	14
	4	32	22	2	12
	5	24	22	9	13
Subtotal		132	108	35	65
Variable	1	29	16	6	17
Dependi ente	2	43	65	--	28
	3	24	25	--	19
	4	31	20	4	13
Subtotal		127	126	10	77
Total		259	234	45	142

Tabla de Subtotales.

Opciones Variable	Si	No	En parte	No Contestó
Independiente	132	108	35	65
Dependiente	127	126	10	77
Total	259	236	45	142

Tabla de Contingencia.

V. Ind.	Si	No	En parte	No contestó	Total
Si	259	258	142	209	868
No	235	236	118	185	774
En parte	162	161	45	112	480
No Contestó	192	191	75	142	600
Total	848	846	380	648	2,722.00

Frecuencia Observada =

Frecuencia esperada = $\frac{\text{Fr. Marginal de fila} \times \text{Fr. Marginal de Columna}}{\text{Total}}$

1) $848 \times 868 \div 2722 = 270.41$

2) $848 \times 774 \div 2722 = 241.12$

3) $848 \times 480 \div 2722 = 149.54$

4) $848 \times 600 \div 2722 = 186.92$

5) $846 \times 868 \div 2722 = 269.78$

6) $846 \times 774 \div 2722 = 240.56$

7) $846 \times 480 \div 2722 = 149.18$

8) $846 \times 600 \div 2722 = 186.48$

9) $380 \times 868 \div 2722 = 121.18$

10) $380 \times 774 \div 2722 = 108.05$

11) $380 \times 480 \div 2722 = 67.00$

12) $380 \times 600 \div 2722 = 83.76$

13) $648 \times 868 \div 2722 = 206.64$

14) $648 \times 774 \div 2722 = 184.25$

15) $648 \times 480 \div 2722 = 114.26$

16) $648 \times 600 \div 2722 = 142.83$

A continuación se aplica la fórmula del Chi cuadrado, $X^2 = \sum (F_o - F_e)^2 \div F_e$.

1) $X^2 = (259 - 270.41)^2 \div 270.41 = 0.48$

2) $X^2 = (235 - 241.12)^2 \div 241.12 = 0.15$

3) $X^2 = (162 - 149.54)^2 \div 149.54 = 1.03$

4) $X^2 = (192 - 186.92)^2 \div 186.92 = 0.13$

5) $X^2 = (258 - 269.78)^2 \div 269.78 = 0.51$

6) $X^2 = (236 - 240.56)^2 \div 240.56 = 0.08$

7) $X^2 = (161 - 149.18)^2 \div 149.18 = 11.82$

8) $X^2 = (191 - 186.48)^2 \div 186.48 = 0.10$

9) $X^2 = (142 - 121.18)^2 \div 121.18 = 3.57$

10) $X^2 = (118 - 108.05)^2 \div 108.05 = 0.91$

11) $X^2 = (45 - 67)^2 \div 67 = 7.22$

12) $X^2 = (75 - 83.76)^2 \div 83.76 = 0.91$

13) $X^2 = (209 - 206.64)^2 \div 206.64 = 0.02$

14) $X^2 = (185 - 184.25)^2 \div 184.25 = 0.003$

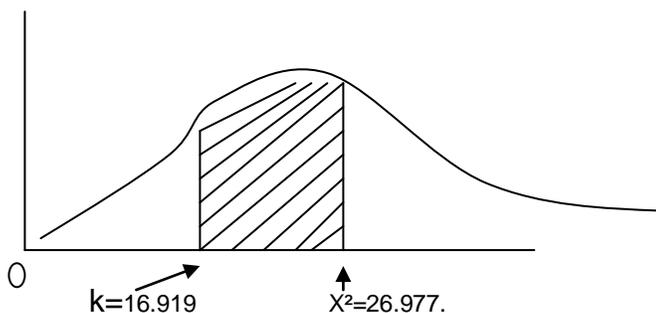
$$15) X^2 = (112 - 114.26)^2 \div 114.26 = 0.04$$

$$16) X^2 = (142 - 142.83)^2 \div 142.83 = 0.004.$$

La sumatoria de los X^2 es igual a **26.977**. Y como éste dato es mayor que el de la tabla, con 9 grados de libertad a un nivel de confianza de 0.05, que es **16.919**.

Entonces se dice que las variables de la hipótesis están relacionadas; por tanto, se acepta la hipótesis específica N° 1.

Gráfico (Hip. Esp. 1)



Con el resultado obtenido se confirma la relación entre las variables “Estructura Jurídica del ilícito penal” y “ El conocimiento de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de comisión por omisión”.

Con anterioridad, en el capítulo II se preveía tal situación, y es que por lógica para entender el tema relativo a elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, hay que tener un conocimiento tanto general como específico de la estructura del delito, y el tema en especial de la categoría tipicidad.

C) Hipótesis Específica N° 2.

Tabla resumen.

Variable	Indicador	Si	No	En Parte	No Contestó
Independiente	1	21	27	5	15
	2	21	27	5	15
	3	21	27	5	15
	4	21	27	5	15
Subtotal		84	108	20	60
Dependiente	1	39	9	6	14
	2	41	13	--	14
	3	17	32	1	18
Subtotal		97	54	7	46
Total		181	162	27	106

Tabla de Subtotales.

Opciones Variable	Si	No	En parte	No Contestó
Independiente	84	108	20	60
Dependiente	97	54	7	46
Total	181	162	27	106

Tabla de Contingencia.

V. Dep \ V. Ind.	Si	No	En parte	No contestó	Total
Si	181	138	91	130	540
No	205	162	115	154	636
En parte	117	74	27	66	284
No Contestó	157	114	67	106	444
Total	848	846	380	648	1904

Frecuencia Observada =

Frecuencia esperada = $\frac{\text{Fr. Marginal de fila} \times \text{Fr. Marginal de Columna}}{\text{Total}}$

Total

1) $660 \times 540 \div 1904 = 187.18$
220.46

3) $660 \times 284 \div 1904 = 98.44$
153.90

5) $488 \times 540 \div 1904 = 138.40$
163.00

7) $488 \times 284 \div 1904 = 72.78$
 $1904 = 113.79$

9) $300 \times 540 \div 1904 = 85.08$
 $1904 = 100.21$

11) $300 \times 284 \div 1904 = 44.74$
69.95

13) $456 \times 540 \div 1904 = 129.32$
152.32

15) $456 \times 284 \div 1904 = 68.01$
106.33.-

2) $660 \times 636 \div 1904 =$

4) $660 \times 444 \div 1904 =$

6) $488 \times 636 \div 1904 =$

8) $488 \times 444 \div$

10) $300 \times 636 \div$

12) $300 \times 444 \div 1904 =$

14) $456 \times 636 \div 1904 =$

16) $456 \times 444 \div 1904 =$

Aplicando la formula Chi cuadrado, se obtienen los siguientes datos:

$$X^2 = \sum (F_o - F_e)^2 \div F_e.$$

1) $X^2 = (181 - 187.18)^2 \div 187.18 = 0.20$
 $220.46 = 1.08$

3) $X^2 = (117 - 98.44)^2 \div 98.44 = 3.50$
 $153.90 = 0.06$

5) $X^2 = (138 - 138.40)^2 \div 138.40 = 0.001$
 0.006

7) $X^2 = (74 - 72.78)^2 \div 72.78 = 0.02$
 $\div 113.79 = 0.0003$

9) $X^2 = (91 - 85.08)^2 \div 85.08 = 0.41$
 $\div 100.21 = 2.18$

11) $X^2 = (27 - 44.74)^2 \div 44.74 = 7.034$
 0.12

2) $X^2 = (205 - 220.46)^2 \div$

4) $X^2 = (157 - 153.90)^2 \div$

6) $X^2 = (162 - 163)^2 \div 163 =$

8) $X^2 = (114 - 113.79)^2$

10) $X^2 = (115 - 100.21)^2$

12) $X^2 = (67 - 69.95)^2 \div 69.95 =$

$$13) X^2 = (130 - 129.32)^2 \div 129.32 = 0.003 \quad 14) X^2 = (154 - 152.32)^2 \div 152.32 = 0.01$$

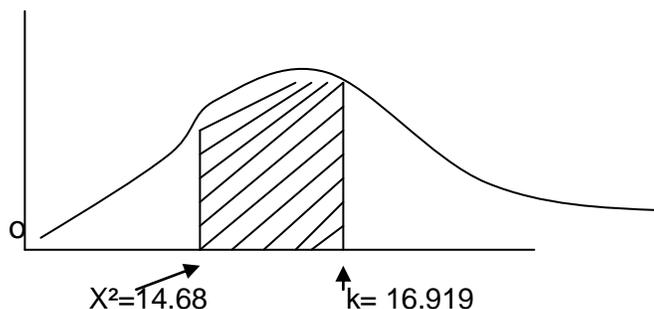
$$15) X^2 = (66 - 68.01)^2 \div 68.01 = 0.06 \quad 16) X^2 = (106 - 106.33)^2 \div 106.33 = 0.001.-$$

Efectuando la sumatoria de los resultados, se obtiene que $\sum X^2 = 14.68$, que es menor al $k = 16.919$; por tanto, se acepta la hipótesis específica N°2, puesto que al estar redactada en forma negativa, es decir, que las variables “imputación” y “conocimiento de las fuentes del deber jurídico de obrar y posición de garante no están relacionadas”, no se relacionan en forma directa y decisiva; Pero por la cercanía de ambos datos, se dice que, la relación entre ambas es relativa.

Concuerta tal afirmación, dado que ni en la doctrina existe aún, un sólo criterio para imputar un resultado, cometido por omisión, reflejo de la ambigüedad o desconocimiento, con el que contestaron los encuestados.

En la imputación de un delito de omisión impropia, más bien se deben de hacer valoraciones de carácter normativo y descriptivo que contiene el tipo penal; Y no únicamente tener conocimiento de la posición de garante, aspecto que pertenece al tipo objetivo, sino también de la situación de garante o deber, que ya pertenece a la antijuridicidad; Logrando con todo ello un todo de imputación.

Gráfico. Hip. Esp. N°2.-



RESUMEN: La información presentada es de importancia, puesto que con relación a las hipótesis formuladas, estas se han comprobado, máxime cuando la población que se encuestó es cualificada dado que todos son abogados, y es de suponer que tienen conocimiento de la comisión por omisión. Para el caso, en la hipótesis general, se acepta el hecho, de que el desconocimiento sobre el tipo penal, parte integrante del delito, genera impunidad, o mejor dicho ambas variables son correlacionales o vinculantes.

En cuanto a la hipótesis específica N° 1, se tiene que el grado de conocimiento que se tenga de la estructura del delito, implicaría un mayor conocimiento de los elementos objetivos y subjetivos que lo conforman; Con lo cual la aplicación de la ley penal, sería más justa y técnica.

Del análisis de la segunda hipótesis específica, se tiene que la imputación objetiva del resultado, en el delito de comisión por omisión, no depende del conocimiento que se tenga de las fuentes de posición de garante; Sino que ella implica una construcción normativa, sobre la base de los elementos objetivos-descriptivos, así como subjetivos del delito en comisión por omisión; Aún y cuando dichas fuentes que pueden ser materiales o formales, se relacionan indirectamente con los elementos citados.

A continuación se hace indispensable pasar al estudio de la parte final de la investigación, con las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A.-) Conclusiones de la investigación.

- **El delito de comisión por omisión, se encuentra regulado en el código penal de El Salvador, determinado por la cláusula genérica del Art.20 Pn., que complementada con un tipo penal de resultado de la parte especial, se configura en un hecho delictivo, razón por la cual la referida cláusula es un dispositivo amplificador del tipo de comisión activa de resultado; Sin embargo, siempre es un tipo penal abierto, por cuanto el juez debe de completarlo mediante el establecimiento de la propia posición de garante del sujeto omisivo.**

- **En lo que respecta al ejercicio de la acción penal y aplicación de la comisión por omisión, en el departamento de San Miguel, es muy exigua, desde el año de 1998 hasta 2002, solo se obtuvo conocimiento de un caso de comisión por omisión, y que llegó hasta sede de tribunal de sentencia, precisamente el Tribunal 2º de Sentencia de la ciudad de San Miguel, referencia 129/2002-1; Y en el cual el grupo investigador participó,**

haciendo una exposición del tema de omisión impropia, y de la respectiva imputación objetiva, a los fiscales del caso.

- Desde lo dogmático penal, se concluye, que el problema más importante en el desarrollo de la omisión impropia, ha sido el tema de la causalidad o nexo causal; Lo anterior en virtud de que desde un punto de vista fenomenológico-ontológico, la omisión, o el no-hacer, no causa nada; Surgiendo en la problemática, la teoría de la *Conditio sine qua non* o causalidad hipotética-potencial, así como la teoría del nexo de evitación.
- El tipo penal de comisión por omisión, contiene elementos objetivos y subjetivos:

Elementos Objetivos.

*Sujetos: Pasivo y omisivo
*Resultado
*Nexo de evitación
*Bien jurídico
*Objeto
*Situación típica + posición de garante

*Ausencia de acción, en relación con el resultado
*Posibilidad y capacidad de evitación(física y psíquica)
*Elementos especiales de tiempo, lugar y forma, en correspondencia con los tipos de la parte especial del Código penal.

Elementos Subjetivos:

Dolo : Implica el conocimiento de la situación típica, de la situación de garante y deber jurídico de obrar, con relación a la posición de garante y el garantizado, así como la conciencia y conocimiento de la capacidad de evitación del resultado, asumiendo la voluntad de no-realización de la acción de salvamento.

Culpa o Imprudencia: - Injerencia imprudente, la falsa apreciación de la situación típica, errónea acción de salvamento, uso inadecuado del medio para ejecutar la defensa.

- **Los conceptos acción y omisión, antológicamente, no pueden ser tratados bajo en concepto de acción extensivo.**
- **La omisión tiene, por tanto, una naturaleza normativa, en contraposición al actuar.**
- **Omisión es, la ausencia voluntaria de acción debida y jurídicamente ordenada, posible de ser realizada.**

- **La omisión impropia, implica en lo básico una violación a una norma de prohibición, y en segundo plano a una norma de mandato.**
- **En lo que respecta al resultado, la valoración que se hace en un delito de comisión por omisión, es igual que al de comisión por acción de resultado o de lesión.**
- **Autor de un delito de comisión por omisión, sólo puede serlo el que tiene posición de garante.**
- **Partícipe de un delito en comisión por omisión, únicamente lo es aquel que tiene posición de garante con respecto al objeto de la causalidad y del bien jurídico; Siempre y cuando por características propias del tipo objetivo del delito en especifique, no se le pueda imputar a título de autor.**
- **La posición de garante tiene dos fuentes, una funcional y otra formal, que en general, implican la vigilancia de fuentes de peligro y protección de específicos bienes jurídicos dentro del circulo de acción del garante.**

- **El deber jurídico de obrar es un termino que no se debe de confundir con el de posición de garante, puesto que el primero pertenece a la antijuridicidad.**
- **La tentativa idónea solo es posible conceptualmente; Puesto que la omisión se presenta en el momento que debió de haber tenido la acción mandada. Pero como en el delito de comisión por omisión, es necesario el resultado, esa ausencia de acción, debe de estar vinculada al mismo, de tal suerte que cuando se desista de omitir y se evite el resultado, por la falta de este último elemento, el tipo ya no se configura, ni la tentativa misma; Otra razón es que ésta figura forma parte de la fase intermedia del delito, o actos preparatorios, y estos sólo caben en delitos de acción, puesto que a la omisión no le es propia la causalidad. Excluyéndose, por tanto, autoría en tentativa.**
- **Es posible también hacer referencia a una instigación a cometer un delito de omisión.**

- **El error sobre el deber de actuar, es un error de prohibición.**
- **En cuanto a la culpabilidad, garante solo lo será aquel que física y psíquicamente tenga la capacidad para reconocer la situación típica, la acción o vía de salvamento, y la evitación del resultado.**
- **El Art. 20 Pn. No se redactó de una forma clara, pues da lugar a dudas en cuanto a que tipo de resultado se refiere; Además, no contempla la facultad de atenuación especial para el sujeto omisivo, tal como lo contienen los parágrafos 13 Alemán (La pena puede ser atenuada) y el 10 de Portugal(En el caso del número anterior la pena puede ser atenuada de un modo especial). Pero eso no impide al juez para que pueda aplicar las atenuantes generales del código penal.**
- **La comisión por omisión, no viola el principio de legalidad, en virtud de ser un dispositivo amplificador del tipo penal; Además, tiene como fundamento filosófico y jurídico, en primer lugar, el principio de solidaridad, y en**

segundo lugar el deber jurídico, ambos reconocidos legalmente en El Salvador, Art.1, 2, 32, 73 N°2, 144, todos de la Constitución. Y los Artículos XXIX al XXXV de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre,

- **En el país, se genera impunidad, por la falta de observancia del Estado, en las omisiones que son lesivas de bienes jurídicos; faltando, por tanto, un papel más activo de la Fiscalía General de la República en la investigación de estos delitos.**
- **En los delitos de comisión por omisión, también rige la teoría general de la prueba, en el sentido de que se puede utilizar cualquier medio de prueba, siempre y cuando se haya obtenido en forma lícita.**
- **Este tipo de investigaciones debe de servir como uno de los primeros pasos, que se den en el país en producir obras de derecho, sobre temas especiales y que sirvan de insumo a los profesionales y buscar la excelencia académica.**

C.) Recomendaciones.

- Al Órgano Legislativo: **Que leyes se redacten de la forma más clara posible. Se propone, que al Art.20 del Código penal le haga un estudio minucioso y con criterios de política criminal, para su mejor redacción; Se le debería de agregar el inciso sobre la facultad de atenuación especial, conforme al criterio de complicidad, por lo menos, para no ser tan drásticos en la penalidad. (Motivo que limita a los operadores de justicia a aplicar la disposición citada.)**
- Al Órgano Ejecutivo: **A brindar asesoría sobre la omisión, sobre todo a instituciones como la policía, cuerpo de bomberos, así como al Ministerio de Gobernación, en el deber de los funcionarios y empleados de los centros penales.**

- Al Órgano Judicial: **Que por medio de instituciones como la Escuela de Capacitación Judicial, se profundice en la capacitación de jueces y empleados, con el objeto de que se tenga conocimiento claro, de temas muy poco conocidos.**
- Al Ministerio Público **Crear seminarios de capacitación, para sus agentes auxiliares, para lograr un mayor conocimiento de la teoría del delito, y por ende de la comisión por omisión.,**
- A Los jueces: **Siempre estar en auto aprendizaje, y capacitarse, lo cual les permitirá, brindar una mejor aplicación de justicia, más técnica y apegada a derecho.**
- A las Organizaciones No Gubernamentales de Socorro: **Capacitación y asesoría jurídica, en donde se les explique, cuáles son sus deberes frente a la sociedad, y, además, que en determinado momento pueden incurrir en un delito de omisión.**

- A las asociaciones de abogados: **Se les recomienda, estar en capacitación constante, en temas de derecho penal.**
- A La Universidad de El Salvador: **Incluir en los programas de estudio, temas especiales de la teoría del delito, como la comisión por omisión; Además, mejorar el inventario de libros de derecho, tanto en cantidad, calidad, como en modernidad. Se hace necesario promover en su seno las investigaciones jurídicas, y de esta manera poder tener una colección editada por la UES, sobre temas especiales de derecho.**
- A la sociedad en general, a la familia: **Que en aras de buscar el perfeccionamiento de las formas de vida, de ayuda mutua en la solución de problemas, se participe más activamente, y en forma solidaria al interior de la misma. Que ante cualquier hecho delictivo que implique la inobservancia de deberes sociales y de asistencia, se denuncien.**

ANEXOS



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
Departamento de Ciencias Jurídicas
IX Seminario de Graduación

Encuesta: Dirigida a los profesionales en ciencias jurídicas, que tienen intervención en los procesos penales, ya sea acusando, defendiendo o decidiendo sobre hechos concretos.

Mencione:

- Considera usted que las excusas absolutorias, como condiciones objetivas de la punibilidad, se pueden aplicar en los delitos de comisión por omisión.

SI.

NO.

En Parte.

- Sabe usted, cuáles son las fuentes de la posición de garante, en el delito de comisión por omisión.

SI.

NO.

En Parte.

Mencione:

- Considera usted, que el Conocimiento de la posición de garante por parte del infractor, es un elemento necesario para imputar el delito de Comisión Por Omisión.

SI.

NO.

En Parte.

- En los delitos de Omisión Impropia, considera usted, que el resultado es indispensable para imputar el hecho punible.

SI.

NO.

En Parte.

- En los delitos de Comisión Por Omisión, sabe usted, cuál es el nombre del vínculo, que une la conducta del imputado, con la lesión al bien jurídico protegido.

SI.

NO.

En Parte.

Mencione:

San Miguel, El Salvador, C.A.

2002.

Delitos de omisión propia:

- Omisión del deber de socorro, Art.175 Pn.
- Denegación de asistencia sanitaria, Art.176 Pn.

- Suposición u ocultación del estado familiar, Art. 195 Inc.2 Pn.
- Abandono y desamparo de persona, Art.199 P.
- Incumplimiento de deberes de asistencia económica, Art.201 Pn.
- Infracción a las medidas de registro, control,, Art.223.
- Evasión de impuestos, Art. 249 Pn.
- Otras Defraudaciones, Art. 250 Pn.
- Construcciones no autorizadas, Art. 253 Pn. y la responsabilidad de los funcionarios públicos, Art.254 Pn.
- Responsabilidad de funcionario y empleados públicos(Delitos Medioambientales) Art. 262 Pn.
- Infracción a las reglas de seguridad, Art. 267.
- Fabricación y comercio de alimentos nocivos, Art. 275 N°1 Pn.
- Omisión del deber de poner en conocimiento determinados delitos, Art. 309 Pn.
- Omisión de Investigación, Art. 311 Pn.
- Omisión de Aviso, Art. 312 Pn.
- Favorecimiento a la evasión, Art. 318 Pn.
- Incumplimiento de deberes, Art. 321 Pn.
- Denegación de auxilio, Art. 323.
- Desaparición forzada de personas, Art. 364 Pn.

Faltas Omisivas:

- Incumplimiento de deberes de asistencia moral, Art. 389 Pn.

- Actos Contrarios a las buenas costumbres, Art. 392, N. 5,6, Pn.

Delitos que se pueden dar en comisión por omisión:

- Homicidio Simple, Art. 128 Pn.
- Homicidio Agravado, Art. 129 Pn.
- Homicidio Piadoso, Art. 130 Pn.
- Homicidio Culposo, Art. 132 Pn.
- Aborto, Arts. 133-137 Pn.
- Lesiones en el no nacido, Art. 138 Pn.
- Lesiones Culposas en el no nacido, Art. 139 Pn.
- Lesiones comprendidas en los Arts. 142 al 146 Pn.

Cuando se atiende a un resultado jurídico, con la valoración del sujeto como garante.

- Violación y otros contra la libertad sexual, Arts. 158 y Sgtes.Pn.

Cuando no se atiende al hecho del animo de beneficio o lucro, sino a la posición del garante:

- **Hurto, 207,208,209. Pn.**
- **Robo, Art. 212. Pn.**
- **Daños, Art.221 Pn.**

Atendiendo a un criterio amplio del resultado.

- **Contaminación Ambiental, Art. 255 Pn.**
- **Depredación de flora protegida, Art. 259 Pn.**

- **Envenamiento, contaminación o adulteración de aguas y sustancias alimenticias, Art. 276 Pn.**

Faltas en omisión impropia:

- **Lesiones y golpes, Art. 375 Pn.**
- **Hurto, Art. 379. Pn.**
- **Daños, Art. 381 Pn.**

JURISPRUDENCIA:

Ref- 129-2002.1. Tribunal Segundo de Sentencia del departamento de San Miguel.

Hechos probados: Que el día tres de octubre, el sargento E. A. Martínez, quien era el jefe de la subdelegación del puesto policial de San Luis de La Reina, organizo y monto un operativo policial, que finalizó a las doce horas del día cuatro de octubre, en el cual montaron un operativo a efecto de allanar y registrar la vivienda del señor Nelsón L., y cuando ya lo tenían esposado y reducido sin ofrecer ningún tipo de resistencia, fue golpeado por agentes UTO, en presencia del sargento E. A . Martínez; Quien no realizó ningún acto para detener la agresión; Habiendo muerto producto de los golpes, más una deficiencia del corazón que se incrementó, con la acción de los agentes UTO.

La resolución fue un fallo condenatorio, por los delitos de lesiones graves agravadas y homicidio culposo; El tribunal estableció la constatación de una situación típica, así como la posición de garante, que tenía el sargento, y que tiene como fuente la ley, Art. 243 N°3 Pr. Pn.; También se logró establecer la ausencia de la acción, en el sentido de que el jefe del operativo, en ningún momento realizó acto tendiente a evitar la golpiza; El resultado aparece como lógica consecuencia; La capacidad de evitación, se da en virtud de que el sargento, era el agente de mayor rango en el operativo, y, por tanto, se le debe de obedecer.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1998. (España)

(Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y otros; PRAXIS, S.A. Barcelona, 2ª.Ed.1999, Pág. 189-191).

-Valentina M.P., presentaba una desfloración, antigua en el tiempo, con desgarros semilunares en cuatro puntos, y poseía un acabado conocimiento de las relaciones sexuales; Que con ocasión de estar en el salón de su domicilio, fue objeto de tocamientos en pechos y nalgas, con intención libidinosa por su padre; Lo que motivó a Valentina a que no se opusiese, pero relatándoselo posteriormente a su madre. Además de que había sido

penetrada tanto por su hermano, como por su padre, en repetidas ocasiones, y que se lo contó a su madre, quien no hizo nada al respecto.

El Fallo: Condena a Félix M.G., y a Toribia P.V., el primero como autor y la segunda como cómplice de un delito continuado de abuso sexual. La complicidad por omisión es posible, cuando la omisión del deber de actuar del garante ha contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión.

- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (España) de fecha 23 de Octubre de 1996, RJ 1996/ 10168, delito analizado: Aborto.

Ponente: Dr. Enrique Bacigalupo Zapater.

El supuesto de hecho analizado, es la conducta de los padres de una joven, mayor de edad, pero con cierto retraso mental y escasa formación, la cual dio a luz a un bebé en el cuarto del baño de su casa, ante la pasividad inicial de dichos padres y su asistencia posterior, únicamente respecto a su hija, y la despreocupación absoluta con respecto al feto, todo lo cual provocó la muerte del recién nacido. La audiencia provincial de Cádiz, condenó a dichos padres como autores de un delito de aborto en la modalidad de comisión por omisión. El Supremo anuló dicha sentencia, por que no se acreditaban algunos elementos; No obstante, y por lo que aquí interesa, habiéndose alegado por la defensa de los condenados, la imposibilidad de que el delito aborto pudiera cometerse por omisión, basándose en que el tipo delictivo se fundamenta en un comportamiento activo, dicho argumento es desestimado de forma tajante por el Alto Tribunal, considerando que precisamente sólo cabe hablar de una posible comisión por omisión respecto de un tipo que, expresamente, no incrimina sino el comportamiento activo; Si el comportamiento omisivo estuviera expreso en la ley, la categoría de la comisión por omisión, sería totalmente innecesaria; Los delitos de comisión por omisión razona la sentencia, no son sino una variedad de los delitos activos, como es el delito de aborto.

BIBLIOGRAFÍA

- Arrieta Gallegos, Manuel. “ Lecciones de Derecho Penal “, Corte Suprema de Justicia” San Salvador. 1972.
- Fontán Balestra, Carlos. “ Tratado de Derecho Penal”, Parte general. 2ª. Edición. ABELEDO- PERROT, Buenos Aires, Argentina, 1980.
- Bacigalupo, Enrique. “ Delitos Impropios de Omisión”. 2ª. Edición. Editorial TEMIS, Colombia 1983.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, y otros. “ Lecciones de Derecho Penal”. Parte General. 2ª. Edición 1999. Barcelona.
- Bustos Ramírez, Juan. “ Consideraciones Respecto a la Estructura del Delito en la Reforma Penal Latinoamericana”. Teoría y Practica. Depalma. Año 2, N° 5-8,1979.
- Choclán Montalvo, José Antonio. “ El Delito Culposo”. 1ª. Edición. Corte Suprema de Justicia.2001.El Salvador.
- Código Civil y de Familia. Editorial LIS. El Salvador,1994.
- Códigos Penal y Procesal Penal, Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia. 1ª.Ed. San Salvador, 2002.
- Corte Suprema de Justicia. Revista Justicia de Paz. N° 6.Año III. Vol.II. Mayo-Agosto. 2000. Talleres Gráficos UCA. El Salvador. “ La acción

típica y la Imputación”. Angel Calderón Cerezo y José Antonio Choclán Montalvo.

- Corte Suprema de Justicia. “Revista Justicia de Paz”. N° 12. Año V. Vol. II, Mayo-Agosto, 2002. El Salvador. Fuentes de Paz, Ana Lucila. “ Delitos de Omisión”.
- Corte Suprema de Justicia, “ Revista Justicia de Paz” N°7, Año III, Vol.III, Sept-Dic. 2000. “ Los Principios del Derecho Penal en la Legislación Penal Salvadoreña “. Javier Martínez Lázaro.
- De la Cuesta Aguado, Paz María. “ Tipicidad e Imputación Objetiva”. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.
- Diario Oficial. Boletín Actualidad Jurídica. Jurisprudencia, Corte Suprema, Chile. 1998.
<http://www.diarioficial.el/actualidad/relación/jurcomentada/uahfallo 5.htm>.
- Fragoso, Heleno Claudio. “El Derecho Penal Comparado en América Latina”. Teoría y Practica. Depalma. Año 1, 1978.
- Gómez Benítez, José Manuel. “Teoría Jurídica del Delito”. Parte General. Editorial CIVITAS, Madrid, 1992.
- Hernández Sampieri, Roberto, y otros. “ Metodología de la Investigación”.2ª.Edición. McGRAW- HILL, Editores, México, 1999.
- Iglesias Mejía, Salvador. “ Guía para la elaboración de trabajos de investigación monográfico o tesis”. 3ª. Edición.

- Jescheck, Hans Heinrich. “ Tratado de Derecho Penal “ Parte General, Vol. I. 1981, BOSCH. Barcelona.
- Jescheck, Hans Heinrich. “ Tratado de Derecho Penal “ Parte General, Vol. II. 1981, BOSCH. Barcelona.
- Jiménez de Asúa, Luis. “ Tratado de Derecho Penal”. 2ª.Ed. Tomo III.
- Kaufmann, Armin. “ Teoría de las Normas”. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1977.
- Levedne, Ricardo; Zaffaroni- Feyde. “ Códigos Penales Latinoamericanos”. La Ley, S.A., Argentina, 1978.
- Menjivar Herrera, Ana Vilma; Menjivar Salazar, Dora Elsa; Nerio Ramos, José Malaquias. “ Los Problemas Dogmáticos en lo Relativo al Delito de Comisión Por Omisión”. Trabajo de Graduación. Universidad de El Salvador. Febrero- 1997. San Salvador.
- Mir Puig, Santiago. “ Derecho Penal” Parte General, Fundamentos y Teoría del Delito. 3ª.Edición. PPU. Barcelona,1990.
- Muñoz Conde, Francisco. “ Teoría General del Delito”. 2ª.Edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 1991.
- Novoa Monreal, Eduardo. “ Fundamentos de Los Delitos de Omisión”. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1984.
- Orts, Alberdi. “ Delitos de Comisión por Omisión”. Ediciones GHERSI, Buenos Aires, 1978.

- Osorio, Manuel. “ Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, 24ª. Ed. Editorial Heliasta. Argentina, 1997.
- Quinteros Olivares, Gonzalo. “ Derecho Penal”. Parte General. 2ª.Edición. Marcial-Pons. Madrid.1989.
- Reyes Echandía, Alfonso. “ TIPICIDAD”, 6ª. Edición. TEMIS,S.A., Colombia, 1999.
- Reyes Echandía, Alfonso. “ANTI JURIDICIDAD”, 4ª. Edición. TEMIS,S.A., Colombia, 1999.
- Reyes Echandía, Alfonso. “CULPABILIDAD”, 3ª. Edición. TEMIS,S.A., Colombia, 1999.
- Reyes Echandía, Alfonso. “ Derecho Penal”. Parte General. Universidad Externado de Colombia, 1981.
- Rojas Soriano, Raúl. “ Métodos para la investigación social”, 11ª. Ed. Plaza y Valdés, México, 1991.
- Roxin, Claus. “ Teoría del Tipo Penal”. DEPALMA. Buenos Aires. 1979.
- Roxin, Claus. “ Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”. 6ª. Edición, Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial-Pons. Barcelona. 1998.
- Silva Sánchez, Jesús María. “ La Regulación de la Comisión Por Omisión en el Nuevo Código Penal Español”. Revista Peruana de Ciencias Penales. Año IV. Nº. 7/8.1998.
- Terragni, Marco Antonio. “ Omisión Impropia y Posición de Garante”. <http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/libros/oi&pg.htm>.

- Torr , Abelardo.(Miguel  ngel Divito). “ Introducción al Derecho”.12^a. Ed. ABELEDO-PERROT, Buenos Aires. 1999.
- Trejo Escobar, Miguel Alberto.” Introducción a la Teoría General del Delito”. 1^a. Ed. Triple “D”. San Salvador, El Salvador, 1999.
- Trejo Escobar, Miguel Alberto. “ Curso de Derecho Penal Salvadoreño”, Parte General. Volumen I. Editoriales Triple “D”, 2002. El Salvador.
- Trejo, Miguel Alberto, y otros. “ Manual de Derecho Penal”. Parte General. 2^a.Ed. Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia.1996. Talleres Gráficos UCA. El Salvador.
- Velásquez Velásquez, Fernando. “ Derecho Penal”. Parte General. 3^a.Edición. TEMIS. Colombia. 1997.
- Welzel, Hans. “ Derecho Penal Alemán” . Parte General. 11^a.Ed. 4^a. Edición Castellana, traducción de: Juan Bustos Ramírez y Sergio Y nez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Witker, Jorge. “ Como Elaborar una Tesis en Derecho”. 1^a.Ed. Editorial CIVITAS, S.A.,Madrid, 1986.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “ Manual de Derecho Penal”, Parte General. 5^a.Edición. EDIAR. Buenos Aires, 1987.