

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2009
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**EL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN: UNA FORMA DE VULNERAR EL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL
SALVADOREÑA**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:

JOSÉ ISRAEL ALVARENGA ORELLANA

OSCAR DANIEL PINEDA VÁSQUEZ

JUAN FERNANDO RAYMUNDO AYALA

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO DE 2010

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ
RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO OSCAR NOÉ NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ
SECRETARÍA GENERAL

DOCTOR RENÉ MADECADEL PERLA JIMÉNEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO ÓSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ ÁGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

Con este trabajo de investigación culmino una larga y difícil carrera universitaria, lo cual no hubiese sido posible sin la ayuda moral y física desinteresada de las personas que a continuación citaré, las cuales han sido mi soporte en momentos de angustia, y con quienes he compartido momentos de alegría.

Primero, y antes que nada, dar gracias a Dios, quien es mi guía en cada paso que doy, por darme fortaleza e iluminar mi mente en los momentos más difíciles.

Agradecer hoy y siempre a mi familia, a mis padres Moisés y Margarita, por quienes me encuentro ahora concluyendo el ciclo más importante de mi vida, y a quienes dedico este éxito académico. A mis hermanos Otoniel y Claudia, por sus ánimos, apoyo y alegrías que me brindan, lo que me da fortaleza para seguir adelante. A mi abuela “Mimama”, con mucho cariño le dedico este éxito, gracias por sus oraciones.

A mis amigos, compañeros de estudio, y en especial a mis compañeros del presente trabajo de graduación, con quienes he compartido desde inicios de carrera.

A nuestro asesor, Licenciado Francisco Alberto Granados Hernández, quien desde que iniciamos a construir el presente trabajo, mostró su responsabilidad e interés por hacer un buen trabajo.

En general, agradecimientos a todas y cada una de las personas que han compartido conmigo durante toda la carrera.

José Israel Alvarenga Orellana

AGRADECIMIENTOS

La realización de una meta en la vida solo es posible con una dosis de esfuerzo individual y con el apoyo de las personas que más nos quieren, tal y como se dio en mi caso.

Este apartado tiene como objeto reconocer y agradecer el apoyo que he recibido de todas aquellas personas que directa o indirectamente fueron el pilar que me brindo soporte a lo largo de todo mí andar universitario en el alma mater.

En primer lugar y ante todo, agradezco infinitamente a mi madre Norma Elizabeth Vásquez de Pineda, por todo su amor, sus consejos, su tolerancia, su apoyo incondicional en todos los sentidos, su esfuerzo y anhelo por brindarme un mejor futuro, ya que sin ella no habría sido posible cumplir con este objetivo de vida, por esa razón es a ella y solamente a ella que dedico este trabajo de graduación.

Igualmente, agradezco el apoyo de mi padre Salvador Pineda Flores, quien me inculco el deseo de superación personal y por todo el amor que siempre me ha brindado.

Agradezco también a mis hermanos Salvador Enrique, Norma Aracely y Roberto Carlos, ya que han representado un ejemplo de superación que me inspiro a seguir sus pasos y agradezco especialmente al primero de ellos, por toda la ayuda que me brindo a lo largo de estos seis años.

Asimismo, agradezco fraternalmente el apoyo de mis entrañables amigos Henry Napoleón, José Javier y Miguel Orlando, quienes siempre me impulsaron a seguir adelante en busca de la superación académica.

De igual forma, agradezco a mis amigos, compañeros y colegas José Israel y Juan Fernando, con quienes compartimos el mismo ideal de realización profesional y a lo largo de los años, formamos una amistad inquebrantable.

Y finalmente, agradezco a todas aquellas personas que de alguna manera fueron parte esencial y sin las cuales no habría sido posible alcanzar este triunfo.

Oscar Daniel Pineda Vásquez.

AGRADECIMIENTOS

Son tantas las personas a quienes les debo parte de este triunfo, de lograr la culminación de mi carrera con éxito la cual es el anhelo que hoy obtengo.

A nuestro Dios, por haberme obsequiado sabiduría e inteligencia para terminar mi carrera, por ser mi camino, mi apoyo en toda mi vida y permitirme lograr esta meta profesional.

A mis padres Idalia Concepción Ayala de Raymundo, y Juan Fernando Raymundo Blanco por todo el sacrificio, oraciones y apoyo demostrado hacia mi persona sin el cual no hubiese podido lograr mi sueño.

A mis amigos, a quienes agradezco el apoyo incondicional en los momentos más difíciles de mi vida por lo que tengo a bien llamarles compañeros, amigos, hermanos en el dolor.

A la mujer que ilumino mi vida, que me dio motivos y razones para seguir luchando y que devolvió la sonrisa y felicidad a mi corazón con mucho amor dedicado a Sandra Elizabeth Renderos Bardales, el amor de mi vida.

Juan Fernando Raymundo Ayala

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | i |
| <u>CAPÍTULO I</u> | |
| PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y COMISIÓN POR OMISIÓN | 1 |
| 1.1. Situación actual del problema. | 1 |
| <u>CAPÍTULO II</u> | |
| NOCIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD | 10 |
| 2.1. Nociones Generales..... | 10 |
| 2.2. Antecedentes Históricos del Principio de Legalidad | 14 |
| 2.2.1. Desarrollo Histórico del Principio de Legalidad..... | 14 |
| 2.2.2. Incorporación del Principio de Legalidad a la legislación salvadoreña.... | 21 |
| 2.3. Definición | 24 |
| 2.4. Naturaleza y Finalidad | 25 |
| 2.5. Requisitos para la efectiva aplicación del Principio de Legalidad | 26 |
| 2.6. Situación actual del Principio de Legalidad en El Salvador | 27 |
| <u>CAPÍTULO III</u> | |
| DELITOS DE OMISIÓN | 30 |
| 3.1. Nociones Previas | 30 |
| 3.1.1. Tipos Prohibitivos y tipos Imperativos | 30 |
| 3.1.2. Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad en los Delitos de Omisión | 32 |
| 3.2. Clasificación de los Delitos de Omisión..... | 33 |
| 3.2.1. El Delito Propio de Omisión..... | 34 |
| 3.2.1.1. Elementos de la Tipicidad..... | 34 |
| 3.2.1.2. El deber de actuar | 37 |
| 3.2.1.3. Antijuricidad..... | 38 |
| 3.2.1.4. Culpabilidad | 39 |
| 3.2.2. Delitos propios de omisión con mandato de evitar un resultado. | 39 |
| 3.2.3. El delito Impropio de Omisión o Comisión por Omisión | 41 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---|----|
| EL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN | 42 |
| 4.1. Nociones Previas | 42 |
| 4.2. Antecedentes Históricos del delito Impropio de Omisión | 49 |
| 4.2.1. Incorporación del Delito Impropio de Omisión | 52 |
| en la legislación penal salvadoreña..... | 52 |
| 4.3. Delito Impropio de Omisión | 54 |
| 4.3.1. Concepto de delito Impropio de Omisión..... | 55 |
| 4.3.2. Elementos del delito Impropio de Omisión | 56 |
| 4.3.3. Fuentes de la Posición de Garante | 60 |
| 4.3.4. Autoría y participación en el delito Impropio de Omisión | 63 |
| 4.3.4.1. Coautoría | 63 |
| 4.3.4.2. Autoría Mediata | 64 |
| 4.3.4.3. La instigación | 65 |
| 4.3.4.4. Complicidad | 66 |
| 4.3.4.5. La tentativa en el delito Impropio de Omisión | 67 |
| 4.4. El Dolo y la Culpa en los Delitos de Omisión..... | 68 |
| 4.5. Diferencias entre delitos de acción, delitos propios de omisión y delitos impropios de omisión | 70 |

CAPÍTULO V

| | |
|--|----|
| VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DERIVADA DE LA APLICACIÓN DEL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA. | 73 |
| 5.1. Nociones Previas | 73 |
| 5.2. Análisis desde diferentes perspectivas..... | 76 |
| 5.2.1. Análisis Filosófico..... | 76 |
| 5.2.2. Análisis Político Criminal. | 78 |
| 5.2.3. Análisis Jurídico | 80 |
| 5.2.3.1. Indeterminación de la posición de garante | 81 |
| 5.2.3.2. La Interpretación del Juez en los delitos de comisión por omisión.. | 90 |

| | |
|--|----|
| 5.2.3.3. La aplicación de la pena en la comisión por omisión | 95 |
|--|----|

CAPÍTULO VI

| | |
|---|-----|
| CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y BIBLIOGRAFÍA | 97 |
| 6.1. Conclusión | 97 |
| 6.2. Recomendaciones | 100 |
| BIBLIOGRAFÍA | 103 |
| ANEXOS | 128 |

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal, concebido por el hombre como una forma de limitar su conducta en el sentido de prevenir, y sobre todo sancionar acciones u omisiones que puedan producir resultados perjudiciales para la sociedad en conjunto, ha creado un catálogo de conductas llamados “tipos penales”, los cuales, además de contener descrita la conducta ilícita, traen aparejada la correspondiente pena a cumplir.

La mayor parte de tipos penales son de carácter prohibitivo, que no es otra cosa que la realización activa de la conducta descrita en el tipo penal; sin embargo, algunos tipos penales son de carácter imperativos, que consisten en la no realización de la acción mandada por la ley. Es en estos últimos donde encontramos los *delitos de omisión*, que consisten en no realizar la acción mandada y esperada por la ley.

Alrededor de ese catalogo de tipos penales se encuentra el principio de legalidad, pilar fundamental de todo el ordenamiento jurídico penal, el cual ha sido concebido como una forma de limitar el accionar del Estado y de los funcionarios que administran justicia, en el sentido de evitar actuaciones arbitrarias y atentatorias contra la seguridad jurídica de los justiciables. Este principio garantiza que el Estado debe determinar en la ley penal, de forma clara y precisa, las infracciones que constituyen delito, y a la vez señalar las sanciones que se aplican en cada caso de violación a una norma. Asegurando a los destinatarios de la ley que sus conductas no serán objeto de sanción penal, sino en las situaciones previamente señaladas en ella.

Establecido lo anterior, es evidente que la enunciación por parte de la autoridad competente de una conducta considerada como delito debe

guardar concordancia, y sobre todo respeto con el principio de legalidad, situación muy discutida en el caso de los delitos de comisión por omisión o de omisión impropia, ya que estos no están regulados de forma clara en la norma penal, y su aplicación depende de la interpretación que el juez debe hacer para complementar el tipo.

De forma medular, pretendemos exponer la vulneración que causa al principio de legalidad la aplicación de la comisión por omisión en nuestra legislación penal, lo cual se debe, a la falta de claridad y precisión con la que está regulada dicha figura en el artículo 20 del Código Penal; sin embargo, no es posible entrar directamente a desentrañar los problemas que causa la anterior premisa, sin antes dejar por establecido lo concerniente al principio de legalidad y la comisión por omisión.

Para llegar al objeto antes mencionado, se ha realizado un estudio sobre el principio de legalidad desde un punto de vista jurídico penal, y bajo los parámetros de la exigencia de normas escritas, claras y precisas. Este principio no es nuevo, aunque tampoco se tiene una fecha exacta de cuando surgió, éste ha venido evolucionando dentro del marco jurídico. Tampoco podemos decir que dicho principio es propio del Derecho Penal, sino más bien, es principio fundamental de todo el ordenamiento jurídico. Para que el principio de legalidad se convirtiera en lo que es ahora, ha tenido que pasar toda una evolución histórica, llena de revoluciones sociales y políticas. En la actualidad, la totalidad de sistemas jurídicos de los Estados que se consideran democráticos están basados en el principio de legalidad, el cual llega a alcanzar una doble dirección, ya que por una parte, es una garantía constitucional de los derechos individuales, mientras que por otra, poco a poco el principio de legalidad se ha vuelto la columna vertebral del Derecho Penal moderno, pues se ha convertido en el límite al poder punitivo del

Estado, por medio del cual no pueden castigarse conductas e imponer penas no previstas en la ley penal.

En cuanto a los delitos de omisión, estos delitos surgen buscando la forma de proteger los bienes jurídicos tutelados por la ley penal, los cuales pueden transgredirse actuando u omitiendo. De ahí, que para una mejor comprensión de esta figura, hemos desarrollado un estudio sistemático en torno a los delitos de omisión, el cual nos sirve para poder llegar a las posiciones asumidas en las conclusiones finales. Con dicho estudio pretendemos, sin ánimo exhaustivo pero si de concreción de conceptos y líneas precisas de pensamientos, mostrar los aspectos relativos a las generalidades de los delitos de omisión, comenzando con un breve análisis de su distinción con los delitos de comisión. Además, se ha hecho referencia a la clara distinción entre los delitos de omisión, dividiéndolos en tres grupos: *delitos de omisión simple, delitos propios de omisión con mandato de evitar un resultado, y delitos del comisión por omisión*; los cuales, y como se verá mas adelante, tienen marcadas diferencias, como lo son: a) el estar o no tipificados en forma expresa en la ley; b) la existencia o no de un sujeto con la posición de garante; c) la producción o no de un resultado como consecuencia de la conducta omisiva, etc.

En razón de que el objeto trazado es demostrar la vulneración al principio de legalidad por la comisión por omisión, hemos dedicado un apartado entero al análisis de esta última figura, en donde proporcionamos algunos elementos para una mejor comprensión de esta clase de omisión. Cuestiones tales como su conceptualización, que tiene que ver con las características que configuran a este delito, que lo diferencian de los demás delitos omisivos. Así también sus elementos, los cuales se identifican con: a) la existencia de una conducta omisiva; b) la producción de un resultado; c) la

no evitación del resultado estando obligado el sujeto a ello; d) un deber previo de evitar la producción del resultado del sujeto (sujeto garante); y, e) la aparente vinculación entre la conducta omisiva y el resultado producido.

Luego de realizarse un desarrollo explicativo general, tanto del principio de legalidad como de la comisión por omisión, se procederá a dirigir la atención hacia la problemática que encierra la aplicación de la comisión por omisión, de donde surgirán las consideraciones que fundamentan las conclusiones finales.

Para demostrar la vulneración a tan importante principio, es necesario ver el problema desde diferentes perspectivas, por ello hemos fundamentado la problemática bajo el análisis desde tres dimensiones que tienen como objeto facilitar la comprensión de la situación; en primer lugar, un análisis filosófico, con el cual identificaremos la esencia, los fines y valores que se pretenden salvaguardar con la creación de delitos por comisión por omisión; en segundo lugar, un análisis político criminal, con el cual se establece que, si bien es cierto, existe una política encaminada a la regulación de conductas omisivas ilícitas (que consiste primordialmente en la incorporación al Código Penal de los delitos de omisión propia e impropia), sin embargo, esta no es suficiente, ya que el establecer una figura como lo es la comisión por omisión, la cual carece de precisión en su redacción, y que posibilita la interpretación del juez para complementar el tipo, se estaría quebrantando de forma directa a la política criminal actual, puesto que, como se verá mas adelante, el pilar fundamental de una eficiente política criminal es el principio de legalidad.

En tercer lugar, un análisis jurídico, mediante el cual se analiza la disposición contenida en el artículo 20 del Código Penal, la cual, al carecer

de claridad y precisión, conlleva a una evidente vulneración al principio de legalidad, lo cual evidenciamos, en un primer momento, por la falta de determinación de la posición de garante, que como se vera mas adelante, es ésta calidad del sujeto lo que determina la aplicación de un delito por comisión por omisión; en un segundo momento, un margen extralegal de la interpretación del juez, el cual se origina por ser el articulo en referencia, un tipo abierto, es decir, que da facultades al juez para complementar el tipo penal; y en ultimo lugar, se suma a estos problema, la falta de una pena concreta para los delitos de comisión por omisión.

**TEMA: “EL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN: UNA FORMA DE
VULNERAR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL
SALVADOREÑA”.**

CAPÍTULO I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y COMISIÓN POR OMISIÓN.

1.1. Situación actual del problema.

Uno de los principales mandatos emanados de la Constitución de la República para los aplicadores de justicia, es la conservación y protección de la seguridad jurídica en cualquier Estado de Derecho; lo cual aleja toda posibilidad de arbitrariedad de los administradores de la justicia como son los jueces, los cuales deben actuar dentro de la esfera legal; lo que implica la aplicación del principio de legalidad.

En el Derecho Penal se considera como única fuente formal de Derecho a la Ley, por tanto se debe excluir a la costumbre, Jurisprudencia y Doctrina como fuentes de delitos.

El Principio de Legalidad representa una garantía a la libertad de los ciudadanos, limitando el poder sancionador del Estado, ya que asegura a sus destinatarios que sus conductas pueden o no, ser objeto de sanción penal, si las mismas se encuentran descritas en la ley de forma previa, precisa e inequívoca; de lo contrario, estaríamos en presencia de una clara vulneración a tan importante principio, conocido también por el aforismo latino *nullun crimen, nulla poena sine lege previa*.

Modernamente se han incluido una serie de delitos para los códigos tipos en latinoamérica, entre los cuales se incluye una figura penal llamada comisión por omisión; la cual esta contenida en la parte general de nuestro Código Penal, específicamente en el art. 20. Se trata de un dispositivo amplificador del tipo penal y una cláusula general que estipula que, dándose ciertas condiciones, el no evitar un resultado que se estaba obligado a evitar equivale a la realización del mismo.

Cabe señalar que esta forma comisiva por vía de omisión se estructura sobre la base del deber de impedir un resultado y cuyos presupuestos no se encuentran descritos expresamente en la ley; lo que lo distingue de los tipos omisivos propios, los cuales la ley describe en forma expresa.

La característica fundamental de esta conducta omisiva, que según una cláusula general equivale a la realización activa de un delito, es la existencia de una estrecha vinculación entre el omitente y el bien jurídico. En esa relación hay una persona obligada a realizar una determinada acción con el fin de evitar un resultado prohibido por la ley y se le denomina “garante”, pues tiene a su cargo el cuidado de un bien jurídico, así como también el cuidado de una fuente de peligro que puede representar una lesión al bien jurídico.

Cuando se hace un análisis del principio de legalidad y la comisión por omisión se pueden encontrar puntos, donde una figura podría llegar a vulnerar a la otra. Por una parte esta claro que ninguna conducta puede ser objeto de sanción penal si la misma no esta descrita por la ley; y por otra, vemos tipificada en nuestro Código Penal una forma de conducta ilícita disfrazada con el nombre de comisión por omisión; que en la mayoría de los

casos es un criterio mal utilizado por los jueces para equiparar conductas comisivas a las omisivas, sin que exista una norma que determine en que condiciones y modalidades pueda darse tal equivalencia.

Esta disyuntiva es salvada en los cuerpos legales penales (incluyendo al nuestro) por la inclusión de una disposición en la parte general sobre los llamados “Delitos por Comisión por Omisión o delitos Impropios de Omisión” conocida doctrinariamente como un dispositivo amplificador del tipo penal, y que podría ser utilizado para darle mayor amplitud a la punibilidad de conductas no descritas en la ley.

La mayor contrariedad de esto radica en el hecho de que la forma comisiva de un delito por vía de omisión no esta expresamente descrita o al menos mencionada en la ley, ya que las formas omisivas bajo esta condición son equiparadas con las comisivas solo a través de una interpretación del juez, quien deberá proceder con mucho cuidado sino quiere lesionar el principio de legalidad, ya que como anteriormente se dijo, la única fuente valedera de derecho en el área penal es la ley.

Tal situación conlleva a indagar sobre cuales son los elementos que el juez toma para equiparar una conducta tendente a la no realización de una acción mandada por la ley que evite un resultado prohibido, con la realización activa del mismo resultado, sin ampararse en preceptos legales más que solo en una cláusula general, que según muchos autores, es imprecisa y ambigua. Y es esta equiparación, producto de la interpretación del juez, la que podría llegar a violentar el principio de legalidad, cuyo contenido representa una garantía para las personas al prescribir que no se sancionara una conducta como delito si no existe una norma previa al hecho que

describa con precisión la conducta que se considera punible y que no de lugar a dudas.

En ese sentido, es preciso formularse la siguiente pregunta ¿Se vulnera el principio de legalidad cuando es aplicada la comisión por omisión en situaciones no contempladas expresamente en la legislación penal salvadoreña?. Dicha interrogante refleja la idea central de nuestra investigación, que es el posible menoscabo al principio de legalidad por la aplicación de la comisión por omisión; ya que, al darse la posibilidad de sancionar conductas que no han sido consideradas punibles por la ley penal, y que solo a través de una operación lógica y discrecional del juez adquieren punibilidad, se estaría poniendo en peligro la seguridad de las personas (como un efecto inmediato) y con ello una violación directa al Estado de Derecho, en particular al principio de legalidad (como efecto mediato), que podría llevar al sistema de justicia a cometer arbitrariedades.

Es evidente, que el Principio de Legalidad es el pilar que da soporte a todo el andamiaje del ordenamiento jurídico, y que toda vulneración a éste, por mínima que sea, debe ser solucionada con celeridad; por lo que dejar al arbitrio de un juez la decisión o facultad de determinar qué conducta es susceptible de ser sancionada penalmente, sin contar con un precepto legal que contenga las circunstancias y condiciones que debe reunir dicha conducta (como es el caso de la Comisión por Omisión) podría ser una clara vulneración a este principio.

Debido a la falta de regulación es que los jueces tienen que recurrir a su criterio para establecer cuando están o no frente a una comisión por omisión, al momento de hacer la subsunción de hechos al derecho, criterios que por ser individuales pueden diferir con respecto de otros.

Nuestra investigación se enfoca en indagar sobre cuales son los criterios que utilizan los jueces para aplicar la comisión por omisión; si existe un discernimiento uniforme reconocido, o si cada juez amparado en su independencia actúa conforme a su interpretación; y con ello determinar si es violentado el principio de legalidad o, por el contrario, si es respetado.

Asimismo, la investigación se delimita a la legislación penal salvadoreña, con énfasis en los aplicadores de ella: los jueces. Además, el problema central de la investigación se enmarca en un nivel dogmático, dirigido a las posibles consecuencias de la falta de presupuestos que expresen en forma clara y precisa las diferentes situaciones omisivas que puedan acarrear, y en especial a la posible vulneración del Principio de Legalidad que de ello resulte; tratando de establecer si la actual regulación de la comisión por omisión es adecuada y correcta para nuestro sistema de justicia.

Al respecto, los tribunales que tienen competencia en materia penal nos dan la pauta, en la presente investigación, para cuestionarnos sobre que criterios utilizan en la actualidad los jueces en la aplicación de la comisión por omisión en el Derecho Penal salvadoreño, dado que la falta de claridad en dicha figura penal, hace posible la vulneración al principio de legalidad; en este sentido, nuestra investigación se basa en los casos que conocen los jueces con competencia en materia penal, en lo que se refiere a la aplicación de delitos por comisión por omisión.

La investigación pretende indagar si la figura de la comisión por omisión vulnera o no el principio de legalidad, señalar si su problemática, de existir tal vulneración, radica en su aplicación práctica o se trata de un problema de enfoque dogmático; y como consecuencia de ello, exponer si

constituye un peligro su aplicación para la administración de justicia (como por ejemplo poner en riesgo la seguridad jurídica del Estado de Derecho, en el sentido que los jueces son garantes de la ley y deben respetarlo) o si el peligro surge de su inadecuada regulación.

El Principio de Legalidad, conocido también por el aforismo *nullun crimen nulla poena sine lege previa*, es el pilar fundamental en el Estado de Derecho; constituye una garantía efectiva a la seguridad de los ciudadanos y además impone un límite a las emanaciones de poder por parte del Estado a través de sus diferentes funcionarios y constituye para el Derecho Penal el instrumento principal, puesto que la única fuente para esta área es la ley, excluyendo de toda consideración a la costumbre y jurisprudencia como creadoras de delitos.

Dicho principio se descompone en las siguientes garantías: “una *garantía criminal*, que requiere que el delito se encuentre determinado por la ley; una *garantía penal*, cuyo requisito es que la ley establezca la pena en correspondencia al hecho; una *garantía judicial*, la cual exige que tanto la existencia de un delito como la imposición de una pena sean determinados por una sentencia judicial; y por último, requiere de una *garantía de ejecución*, que implica que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal”¹.

En nuestro país, el principio de legalidad tiene rango constitucional ya que se deriva de los arts. 8, 15 y 21 Cn., de los cuales deriva el art. 1 del Código Penal vigente, el cual establece que nadie puede ser sancionado por un delito o falta si no hay una ley previa, precisa e inequívoca que describa la

¹ MANUEL A. TREJO Y OTROS, *Manual de Derecho Penal*, primera edición, 1992, San Salvador, El Salvador. Pág. 63.

conducta como delito, además impone obligaciones en forma tácita a los jueces de someterse únicamente al tenor de las leyes, esto para evitar posibles arbitrariedades y abuso de poder; por lo cual, los jueces están obligados a aplicar solo lo que la ley prescribe y en la forma que ella manda, para que se fortalezca la seguridad jurídica en cualquier acto que vaya a producir efectos legales o consecuencias jurídicas.

Partiendo de esa idea base del principio de legalidad, el cual excluye de toda sanción penal conductas que no estén tipificadas expresamente por la ley como delitos, nos encontramos con el llamado delito impropio de omisión o *Comisión por Omisión*, el cual se estructura sobre la base de la no realización de una acción que se estaba obligado a realizar para evitar un resultado prohibido y que es equivalente a haber realizado activamente dicho resultado (comisión), por ejemplo: no evitar una muerte, teniendo la obligación de hacerlo, equivale a haber producido la muerte; es decir, la persona que no la evitó no responderá penalmente por la omisión del deber de socorro, sino que responderá como si hubiese cometido el homicidio, pero con la diferencia de que será por vía omisiva (comisión por omisión).

El problema de lo anterior radica en que la conducta omisiva que equivale a realizar el resultado, no esta descrita en la ley, sino que es el juez el que interpreta las circunstancias del hecho, analiza los elementos del mismo y equipara la omisión a una realización comisiva, la cual sí está descrita en la norma, por lo que podríamos estar potencialmente en presencia de una violación o atentado al principio de legalidad.

Pero ¿Cuál sería el punto de separación entre la omisión simple y la comisión por omisión?. Las omisiones propiamente dichas provienen de mandatos de acción expresados en la ley y constituyen tipos imperativos de

realizar²; es decir, la ley manda la ejecución de una determinada conducta. La tipicidad en este tipo de delitos radica en no realizar la conducta mandada por la norma, aunque el resultado que esa omisión produzca no sea relevante. La Antijuricidad de este tipo de omisión radica en omitir una acción mandada por la ley sin estar justificada por la misma.

Dentro de las omisiones propias podemos encontrar una variante: los delitos propios de omisión con mandato de evitar un resultado; para los cuales la ley expresamente establece bajo una misma amenaza de pena, tanto la realización comisiva de un delito como la realización en vía omisiva del mismo.

En cuanto a las omisiones impropias, además de no estar expresadas en la ley, no constituyen tipos imperativos, sino que son complementarios de tipos prohibitivos, como el homicidio, violación y otros. Lo que caracteriza a esta figura y lo diferencia sustancialmente de las otras omisiones, es la vinculación que el sujeto que omite una acción para evitar un resultado (omitente) tiene con el bien jurídico protegido, surgiendo así lo que en doctrina se conoce como “posición de garante” de ese bien tutelado jurídicamente³. Por lo tanto, si se omite una acción dirigida a evitar un resultado prohibido por un tipo penal comisivo y dicho resultado se produce, se estará frente a una comisión por omisión si el omitente tenía deberes de

² Generalmente la ley penal se describe en prohibiciones (tipos prohibitivos), aunque algunas veces lo hace en mandatos de acción (tipos imperativos).

³ Esa posición de garante la obtiene el sujeto a través de la ley, que impone obligaciones de cuidado, vigilancia y protección a ciertas personas en razón de determinados deberes cuyo cumplimiento ha adquirido, o porque le incumbe en razón de su cargo o profesión, siendo las dos principales categorías fundamentadoras de la posición de garante “el cuidado de una fuente de peligro frente a la generalidad de los bienes jurídicos y el cuidado de un bien jurídico frente a los peligros que pueden amenazarlo”.

cuidado y protección con respecto al bien jurídico lesionado, es decir, una posición de “garante”.

Como anteriormente se expresó, es el juez el que hace la equivalencia de la omisión a la comisión sin ampararse en la ley, sino en su interpretación que de los hechos realiza, lo que puede representar una violación al principio de legalidad; pretendiéndose salvar esa posible violación con la incorporación en la parte general del texto legal, de cláusulas o disposiciones generales, conocidas como dispositivos amplificadores del tipo penal. Pero aún así, es siempre el juez que sin ampararse en la ley, analiza las circunstancias del hecho y determina las modalidades y condiciones para establecer la comisión por omisión, por lo que cabe la posibilidad de vulnerar el principio de legalidad.

Es por ello que es importante determinar si el delito impropio de omisión es una forma de vulnerar el principio de legalidad en el Derecho Penal Salvadoreño, para lo cual es necesario identificar el marco jurídico en el cual se fundamentan, y de esta manera comprobar si la falta de precisión en la descripción del referido delito, causa un menoscabo al principio de legalidad al ser aplicado, produciendo un riesgo para la seguridad jurídica del Estado de Derecho.

CAPÍTULO II. NOCIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2.1. Nociones Generales

Cuando nos referimos al principio de legalidad, un elemento que salta a la vista es su multidimensionalidad. El mismo, si se define desde una perspectiva amplia, cobra tres dimensiones principales: *una dimensión política, una dimensión jurídica y una dimensión ética.*

En su dimensión política, la legalidad regula las relaciones que se establecen entre gobernantes y gobernados; en esta dimensión adopta una relación muy estrecha con el concepto de legitimidad y democracia.

En su dimensión jurídica, regula como debe estar conformado y establecido el ordenamiento jurídico y al mismo tiempo fija las características que deben presentar las normas.

Finalmente, su dimensión ética, la cual inserta los valores de justicia e igualdad en las dos dimensiones anteriores.

La dimensión jurídica es la que nos compete en esta investigación.

Dimensión jurídica del principio de legalidad

El concepto de legalidad adopta en su dimensión jurídica una serie de parámetros técnicos estrictamente establecidos. Los tres más importantes son:

1. La existencia de un cuerpo normativo emitido por una autoridad jurídicamente reconocida.
2. Que dicho cuerpo normativo debe estar integrado por normas estables, irretroactivas, generales, claras y debidamente publicadas.
3. Que debe ser ejecutado por una institución imparcial (Tribunales previamente establecidos), mediante procedimientos normativos accesibles para todos; que garanticen a toda persona a la que se le atribuya la realización de una conducta punible la no injerencia de arbitrariedades, ya sea en la atribución antes mencionada o en imposición de la sanción, la cual debe de encontrarse debidamente fundada y motivada en base a la ley.

La existencia de normas precisas e inequívocas, es el primer paso para garantizar la seguridad y certeza jurídica a los individuos sometidos a un ordenamiento jurídico penal determinado. Un cuerpo normativo claramente delineado, permite a los sujetos conocer con anterioridad a la realización de sus acciones las consecuencias jurídicas que se derivan de las mismas. En este sentido, la Constitución, como norma primaria, cobra un papel

fundamental al definir los límites de la actividad estatal y establecer los derechos y garantías básicas de las personas a quienes se les imputa una acción prohibida por la ley penal; es por ello que “la mayoría de autores modernos consideran que el elemento característico de un Estado moderno es el *constitucionalismo*⁴, ya que es expresión y garantía del principio de legalidad.”⁵

Además, como ya se señalaba, ese cuerpo normativo también debe satisfacer determinadas exigencias para cumplir con la función garantizadora de la seguridad jurídica de las personas a las que va dirigida. En primera instancia las normas jurídicas tienen que ser legítimas⁶, es decir, deben ser dictada por los órganos estatales facultados y correspondientes, dentro de sus correctas esferas de atribuciones, sin vicios en la formalidad de su aprobación y promulgación. Asimismo, estas normas deben ser congruentes con el resto del sistema jurídico evitando las contradicciones y lagunas de derecho, al mismo tiempo su contenido debe ser conforme con las normas de jerarquía superior dentro del propio sistema jurídico para que este pueda conservar su unidad interna y externa.

Las normas jurídicas deben ser de carácter general. Su contenido debe estar dirigido para toda la sociedad, y no para determinadas personas en particular, es decir, tienen un sentido de aplicación general y no particular.

⁴ Entendido como “el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los Poderes constituidos que forman el gobierno ordinario” OSSORIO, MANUEL, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales” Edit. Heliasta S.R.L, Buenos Aires Argentina, 1981.

⁵ CAÑIZARES, FERNANDO DIEGO: “Teoría del Estado”, Editorial Pueblo y Educación 1979

⁶ Entendiéndose por *legitimidad* a aquella que es impuesta por la legalidad; es decir, de lo que es conforme a las leyes, o lo que se realiza de acuerdo con las leyes.

Con este rasgo de la legalidad se da respuesta al principio de "igualdad ante la ley", ya que cualquier persona, sin importar sus características individuales, tiene la misma relación frente a la legalidad que el resto de los integrantes de la sociedad.

Las normas deben ser irretroactivas y casi nunca de carácter retroactivo, excepto cuando sean favorables al imputado. Su existencia debe preceder al acto al que se aplican para garantizar los principios de certeza y seguridad jurídica. Deben gozar de cierto grado de estabilidad en el tiempo: su vigencia debe tener una duración razonable para que los individuos sujetos a las mismas puedan prever las consecuencias de sus actos.

Otro aspecto importante para garantizar la certeza y seguridad jurídica de las personas es la aplicación concreta de las leyes a casos particulares. Esta posición fundamental se encuentra claramente enunciada en un principio general de Derecho Penal: el *nullum crime, nulla poena, sine lege* (no hay crimen, ni pena, sin ley anterior al hecho); el primer significado de esta concepción consiste, precisamente, en que ninguna persona puede ser sancionada jurídicamente a privarse de alguno de sus derechos, si no es por una violación específica y concreta de la ley; asimismo dicha sanción penal debe ser impuesta por un tribunal con competencia anterior al hecho, a través de los procedimientos previamente establecidos en la ley. Esta garantía para la vigencia del Principio de Legalidad es, sin duda, el corazón de todo Estado de Derecho moderno, ya que en el mismo se materializa la relación diaria y efectiva del cuerpo normativo con los sujetos sometidos a su imperio.

2.2. Antecedentes Históricos del Principio de Legalidad

2.2.1. Desarrollo Histórico del Principio de Legalidad

El postulado más generalizado en las ciencias jurídicas contemporáneas es el considerar al principio de legalidad producto de las revoluciones burguesas, por lo tanto solamente podemos hablar de legalidad en el marco de la modernidad; sin embargo, se tratará de indagar sobre los antecedentes del principio de legalidad en sociedades pasadas, y la función que tuvo dentro de las mismas; cabe mencionar que las primeras nociones (o nociones primitivas) del principio de legalidad no constituían garantías propiamente dichas sobre el individuo, sino mas bien, era el reflejo del ejercicio del poder público sometido a las leyes, hasta llegar a la concepción moderna del Principio de Legalidad:

- Tomando como punto de referencia los textos de Aristóteles, Heródoto, Protágoras y Tucídides, quienes nos muestran la existencia del "imperio de la ley" desde la *polis ateniense*; dándonos una breve noción de lo que representaba en antiguas sociedades tal concepción, aunque vista desde una perspectiva primitiva.
- La ley del Estado griego era la ley del ciudadano, todos eran iguales ante la ley, la cual regía las relaciones entre los individuos. La ley se contraponía a la tiranía; y la libertad, por lo tanto, implica respeto a la ley. Si la ley se formula adecuadamente en el marco de la vida en común, impone legítimamente obediencia. En este sentido, la noción de "imperio de la ley" por el proceso y el gobierno constitucional encuentran su primera expresión en la política de la ciudad- estado.

- En el Derecho Romano primitivo se vio muy limitado el principio de legalidad, por una parte por la notoria escasez de normas penales, y el número de delitos contemplados es muy escaso, con unas figuras muy amplias en que caben numerosos hechos penales; incluso se ha dudado si existió o no un verdadero y propio Derecho Penal durante la primera época Republicana, dado el amplio arbitrio del magistrado que decide tanto la calificación de los hechos punibles como las penas correspondientes. “A fines de la República y sobre todo a partir de la época clásica 27 ac., con la concesión a Augusto de poderes constitucionales, se ve un claro esfuerzo de la *jurisprudencia* (esto es de la interpretación de los prudentes) para aclarar y sistematizar la materia penal. También a mediados del S. II ac. contribuyeron a la conformación del principio de legalidad en el Derecho Penal Romano numerosas *leges* introductoras de *quaestiones perpetuae*, tribunales permanentes para juzgar delitos concretos. Culminando este proceso con los Senadoconsultos por cuya virtud el Senado aplicaba las penas previstas para un determinado delito a otros tipos penales diversos de los originados; prevé también un determinado procedimiento para su persecución y sanción, procesos que significaron un paso fundamental en el desarrollo del Derecho y el proceso penal”⁷.

- El primer antecedente próximo, y que fue un aporte significativo a la estructuración del principio de legalidad tal como se conoce en la actualidad, lo encontramos en la Carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan Sin Tierra exigía una limitación de poder por parte de los nobles de Inglaterra. Entre otras libertades, se incluye una normalización de la jurisprudencia, por la que ninguna persona podrá ser enjuiciada sólo por la voluntad del monarca; muestra de ello es uno de sus artículos que

⁷ NUÑEZ MARTI M. AMPARO. “De iure poenale condendo”, edit. FCSJ, España, 1999

establece que “nadie podrá ser arrestado, aprisionado... sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país” (art. 48 de la Carta Magna).

- Luego, el principio de legalidad llega a nuestro continente y aparece en la Declaración de Derechos de Filadelfia⁸ en 1774. Posteriormente fue recibido por la Constitución de los Estados Unidos (1787), en la cual se establecía que toda acción que se considera punible debía serlo por estar determinada en una ley anterior al hecho, y la imposición de una sanción debía ser dictada por un tribunal establecido con anterioridad por la misma ley. Así, en la Constitución norteamericana encontramos una doble finalidad del principio de legalidad como garantía: la primera, una garantía en la acusación o atribución de una conducta considerada “ilícita”, la cual tenía dicha calidad por que la ley así lo determinaba, debiendo ser anterior al hecho que se pretendía juzgar; y la segunda, es una garantía de imposición de la pena, así, solo podía dictarse una sanción conforme a la ley e impuesta por una autoridad con competencia anterior al hecho; es decir, por un tribunal investido de la capacidad de poder conocer de la acusación hecha a determinado individuo.

- Posteriormente, el principio fue recibido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), en la cual entre sus artículos se destacan: Art. 5: “La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad”, “todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido”; “nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”. Art. 8: “Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”.

⁸ Declaración de Derechos de Filadelfia, Resuelta 5: “que las respectivas colonias tienen derecho a la ley común de Inglaterra, y mas especialmente a los grande, y inestimable privilegio de ser juzgado por sus pares de la vicinaje, de acuerdo con el curso de la ley”.

- Con los principios sustentados por los revolucionarios franceses a partir de 1789, los cuales fueron plasmados en la ley constitucional, se consagra el Derecho Penal Liberal, el cual abarco el principio de legalidad. De tal forma que este sistema presenta, como características esenciales, los principios que sostuvo Beccaria⁹, los cuales fueron:

- a) Que el delito debe designarse como un ente distinto de la ofensa a la religión o a la moral, para configurarse con caracteres previamente determinados por la ley;
- b) Que al abrirse un proceso de investigación, debía ser solo para aquellos que sus conductas se adecuaban a los hechos definidos como delitos, y el cual debía estar regulado sobre bases distintas de la tortura y proporcionaría garantías al inculpado; y
- c) La pena debía humanizarse y aplicarse conforme a la ley.

Postulados que fueron ampliados por los enciclopedistas y filósofos del renacimiento, y a su vez desarrollados en la Revolución Francesa.

- En resumen, el principio de legalidad surge en una época humanitaria dentro de la evolución histórica del derecho punitivo; siendo en este momento que se establece la estricta legalidad en el Derecho Penal, consagrándose así el principio en referencia. De tal manera que se da en un sistema denominado “el Derecho Penal Liberal”; por ello fue necesario que se diera la revolución filosófica, la cual aparece con el *Renacimiento* por medio del *Iluminismo Alemán* y *Enciclopedismo Francés*; muchos sostienen que se le dio renacer a la persona humana.

- Dada la importancia del principio de legalidad y de la necesidad de su existencia para lograr un ordenamiento jurídico penal justo, todas las

⁹ “Del Delito y la Penas”, obra de Cesar Beccaria publicada en 1764, en donde se encuentran las bases filosóficas del principio de legalidad.

legislaciones contemporáneas lo han adoptado, salvo los Estados totalitarios y basados en la fuerza, los cuales para lograr sus fines políticos, han desconocido tan importante principio. Esto último sucedió en 1926 en la legislación rusa, la cual admitió la analogía en materia penal y sostuvo que el principio de legalidad era un principio “burgués”.

- En Alemania también se desconoció el principio de legalidad durante la época del régimen nazi (1935/1947). El Código Penal Alemán fue modificado por una ley de 1935, la cual sostenía que “eran delitos, no solo las conductas previstas expresamente, sino también aquellas que herían el sano sentimiento del pueblo”. De acuerdo con esta ley, se desconocía el principio de legalidad. No obstante, los tribunales alemanes interpretaron la ley de un modo tal que, en la mayoría de los casos, no permitieron que se dejara de lado el principio de legalidad.

- Autores como MIR PUIG¹⁰ van mas allá de un esbozo histórico, él sostiene que el principio de legalidad derivó, en un principio, de la teoría del Contrato Social (en alusión al acuerdo real o hipotético en relación a los deberes del Estado y los derechos del ciudadano), y presupone una organización política basada en la división de poderes, en donde la ley es competencia exclusiva de los representantes del pueblo a través del Poder Legislativo. Sin embargo, nosotros, al igual que la mayoría de autores modernos, nos inclinamos a considerar el origen del principio de legalidad como tal, a partir de los inicios del Derecho Constitucional norteamericano y la Revolución Francesa, puesto que fue a partir de dichos sucesos que el principio en referencia tomo una condición superior, limitadora y rectora de la legislación penal que ha influido hasta nuestros días.

¹⁰ MIR PUIG, SANTIAGO, “Derecho Penal (Parte General)”, Barcelona 1990. Pág. 83.

En base al análisis histórico antes expuesto, podemos afirmar que se ha considerado al principio de legalidad como una de las garantías constitucionales de mayor relevancia, ya que regula lo concerniente a la libertad del ciudadano y a la vez establece las facultades que se le conceden al Estado para que ejerza su poder punitivo, respecto a que ningún ciudadano debe ser penado sin juicio previo fundado en la ley, de manera que con ello se garantiza que el Estado establezca en forma clara y precisa en la ley penal, las infracciones que se califican como delitos y como faltas, y que al violentarse una norma penal, se señale la sanción y la medida que ha de aplicarse al sujeto infractor.

Visto desde esta perspectiva, el principio de legalidad se convierte en una garantía política para el ciudadano, ya que impide que el Estado y particularmente los jueces, puedan crear e imponer penas que no admite el pueblo. No es pues solamente una garantía de seguridad que establece la posibilidad de conocer los delitos y las penas previas. Es así, como se establece, que la finalidad primordial del principio de legalidad, como elemento fundamental del Estado de Derecho, es asegurar que la actividad estatal se someta a la legislación anterior, en la cual la normativa general era aprobada por los representantes del pueblo, como consecuencia de una elección popular por parte de los ciudadanos, eliminándose así la arbitrariedad.

Es imprescindible que las relaciones existentes entre el ciudadano y el poder punitivo del Estado deben estar previamente establecidas por la ley, ya que de no ser así, no podrá establecerse la predeterminación del delito y la pena; es decir, no podrá castigarse el hecho ni al autor del mismo, ya que la ley penal rige los hechos acaecidos desde su vigencia hasta que sea derogada; pero se puede dar la excepción que la ley anterior al hecho sea

favorable al reo o la aplicación de la ley derogada antes de la comisión del hecho; manifestándose así la retroactividad o ultraactividad.

Algunos autores sostienen que el principio de legalidad, como garantía constitucional viene a constituirse como algo superficial, pues en una sociedad moderna, donde predomine el Estado de Derecho, su existencia es fundamental, por lo que no es necesario plasmarla en textos legales; pero tal situación no está bien fundamentada, ya que en un Estado de Derecho es necesario plasmar dicho principio en el ordenamiento jurídico vigente; asimismo se considera que se debe hacer constar en una forma clara y precisa la legalidad de la referida garantía, para evitar problemas de abuso de poder con posterioridad.

De lo anterior se puede deducir que el principio de legalidad es una de las garantías constitucionales más valiosas, ya que ningún ciudadano puede ser privado de su libertad por un hecho realizado si éste no constituye delito, evitándose con ello abusos de poder, ya sea de extralimitación o arbitrariedad. Con esta garantía se asegura que no se castigue un hecho con pena que no esté establecida previamente en la ley al momento de su comisión.

Lo anteriormente expresado conlleva a las siguientes consideraciones:

- 1) Que la pena o la medida de seguridad que se ha de aplicar debe ser conforme a la ley, y se encuentre establecida al tiempo de la comisión del hecho delictivo.
- 2) Que no debe sancionarse el hecho delictivo con pena o medida distinta que la establecida por la ley, ya sea cualitativa o cuantitativamente.

El principio de legalidad es considerado una garantía jurisdiccional con la cual se garantiza que, para sancionar a un sujeto por la comisión de un delito y aplicarle la pena o medida respectiva, se debe establecer un procedimiento legalmente regulado y el cual deberá ser efectuado por el tribunal competente.

El carácter jurisdiccional consiste en una actividad eminentemente pública, que el Estado ejerce para la aplicación de la ley en un caso determinado, ejercitándola los órganos jurisdiccionales preconstituidos; de tal forma que por la unidad jurisdiccional no puede hablarse de división de esta, salvo aquellas distinciones en lo que respecta a la competencia de cada juez y tribunal, ya que existen delimitaciones en base al territorio, en los que cada juez administra justicia con exclusión de los demás, distribuyéndose de esa forma el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, en todos los lugares donde prevalece su soberanía. Por lo que la competencia es un límite puesto a la jurisdicción, es decir, que se distribuye el ejercicio de la misma a los jueces, a quienes la ley les confiere y delimita el ejercicio de dicha potestad.

2.2.2. Incorporación del Principio de Legalidad a la legislación salvadoreña

Luego de haber tratado de manera general lo referente al origen del Principio de Legalidad, es necesario desarrollar el surgimiento de dicho principio en nuestra legislación (que por supuesto ha sido influenciada por la doctrina y Derecho Comparado); y, tomando en cuenta que la misma establece que es una garantía constitucional, haremos mención de algunas constituciones que han sido promulgadas en nuestro país en las cuales se ha

establecido en algunos de sus artículos lo referente a tan importante principio.

La primera aproximación al principio de legalidad la dio el artículo 80 de la constitución de 1841¹¹, la cual establecía que: *“Solo los tribunales establecidos con anterioridad por la ley podrán juzgar y conocer en las causas civiles y criminales de los salvadoreños, las comisiones y tribunales especiales quedan abolidos como contratos, al principio de igualdad de derechos y condiciones. En consecuencia todos estarán sometidos al mismo orden de procedimientos y de juicios que establece la ley.”* Si bien es cierto, no encontramos en esta redacción la noción actual del Principio de Legalidad, muchos sostienen que hace referencia al *Principio del Juez Natural*, pero, al hacer una valoración sobre el mismo nos damos cuenta que se hace referencia al principio de legalidad, ya que con la aplicación eficaz de dicho principio se establece la exigencia de tribunales previamente establecidos, el cual tiene la facultad de aplicar el principio de legalidad.¹²

Posteriormente se dieron reformas a la primera Constitución; no obstante, en cuanto al principio de legalidad no hubo cambios notorios ya que el artículo 80 de la Constitución de 1841 fue reproducido textualmente en los artículos 86 de la Constitución de 1864, 113 de la Constitución de 1871, 31 de la Constitución de 1872, 27 de la Constitución de 1880 y 23 de la Constitución de 1883.

En la Constitución de 1886, se dio un avance significativo en cuanto al principio de legalidad, ya que el artículo 25 de dicha Constitución establecía: *“Nadie puede ser juzgado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y*

¹¹ Fue la primera Constitución unitaria de El Salvador.

¹² TREJO, MIGUEL ALBERTO y otros. “Manual de Derecho Penal”, San Salvador.

por el tribunal que previamente haya establecido la ley"; asimismo el artículo 26 de dicha normativa establecía que *"un mismo juez no puede serlo en diversas instancias en una misma causa"*. De lo anterior podemos afirmar que la enunciación que se hace en el artículo 80 de la Constitución de 1841, adquirió mayor claridad y precisión.

Pero es en la Constitución de 1950 que el principio de legalidad es regulado como una garantía sobre los derechos individuales en una forma explícita, estableciendo en el artículo 152 lo siguiente: *"Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni a privarse de lo que ella no prohíbe"*, asimismo en el artículo 169 establecía *"Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los tribunales que previamente haya establecido la ley"*; lo cual se complementaba con lo enunciado por el artículo 172, el cual establecía: *"Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público y en materia penal, cuando la nueva ley sea favorable al delincuente"*. De lo anterior se puede afirmar que a lo largo de nuestra historia jurídica, el principio de legalidad, regulado como garantía constitucional, se ha ido perfeccionando y adquiriendo requisitos importantes como son: la *lex stricta*, que excluye la analogía; la *lex scripta*, que excluye la costumbre como posible fuente de delitos o penas; y la *lex procura*, que prohíbe la retroactividad.

En las siguientes constituciones no hubo cambios sustanciales en lo referente al Principio de Legalidad, ya que cada una reprodujo esta garantía de derechos individuales.

Cabe hacer énfasis que en la Constitución de 1983 (actualmente en vigencia con las reformas aprobadas en el período de 1991 a 2003), se

regula tal garantía en el artículo 15, al establecer que *“Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho que se trate y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”*; siendo este artículo el que consagra en todo su esplendor el principio de legalidad; conforme al cual nadie debe ser juzgado, sino en atención a las leyes vigentes y por los tribunales competentes al momento de la comisión del hecho delictivo que se le acuse. Asimismo el artículo 21 de la Constitución establece que *“las leyes no pueden tener efectos retroactivos, salvo en materia de orden público, y en materia penal cuando la ley sea favorable al delincuente”*.

Otro precepto que refleja el principio en cuestión es el artículo 8 de la Constitución, el cual establece que *“Nadie esta obligado ha hacer lo que la ley no manda, ni ha privarse de lo que ella no prohíbe”*, precepto considerado como la máxima expresión de la libertad individual, ya que permite que todo ciudadano haga lo que desee, siempre y cuando la ley no lo prohíba, ya que solo la ley tiene la facultad de mandar hacer o dejar de hacer algo.

2.3. Definición

Para Manuel Osorio¹³, *“el Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (o Principio de Legalidad) es expresión latina que quiere decir *no hay crimen ni pena sin ley previa*. Constituye una garantía individual, en cuya virtud no se puede interpretar que un acto cualquiera es delictivo e incurso en sanción penal, si no ha sido considerado expresamente como tal en una norma anterior”. Es decir, que dicho principio asegura a los destinatarios de la ley

¹³ OSSORIO, MANUEL, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales” Edit. Heliasta S.R.L, Buenos Aires Argentina, 1981.

que sus conductas no pueden ser sancionadas sino en virtud de una ley dictada con anterioridad al hecho considerado como infracción o sanción penal.

Conforme al principio de legalidad, sólo la ley crea delitos, y sólo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley declare delito expresamente.

2.4. Naturaleza y Finalidad

El Principio de Legalidad constituye un importante *límite* a la potestad punitiva del Estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito. Lo anterior significa que todos los órganos estatales se encuentran limitados en cuanto a sus facultades en materia de delitos y penas; así, por ejemplo, el órgano legislativo debe reconocer límites derivados del principio de legalidad, en cuanto a la configuración del tipo penal y de las consecuencias jurídicas; en igual sentido, el órgano judicial, en el ámbito de la aplicación de la ley, encuentra límites precisos fijados por el principio de legalidad, ya que este tiene un carácter defensivo frente a los abusos de poder en el ámbito de la sistemática penal, que es el área donde más se siente la restricción de los derechos fundamentales.

En virtud de lo anterior, podemos afirmar que este principio es también *garantía de los derechos individuales*, pues los ciudadanos no pueden estar sujetos a los caprichos subjetivos de los aplicadores de justicia con conductas arbitrarias, y de esa manera establece muros para que *el poder punitivo del Estado* no se desborde, evitando que quienes ostenten la

potestad de aplicar la ley inventen conductas atípicas o atribuyan sanciones a los destinatarios, sin que las mismas se encuentren establecidas con anterioridad en la ley.

2.5. Requisitos para la efectiva aplicación del Principio de Legalidad

Para la efectiva aplicación del Principio de Legalidad se exigen los siguientes requisitos:

- 1- Lex Previa: lo que implica la prohibición de la retroactividad de las leyes que castigan los nuevos delitos o agravan su punición. Con este requisito se establece que ningún juez puede enjuiciar ni aplicar pena alguna, si no a los autores, partícipes de hechos cometidos con posterioridad a la tipificación del hecho, ya sea falta o delito, de tal manera que aun cuando se cometa una conducta no tipificada y que en un futuro si lo fuera como delito, no se permite que se castigue al autor de dicha conducta, por que ella no ha caído bajo el imperio de la ley, que por regla general sanciona hacia adelante y no hacia atrás. Es así como la acción judicial no podrá castigar a ningún sujeto amparándose en una ley penal que aun no este vigente.

- 2- Lex Scripta: excluye la costumbre como posible fuente de delitos o penas, generalmente cuando la norma escrita tenga la categoría de ley como emanación del Órgano Legislativo, con ello se afecta el sentido de la garantía política del principio de legalidad, ya que excluye como fuentes de delitos y penas toda norma que emana del Órgano Ejecutivo, como decretos, ordenes ministeriales, etc.

- 3- La Lex Stricta: es la que impone un grado de precisión de la ley penal, y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo, a la vez que exige que la ley sea precisa, al establecer las diversas conductas punibles y las penas respectivas. Esto constituye un aspecto material del principio de legalidad, que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía del referido principio de legalidad, ya que ello tuviera lugar si la ley penal se limitara a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas¹⁴.

2.6. Situación actual del Principio de Legalidad en El Salvador

El Principio de Legalidad esta comprendido de diferentes maneras dentro de nuestra legislación, aunque en materia penal, dicho principio se encuentra de forma expresa en el artículo 1 del Código Penal; el cual textualmente establece:

“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, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.

No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal.”

Dicho precepto tiene su fundamento constitucional en el artículo 15 que señala, en referencia al enjuiciamiento de la persona, que las leyes

¹⁴ Tal como sucede con la aplicación del principio de legalidad en contra posición del delito impropio de omisión, el cual es una cláusula general por medio del cual se equiparan conductas punibles cometidas por omisión a delitos de comisión; siendo que el principio de legalidad prohíbe la indeterminación de supuestos de hechos.

deben ser promulgadas “con anterioridad al hecho de que se trate”. Además este principio es el más eficaz instrumento para lograr la seguridad jurídica que plasma el art. 1 del texto constitucional. En el mismo sentido, el principio de legalidad consagra a la ley como límite y definición del ejercicio de la libertad de la persona (art. 8 Cn). En base al fundamento constitucional antes expuesto podemos decir que “el principio de legalidad cumple con dos funciones esenciales en el Estado Democrático:

- ✓ Es una exigencia de la seguridad jurídica, que solo existe si la persona tiene una posibilidad de conocimiento previo de los delitos y penas.
- ✓ Es una garantía política para el ciudadano, a quien ni el Estado ni los jueces podrán someter a consecuencias por sus actos que no hayan sido antes queridas por los representantes de la soberanía popular, encargados de la elaboración de las leyes”.¹⁵

Asimismo podemos añadir que el artículo 1 del Código Penal recoge el principio de legalidad desde una doble dimensión:

- “La garantía criminal: la conducta penalmente relevante (el delito, en sentido amplio) ha de estar determinada por la ley.
- La garantía penal: la ley ha de señalar la pena o medida de seguridad que corresponde al hecho cometido”.¹⁶

¹⁵ MORENO CARRASCO, FRANCISCO. “Código Penal de El Salvador Comentado”, tomo I, CNJ-ECJ, San Salvador, El Salvador 2003. Pág. 2.

¹⁶ *Ibidem*. Pág. 2.

Actualmente la formulación del principio de legalidad, se ha extendido a toda la sistemática penal, cubriendo el Derecho Penal de fondo (parte general y especial), el ámbito del Derecho Procesal Penal y las leyes penales especiales. En esta ocasión solo interesa destacar lo concerniente al derecho penal de fondo, en el cual, el principio de legalidad impone que la ley penal debe ser escrita, previa y estricta.

CAPÍTULO III. DELITOS DE OMISIÓN

3.1. Nociones Previas

3.1.1. Tipos Prohibitivos y tipos Imperativos

A partir de que el Derecho Penal surgió como una herramienta del *ius puniendi* del Estado, éste ha venido sancionando, a través de diferentes clases de penas, conductas que la sociedad considera nocivas para la armonía y convivencia pacífica entre sus miembros; en este sentido, el Derecho Penal se convirtió en la figura *represora* de aquellas conductas realizadas por sujetos que lesionan intereses o valores de la sociedad de la que forman parte.

Así, la norma penal se estructura en un conjunto de *prohibiciones* que los individuos sometidos a ella deben respetar; prohibiciones de conductas que al ser realizadas traen como consecuencia la probable imposición de una sanción. Esto resultó de la estructuración de tipos penales llamados *prohibitivos*, en los que la acción realizada por un sujeto se eleva a la categoría de delito si es la descrita por la norma, o mejor dicho, si es la que la norma penal describe como *prohibida*; es así que “bajo la amenaza de una sanción penal, el tipo penal prohibitivo describe conductas disvaliosas que consisten en no respetar la prohibición de hacer...”¹⁷.

Según esta concepción, sólo es posible concebir la idea de cometer algún ilícito penal mediante la realización positiva de los elementos que

¹⁷ NOVOA MONREAL, EDUARDO. “Fundamentos de los delitos de omisión”, Depalma, Buenos Aires 1984, pág. 21-22.

describe el tipo para lograr el resultado *prohibido* por el mismo; esto es, la realización *comisiva* de un tipo penal. Esta realización activa configura los llamados “delitos de acción” o “delitos de comisión activa”.

Aunque generalmente la norma penal se describe a través de tipos penales *prohibitivos*, en algunas ocasiones lo hace a través de tipos *imperativos* o *mandatos*, es decir que en lugar de prohibir la realización de determinada conducta, la norma impone u ordena la ejecución de alguna conducta, y la no realización constituye lo perjudicial para la sociedad (ya que su realización importa evitar un resultado perjudicial), y por ende se reviste de ilicitud y se estructura como delito.

Los tipos *imperativos* configuran los llamados “delitos de omisión”, que consisten en “no realizar” la acción mandada por la ley, estando en la capacidad de poder realizarla, por consiguiente el tipo penal describe la circunstancia de no actuar conforme a la acción esperada por la ley.

Esta clase de tipos penales que producen delitos de omisión han tenido un tratamiento reciente en la dogmática penal. En el siglo XIX no existía mayor preocupación por el delito cometido por omisión, ya que las circunstancias y exigencias de la sociedad no lo hacían necesario. Es a partir del siglo XX que se da un mayor interés por la omisión; la vida moderna y el aumento de la convivencia urbana, hizo necesario en ciertos y determinados casos plantearse un deber del ciudadano de actuar, para cumplir con el fin de protección de bienes jurídicos.

En la actualidad no hay discusión en que existen dos formas de comportamiento penalmente relevante: la acción y la omisión; las cuales, en

nuestro caso específico, se encuentran expresadas en el art. 19 del Código Penal.

Ahora bien, la estructura de la omisión tiene como característica básica que es en referencia a una acción, “no puede concebirse una omisión en sí, sino siempre en relación a determinada acción”¹⁸. En ese sentido, detrás de la estructura típica de la omisión siempre hay una norma *imperativa* o *de mandato* de determinada acción, la cual si fuese indeterminada vulneraría el Principio de Legalidad.

3.1.2. Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad en los Delitos de Omisión

Haciendo un tratamiento sin profundizar demasiado en los delitos omisivos (ya que no es la dirección de esta investigación), se abordara su tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (como elementos de la teoría del delito ampliamente reconocidos), a fin de establecer cuales son las características básicas de su estructura.

La tipicidad en estos delitos se da cuando el sujeto omitente no realiza la acción que la norma le ordena realizar, adecuándose su conducta omisiva al tipo penal, ya que en esta clase de delitos la conducta no se adecua al coincidir plenamente con la descripción del tipo penal, sino que son típicamente adecuadas aquellas acciones que no coinciden con lo que la norma ordena hacer.

¹⁸ WELZEL, HANS. “Derecho Penal Alemán” 11ª Ed., traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.

En cuanto a su **antijuricidad**, esta resulta si esa omisión de la acción mandada no estaba autorizada (caso contrario excluiría la responsabilidad penal).

Y la **culpabilidad** se verifica al establecer hasta que grado el sujeto que omitió una acción ordenada expresamente por la ley (y no estando autorizado o justificado para omitirla), es responsable penalmente.

Establecidos los componentes básicos de los tipos penales prohibitivos y los imperativos, trataremos estos últimos en referencia a los delitos que se configuran a partir de ellos.

3.2. Clasificación de los Delitos de Omisión

Los delitos de omisión han sido clasificados por varios doctrinantes, y retomados en la mayoría de las legislaciones penales (incluyendo la nuestra) de la siguiente forma:

- ✓ Delitos Propios de Omisión

- ✓ Delitos Propios de Omisión con mandato de evitar un resultado

- ✓ Delitos Impropios de Omisión o Delitos por Comisión por Omisión.

En esta parte de la investigación trataremos los dos primeros, ya que el delito impropio de omisión o Comisión por Omisión será abordado mas adelante, en un solo apartado.

3.2.1. El Delito Propio de Omisión

“En los delitos propios de omisión, es punible toda conducta que no cumple el mandato determinado por la ley, en consecuencia el tipo penal describe la circunstancia de no actuar conforme a la acción esperada por la ley”¹⁹.

Esta clase de omisión se encuentra expresamente regulada en la ley penal, de ahí su nombre de “omisión propia” (algunos autores la denominan como *omisión simple*), ya que “estos delitos se agotan en la simple omisión del cumplimiento del mandato, sin que tenga importancia el resultado que de esto se deriva”²⁰.

Estos delitos son equivalentes a los delitos de mera actividad, ya que su punibilidad radica en el simple desacato al mandato ordenado por la ley.

El tipo imperativo en estos delitos determina un “mandato de acción” o “deber de actuar”, en consecuencia toda conducta desarrollada por el sujeto en contradicción con el mandato ordenado por la norma constituye una infracción penal, porque lo que se sanciona es la “no realización” de la acción esperada por la ley.

3.2.1.1. Elementos de la Tipicidad

Para los tipos penales *imperativos*, son típicamente adecuadas aquellas acciones que no coinciden con lo que la norma ordena hacer, a

¹⁹ BUSTOS RAMIREZ, JUAN. “Manual de Derecho Penal (Parte General)”, Ariel, Barcelona, 1989.

²⁰ BACIGALUPO, ENRIQUE. “Lineamientos de la teoría del delito” 1ª ed. Astrea, Buenos Aires, 1978. Pág. 148.

diferencia de los tipos penales *prohibitivos* en los que una acción es típicamente adecuada solo si coincide a plenitud con la descripción de la conducta punible contenida en el tipo.

En ese orden de ideas, el deber de actuar se origina en una situación o circunstancia prevista por la ley (tipicidad); al concretarse tal situación en la realidad y el sujeto obligado no realiza la acción esperada se tiene por realizado el tipo. Este aspecto se relaciona con el ámbito objetivo del deber de actuar.

Dentro del ámbito subjetivo, se requiere que el sujeto que esta obligado a realizar una determinada conducta conozca la situación típica que lo obliga a actuar; además que esté en la probabilidad real y posibilidad física de actuar (para que se adecue al tipo, debe de reunir lo anterior, y además que intencionada o imprudentemente no actúe).

Los elementos descriptivos que componen el tipo penal de los delitos de *omisión propia* son:

- a) Una situación típica generadora del deber de actuar.
- b) Una omisión o la no realización de la acción mandada.
- c) La existencia de un poder de hecho o capacidad de obrar para cumplir con la acción mandada.

A continuación desarrollamos cada una de ellas, identificandolas dentro del tipo de la omisión propia.

a) Una situación típica generadora del deber de actuar

La situación típica esta descrita en el tipo penal correspondiente como presupuesto del deber de actuar, y es por tanto el primer elemento del tipo de los delitos de omisión; estas disposiciones legales en particular para cada tipo de omisión determina las circunstancias en las que una persona esta obligada a realizar una acción; comprobadas estas circunstancias se tendrá verificado el primer elemento de la tipicidad de una omisión.

b) Una omisión o la no realización de la acción mandada

Para que una conducta sea punible tiene que darse inicialmente el hecho generador, es decir, la situación típica que establece la obligación de actuar de determinada forma; comprobada la situación, el sujeto incumple la norma imperativa cuando no hace lo que la ley le mandaba a hacer; esto se verifica comparando la acción realizada por el obligado con la acción que le era impuesta en la situación generadora del deber, si no coinciden se tendrá por cumplido el segundo elemento de la tipicidad en los delitos propios de omisión.

c) La existencia de un poder de hecho o capacidad de obrar para cumplir con la acción mandada

Este elemento de la tipicidad de los delitos de omisión, depende que el omitente haya tenido la capacidad real para conocer y realizar efectivamente la acción mandada, en el sentido que, tanto física como mentalmente, se encuentre en la posibilidad de conocer la forma de evitar el resultado y poder ejecutar la acción esperada por la ley. El sujeto que carece de esta capacidad y omite una acción mandada por la ley no habrá omitido

típicamente (por ejemplo una persona que padece retraso mental o un menor de doce años, quienes según nuestra legislación penal, son inimputables, porque no poseen un grado de desarrollo mental o físico adecuado para comprender a plenitud las consecuencias de sus acciones u omisiones).

Esta capacidad de realizar la acción presupone “el conocimiento de la situación generadora del deber y la cognosibilidad de los medios para llevar a cabo la acción, así como el conocimiento del fin de la acción”²¹; es decir, el sujeto que omite solo será su conducta adecuada al tipo sí tenía la posibilidad real de poder ejecutar la acción que le imponía la ley, y además, que dicha ejecución fuese la necesaria y eficaz para cumplir con el mandato, caso contrario, su omisión no será relevante para el Derecho Penal, ya que al hacer falta “el contenido de la voluntad dirigido a desobedecer la norma imperativa y la imposibilidad de cumplir el mandato configuraría una total ausencia de acto voluntario”²².

3.2.1.2. El deber de actuar

“En el tipo penal de omisión se describe una situación típica que, verificándose en la realidad, genera la obligación de que el individuo, ante esa situación típica, actúe en cumplimiento al mandato de la ley, de tal manera que su conducta guarde concordancia con la acción esperada: el deber de actuar.

²¹ BACIGALUPO, ENRIQUE. “Lineamientos de la teoría del delito” 2ª ed. Astrea, Buenos Aires, 1986. Pág. 121.

²² TREJO, MIGUEL ALBERTO y otros, “Manual de Derecho Penal Parte General” 1º Ed., Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, El Salvador 1992. Pág. 537.

Si el sujeto actuó conforme a la ley no se configurará delito alguno; si por el contrario, éste no actúa conforme al mandato hecho por la norma a pesar de conocer la situación típica y tener posibilidades reales de actuar conforme a la orden establecida por la ley, sí cometió delito”²³.

En ese sentido, el deber de actuar, no es considerado por autores como *Bacigalupo*, como un elemento que forme parte de la estructura de los tipos penales de omisión, sino mas bien, como anteriormente se dijo, constituye un presupuesto para su punibilidad, ya que si el sujeto actúa conforme a la ley (es decir, conforme al “deber de actuar”) no comete delito, caso contrario, si habrá cometido una omisión típica, y “los errores que pudieran recaer sobre la existencia del deber de actuar deben tratarse conforme a las reglas del error de prohibición y no respecto del error de tipo”²⁴.

3.2.1.3. Antijuricidad

En los delitos de omisión propia la antijuricidad se trata del mismo modo que en los delitos de acción, pues la conducta del sujeto será de naturaleza antijurídica siempre y cuando no esté amparada. En este sentido, *Bacigalupo* afirma que “por lo demás, la antijuricidad no tiene ninguna particularidad con respecto al concepto general. Antijurídica será toda omisión típica no justificada”²⁵.

²³ *Ibidem*. Pág. 538

²⁴ *Ibidem*. Pág. 538.

²⁵ BACIGALUPO, ENRIQUE. “Lineamientos de la teoría del delito” 2ª ed. Astrea, Buenos Aires, 1986. Pág. 122.

3.2.1.4. Culpabilidad

Respecto de este elemento de la teoría del delito, es similar en los delitos cometidos por acción y en los delitos de omisión, pues para ambos consiste en el reproche a que se hace acreedor el sujeto; es decir, el reproche se hace al sujeto que habiendo sido capaz de realizar la acción mandada por la ley no la realizó, por ello se le considerara *autor*, susceptible de ser sancionado penalmente.

3.2.2. Delitos propios de omisión con mandato de evitar un resultado.

Esta clasificación de delitos omisivos responde a la necesidad de distinguirlos de los delitos *propios de omisión*, ya que en estos, como ya se dijo, el resultado que produzcan no es relevante, porque la punibilidad de la conducta omisiva se verifica con la simple “no realización” de la conducta ordenada por la norma penal, lo que los hace equivalentes a los delitos de mera actividad (porque la tipicidad de la conducta radica en el hecho de no haber actuado en la forma exigida por la ley). En cambio, en los *delitos propios de omisión con mandato de evitar un resultado*, serán punibles sí de la omisión se llega a producir un resultado, es decir que se configuran con la “no realización” de la acción mandada por la ley que produce como consecuencia un resultado *prohibido*.

Tanto los delitos de *omisión simple* (o propios de omisión) como los *delitos propios de omisión con mandato de evitar un resultado*, comparten la misma característica de estar regulados expresamente en la ley (lo que los

distingue de los delitos impropios de omisión o por comisión por omisión, que no están expresamente regulados en la ley).

Así, los delitos propios de omisión “pueden contener un simple mandato de acción o un mandato de evitar un resultado, con clara referencia a todas aquellas conductas punibles en las cuales la omisión debe vincularse con un resultado para que esa conducta esperada pueda ser considerada típica”²⁶.

“La razón es obvia pues esta clase de violaciones a las normas imperativas tienen que objetivizar un resultado para configurar el tipo de injusto. Esta forma de conducta disvaliosa es propia de los delitos de resultado en los cuales, bajo una misma amenaza penal, tanto una acción positiva como una omisión resultan ser equivalentes en el sentido de que ambas están amenazadas con la misma pena, en razón de que hay tipos penales cuya realización no solo es punible de manera activa, sino que además, es una forma omisiva de realizar el tipo”²⁷.

En virtud de lo anterior, podemos afirmar que esta clase de delitos de omisión es equivalente a los delitos de resultado, ya que su configuración y adecuación al tipo penal depende de la producción del resultado prohibido al que están estrechamente vinculados.

Así mismo, los delitos *propios de omisión con mandato de evitar un resultado* poseen los mismos elementos que los delitos propios de omisión (o

²⁶ MUNOZ CONDE, FRANCISCO. “Teoría General del Delito”, Temis, Bogota, 1984. Pag. 31

²⁷ BACIGALUPO, ENRIQUE. “Lineamientos de la teoría del delito” 1ª ed. Astrea, Buenos Aires, 1978. Pág. 148.

de omisión simple), y tanto su tipicidad, antijuricidad y culpabilidad deben tratarse de la misma forma.

3.2.3. El delito Impropio de Omisión o Comisión por Omisión

Esta clasificación es la que en esta oportunidad interesa a nuestra investigación, por lo que se ha dedicado un capítulo completo a dicho delito, a fin de desarrollar todos sus aspectos y así dilucidar las dudas en cuanto a su legalidad, que es el objeto de esta investigación.

CAPÍTULO IV. EL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN

4.1. Nociones Previas

Muchas son las denominaciones con las que se conoce este dispositivo amplificador del tipo penal, pero lo cierto es que tiene el mismo objeto, el cual es equiparar las conductas omisivas a las conductas comisivas por medio de interpretaciones lógicas elaboradas por los jueces; es decir una completa actividad interpretativa judicial; sin embargo muchas son las opiniones que se vierten sobre la comisión por omisión; sobre ella podemos decir lo siguiente: “cuando la ley reprime un hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida, si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias y si debía jurídicamente evitarlo; es decir, la conducta omisiva será punible por vía de comisión, si el sujeto autor estaba obligado a evitar un resultado material, de ahí que surge la pregunta ¿en qué momento surge el deber jurídico de obrar? Sobre ello podemos decir que el deber jurídico de obrar surge de algunas circunstancias especiales entre las cuales podemos destacar:

En primer lugar: *el precepto legal*, según el cual el delito impropio de omisión puede cometerse violando una norma preceptiva de carácter penal o extrapenal, esto se dice ser así porque las obligaciones jurídicas no solamente se encuentran en normas de carácter penal, sino en todo el ordenamiento jurídico, siendo esta la manera mas clara de deducir el deber jurídico de obrar que se encuentra contenido en los preceptos normativos; por ejemplo: a) las obligaciones alimenticias que tienen los padres con sus hijos, las cuales se encuentran reguladas en el Art. 248 del Código de Familia; b) la obligación de los padres de respetar los derechos de sus hijos

proporcionándoles los medios necesarios para que los tales alcancen su desarrollo integral y pleno, Art. 203 del Código de Familia; c) las obligaciones que surgen del otorgamiento de un contrato, en el cual existen dos o mas partes contratantes, las cuales se obligan recíprocamente a cumplir las cláusulas que se hayan acordado, y a respetar los términos de dicho contrato, existiendo así el deber jurídico de obrar a partir de la celebración del mismo, pues en materia civil el contrato se convierte en ley para ambas partes, y están obligadas a cumplir lo acordado, Art. 1309 Código Civil.

En segundo lugar, hemos de mencionar que el deber jurídico de obrar surge de un *contrato* en virtud del cual existe una aceptación de un deber en un negocio jurídico; sin embargo, cabe hacer notar que para algunos autores no es conveniente hablar de contrato como una fuente de donde surge el deber jurídico de obrar, pues no es exactamente del contrato de donde surge la posición de garante, sino de la objetiva aceptación de la correspondiente situación del deber, es la libre aceptación de la posición de garante y su correlación en el proceso social ejerciéndose así ese deber, no en relación al otro contratante, sino al cuerpo social. “Por esa razón son irrelevantes las limitaciones de la responsabilidad civil y las cláusulas *sine obligo*, pues es decisivo que el agente haya asumido una posición de garantizador; es decir la responsabilidad por la aparición del resultado, lo que puede acontecer sin contrato y a pesar del contrato”²⁸.

En tercer lugar; *el actuar precedente*, que no debe ser doloso. Al respecto es necesario mencionar que cuando se deduce el deber de obrar de una actividad precedente propia, según la doctrina, surgen dos hipótesis:

²⁸ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, “Apuntamientos de la Parte General del Derecho penal”, 10° ed., Ed., Porrúa, México, 1985. cf. Pag.

1. Cuando una acción puede lesionar intereses jurídicos de terceros o aumentar el peligro en el que se encontraban; son casos en los que el sujeto está obligado o tiene el deber de adoptar medidas necesarias para evitar resultados lesivos al bien jurídico protegido.

2. El actuar precedente no debe ser doloso, es decir, no debe estar dirigido a crear un resultado, pues de lo contrario estaríamos en presencia de un delito de comisión. Tal como lo expresa Frank Von Liszt, él dice: “cuando la intención expresa, al ejecutar el acto precedente tendía al resultado entonces no existe omisión sino un acto de comisión”.²⁹

Por otra parte, la doctrina también nos enseña que no es posible exigirle a un sujeto una acción esperada, pues como dice Antolisei, “la obligación de impedir un resultado no es ilimitada; cesa frente a la imposibilidad de realizar la acción ordenada”.³⁰

Ahora bien, del análisis que hacemos sobre las fuentes de donde emana o surge el deber jurídico de obrar, debemos dejar de lado toda clase de obligaciones que puedan derivarse de un deber moral o impuesto por la convivencia; pues los deberes morales no son obligatorios, sino solamente los deberes legales.

También se debe hacer notar que los delitos impropios de omisión no poseen una estructura típica, como los delitos que se producen por la omisión simple, prueba de ello es que los delitos omisivos se encuentran expresamente descritos en la ley con cada uno de los elementos que deben

²⁹ LISZT, FRANZ VON, “Tratado de Derecho Penal” ed. 2º, Ed. Reus, España, 1926-29. cf., pag.

³⁰ MANUAL DERECHO PENAL, 3 ed. MILAN, CF, PAG. 181

concurrir para que la conducta omisiva realizada sea típica; no obstante, los delitos impropios de omisión no se encuentran descritos en la ley, sino que la única fórmula para poder determinar la existencia de un delito impropio de omisión es mediante la equiparación de conductas comisivas a las omisivas, vía interpretación judicial. Algunos autores como Jiménez Huerta opinan que “la técnica legislativa está muy lejos de tipificar o punir expresamente los llamados delitos de comisión por omisión como lo hacen con los delitos de omisión simple, y por ello existe abstinencia de formular en los códigos penales, referencia alguna de los mismos, ya que se considera propio de la interpretación judicial determinar con apoyo en los medios instrumentales extraíbles de todo el ordenamiento jurídico, los casos en los que una omisión tiene valor y alcance de un medio comisivo de violar una norma penal, y por eso puede ser subsumida en un tipo punitivo que sanciona la producción de un resultado”³¹. Asimismo Welzel indica que para determinar si un tipo de comisión puede ser concretado por omisión, resulta de la interpretación lógica del tipo. La tesis de que la única forma de determinar si un delito de comisión efectivamente puede ser cometido por omisión y tener la misma pena de una conducta que amerite un actuar positivo, es mediante la interpretación lógica del tipo que no puede ser cualquier interpretación; sino aquella que provenga del mismo Juez utilizando todo los instrumentos jurídicos extraíbles de todo ordenamiento jurídico, para determinar si efectivamente ha existido una infracción en el deber jurídico de obrar o si cualquier sujeto estaba en la obligación de evitar un resultado de acuerdo a las fuentes que anteriormente explicábamos. Es aquí pues donde resumimos los delitos por comisión por omisión, los cuales se determinan por la existencia de un deber jurídico de impedir un resultado.

³¹ PANORAMA DEL DELITO, imprenta Universitaria, México, pag. 40

Ante las posturas doctrinarias que justifican que los jueces pueden utilizar su propio arbitrio para determinar conductas no descritas por la ley, no nos queda más que recordar aquel antiguo aforismo latino: “**nullun crime sine poena sine lege preavia**”, el cual hace prevalecer el principio de legalidad en todo ordenamiento jurídico y el cual garantiza que ninguna conducta será sancionada sino aquella que se encuentre previa, inequívoca y expresa en la ley; lo que desde ya representa un límite al poder sancionador del Estado que protege el sistema de garantías del justiciable; lo cual implica que el juez no puede sancionar una conducta que no se encuentre descrita en la ley, ni siquiera cuando algunas posturas doctrinarias aseguren que la determinación de los delitos impropios de omisión corresponden a la interpretación que los jueces pueden hacer de los tipos penales, lo cual ya implica una contradicción, pues el juez no puede interpretar un tipo penal que no exista porque estaría violentando un principio tan fundamental para el Estado de Derecho como lo es el Principio de Legalidad; sin embargo, esta ha sido discusión doctrinaria que hasta la fecha se encuentra en pleno debate, de si los delitos impropios de omisión deberían sancionarse o no; y si pueden sancionarse, entonces responder las interrogantes que causan gran debate como: ¿Qué delitos que cometidos por acción pueden igualmente ser realizados por omisión? ¿De donde emana el deber jurídico de obrar? Algunos doctrinarios opinan que las respuestas a ellas se dan, en el sentido que todo dependerá de la naturaleza prohibitiva de la norma, otros son de la opinión que estos delitos no son sancionados pues son una clara vulneración al principio de legalidad; mientras tanto, otros se inclinan en que este tipo de delitos pueden sancionarse siempre y cuando estén descritos en la ley y por tanto tengan un reconocimiento en el ordenamiento jurídico penal; este último es uno de los criterios preferibles. Al respecto Enrique Bacigalupo nos dice: “el problema de los delitos de comisión por omisión queda evidentemente sin respuesta, pues se trata de delitos no declarados punibles

expresamente por la ley, y la problemática de que si deben o no sancionarse siempre es una cuestión de interpretación, pues los delitos omisivos expresamente penados por la ley no presentan este tipo de problemática”³². El autor, en realidad nos quiere decir que sancionar los delitos impropios omisión, los cuales no están expresamente señalados por la ley, representa un problema, pues todo queda a merced de una interpretación del juez; a diferencia los delitos omisivos que no presentan ningún problema pues son delitos expresamente penados por la ley con su correspondiente amenaza penal. Así tenemos en nuestro Código Penal disposiciones legales como el art. 20, inciso primero, que expresamente dice:

“El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera 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 ocurría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado.”

Esta disposición es superflua; es decir, no dice nada que no surja de la simple lectura del texto legal y no expresa ninguna orientación que permita saber cuando y bajo que condiciones una omisión de impedir un resultado pueda sancionarse como un delito de comisión; por tal motivo, y por la necesidad de introducir un control en los tribunales en lo que se refiere al principio de legalidad, debe establecerse en la ley una base positiva para el tratamiento de estos delitos y con ello evitar una clara vulneración al principio de legalidad, pues no deben sancionarse conductas que la norma no ha

³² BACIGALUPO, ENRIQUE, “Delitos Impropios de omisión”, 2°ed., Ed. Temis, Colombia 1983, cf. Pag.

descrito de forma previa, precisa e inequívoca, como delitos; asimismo, la regulación de los delitos impropios de omisión en nuestro Código Penal haría más fácil su comprensión si se determinara en qué momento el omitente infringe el deber jurídico de actuar y cuando adquiere la posición de garante.

Pero lo cierto es que ninguna de las fuentes de las que hablábamos al inicio resulta suficiente para determinar la posición de garante como lo son: el deber consagrado en la ley, el actuar precedente y la aceptación de un deber contractual.

Asimismo es importante lograr diferenciar el delito impropio de omisión y los delitos de omisión propia, pues hay que recordar que ambas figuras poseen elementos básicos que deben concurrir para la determinación de una conducta punible, con la diferencia del delito por Comisión por Omisión en donde debe mediar necesariamente la posición de garante, al cual incumbe un deber frente al bien jurídico; es decir que el sujeto tiene una vinculación de una manera tal con el bien jurídico que es garante de la producción de un resultado lesivo para el bien jurídico así como su puesta en peligro.

Sin esta posición del omitente, la mera infracción de un deber de acción es insuficiente para determinar su sanción de la misma manera que si hubiera ejecutado una acción prohibida; “es esa la razón por la cual la doctrina habla de hacer una completa separación entre la fundamentación del actuar y la fundamentación de la posición de garante”³³.

Según nuestro criterio hay que distinguir los presupuestos de la posición de garante de los presupuestos del deber de actuar. Como ya se

³³ KAUFMANN, Armin, “Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal moderna”, 1° ed., Ed. DePalma, Argentina 1977 cf., Pag. 286.

sabe los presupuestos del deber de actuar se logran determinar del estudio de los delitos propios de omisión, o dicho en otras palabras “*de la omisión simple*”; en cambio, los presupuestos de la posición de garante se determinan por el estudio del delito impropio de omisión o como modernamente se le llama “comisión por omisión”, lo que permite encontrar la relación entre el autor con el bien jurídico, la cual debe ser de tal intensidad que lo constituya en su garante frente al orden jurídico.

En conclusión podemos asegurar que existen dos formas mediante las cuales se da la aparición de la posición de garante:

- a) Cuando el sujeto aparece como defensor de un bien jurídico determinado contra los ataques que pueda sufrir; y,
- b) Cuando el sujeto tiene la custodia una fuente de peligro que pueda representar una lesión a la generalidad de los bienes jurídicos.

4.2. Antecedentes Históricos del delito Impropio de Omisión

La doctrina se remite a los siguientes antecedentes históricos, sobre los cuales se dice lo siguiente: “*Que tienen muy lejanos antecedentes que comienzan en el antiguo Derecho danés, en el cual la ley IV-12 del rey Erich establecía que aquel que utilizara a sabiendas un caballo que tuviera la costumbre de patear hacia atrás y diera ocasión para ello, sería responsable de la misma manera que si él mismo hubiera pegado el golpe, en el caso de que alguien resultara lesionado. Idéntico criterio se encuentra en el Derecho Jónico, donde se responsabilizaba de igual manera a quienes tuvieran animales salvajes en su casa, por los daños que estos causarían. La hipótesis*

se extendió en el antiguo Derecho Germánico a la muerte y heridas de un hombre, bajo el rey Waldemar...En las fuentes germánicas y medievales se puede hallar también un tratamiento similar para la omisión y para la acción positiva que son causa de daños, ante todo en los casos referidos a la omisión de impedir una provocación de aquellos por animales que se tienen en la casa. También se hablo expresamente del guardia por cuyo descuido en suministrar alimento a un prisionero muriera de hambre, aunque se consideró la posibilidad de aminorar la pena por el juez a pesar de reconocerse la igualdad de esta omisión con un asesinato activamente ejecutado frente a Dios. También en el Derecho Romano se conoció el caso de la muerte de un hombre provocada por la omisión de darle sustento y además por la no continuación de un tratamiento medico. En la constituto criminalia de Carolina, puede verse, en el art. 122, la equiparación de la no evitación de actos impúdicos por parte de los padres y de la esposa con la acción activa de ese delito.”³⁴

Asimismo, el autor español Orts Alberdi expresa, sobre los delitos de omisión impropia, lo siguiente: *“Esta forma de delinquir se conoce desde la antigüedad en las legislaciones del antiguo oriente y el Derecho Hebraico en donde lo tuvieron en cuenta. También existió en el Derecho Romano donde se castigaban a los que no impedían la falsificación de moneda con la pena correspondiente a ese delito. En el antiguo Derecho Español, encontramos diversas disposiciones que castigaban la omisión, tal es el caso del juez que no quería oír o dar su sello a un querellante o el alcalde que omitía justicia... En las partidas también se contemplaba la omisión como delito en los siguientes casos: al que no denunciaba un delito de traición contra la persona del rey, al que encubría la verdad al prestar testimonio, al juez que omitía o*

³⁴ BACIGALUPO, ENRIQUE, “Delitos Impropios de omisión”, 2°ed., Ed. Temis, Colombia 1983, cf. Pag. 2 y 3.

*retardaba hacer justicia, y a los siervos o sirvientes que, pudiendo hacerlo, no ayudaban a sus amos en peligro... En 1796, Gebauer sostenía que es reo de hurto la persona que viendo alguien robar no gritaba ¡ladrones!; asimismo se refiere a los delitos que comentamos y nos dice que la participación o complicidad negativa es propia de aquellos gobiernos despóticos en donde el poder es mas sombrío que fuerte y pone como ejemplo a China y Japón, en donde se condenaba al magistrado y a toda su familia cuando aquel no hubiese impedido los delitos de sus hijos o administrados. Asimismo nos dice que antes del siglo XIV, en los pueblos eslavos, las autoridades y ancianos debían evitar el robo y si no lo hacían tenían que reparar sus consecuencias. En el derecho patrio, encontramos el decreto del 31 de mayo de 1822, que castigaba al que pudiendo hacerlo no evitaba un atentado o crimen o no cooperaba para la prisión del delincuente, o negaba su existencia cuando le era pedida en estos casos.*³⁵

Sobre los anteriores antecedentes podemos decir lo siguientes: los autores únicamente se limitan a exponer casos que ocurrieron en la antigüedad en los diferentes periodos de reinados como el del Rey Erich en el derecho danés, y el del Rey Waldemar en el derecho germánico, en ambos se trata de manera muy general el origen del delito impropio de omisión haciendo énfasis a casos particulares de aquella época y no se dice de manera específica cuando y donde surge el delito impropio de omisión. Por otra parte Orst Alberdi, relata casos particulares sobre el antiguo Derecho Español haciendo referencia a *las partidas*, las cuales eran un cuerpo normativo redactado en Castilla, España, durante el reinado de Alfonso X, con el objeto de conseguir una cierta uniformidad jurídica del reino, en las cuales se regulaba la omisión; asimismo hace referencia a

³⁵ ORTS ALBERDI, FRANCISCO, "Delitos de Comisión por Omisión", Gheresi-Editor, Argentina, 1978, cf. Pag. 13-15.

imperios como el de China o Japón en donde los funcionarios públicos eran responsables por los delitos que cometían sus propios hijos, denotándose de esta manera el delito de comisión por omisión.

Como puede notarse, la evolución histórica de los delitos impropios de omisión únicamente se limita a casos particulares que surgieron en diferentes legislaciones o monarquías, pero hasta el momento no existe un antecedente que demuestre con exactitud, cuando, donde y en qué forma surgió la comisión por omisión.

4.2.1. Incorporación del Delito Impropio de Omisión

en la legislación penal salvadoreña.

Según la evolución que ha tenido nuestro derecho penal³⁶ hasta hoy en día son seis códigos penales los que hemos tenido, incluyendo el código penal vigente.

³⁶ El primer movimiento efectuado en 1826 fecha en la que se formula el primer Código Penal salvadoreño, el cual constituye una copia fiel del Código Penal Español de 1822, tomando en consideración que en Centroamérica fue en El Salvador en donde se dictó el primer Código Penal.

El segundo Código Penal se promulgo en el año de 1859 al igual que el anterior fue inspirado en su totalidad en el código penal español de 1848.

En el año 1881 da inicio el tercer movimiento de reformas al Código Penal por lo que, el poder ejecutivo en ese momento en mayo del mismo año (1881) declara como ley de El Salvador el tercer Código Penal.

El cuarto movimiento surge en el año de 1904, en el mismo año también entra en vigencia el nuevo Código Penal, el cual también tuvo como fundamento el Código Penal Español de 1870; este movimiento surge por la necesidad del momento de conciliar el código anterior (1881) con los tratados internacionales que habían sido ratificados en ese momento por El Salvador (1897 y 1901)

Como quinto movimiento de reforma Penal aparece el código Penal de 1973 cuya Vigencia comenzó a partir del quince de junio de 1974 para la elaboración de este Código se consultaron varios proyectos de códigos penales de los cuales se trato de extraer lo mejor

En la historia de los códigos penales latinoamericanos se conoce que hay países que cuentan con los llamados códigos penales modernos, entre los cuales se encuentra nuestro país, como producto del esfuerzo que muestran connotados juristas latinos para elaborar un documento que sirviera de columna vertebral a las legislaciones penales latinoamericanas, es así que surge el código penal tipo para Latinoamérica, en el cual se incluye la figura de la comisión por omisión. Así también se nominan las fuentes del deber jurídico de impedir el resultado; es decir aquellas situaciones donde existen obligaciones de guarda, protección y vigilancia; al respecto el Profesor chileno Porte Petit, manifiesta que “la reglamentación del deber jurídico de actuar en los delitos por Comisión por Omisión es un tema muy discutido pues la Doctrina no da respuesta para saber cuando un sujeto tiene la obligación de realizar la acción esperada y exigida”.³⁷

Nuestro Código Penal vigente cuenta con algunas regulaciones que los anteriores códigos inspirados en la legislación española no las tenían, tal es el caso del art. 20 el cual aparece en el Código Penal de 1973, cuya vigencia comenzó a partir del quince de junio de 1974, esta disposición incorporada le dan a nuestro código el carácter de ser moderno.

que tuvieron y adecuarlo a la realidad salvadoreña, entre esos proyectos podemos mencionar: el proyecto de Código Penal Salvadoreño de 1953, Proyecto de Código Penal Venezolano de 1950. Código Penal Mexicano 1958, y el que ha sido base fundamental para la elaboración del código penal de 1973 e incluso el código penal vigente de 1998 es el llamado Código penal Tipo para Latinoamérica.

Como sexto movimiento, el Código Penal tipo para Latinoamérica, que tiene su origen en el acuerdo adoptado por el Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile, en su sesión del 8 de octubre de 1962. Estos trabajos de la comisión redactora y en especial los de la parte general promovieron un fuerte movimiento de reformas legislativas en Latinoamérica y en muchos países dejó sus huellas el articulado propuesto como modelo.

³⁷ GRISOLA, FRANCISCO. “Código Penal Tipo para Latinoamérica” citado en TREJO ESCOBAR, MIGUEL ALBERTO, “El Derecho Penal Salvadoreño Vigente: antecedentes y movimientos de Reforma”, 2º ed., Ed. Ministerio de Justicia, El Salvador, 1995. cf. Pág. 93

4.3. Delito Impropio de Omisión

“Los delitos impropios de omisión son una variedad de los delitos de comisión, de los que se diferencian por como se manifiesta la conducta que adquiere la forma negativa (no hacer), en lugar de la positiva (la acción), y por la existencia de un especial deber de actuar que pertenece a la antijuricidad de la omisión y sin el cual no habrá delito de Comisión por Omisión”³⁸. Asimismo estos delitos no se encuentran tipificados por la ley penal y su reconocimiento por la doctrina se funda por lo general en el derecho consuetudinario, y es en ese sentido que surge la interrogante: ¿bajo qué condiciones no evitar el resultado de un tipo prohibitivo es punible de la misma manera que su realización activa? O dicho en forma de ejemplo, ¿bajo qué condiciones no evitar la muerte de otro es equivalente a matarlo?. El art. 20 de nuestro Código Penal expresa que el omitente responderá por no haber impedido el resultado, en el caso que haya tenido el deber jurídico de evitarlo; dicho artículo no brinda ninguna respuesta a esta interrogante, pues lo que necesitamos saber es cuando se tiene ese deber jurídico de actuar y por qué su infracción se sanciona como la comisión activa del delito; en realidad tal disposición (el art. 20 de nuestro Código Penal) ni siquiera permite diferenciar los delitos propios de omisión de los impropios; pues ciertamente en los delitos propios de omisión también el omitente esta jurídicamente obligado a actuar.

De manera pues, que los tipos penales que llamamos “delitos impropios de omisión” no solo pueden considerarse como una clasificación de los delitos de omisión; sino también puede agrupárseles como una variante de los tipos penales de comisión, los cuales se complementan

³⁸ ORTS ALBERDI, FRANCISCO, “Delitos de Comisión por Omisión”, Gheresi-Editor, Argentina, 1978, cf. Pag. 51.

mediante la siguiente fórmula omisiva “no evitar el resultado es equivalente a haberlo producido”.

Cabe señalar que en los últimos años se ha cuestionado el funcionamiento de saber distinguir entre delitos propios e impropios de omisión. El argumento en base al cual se lleva a cabo este cuestionamiento es comprobar si en verdad todos los deberes de actuar tienen la misma dirección: “evitar un resultado”, solo que hay tipos penales que mencionan tal resultado y otros no lo hacen.

4.3.1. Concepto de delito Impropio de Omisión

Según Enrique Bacigalupo, el delito de comisión por omisión es “aquella cláusula general por medio de la cual un sujeto está obligado a impedir un resultado; y al no evitarlo, teniendo el deber jurídico de hacerlo es equivalente a su realización misma”³⁹.

Por otra parte Porte Petit nos dice: “que se trata de delitos que imponen el deber de evitar un resultado material estando obligado a evitar dicho resultado, por lo cual el no evitarlo es igual a cometerlo activamente”.⁴⁰

Haciendo un análisis de ambas definiciones, podemos concluir, que los delitos impropios de omisión, no son una especie de delitos de omisión, sino más bien son una especie de delitos de comisión, por ser punibles únicamente cuando existe un resultado, lo que doctrinariamente se conoce

³⁹ BACIGALUPO, Enrique, “Lineamientos de la teoría del delito”, 3ed. Ampliada y Renovada, Ed. Hammurabi, Costa Rica., 1994., pag.205

⁴⁰ CANDAUDAP, CELESTINO, “Apuntamientos de la Parte General de Derecho penal”, pág. 235

como “condición objetiva de punibilidad”. Al respecto Enrique Bacigalupo dice: “los delitos impropios de omisión son una variedad de los delitos de comisión, pues los elementos provienen por lógica consecuencia del correspondiente tipo de comisión, el cual es el resultado no evitado”⁴¹. Según este autor, estas solo son definiciones teóricas, las cuales son insuficientes, pues se necesita una definición más completa, elaborada por los doctrinantes y profesionales de Derecho, que sea compatible con el Principio de Legalidad, el cual prohíbe la creación de disposiciones penales imprecisas; en ese sentido la aplicación de dichas disposiciones ambiguas, causa vulneraciones insuperables al principio de legalidad, por la responsabilidad penal fundada en la Comisión por Omisión.

4.3.2. Elementos del delito Impropio de Omisión

“Los elementos del delito impropio de omisión tienen la finalidad de comprobar que la acción realmente realizada no es la acción mandada, es decir, que la verificación en los delitos impropios de omisión es en cierto modo una operación inversa a lo que corresponde llevar a cabo en los delitos de comisión; en estos es preciso subsumir la acción realizada bajo la descripción contenida en el tipo”.⁴²

Los delitos de omisión simple coinciden con los delitos impropios de omisión en el sentido de que los elementos que se conciben de la omisión simple deben complementarse en el delito impropio de omisión; es decir que la situación típica generadora del deber de obrar, la no realización de la acción mandada y el poder de hecho para realizar las acción, son los

⁴¹ BACIGALUPO, ENRIQUE, “Delitos Impropios de omisión”, ed. Temis, pág. 124

⁴² Ibidem, cf., Pág. 125

elementos que deben concurrir en la omisión impropia, juntamente con la *posición de garante*, el cual es un elemento de la autoría de carácter esencial; del cual nos ocuparemos a continuación, así como también de sus fuentes.

La posición de garante

La posición de garante constituye un elemento de autoría de los delitos impropios de omisión, esto de acuerdo a la definición de Armin Kaufmann, quien dice que “garante es toda persona que se encuentra en una determinada situación obligada a impedir un resultado”⁴³.

Según Enrique Bacigalupo, la posición de garante puede surgir de dos situaciones elementales:

1. Cuidado de una fuente de peligro frente a la generalidad de los bienes Jurídicos.

En primer lugar “existe una posición de garante cuando a una persona le incumbe el cuidado de una fuente de peligro que afecta a bienes jurídicos indeterminados, ejemplo: una persona esta encargada de poner en conocimiento de los transeúntes o conductores de vehículos el peligro que deriva de un ferrocarril, cuyas vías atraviesan una calle de tránsito peatonal y de automotores. Los bienes jurídicos amenazados por el peligro que representa un ferrocarril que atraviesa una calle de las características

⁴³ ob.cit. ARMIN, KAUFMANN, cf.pag. 280 y ss.

expresadas, son muchos: se refieren a las personas (vida, integridad corporal) y las cosas (propiedad)”⁴⁴.

“Todos estos bienes jurídicos están al cuidado del guarda barreras, su relación con ellos es suficientemente estrecha como para fundamentar una posición de garante. El peligro puede incluso haber sido creado por el propio omitente en forma activa, por ejemplo: haber dado alcohol al que luego tiene que conducir un vehículo”⁴⁵.

“Dentro de esta categoría aparecen también los Deberes de Vigilancia, referidos a la evitación de daños en los bienes jurídicos de terceros, por ejemplo: el cumplimiento de las medidas de seguridad en los ámbitos de trabajo”⁴⁶.

“Cuando se trate de los peligros emanados de un hecho anterior del omitente, la posición de garante solo deberá admitirse cuando los peligros generados por el comportamiento previo hayan sido previsibles y evitables en el momento de la realización de la acción que originó el peligro”⁴⁷.

2. Cuidado de un bien jurídico determinado frente a los peligros que puedan amenazarlo.

Según Bacigalupo: “La segunda categoría fundamentadora de la posición de garante contiene deberes de cuidado y protección de uno o varios bienes jurídicos determinados”⁴⁸.

⁴⁴ BACIGALUPO, Enrique, “Lineamientos de la Teoría del Delito”. Cf. Pág., 209 y ss.

⁴⁵ Ibídem. Pág. 209.

⁴⁶ Ibídem. Pág. 209.

⁴⁷ Ibídem. Pág. 209.

⁴⁸ Ibídem. Pág. 210.

“Cabén aquí, en primer termino, los deberes que tienen por objeto el cuidado de personas necesitadas como, por ejemplo, enfermos, paralíticos, niños, etc. Asimismo, los deberes de protección de las personas que están expuestas a un determinado riesgo....”⁴⁹

“En segundo lugar –menciona Bacigalupo-, entran en consideración los deberes de cuidado y protección emanados de una estrecha relación de vida, matrimonio, vida en común, etc. De ninguna manera se trata de una obligación de impedir que las personas cercanas realicen acciones delictivas o lesivas de bienes jurídicos, sino de la obligación de prestarles auxilio en situaciones de necesidad: por ejemplo, el marido que ve ahogar a su mujer y no le presta ayuda no será responsable por una omisión de socorro, sino por un homicidio (suponiendo que la mujer muriera ahogada) cometido por omisión”⁵⁰

Asimismo, “También pertenecen a esta categoría los deberes de cuidado y protección que correspondan a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias. En estas se encuentran las mas variadas obligaciones y los mas diversos deberes; es cuestión de interpretación comprobar cuales son los deberes que por su entidad son idóneos para fundamentar la posición de garante y cuales no. ”⁵¹

Para Bacigalupo, la posición de garante se determina a partir de la estrecha vinculación que tiene el omitente con los bienes jurídicos, y cuando tiene a su cargo fuentes de peligro que puedan lesionar tales bienes jurídicos.

⁴⁹ Ibídem. Pág. 210

⁵⁰ Ibídem. Pág. 210.

⁵¹ Ibídem. Pág. 210

4.3.3. Fuentes de la Posición de Garante

Algunas teorías dan un enfoque sobre la posición de garante de la siguiente forma:

1. Teoría formal:

De acuerdo a esta teoría las fuentes de la posición de garante son; *la ley, el contrato y el actuar precedente.*

- *La ley:*

Entran en consideración todo tipo de normas jurídicas, con especial trascendencia, a aquellas que imponen obligaciones respecto de ciertas personas para con otras, cuyo vínculo es emanado del Derecho civil y el Derecho de Familia, tal es el caso de lo relativo a los alimentos y la autoridad parental, como también las que se derivan del ejercicio de una profesión.⁵²

- *El contrato:*

El valor que representa civilmente no trasciende significativamente; para que se origine una posición de garante bastará que se haya aceptado una obligación de garantizar la protección de determinados bienes jurídicos por parte de la persona aceptante, ejemplo: una enfermera es contratada para cuidar a un niño recién nacido, mientras la madre se encuentra fuera del hogar, adquiere con ello, la obligación de “cuidado y protección”, quedando ese niño bajo su ámbito de control; si ocurriere que al momento de alimentarlo, lo hace excesivamente y este sufre una indigestión que le produce la muerte, ésta persona deberá responder por homicidio en vía de

⁵² GOMEZ BENITEZ, JOSÉ MANUEL, “Teoría Jurídica del Delito”, 1º ed., Ed. Civitas, España, 1984., cf. pág. 592.

comisión por omisión. Es de hacer notar que en el supuesto anterior, existe una estrecha vinculación entre el bien jurídico “vida” y la persona obligada al “cuidado y protección” del mismo, lo que determina una *posición de garante*, que permite reconocer que se está en presencia de una comisión por omisión y excluye la posibilidad de sancionarse como un delito culposo. Para el caso Hans Welzel dice: “La posición de garante es la que convierte al que omite evitar un resultado típico en autor de (comisión por) omisión, siempre que esté en una estrecha relación con el bien jurídico lesionado”⁵³.

- *El actuar precedente:*

Tal actuar, origina una situación especial de garante en el sujeto, pues se encuentra obligado a impedir que un peligro iniciado por él mismo, tenga como consecuencia un resultado prohibido por algún tipo penal, ejemplo: un agricultor con el fin de limpiar su parcela, decide prender fuego a los residuos de cosechas pasadas, creando con ello un riesgo, pero a su vez, adquiere la obligación de garantizar que dicho peligro no produzca resultados prohibidos (como la muerte o quemadura de alguna persona). En la producción del resultado prohibido, se han fijado límites, tales como:

- a) La responsabilidad derivada de un actuar peligroso solo alcanza los resultados previsibles y evitables que el sujeto debería haber previsto; es decir, debe existir una relación adecuada entre el riesgo creado y el resultado producido, para que subsista el compromiso de impedirlo.
- b) El actuar precedente debe ser contrario al deber de obrar. Si la acción realizada es la mandada por la ley y aun así se genera el peligro y se tiene un resultado prohibido, no se admite que hay omisión, si no más bien un caso fortuito, por lo que no dará lugar a indemnizaciones por el bien jurídico lesionado.

⁵³ WELZEL, HANS. “Derecho Penal Alemán”. (Parte General). 4º Edic. Castellana. Editorial jurídica de Chile. 1993. Pág. 248.

Esta clasificación es sustentada por Zaffaroni, quien manifiesta que “las fuentes de las cuales puede surgir la posición de garante son tres: la ley, el contrato y la conducta anterior del sujeto; es por cualquiera de estas formas que se puede alcanzar tal posición jurídica”⁵⁴.

2. Teoría de las funciones:

Dicha teoría se encamina en un rumbo muy diferente al momento de determinar la posición de garante, lo que no es incompatible por lo dicho por la teoría formal, pues la teoría de las funciones se encarga de determinar la existencia de tal posición. Esta teoría presenta dos situaciones que originan la posición de garante.

- a) Deberes que se deducen de especiales relaciones naturales, familiares o de custodia, como ejemplo los deberes existentes entre personas que viven bajo un mismo techo, los emanados de una relación de ascendiente a descendiente y viceversa, los de un tutor con su pupilo, o los de una persona que guía a un grupo de excursionistas; quienes tienen el deber de garantizar los bienes jurídicos de las personas a su cargo.
- b) Deberes de garante que surgen por la obligación de controlar una fuente de peligro precedente y el controlar las fuentes de peligro del propio ámbito de dominio, ejemplo: el deber de vigilancia que tiene el dueño de animales peligrosos o los encargados de una construcción, quienes tienen el deber de cuidar que tales animales u objetos no causen un peligro tomando las debidas precauciones para ello.

⁵⁴ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “Manual de Derecho Penal” (Parte General), 5º. Edic. EDIAR, Buenos Aires. 1987. Pág. 457

La teoría formal es la que retoma nuestro Código Penal en el art. 20. A nuestro criterio ninguna de las dos teorías expuestas determina con claridad, las condiciones y modalidades por las que surge la posición de garante, ya que la doctrina únicamente cita ejemplos aislados, sin ofrecer las herramientas necesarias para deducir tal posición a un caso fuera de los supuestos indicados; y la disposición legal antes referida se limita a retomar la teoría formal, sin hacer ningún tipo de aporte significativo que aclare las dudas que se puedan originar sobre cuando surge la posición de garante.

4.3.4. Autoría y participación en el delito Impropio de Omisión

“El punto de vista sobre la autoría y participación en el delito impropio de omisión esta fundamentada sobre la base de la teoría finalista de las acciones. En consecuencia las teorías de la autoría y participación se rigen por el criterio de la accesoriedad y esta se refiere al dominio del hecho en el acto principal”.⁵⁵

4.3.4.1. Coautoría

La coautoría exige como requisito fundamental, una resolución común al hecho, en donde exista una distribución funcional entre los partícipes, es decir, que cada sujeto debe tener una tarea asignada para realizar un ilícito determinado. La falta de exigencia en el tipo subjetivo de la omisión impropia de una “voluntad de realización”, impide que pueda hablarse de una “resolución común al hecho”; a su vez la falta de una acción priva de sentido

⁵⁵ JIMENES DE ASUA, “El dominio Penal de la Acción en la Autoría y Participación”, Pág.81 y ss.

una distribución funcional del hecho; pues no es concebible que alguien omita una parte mientras que los otros omiten el resto. De aquí se deduce que la coautoría en el Delito Impropio de Omisión, es inadmisibile; sin embargo Roxin afirma que “la accesoriadad se relaciona con el deber de autor y no con su dominio del hecho y por tanto no es difícil admitir la coautoría, cuando hubiere mas de un obligado que omita de acuerdo con otro”.⁵⁶ Cabe señalar que el punto de vista de Roxin son solo aspectos hipotéticos.

Igualmente resulta difícil comprender que alguien pueda omitir solo una parte de la acción que se le exige mientras otro omita el resto.

4.3.4.2. Autoría mediata

La autoría mediata en materia de omisión en general ha sido aceptada en ciertas ocasiones; la hipótesis de hecho que se ha considerado como tal consiste en impedir mediante engaño o violencia, que un tercero obligado, en su razón de Posición de Garante, cumpla con su deber; este es un planteamiento aportado por JESCHECK.⁵⁷

Según nuestro punto de vista se trata de una autoría directa, por la siguiente razón ¿Qué solución debe darse a los casos en los que quien impide, no tenga las características que requiere el tipo penal para la autoría?, ejemplo: el sujeto que no permite que un jefe militar, evite que un subordinado cometa una vejación a una persona, sin ser este sujeto superior

⁵⁶ ROXIN, CLAUS, “Teoría del Tipo Penal; Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico”, 1°ed., Ed. DePalma, Argentina, 1979, cf. Pag. 470

⁵⁷ Ibidem, citado por Claus Roxin, cf. 470

a dicho militar y para el caso no garante. La teoría dominante se inclina por la impunidad de quien carece de las características de autor, contenidas en el tipo penal, cosa que se deriva de principios generales, como el Principio de Legalidad “*nullum crimen, nulla poena sine lege preavia*” pues como afirma Schroder “estos son conceptos semejantes, tendientes a crear nuevas formas especiales de participación, que no tienen ningún apoyo en la ley y que desconocen la ampliación de las formas de participación lo cual es inaceptable”⁵⁸, según el principio de legalidad la punibilidad debe excluirse en estos casos.

Que un omitente sea autor mediato, cuando la persona de la que se sirve como instrumento realiza un acto positivo, es absolutamente imposible, puesto que omisión y dominio de hecho no pueden coexistir.

El garante que deja que un tercero actúe por error, o en estado de imputabilidad, lesionando el bien jurídico garantizado, “es un autor directo”.

4.3.4.3. La instigación

Armin Kaufmann y Welzel, sostienen: “que la instigación o también llamada “disuasión del incumplimiento del deber”, constituye directamente un caso de autoría del correspondiente delito de comisión por omisión; pues asimismo en la instigación debe tenerse el dominio del hecho”. Roxin afirma que “la conducta del instigador es punible, cualquiera que sea la entidad del argumento que se haya utilizado para disuadir”⁵⁹.

⁵⁸ ob.cit BACIGALUPO, Cf. Pag. 176.

⁵⁹ Ibidem, cf., pag. 183

Concluimos que en materia de instigación, no es posible hacer una ampliación del concepto de autor o con una presunción de los elementos que la definen. Por el contrario, los casos de instigación o “disuasión”, como le llama la doctrina, del *incumplimiento del deber*, deben considerarse desde el punto de vista de la autoría directa del delito impropio de omisión; pues la sola disuasión por si misma no es suficiente para determinar la autoría.

4.3.4.4. Complicidad

En general, la admisión de una complicidad solo ha sido sostenida en la forma de apoyo psicológico, que como tal, ha sido admitida también en nuestra dogmática y en nuestra legislación como forma de “aporte en el hecho”. La posición finalista es en esto coincidente con la solución adoptada en materia de instigación, es decir, no es causal para la no acción del autor principal, entonces el llamado “cómplice” lo que omite es determinar al autor principal a la ejecución de la acción mandada.

En conclusión la instigación y complicidad no son suficientes para poder determinar la autoría en el delito impropio de omisión; pues se trata de conceptos distintos y por si solos no pueden ampliar el concepto de autor, incluso admitir estas dos formas de participación daría lugar a crear situaciones especiales de autoría que pueden contradecir la ley, según lo dispuesto por “shonke” Shroder, son formas de participación especiales que no se encuentran en la ley y por tanto violentarían el principio *Nullum Crimine, Nulla Poena sine Lege*.

4.3.4.5. La tentativa en el delito Impropio de Omisión

La mayoría de autores piensan en que si bien puede admitirse conceptualmente una tentativa en los delitos propios de omisión ella no sería punible. Otros opinan que ni siquiera resulta pensable, como Núñez y Fontan Balestra⁶⁰. En forma mayoritaria se piensa que la tentativa en los delitos propios de omisión ofrece dificultades; en los delitos de comisión por omisión, por el contrario, los autores finalistas quienes piensan que no es posible hablar de tentativa de omisión, sino que en la falta de una acción, lo que se le denomina "omisión del intento de cumplir con el mandato."⁶¹

El concepto de tentativa, requiere esencialmente el comienzo de ejecución. En los delitos de omisión, para el caso, el concepto de "comienzo de ejecución" se describe como "el comienzo del estado de peligro, que hace exigible una intervención" planteamiento de la dogmática Alemana.

Según Bauman: "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 aun conducta punible, pero una vez que la lesión ya no es evitable, la punibilidad no presenta duda alguna".⁶²

Concluimos diciendo que no es posible concebir una aplicación del concepto de tentativa a los delitos impropios de omisión, lo impiden las especiales características de contenido de desvalor de la acción en la forma más grave y la imposibilidad de determinar el principio de ejecución.

⁶⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal; parte General", ed.2° Ed. Estudiantil, Costa Rica, 1980. Pág. 373

⁶¹ WELZEL, HANS, "Derecho Penal Alemán", 4° ed., Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1997 cf. Pág. 214

⁶² Ob.cit, BACIGALUPO, "Delitos impropios de Omisión", cf. Pág. 192

4.4. El Dolo y la Culpa en los Delitos de Omisión

El dolo en la omisión

En los delitos de omisión, la causalidad no proviene del omitente. Esto tiene gran importancia en razón de que en los delitos de omisión no puede hablarse verdaderamente de una voluntad dirigida a un fin, porque el sujeto de quien tal voluntad debe emanar no realiza ninguna acción que manifieste e identifique su voluntad.

Al respecto Bacigalupo nos dice que “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 *cuasi-dolo*”⁶³.

Bacigalupo también hace referencia a los elementos que conforman el tipo subjetivo de los delitos dolosos de omisión, para poder apreciar la diferencia entre los delitos comisivos dolosos y los delitos dolosos de omisión. Para ello, él hace la distinción de los delitos propios de omisión y los delitos impropios de omisión:

⁶³ BACIGALUPO, ENRIQUE. “Lineamientos de la teoría del delito” 1ª ed. Astrea, Buenos Aires, 1978. Pág. 148.

a) en el primer caso, los elementos subjetivos del tipo doloso propio son:

1. conocimiento de la situación de hecho generadora del deber de actuar.
2. conocimiento del poder personal de realizar la acción mandada.
3. una finalidad de obrar efectiva del autor, no dirigido a la realización de la acción debida.

b) en el segundo caso, los elementos subjetivos del tipo doloso impropio de omisión son:

1. conocimiento de la situación de hecho generadora del deber de actuar y de la amenaza de producción del resultado.
2. conocimiento del poder personal de realizar la acción mandada.
3. sustraerse conscientemente, a pesar de ese conocimiento, a la obligación de actuar.

El delito de omisión culposo.

“Al igual que los delitos de comisión, también los delitos de omisión (propios e impropios) pueden configurarse como consecuencia de una conducta negligente”⁶⁴.

⁶⁴ ZAFFARONI, RAUL. “Manual de Derecho Penal (parte general)”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987. Pág. 459.

Se dice que el sujeto ha obrado negligentemente cuando este no tenía conocimiento exacto de la situación de hecho típica generadora del deber de actuar, si este poder era por lo menos cognoscible, o bien, cuando se frustra el resultado de la acción mandada por falta de cuidado en su ejecución.

4.5. Diferencias entre delitos de acción, delitos propios de omisión y delitos impropios de omisión

Las diferencias más significativas entre los delitos de acción y los delitos de omisión son las siguientes:

- “En los delitos propios de omisión, la tipicidad es similar a la que se da en los delitos de acción; se describe una conducta concreta, con la diferencia que el verbo rector es de actividad en los delitos de acción y en la omisión será abstención o inactividad”⁶⁵.
- “En los delitos de acción se vulnera una norma prohibitiva, igual que en los delitos de comisión por omisión, en cambio en los delitos propios de omisión se da una norma preceptiva o imperativa”⁶⁶.
- “En la omisión se habla no de un dolo, sino de un cuasi-dolo pues basta con que el sujeto quiera y conozca la conducta que realiza (en lugar de la exigida), sabiendo que con ella podía realizar la acción mandada”⁶⁷.

⁶⁵ FUENTES DE PAZ, ANA LUCILA, *“Ensayos para la capacitación penal”*, 1ª ed. C.N.J, San Salvador, El Salvador. Pág. 202.

⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 202.

⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 202.

- “En los delitos impropios de omisión, es la no realización de parte de quien esta obligado por ley de hacer lo que debía para evitar la lesión del bien jurídico protegido”⁶⁸.
- “En los delitos impropios de omisión, esta presente la lesión de un bien jurídico producto de la omisión”⁶⁹.
- “En el delito de omisión impropia, el sujeto viola una norma prohibitiva; en el de omisión propia, el sujeto viola una norma de mandato”⁷⁰.
- “En el delito de omisión propia, esta siempre tipificado en forma expresa, en el impropio no cuenta con un tipo propio, sino que se recurre para su configuración a un tipo de acción que protege el mismo bien jurídico lesionado”⁷¹.
- “En el delito propio, es autor todo aquel que el tipo no excluye, en el delito de omisión impropio, no puede ser cualquier sujeto autor, solo quien asuma la posición de garante”⁷².
- “En la omisión propia, el tipo penal esta determinado, no requiere de otro; en el impropio se requiere del uso de la interpretación de la ley para deducir quien tiene la posición de garante y esta obligado a actuar”⁷³.

⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 202.

⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 202.

⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 203.

⁷¹ *Ibidem*. Pág. 203.

⁷² *Ibidem*. Pág. 203.

⁷³ *Ibidem*. Pág. 203.

- “En la omisión propia, no se exige un resultado, casi siempre se consume por la pura inactividad del sujeto; en el impropio se requiere ineludiblemente de que se de un resultado”⁷⁴.
- “En el delito impropio, es requisito la evitación de un resultado lesivo; en el propio, esa situación no corresponde al deber jurídico de obrar que se quebranta”⁷⁵.
- “En el delito propio, se incumple un deber de obrar de índole genérica que le ha impuesto el ordenamiento jurídico; en el impropio, se demanda al garante que salve un bien jurídico puesto a su cuidado, el cual solo le es impuesto a un número reducido de personas”⁷⁶.

⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 203.

⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 203.

⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 203.

CAPÍTULO V. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DERIVADA DE LA APLICACIÓN DEL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA.

5.1. Nociones Previas

Luego del estudio de los delitos de omisión, que anteceden a este capítulo, surge la necesidad de buscar una conexión entre el Principio de Legalidad y la Comisión por Omisión, a efecto de comprobar si la llamada Comisión por Omisión es una forma de vulnerar el Principio de Legalidad, para lo cual analizaremos diferentes puntos de vista como lo son: el *filosófico, político criminal y jurídico*, a fin de constatar si existe o no la violación a tan importante principio garante del Estado de Derecho, el cual tiene como base fundamental limitar el poder del Estado, estrictamente a lo que la ley establece, evitando prácticas discrecionales del órgano encargado de administrar justicia al momento de aplicar penas a conductas que no se encuentran expresamente señaladas y descritas en la ley; es decir, la ley establece como hecho constitutivo de delito, determinada conducta, en la cual deben concurrir ciertos elementos, los cuales deben darse bajo circunstancias especiales; existiendo para tal conducta una correspondiente pena o medida de seguridad; y en ese sentido, los funcionarios encargados de administrar justicia no pueden ni deben realizar una acción distinta de lo que la ley establece, y por tanto, no son ellos los encargados de crear delitos e imponer sus propias penas, pues tal accionar sin duda alguna representa una clara vulneración al principio de legalidad. Por otra parte, el delito impropio de omisión, desarrollado en el anterior capítulo, esta regulado en

nuestra ley penal de una forma ambigua a través de una cláusula general mediante la cual se tiene la posición de garante del bien jurídico, a partir de los siguientes supuestos: a) cuando se tiene la protección de un bien jurídico determinado frente a todos los peligros que lo puedan amenazar; y b) cuando se tiene a cargo una fuente de peligro que pueda representar una amenaza para la generalidad de los bienes jurídicos; y en ese sentido la misma se deduce, según el art. 20 del Código Penal: de *un precepto legal, de la libre aceptación de una obligación a través de un contrato y del actuar precedente*, que según la doctrina no debe ser doloso. Es así que si el sujeto garante no evita el resultado de una acción que lesione un bien jurídico teniendo la obligación de evitarlo, equivale a que haya realizado dicho resultado activamente; es decir, si un sujeto se encuentra obligado por un precepto legal, un contrato o por su actuar precedente, a evitar un resultado y no lo hace, equivale a que ese sujeto cometió el hecho activamente. Ahora bien ¿en qué momento encontramos la pugna que existe entre el principio de legalidad y la comisión por omisión? Sin duda la respuesta a esta interrogante, es el objeto de nuestra investigación, la cual culmina con este capítulo donde pretendemos esclarecer este conflicto; pues podemos notar que doctrinariamente algunos autores son de la idea que la aplicación de este tipo de delitos es contrario al principio de legalidad, por el hecho de estar sancionando conductas que la ley no describe, ni señala como conductas ilícitas; sin embargo otros autores son de la idea de que no puede existir tal vulneración al principio de legalidad por la aplicación de estos delitos, pues quierase o no en el articulado de los códigos penales modernos se ha incluido una cláusula general, mediante la cual es posible equiparar conductas que se cometen vía omisión a conductas que se cometen por acción o comisión; dichas cláusulas son denominadas *dispositivos amplificadores del tipo penal*, los cuales son instrumentos que sirven de ayuda a los jueces para poder hacer una valoración de las conductas y a

través de la interpretación, puedan hacer una equivalencia entre delitos de omisión a delitos de comisión y sancionarlos de esta última manera. Como podemos notar, al adoptar una postura sobre la afectación que estos delitos puedan o no causar al principio de legalidad requiere un análisis desde diferentes puntos de vista, los cuales nos encaminen hacia la posición acertada, o por lo menos a la más cercana a la legalidad, y para ello recurrimos a aquellas disciplinas que tienen relación con el Derecho como lo son: la filosofía y la política criminal de Estado, para poder obtener un criterio más amplio fundamentado sobre la base de obtener una respuesta a este problema y no pretender observar tal conflicto con indiferencia o displicencia como lo trata la tesis denominada *“Los problemas dogmáticos en lo relativo al delito de comisión por omisión”*⁷⁷; en donde argumentan lo siguiente: *“la comisión por omisión no lesiona el principio de legalidad y los que así piensan están en un error, pues aquellos que argumentan sobre la vulneración al principio de legalidad, por la aplicación de esta figura penal, están en un verdadero error, que se debe a la ignorancia de los juristas al desconocer tal norma, asimismo a la ignorancia de los jueces al no saber aplicarlos y sancionarlos, y por último a la ignorancia de las instituciones encargadas de promover la acción penal como lo es la Fiscalía General de la República, al no saber fundamentar este tipo de delitos”*⁷⁸. Este tipo de planteamientos, demuestran la poca importancia con que se ha tratado el tema sobre la legalidad en relación con los delitos de comisión por omisión, en la realidad jurídica salvadoreña, situación que ha sido motivo de nuestra investigación.

⁷⁷ *Los problemas dogmáticos en lo relativos al delito de comisión por omisión*, T. UES 1997.

⁷⁸ *Ibidem.* pág. 101-104.

5.2. Análisis desde diferentes perspectivas.

5.2.1. Análisis Filosófico

“A la filosofía del derecho le corresponde el análisis y la clarificación de los fines y los valores que inspiran y que deberían inspirar el Derecho y que de alguna manera vendrían a orientar el trabajo técnico y científico de los juristas.”⁷⁹ Además corresponde, según la opinión generalizada de los filósofos del Derecho, la función de definir la realidad jurídica, desde una perspectiva totalizadora de carácter social e histórico.

Hemos de utilizar la anterior definición en el sentido de retomar los valores que deben plantearse al momento de aplicar los delitos de Comisión por Omisión, por el hecho de que no existen las suficientes herramientas jurídicas que ayuden a los administradores de justicia, a fundamentar y motivar sus fallos cuando sancionan este tipo de delitos; es por ello que los jueces deben valorar las circunstancias en las que es procedente la aplicabilidad de los delitos de Comisión por Omisión, pues cabe recalcar que, en una sociedad que desconoce el tratamiento de este tipo de delitos, resulta complicado su estudio y aplicación, pues se trata de una realidad jurídica ineludible, de allí que surge la interrogante ¿por qué se sancionan delitos que la sociedad desconoce, y que además no están descritos en la ley de forma específica? Para dar una respuesta, se tiene que tomar en cuenta que estos delitos no son aplicados adecuadamente, debido a que existe un desconocimiento por parte de los jueces, fiscales, estudiosos del derecho y

⁷⁹ PECES, Barba Gregorio, *DERECHOS FUNDAMENTALES*, Madrid, latina Universitaria, 12980, pág. 175 citado en SAMOUR, Héctor, *FILOSOFIA DEL DERECHO*, volumen 12, ed. 2º, Ed. UCA EDITORES, San Salvador, C.A. 2000.

de la sociedad en general, además el Código Penal Salvadoreño, no describe en forma clara las conductas que pueden en un momento determinado ser susceptibles de sanción en vía de Comisión por Omisión.

En la medida en que el problema ha adquirido mayor relevancia, se ha vuelto necesario darle un enfoque con mayor profundidad, a partir de dos posturas opuestas, como lo son: el **IUS NATURALISMO Y EL IUS POSITIVISMO JURIDICO**. En cuanto al *IUS NATURALISMO* diremos que “es una corriente filosófica, según la cual, el fundamento de las normas de conducta humana no hay que buscarlas en la voluntad del legislador, sino en la naturaleza humana constante, uniforme, eterna.”⁸⁰

Sobre la definición podemos razonar lo siguiente: si la aplicación de los delitos impropios de omisión, se basa únicamente, a partir de lo que estipula el art. 20 del Código Penal, solamente se aplica la voluntad del legislador, la cual no es específica y tiende a contradecir el Principio de Legalidad, y por ende no se estaría utilizando el Derecho como un instrumento con el que se pretende alcanzar la justicia, limitando el fin de la misma a la simple aplicación de un mandato de voluntad del legislador, reflejando una contrariedad con la esencia de la norma, que no es otra que la misma justicia.

Por otra parte el *POSITIVISMO JURÍDICO*, consiste “en la elaboración del voluntarismo jurídico, y a partir de este supuesto fundamental, se siguen los dogmas propios de esta concepción: supremacía de la ley sobre las otras fuentes; norma como imperativo; etc.”⁸¹ Para el positivismo jurídico el Estudio del Derecho debe hacerse prescindiendo de todo juicio de valor; en ese

⁸⁰ Ibidem, SAMOUR, cf. pag.99

⁸¹ Ibidem, SAMOUR, cf., pág. 101

sentido todo lo que esta fuera de ella carece de relevancia jurídica, es por esa razón, que consideramos que el positivismo en alguna medida, resguarda intrínsecamente el Principio de Legalidad, pues únicamente se limita a lo que esta descrito en la norma, y lo que no está, no tiene validez, entonces: ¿tendría validez para los positivistas sancionar conductas que no estén en la ley? Sobre la interrogante consideramos lo siguiente: los delitos impropios de omisión aun no se encuentran específicamente descritos en la ley, y nada mas se cuenta con una cláusula general, estipulada en el art. 20 del Código Penal. Todavía no se establece con la suficiente claridad, cuales son los delitos impropios de omisión y en que circunstancias y modalidades se deben sancionar; por tal razón, partimos de un planteamiento *IUS POSITIVISTA*, para tratar de dar una solución a la problemática y poder decir lo siguiente: los injustos penales que se cometen vía Comisión por Omisión, únicamente tienen aplicabilidad en tanto existan en los cuerpos penales y se encuentren descritos de manera específica; pero mientras no lo estén carecen de valor y relevancia jurídica. Para este análisis se utilizó la clase de Ius Positivismo denominada Metodológica o Conceptual⁸².

5.2.2. Análisis Político Criminal.

Política Criminal son las decisiones que toman las instituciones del Estado para responder al problema denominado criminalidad (delincuente,

⁸² Es común confundir al *Ius Positivismo* (como corriente de la Filosofía Jurídica) con el *Formalismo Jurídico* (que es una clase del primero) pues se tiene la errónea idea que para el ius positivismo “*la única interpretación válida del texto legal será la literal, la interpretación y aplicación textual de la ley es verdadero derecho, para ellos la ley escrita es razón suficiente para actuar con toda justificación moral*”, y según esta postura, propia del Formalismo Jurídico, la aplicación de la Comisión por Omisión no representaría vulneración alguna al principio de legalidad por estar regulada en la ley penal.

víctima, delito) y a la estructuración y funcionamiento del sistema penal (agentes de policía, Derecho Penal, sistema judicial e instituciones penitenciarias). Pero tales decisiones no son tomadas antojadizamente. A una decisión de política criminal le antecede el respeto a la legalidad, a ceñirse a lo que establece el marco legal, pues la Política Criminal debe considerar una serie de principios, encontrándose en primer lugar el *Principio de Legalidad*, según el cual, los actos de las instituciones judiciales deben estar sujetos a la ley; debiendo existir una conexión entre la Seguridad Jurídica con aquel principio, a fin de prohibir la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la configuración de los ilícitos penales.

En ese sentido, el tipo penal de comisión por omisión, desde un punto de vista Político Criminal, está regulado y es aplicado inadecuadamente por el hecho de estar conformado de supuestos indeterminados que no están específicamente descritos en la ley penal, pues su aplicación genera vulneración del principio de legalidad, conllevando al quebrantamiento de la Política Criminal actual, la que esta encaminada a la regulación, persecución y sanción de conductas omisivas que generan un resultado perjudicial, debido a que la falta de claridad del precepto legal de comisión omisión genera dudas a los jueces con respecto a su aplicación, al no saber que criterios de interpretación deben utilizar para sancionar este tipo de delitos⁸³; pues se corre el riesgo de provocar arbitrariedades o ilegalidades sobre las personas a quienes se les atribuye la comisión de un hecho punible.

⁸³ Para mejor comprensión, ver *Casos Prácticos en Anexos*.

5.2.3. Análisis Jurídico

En relación a diversos aportes dados por estudios jurídicos sobre la comisión por omisión⁸⁴, existen planteamientos que se limitan a considerar que en ningún momento se vulnera el principio de legalidad, simple y sencillamente por el hecho de que la misma norma penal lo regula (aunque sea en una forma ambigua), en los cuales se hace evidente la poca relevancia que se le da al aspecto de la *LEGALIDAD*. Tal consideración, a simple vista adolece de un excesivo *FORMALISMO JURIDICO*, restringiendo la visualización del problema a un simple análisis de la norma, amparando su postura en la regulación de la misma comisión por omisión, dejando a un lado consideraciones relevantes acerca de la legalidad de la mencionada figura que han escapado de la previsión del legislador en la enunciación del precepto penal del art. 20 del Código Penal, y que genera vulneraciones al principio de legalidad.

Este apartado tiene como objeto señalar la vulneración que causa al principio de legalidad la aplicación del delito de comisión por omisión; vulneración que consideramos se debe a las siguientes razones: 1) A la falta de claridad en la redacción del artículo 20 del Código Penal, al momento de determinar la posición de garante de un bien jurídico, siendo esta la característica esencial que lo distingue de la omisión simple; 2) A la interpretación que hace el Juez al equiparar conductas omisivas a comisivas, amparándose únicamente en un dispositivo amplificador del tipo penal; y, 3) A la indeterminación de la pena al sancionar delitos de comisión por omisión.

⁸⁴ como es el caso de la antes citada tesis “*Los problemas dogmáticos en lo relativos al delito de comisión por omisión*”, y en el “*Manual de Derecho Penal Parte General*”, de Miguel Alberto Trejo y otros.

A continuación desarrollaremos cada una de las razones enunciadas.

5.2.3.1. Indeterminación de la posición de garante

“Para determinar que una persona es responsable de la comisión de un delito con la modalidad de comisión por omisión, la doctrina mayoritaria requiere la posición de garante como elemento fundamentador de la comisión por omisión”⁸⁵

Nuestro Código Penal, en el artículo 20, estipula lo siguiente:

“El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera 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, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado.”

A partir de lo que establece el artículo citado, podemos decir lo siguiente: Quien tenga la responsabilidad u obligación de evitar que un resultado se produzca y no lo hiciera, significa que ese “sujeto obligado” produjo el resultado de manera activa; es decir, determinado individuo adquiere una calidad de garantizador, o mejor dicho, adquiere una **posición de garante**; por razón de la cual está obligado a proteger un bien jurídico o a tener a su cuidado una fuente de peligro ante un bien jurídico; si este sujeto

⁸⁵ Sentencia de fecha 11/07/02, T S 4º de San Salvador

no cumple con esta responsabilidad, la norma penal establece que el sujeto ha cometido el hecho directamente.

En ese sentido, ¿de qué manera es posible deducir de dónde surge esa posición de garante?. El mismo artículo 20, en su inciso segundo, nos da tres posibilidades, las cuales son:

a) **Quien tenga deberes de vigilancia, cuidado o protección que la ley le imponga.**

El ordenamiento jurídico contempla normas que obligan a determinados sujetos con características especiales a cumplir con determinadas obligaciones, tal es el caso de los funcionarios públicos, quienes en el ejercicio de sus funciones están obligados por la ley a cumplir determinadas actividades; pues tales funcionarios al tomar posesión de su cargo asumen la responsabilidad que el mismo les genera en beneficio de la sociedad a la que sirven; asimismo están obligados a evitar determinados resultados lesivos de bienes jurídicos que están bajo su protección. También, a los particulares la norma les impone responsabilidades que deben cumplir, como es el caso de los deberes de los padres de familia con sus hijos, del esposo con su esposa o viceversa; los cuales están regulados en la legislación de familia.

Ahora bien, *la Ley*, como una de las fuentes de la posición de garante, es parte de la teoría denominada *formal*⁸⁶, puesto que los deberes de

⁸⁶ Teoría ya abordada en el Capítulo IV, dentro de las fuentes de la posición de garante.

vigilancia, cuidado y protección deben estar impuestos vía legal; sin embargo, los mismos se encuentran dispersos en otras leyes no penales (como es el caso de los establecidos en la ley de familia), y otros, simplemente indeterminados, que surgen de la interpretación que el juez hace de la doctrina carente de uniformidad.

La indeterminación de la disposición contenida en el Art. 20 del Código Penal, genera dudas, en cuanto a qué tipo de ley hace referencia o a qué cuerpo normativo debe consultarse para poder establecer tal posición de garante. La comisión por omisión, en este sentido, se convierte entonces en un tipo penal que denominamos “ultra-abierto”, ya que para poder establecer la relación existente entre un bien jurídico determinado y la persona obligada por ley al cuidado, protección y vigilancia, se requiere el auxilio de leyes no penales, y a la vez, se necesita de una interpretación de todo el ordenamiento jurídico para poder complementar la deficiencia del legislador al momento de enunciar la referida disposición; lo cual representa una clara vulneración al principio de legalidad, ya que éste limita la actuación del Derecho Penal únicamente a lo que la ley penal establezca con anticipación al hecho (previa), con precisión de la conducta considerada como delito (precisa) y sin ningún margen de error (inequívoca).

Tal vulneración al principio de legalidad por la indeterminación de la posición de garante en la ley penal, se hace evidente en la sentencia marcada con la referencia 27-1-2008⁸⁷, pronunciada por el Tribunal de

⁸⁷ Ver Caso II en Anexos.

Sentencia de Santa Tecla; lo cual se hace perceptible en el siguiente extracto concerniente a la valoración acerca de la tipicidad, el cual literalmente dice:

“En el momento que la víctima cae en el interior de la letrina le surge a la señora Johana Iris Rosa Gutiérrez como madre, la obligación de dar aviso independientemente de que se tratara de un accidente de haber dado a luz en ese lugar; sin embargo ella no lo hace.

Concurren en ella los presupuestos de la comisión por omisión:

1. Falta de acción de la señora Johana Iris Rosa Gutiérrez: ella omite dar aviso de la situación del peligro y riesgo en que se encuentra el menor ***** , independientemente de las circunstancias por las que el menor se encuentra en esa fosa séptica.

Es la madre de la imputada, señora Ana Deisy Gutiérrez Fuentes, quien da aviso a la policía pide ayuda a los agentes policiales incluso es a ella a quien introducen a la letrina para sacar al bebé. La señora se queda en su casa y son los agentes los que dan el auxilio correspondiente, trasladándolo a la unidad de salud para que reciba atención médica.

2. La situación típica ha sido establecida en el sentido que es una situación de riesgo para la vida del menor ***** y estas circunstancias se encuentra regulada en nuestro código penal como el delito.
3. La señora Johana Iris Rosa Gutiérrez tenía la capacidad de actuar: de dar aviso en ese momento. La imputada podía hablar, desplazarse caminar y solicitar la ayuda correspondiente; sin embargo, no lo hace.
4. Además tenía la calidad de garante, ya que la señora Rosa Gutiérrez es la madre del recién nacido ***** . El vínculo familiar que la unía con ese menor la obligaba a velar por su hijo. Este vínculo familiar se estableció con la partida de nacimiento del menor víctima de fs. 290 y con la prueba de ADN, de fs. 100 a 103, con el que se establece la maternidad con un 99.99999% que la señora Johana Iris Rosa Gutiérrez es la madre de ***** .
5. De esta falta de aviso se dio un resultado: se puso en riesgo la vida de menor ***** , como ya se explicó con anterioridad, en el literal b) de este apartado.”

Es notoria la falta de precisión de los jueces al momento de fundamentar la posición de garante que se origina a partir de la ley. En ninguna parte del extracto anterior, ni de la sentencia completa⁸⁸, se hace referencia expresa a alguna disposición legal que establezca con claridad la

⁸⁸ Ver Caso // en Anexos, en donde se encuentran los extractos más importantes de la sentencia referida.

relación existente entre el bien jurídico lesionado y la obligación que impone la ley, de la cual, deviene el deber jurídico de obrar (posición de garante). Únicamente se hace alusión al vínculo de parentesco existente entre la imputada y la víctima (madre e hijo), dando a entender, a nuestro criterio, que por razonamiento común, se obtiene las obligaciones de la imputada de cuidado, protección y vigilancia del bien jurídico “vida” de la víctima; situación que no es admisible según lo preceptuado por el principio de legalidad, cuando regula “nadie podrá ser sancionado... por una omisión que la ley penal no haya descrito en forma... precisa... como delito...”; entendiéndose que cada delito se encuentra previsto en un tipo penal, el cual describe con precisión la acción u omisión considerada ilícita y los elementos objetivos del mismo; y, siendo la posición de garante un elemento esencial de la comisión por omisión, no puede ser imprecisa sin violentar el referido principio.

Lo anterior demuestra que los administradores de justicia encuentran problemas al fundamentar la posición de garante, debido a que el art. 20 del Código Penal, genera dudas acerca de la ley a la que deben ampararse, y como se dijo anteriormente, el principio de legalidad limita a los jueces a centrarse en lo que la ley penal determina con precisión.

b) El actuar precedente.

En donde pueden producirse dos circunstancias; **a) que con el comportamiento anterior se produzca una lesión a intereses jurídicos de terceros; y, b) aumentar el peligro en que ya se encontraban;** casos

en los cuales el sujeto esta obligado o tiene el deber de adoptar medidas necesarias para evitar infortunios.

El *actuar precedente* debe entenderse, según la doctrina mas generalizada, como aquellos casos en los cuales la acción del sujeto determina un proceso, en el cual, la abstención lleva a un resultado antijurídico; resultado que el sujeto activo debe evitar. En ese sentido, el art. 20 del Código Penal, no señala que tipo de actuar precedente es el que debe considerarse como fuente de la posición de garante; dicha disposición debería contener circunstancias expresas, sobre cuando se está frente a un actuar realizado por un sujeto que genera un riesgo real e inminente para un bien jurídico determinado. Esta fuente de la posición de garante, a diferencia de *la ley*, no conlleva a una salida “rápida”, (como resulta el auxiliarse de normas no penales), sino que conduce a una interpretación que debe hacer el juez, con la distinción que no puede ampararse en ningún tipo de ley, sino únicamente en su criterio; circunstancia que deja al arbitrio del administrador de justicia la conversión de una omisión no descrita a un tipo penal expreso, convirtiéndose el juez, al mismo tiempo, en creador y sancionador de delitos, siendo la función del juez penal únicamente el calificar los hechos sometidos a su competencia como delitos e imponer la sanción que la misma ley penal señala. Es así, que el *actuar precedente* violenta las características de *precisa e inequívoca* de la ley penal, y por tanto del principio de legalidad, ya que no existe un parámetro legal que le determine al juez lo que debe considerarse como un actuar precedente (falta de precisión), aunando a ello, lo que para un juez puede ser un actuar precedente, como fuente de la posición de garante, para otro no lo seria (equivoca), por no existir una regulación expresa que no de lugar a dudas.

c) Cuando se asume la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinando con ello que el riesgo fuera afrontado.

En este caso existe una obligación de realizar una acción esperada, en virtud de la aceptación de un deber, lo cual puede darse por un negocio jurídico y sobre la base de un contrato; tal es el caso de los particulares que omiten el cumplimiento de una de las cláusulas a las que están sujetos por dicho instrumento, lo que implica que el resultado que se produzca por dicha omisión, se convierte en una acción directa realizada por el sujeto obligado. Por otra parte, un sector de la doctrina se desliga de hacer referencia al término “contrato”, por no ser adecuado, prefiriendo la expresión “asumir la responsabilidad”, que es mucho mas amplia; pues no es exactamente el contrato lo que hace surgir la posición de garante, sino la libre aceptación de la situación del deber y su enlace con el proceso social, ejerciéndose tal deber no en relación al otro contratante sino al cuerpo social, lo cual puede ocurrir sin contrato.

La formulación de esta última fuente generadora de la posición de garante resulta ser más ambigua que las anteriores (*la ley y actuar precedente*). Resultan indeterminados los supuestos en los que el asumir una responsabilidad, puede llegar a ser causa para imputar una comisión por omisión a una persona. Entra en consideración, el analizar a qué tipo de obligaciones hace referencia la disposición del art. 20 (ya que asumir una responsabilidad equivale, a asumir una obligación); ningún artículo de la parte general del Código Penal salvadoreño puede complementar dicha indeterminación, y al respecto autores como Bacigalupo y Miguel Alberto Trejo, no hacen mención alguna cuando tratan el tema sobre la naturaleza jurídica de la “obligación” que genera la posición de garante, limitándose a expresar algunos ejemplos aislados; para el caso Bacigalupo dice: “Cabén

aquí, en primer termino, los deberes que tienen por objeto el cuidado de personas necesitadas como, por ejemplo, enfermos, paralíticos, niños, etc. Asimismo, los deberes de protección de las personas que están expuestas a un determinado riesgo...”⁸⁹; y siguiendo la misma línea, Miguel Alberto Trejo expone: “Este el caso de aquellos sujetos como el médico; el guardavidas, contratado para dar servicio en los balnearios; la niñera; la enfermera; etc., todos ellos de manera tácita o expresa, asumen la obligación de evitar la producción de determinados resultados prohibidos, pues la aceptación de la obligación por parte de ellos los sitúa en posición de garante”⁹⁰. Sin embargo, la simple aceptación de una obligación (ya sea en forma verbal o revestida de las formalidades que exige la ley), que para el caso sea aplicable, no es suficiente para originar la posición de garantía de un bien jurídico, por ejemplo, un sujeto asume la obligación verbal de proporcionar agua a un equipo de beisbolistas después de cada entrenamiento, uno de los integrantes del equipo sufre una deshidratación debido a la dura práctica (produciéndole lesiones serias en su organismo), mientras el “aguatero” se encontraba realizando otras actividades; en ese sentido ¿Será responsable “el aguatero” por las lesiones causadas por la deshidratación en el organismo del beisbolista?. Al tenor del art. 20 del Código Penal, esta persona ha asumido una responsabilidad que el resultado no ocurriese (lesiones a causa de una deshidratación), por lo que no habría problema para imputársele el tipo de lesiones en vía de comisión por omisión. Sin embargo, esta postura no es la más correcta, ya que se deben considerar otros elementos para establecer responsabilidad penal, como sería: a) la condición física anterior del beisbolista, b) la actuación de quien dirigió el entrenamiento, ya que podría

⁸⁹ BACIGALUPO, ENRIQUE, “Lineamientos de la teoría del delito”, 2ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989., Pág.126.

⁹⁰ TREJO, MIGUEL ALBERTO y otros, “Manual de Derecho Penal Parte General” 1º Ed., Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, El Salvador 1992. Pág. 550

ser que la hora en que se realizó la práctica no era la indicada por exceso de calor; y, c) la vinculación existente entre el bien jurídico “integridad física”, y la obligación asumida por “el aguatero”. Además, surge otra interrogante ¿Se habría evitado el resultado lesiones por deshidratación sí el “aguatero” no hubiese omitido su obligación de proporcionar agua a los integrantes del equipo?. Lo cierto, es que la indeterminación de la posición de garante en este caso, causa inseguridad jurídica y vulnera el principio de legalidad, en el sentido que no existe una regulación expresa, en la ley penal, que esclarezca cuando el asumir una responsabilidad o una obligación, es fuente de la posición de garante. Sobre el mismo tema Miguel Alberto Trejo, en referencia a la disposición del art.20 del Código Penal, manifiesta lo siguiente: “Como muy bien se expresa en el inciso segundo del artículo transcrito, no hay que perder de vista en ningún momento, que la posición de garante necesariamente debe tener su fundamento en la ley, ya que, de este modo, además, se esta protegiendo el principio de legalidad, en razón de que los meros deberes morales resultan, insuficientes para dar lugar a un deber de garantía...”. Como se manifestó antes y con respecto al texto citado, el autor reconoce que la posición de garante debe tener su fundamento en la ley, caso contrario se vulnera el principio de legalidad, sin embargo, no repara en analizar que no existe disposición expresa en la ley penal que determine las obligaciones cuyo incumplimiento genere responsabilidad penal por comisión por omisión.

En ese sentido, no puede salvarse el principio de legalidad por la inclusión de “dispositivos amplificadores del tipo”, que requieren de una interpretación del juez, fuera de los límites de la normativa penal, pues es exactamente esa interpretación fuera de la ley la que prohíbe el referido principio, el cual tiene como objeto evita actos arbitrarios y caprichosos por

parte del juez, delimitando fronteras en el ejercicio de su función, y a su vez, garantizando la seguridad jurídica de los justiciables.

5.2.3.2. La Interpretación del Juez en la comisión por omisión.

Por si misma la regulación actual de la comisión por omisión, resulta ambigua, provocando el poco interés de los sujetos involucrados en la aplicación de la justicia en nuestro país, o en el peor de los casos en su desconocimiento.

Para demostrar la vulneración del principio de legalidad, por la interpretación sin límite del juez al sancionar una comisión por omisión, nos remitiremos a la sentencia marcada con la referencia 27-1-2008, pronunciada por el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla⁹¹, en el cual, a nuestro criterio, los jueces confunden el delito de Homicidio Agravado Imperfecto por Comisión Activa, con un Homicidio Agravado Imperfecto en vía de Comisión por Omisión, (siendo este ultimo el que sancionaron) en donde el Tribunal hace la siguiente valoración en cuanto a la tipicidad de los hechos:

“...En este caso se puso en peligro el bien jurídico vida del menor ***** , ya que nació en un lugar no apropiado, contaminado. Su madre Johann Iris Rosa Gutiérrez dio a luz a ***** en una fosa séptica. El menor cayó en el interior de la letrina de la cual por las condiciones de la víctima, de edad, capacidad de movimiento y de la misma letrina no podía salir... De haber continuado el menor ***** en el interior de la fosa séptica habría muerto.

El resultado muerte no ocurrió por el auxilio que recibió: la señora Ana Deisy Gutiérrez Fuentes (madre de la imputada) dio aviso a la policía de que escuchaba el llanto de un bebé en el interior de la letrina; los agentes policiales... sacan a la víctima de la fosa séptica y los agentes policiales lo llevan a la unidad de salud para que reciba atención médica.

⁹¹ Ver Caso // en Anexos.

c) La señora Johana Iris Rosa Gutiérrez, es la única que tiene conocimiento que acaba dar a luz a un bebé en el interior de la letrina de la casa. No da aviso a nadie, ni a la madre de ella Ana Deisy Gutiérrez Fuentes de lo que ha ocurrido. Cuando llegan los agentes policiales a verificar la situación del llanto que se escucha y del cual ha dado aviso la señora Gutiérrez Fuentes, tampoco les da aviso de lo ocurrido.

En el momento que la víctima cae en el interior de la letrina le surge a la señora Johana Iris Rosa Gutiérrez como madre, la obligación de dar aviso independientemente de que se tratara de un accidente de haber dado a luz en ese lugar; sin embargo ella no lo hace.

Concurren en ella los presupuestos de la comisión por omisión:

1- Falta de acción de la señora Johana Iris Rosa Gutiérrez: ella omite dar aviso de la situación del peligro y riesgo en que se encuentra el menor *****, independientemente de las circunstancias por las que el menor se encuentra en esa fosa séptica.

Es la madre de la imputada, señora Ana Deisy Gutiérrez Fuentes, quien da aviso a la policía pide ayuda a los agentes policiales incluso es a ella a quien introducen a la letrina para sacar al bebé. La señora se queda en su casa y son los agentes los que dan el auxilio correspondiente, trasladándolo a la unidad de salud para que reciba atención médica...”

“...3- La señora Johana Iris Rosa Gutiérrez tenía la capacidad de actuar: de dar aviso en ese momento. La imputada podía hablar, desplazarse caminar y solicitar la ayuda correspondiente; sin embargo, no lo hace...”

Al respecto, y para determinar la posición de garante, el Tribunal agregó lo siguiente:

“Además tenía la calidad de garante, ya que la señora Rosa Gutiérrez es la madre del recién nacido *****. El vínculo familiar que la unía con ese menor la obligaba a velar por su hijo. Este vínculo familiar se estableció con la partida de nacimiento del menor víctima de fs. 290 y con la prueba de ADN, de fs. 100 a 103, con el que se establece la maternidad con un 99.99999% que la señora Johana Iris Rosa Gutiérrez es la madre de *****.”

La evidente intención de cometer el delito activamente y lograr su impunidad en el anterior caso, es lo que aleja la posibilidad de sancionar el mismo en vía de comisión por omisión (confundido por los jueces con la omisión de dar aviso o de socorrer), ya que no existió en ningún momento, una omisión del deber jurídico de obrar, ni se originó una posición de garante (características esenciales de la comisión por omisión), puesto que la imputada no omitió dar aviso de lo ocurrido, sino que intentó, a nuestro

criterio, ocultar el delito. Si bien es cierto, la imputada es la madre de la víctima, ello no es fundamento suficiente para alegar que dicha circunstancia da origen a la posición de garante. Al respecto la doctrina cita algunos ejemplos sobre las fuentes de la posición de garante, entre ellos las relaciones existentes entre ascendientes y descendientes, pero como bien dice Bacigalupo en referencia a las mismas: “El contenido de ambas categorías fundamentadoras de la posición de garante no ha sido expuesto, como es lógico, en forma exhaustiva, sino simplemente ejemplificativa”⁹²; no se quiere decir con ello, que al darse un hecho idéntico en la realidad ya es suficiente para argumentar que se tiene una posición de garante. En ese sentido, no es la doctrina la que debe servir de fuente de la posición de garante, sino la ley penal (de acuerdo al principio de legalidad, tomando en cuenta que la única fuente valedera de derecho en el área penal es la ley) y para el caso el artículo 20 del Código Penal expresamente regula: “... El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia...”. Se hace evidente en el caso analizado, que los jueces no se ampararon en un precepto legal dentro del ordenamiento jurídico penal para fundamentar la posición de garante, ni siquiera optaron por una salida “rápida” al fundamentar tal posición en una disposición “extra penal” (lo que también vulnera el principio de legalidad), sino que simplemente argumentaron que debido a la relación de parentesco entre la imputada y la víctima, se tiene por parte de la primera, una posición de garante respecto de la segunda; lo que denota no solo el desconocimiento de la figura de la comisión por omisión por parte de los jueces, que sancionaron el caso, sino también una interpretación de los hechos que supera los límites fijados por el principio de legalidad.

⁹² BACIGALUPO, ENRIQUE, “Lineamientos de la teoría del delito”, 2ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989, Pág.127.

En ese sentido, la comisión por omisión dota a los jueces de una amplitud de posibilidades interpretativas en cuanto a la adecuación de delitos omisivos a los delitos comisivos al momento de sancionarlos; más sin embargo, esas posibilidades de interpretación de la figura no están previstas en la ley penal, dejando al arbitrio del juez la adecuación de la conducta al tipo penal en comento, hecho que acarrea una vulneración al principio de legalidad en sentido eminentemente formal.

La interpretación que el juez realiza en los delitos de comisión por omisión no es simplemente de la ley, sino que toma en cuenta circunstancias no reguladas en la misma, extendiéndose más allá del ámbito penal, configurando a su propio entender las conductas que pueden ser comisión por omisión, ya que no existe un límite en la interpretación del administrador de justicia, prevaleciendo su voluntad y no la ley, convirtiéndose en creador y sancionador de delitos al mismo tiempo, circunstancia que no es posible realizar sin causar una vulneración al principio de legalidad.

Ahora bien, si la ley penal configurase al menos las modalidades y circunstancias para la atribución del tipo ambiguo *Comisión por Omisión*, no se recaería en la mencionada vulneración, ni resultaría un problema de legalidad su aplicación.

Es reconocido por la doctrina en materia penal, los requisitos necesarios para la imputación de un tipo comisivo a un sujeto que ha realizado una conducta descrita como delito por la norma penal, en ese sentido resulta inadecuado su configuración a partir de cláusulas generales, lo que representaría una atipicidad del hecho; pero en el tema de la comisión por omisión la situación es vista desde otra perspectiva, ya que amparándose en preceptos de poca claridad se pretende hacer tal imputación.

Para la comisión por omisión solo es esencial la producción del resultado que ha sido prohibido por un tipo distinto a este, teniéndose que asegurar que efectivamente la omisión de quien estaba obligado a garantizar la protección, vigilancia o cuidado del bien jurídico lesionado, ha sido la causante del resultado prohibido; es decir (y haciendo un examen de causalidad entre acción y resultado), si en lugar de haber omitido la acción mandada el sujeto obligado la hubiese realizado, el resultado no se hubiese producido. La doctrina establece que “no hay relación de causalidad entre la omisión del garante y el resultado típico no evitado por este, ni siquiera dicen existe una causalidad ideal de la omisión basada en un procedimiento hipotético”⁹³, pues no existe de parte del omitente un despliegue de fuerzas para producir el resultado, sino una inactividad. Jurisprudencialmente se ha establecido que se requiere una causalidad hipotética entre el resultado y la omisión. Para la comprobación de esta hipotética causalidad de la omisión se recurre a una fórmula mediante la que, imitando a la teoría de la equivalencia de las condiciones, se afirma que la omisión ha sido causa del resultado si colocada mentalmente la acción esperada y no realizada por el omitente el resultado desaparece, lo que se comprueba mediante el juicio de que la acción no realizada hubiera evitado la producción del resultado, lo cual a nuestro juicio, puede crear probabilidad de certeza o incerteza. Dado que estos juicios acerca del grado de probabilidad o de certeza presentan a veces serias dificultades de prueba, la doctrina más moderna exige para la imputación objetiva del resultado a la omisión, la prueba de que la acción no realizada hubiera sido apropiada para disminuir el peligro del bien jurídico. No obstante, estas tan solo son posturas doctrinarias, carentes de unanimidad, por lo que el juzgador, al momento de valorar los hechos, puede

⁹³ FUENTES DE PAZ, ANA LUCILA, *“Ensayos para la capacitación penal”*, 1ª ed. C.N.J, San Salvador, El Salvador. Pág. 224.

o no apearse a ellas, lo cual depende también del conocimiento o no de tales posiciones doctrinarias.

5.2.3.3. La aplicación de la pena en la comisión por omisión

El artículo 19 del Código Penal dice: “*los hechos punibles pueden ser realizados por acción o por omisión*”; sin embargo, la comisión por omisión nada dice con respecto a la pena, siendo este un problema que podemos agregarle a la falta de claridad en esta clase de delitos. En ese sentido ¿Cuál es la pena aplicable a los delitos de comisión por omisión? El mismo artículo 20 de Código Penal pretende esclarecer este problema al vincular el deber de impedir un resultado del sujeto garante con lo que se le atribuiría a un sujeto activo, haciendo la conversión del contenido de un tipo de acción a un comportamiento omisivo, situación que genera clara vulneración al principio de legalidad, puesto que al hacer tal conversión se distorsionan los tipos penales de acción, ya que se amplían las exigencias y modalidades establecidas en los tipos prohibitivos, y se sancionan con la misma pena de estos últimos. En virtud de ello, y como consecuencia de que la omisión impropia es un tipo de carácter “abierto”, es el juez⁹⁴ quien debe completar el tipo en relación a la pena aplicable, amparándose en la penalidad determinada para otros delitos, y fundamentando la “posición de garante” en normas fuera del ámbito penal. Al respecto Raúl Plascencia comenta lo siguiente: “Si partimos de la afirmación en el sentido de que no se pueden aplicar penas por analogía ni por mayoría de razón, entonces al aplicar extensivamente un tipo penal de acción por un comportamiento atípico,

⁹⁴ Ver ejemplos de sentencias en anexos, la forma en que el juez fundamenta su fallo en los delitos de comisión por omisión.

entonces caemos en la ilegalidad, sobre todo si la omisión impropia derivada tiene el carácter de tipo abierto que el juez debe complementar”⁹⁵; situación que el principio de legalidad excluye al determinar en el artículo 1 del Código Penal que: “Nadie podrá ser sancionado... por una omisión que la ley penal no haya descrito de forma previa, precisa e inequívoca como delito... ni podrá ser sometido a penas.....que la ley no haya establecido con anterioridad”.

⁹⁵ PLASCENCIA VILLANUEVA, RAUL, “Teoría del Delito”, primera edición, UNAM, México, 1998. Pág. 69.

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y BIBLIOGRAFÍA.

Conclusión

En la Omisión Impropia los elementos normativos y descriptivos de su definición legal no están contenidos de forma expresa en la norma, es por ello que se requiere de una interpretación o valoración judicial, siendo el juez el obligado a realizar una complementación del tipo penal respectivo, lo que ha permitido poner en entredicho su legalidad, dado que el Principio de Legalidad prohíbe expresamente la indeterminación del supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas del delito.

El elemento principal de la Comisión por Omisión es la Posición de Garante, la cual implica un deber especial de “garantía”. Este es el único aspecto que hace la diferencia entre los delitos de Omisión Propia y de Omisión Impropia, el cual no se encuentra exclusivamente dentro de la norma penal, sino que gran parte de sus presupuestos se deducen de la demás legislación secundaria, a tal grado que el juez llega a valorar otros tipos de leyes que no son penales para pretender deducir la posición de garante sobre el omitente y de esta manera aplicar una sanción penal, lo cual consideramos que es una grave ilegalidad, ya que como lo mencionamos anteriormente, el principio de legalidad prohíbe los supuestos de hechos indeterminados, en virtud que no pueden crearse de manera antojadiza supuestos para determinar la responsabilidad penal.

Asimismo, la Comisión por Omisión como tipo penal es contraria al Principio de Legalidad, por el hecho de que se sancionan omisiones que no

están descritas o señaladas como conductas ilícitas en la ley penal, ya que el precepto legal en el cual se encuentra regulado, no describe de manera específica cuales son los delitos impropios de omisión, sino que deja abierta la posibilidad de que los jueces hagan uso de interpretaciones discrecionales para convertir delitos de omisión a delitos de comisión, llegando en algunos casos a salirse del contexto jurídico penal⁹⁶, lo cual contradice el fundamento del Principio de Legalidad que prohíbe las practicas discrecionales del órgano encargado de administrar justicia en cuanto a la aplicación de delitos que no se encuentran expresamente descritos y señalados en la ley. En ese sentido, consideramos que si bien es cierto la falta de claridad en la redacción del tipo y el desconocimiento de la mencionada figura penal resulta un problema de legalidad, asimismo lo es la imposibilidad de tipificación legal de todos los supuestos en los que un sujeto se halla en una posición de garante, por la que esta obligado a la vigilancia, cuidado y protección de un bien jurídico determinado o de una generalidad de los mismos. Cabe mencionar que la determinación de los supuestos en los que se tiene por establecida la Posición de Garante, no ha sido en ningún momento el objeto primordial de nuestra investigación, sino que la misma encuentra su cause principal en el examen de legalidad del delito de Comisión por Omisión.

Nosotros consideramos, que únicamente la aplicación del Derecho Penal, se debe limitar a lo que esta descrito en la norma de la materia, pues lo que no esta no tiene validez. En ese sentido, creemos inaplicable el delito de Comisión por Omisión en el derecho penal salvadoreño de la manera como esta redactado en nuestro Código Penal, puesto que únicamente se cuenta con una cláusula general denominada Comisión por Omisión, la cual

⁹⁶ Para mayor comprensión de interpretaciones discrecionales en la aplicación de Comisión por Omisión, ver casos prácticos en Anexos.

no establece con suficiente claridad cuales son los delitos impropios de omisión que deban ser sancionados, y mas aun, no determina de manera especifica de donde se tiene que deducir la posición de garante, pues los presupuestos que establece tal figura en cuanto a la referida posición son ambiguos, generando una dificultad para establecer con exactitud cuando se esta en presencia de una posición de garante y en consecuencia poder sancionar una comisión por omisión; es por esa razón que los injustos penales que se cometen bajo esta modalidad, y no obstante son sancionados, sin duda alguna vulneran el principio de legalidad. Sin embargo, y bajo una postura estrictamente jurídica, la Comisión por Omisión se aplica (aunque muy pocas veces) bajo una supuesta concordancia al principio de legalidad, puesto que es una figura contemplada en nuestro Código Penal, por lo que todos los jueces en un sentido formalista (escepticismo ético) están en la facultad y el deber de aplicarlo; por el contrario nosotros nos referimos a su inaplicabilidad por la falta de especificidad, o mas bien, a la ambigüedad que puede producir la aplicación de tal figura, ya que esta en sí deja cierto margen al juzgador para que interprete los presupuestos hipotéticos sobre circunstancias de omisión a su voluntad sin ninguna limitación.

Por todo lo anterior, y como consecuencia de la poca aplicación de los delitos impropios de omisión a casos concretos, concluimos que estos se han vuelto delitos no muy comprendidos por jueces, juristas, instituciones judiciales, estudiantes del derecho etc., puesto que la mayoría los relaciona con los delitos de omisión propia hasta el grado de llegar a confundirlos, y en el peor de los casos desconocen tales delitos. Tal situación se la debemos a los siguientes factores: a) a la falta de estudios jurídicos sobre la Comisión por Omisión; b) falta de uniformidad por parte de la doctrina sobre el tema; c) falta de claridad en la redacción del artículo 20 del Código Penal en lo

relacionado a la figura de la comisión por omisión; y d) la actitud pasiva de la comunidad jurídica en general, al no mostrar interés en el estudio y comprensión de tipos penales ambiguos como la Comisión por Omisión. Tal falta de interés, sumado a nuestro deseo por sentar un precedente para la comunidad jurídica en cuanto a la defensa de la legalidad, han sido los motivos que nos llevaron a realizar la presente investigación.

Recomendaciones

Como en todo trabajo de graduación, las recomendaciones llevan implícita la idea de corregir o cambiar lo que en la realidad se considera una problemática objeto de investigación. Y este no es la excepción, pues hemos observado que la figura penal de Comisión por Omisión adolece de ciertas irregularidades en su redacción que crea dificultades al momento de su aplicación, lo cual se debe al poco conocimiento que se tiene de tal figura, ya sea por que son muy pocos los casos tratados en los tribunales de nuestro país, o por lo complejo que resulta el estudio de la misma. Ese poco conocimiento sobre los delitos impropios de omisión se debe a la falta de estudios e investigaciones, pues para llevar a cabo nuestra investigación tuvimos que abocarnos al derecho y doctrina comparada, a aquellos juristas que han tomado a bien dedicar un par de paginas a este tema; sin embargo, al buscar en la bibliografía de nuestro país nos encontramos con muy pocos autores que escriben sobre los delitos impropios de omisión por considerarlo difícil de comprender e innecesario, ya que como lo mencionamos anteriormente son muy pocos los casos que se han llevado en tribunales.

Nosotros consideramos que la realización de estudios sobre este tema abonaría al crecimiento intelectual de los estudiantes del Derecho, con el objeto de que tales estudios abran nuestro espíritu crítico y provoquen la creación de estudios o investigaciones mas profundas sobre el tema.

Pero no solo el estudiante de Derecho se beneficiaría de los estudios e investigaciones sobre distintas figuras jurídicas. A lo largo de la investigación pudimos constatar el poco conocimientos que tienen nuestros juristas por este tema de la Comisión por Omisión (incluso llegan a confundir la figura en estudio con los delitos de omisión propia), a quienes trabajos de investigación como el presente pueden brindar ayuda para la comprensión del delito en comento o provocar critica que enriquezca los estudios existentes sobre el tema.

Por otra parte, es necesario reestructurar la política criminal actual sobre los delitos de omisión, específicamente en los delitos de omisión impropia. Y como parte de esa reestructuración, es importante que los administradores de justicia estén en permanente capacitación, con el fin de proporcionarles las suficientes herramientas jurídicas para la adecuada comprensión y aplicación de tipos penales ambiguos como la Comisión por Omisión.

En ese sentido, y como parte de una política criminal dirigida a los delitos de Comisión por Omisión, los legisladores, quienes retoman valores intrínsecos de la sociedad y elevan a la categoría de delitos conductas que son consideradas dañinas para la colectividad, deben establecer con mayor claridad los tipos penales que condicionan el actuar de las personas, para no generar inseguridad jurídica, y por ende una vulneración de derechos, como la que produce la aplicación de la figura penal Comisión por Omisión. Para

evitar este tipo de problema de legalidad otras legislaciones han tomado a bien crear cláusulas específicas sobre los delitos impropios de omisión, ya que han considerado que dejar una cláusula general ha dificultado el actuar de los jueces, por lo que han decidido desglosar la comisión por omisión en diferentes supuestos que faciliten la tarea del juzgador al aplicar justicia, tal como lo apreciamos en otros tipos penales como el homicidio, el cual cuenta con una variedad de supuestos (homicidio simple, homicidio agravado, homicidio culposo, etc.) que no dan lugar a hacer interpretaciones que pueden provocar arbitrariedades. Consideramos que para evitar algún caso de arbitrariedad por parte de los aplicadores de justicia, se establezcan dentro del Código Penal cláusulas con circunstancias reales y específicas que no dejen margen a interpretaciones, a fin que el juzgador tenga mas herramientas para adecuar los casos de hechos omisivos dentro de la figura de la Comisión por Omisión.

Al respecto nosotros consideramos recomendable que a la figura de comisión por omisión se le dote de una normativa propia bajo un sistema de *numerus clausus* que haga específica referencia a las posiciones de garantía que en cada caso hace surgir el deber de actuar, aunque tal tarea parece difícil por la gran cantidad de situaciones concretas, pero que al final facilitarían la tarea del juez al momento de tomar una decisión sobre la posición de garante y el deber de actuar sobre un caso determinado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BACIGALUPO, ENRIQUE, “Delitos Impropios de omisión”, 2ºed., Ed. Temis, Colombia 1983.

BACIGALUPO, ENRIQUE. “Lineamientos de la teoría del delito” 1ª ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.

BUSTOS RAMIREZ, JUAN. “Manual de Derecho Penal (Parte General)”, Airel, Barcelona, 1990.

CAÑIZARES, FERNANDO DIEGO: “Teoría del Estado”, Editorial Pueblo y Educación, 1979.

FUENTES DE PAZ, ANA LUCILA, “*Ensayos para la capacitación penal*”, 1ª ed. C.N.J, San Salvador, El Salvador, 2003.

KAUFMANN, Armin, “Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal moderna”, 1º ed., Ed. DePalma, Argentina 1977.

LISZT, FRANZ VON, “Tratado de Derecho Penal” ed. 2º, Ed. Reus, España, 1926-29.

MANUEL A. TREJO Y OTROS, *Manual de Derecho Penal*, primera edición, San Salvador, El Salvador, 1992.

MIR PUIG, SANTIAGO, “Derecho Penal (Parte General)”, Barcelona 1990.

MORENO CARRASCO, FRANCISCO. "Código Penal de El Salvador Comentado", tomo I, CNJ-ECJ, San Salvador, El Salvador 2003.

MUNOZ CONDE, FRANCISCO. "Teoría General del Delito", Temis, Bogota, 1984.

NOVOA MONREAL, EDUARDO. "Fundamentos de los delitos de omisión", Depalma, Buenos Aires 1984.

ORTS ALBERDI, FRANCISCO, "Delitos de Comisión por Omisión", Ghersi-Editor, Argentina, 1978.

OSSORIO, MANUEL, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales" Edit. Heliasta S.R.L, Buenos Aires Argentina, 1981.

PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, "Teoría del Delito", primera edición, UNAM, México, 1998. Pág. 69.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, "Apuntamientos de la Parte General del Derecho penal", 10° ed., Ed., Porrúa, México, 1985.

ROXIN, CLAUS, "Teoría del Tipo Penal; Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico", 1°ed., Ed. DePalma, Argentina, 1979.

WELZEL, HANS. "Derecho Penal Alemán" 11ª Ed., traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1985.

ZAFFARONI, RAUL. "Manual de Derecho Penal (parte general)", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, Decreto Legislativo número 38, Diario Oficial número 234, del 16 de diciembre de 1983.

CÓDIGO PENAL, Decreto Legislativo número 1030, Diario Oficial número 105, de 10 de junio de 1997.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, Decreto Legislativo número 904, Diario Oficial número 11, del 20 de enero de 1997.

ANEXOS

CASOS PRÁCTICOS: SENTENCIAS CONDENATORIAS SOBRE DELITOS POR OMISIÓN IMPROPIA.

En este apartado se analizan dos sentencias condenatorias emitidas por tribunales de sentencia de nuestro país, en los cuales se juzga delitos por comisión por omisión. El objeto de estos ejemplos es verificar el actuar de los tribunales ante delitos de comisión por omisión, y la valoración que hacen los jueces de sentencia al emitir un fallo considerando los elementos que configuren una comisión por omisión. Cabe mencionar que de las sentencias condenatorias que a continuación analizaremos, solo expondremos los extractos mas importantes, puesto que para nuestro análisis solo interesan lo siguiente: a) la relación circunstancial de los hechos (que seria el ejemplo de una situación de delito omisivo); b) los considerando o valoraciones de derecho que hace el juez sobre los hecho; y, c) el fallo, donde el juez aplicara la pena sobre delitos por omisión impropia.

CASO I

“TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA: San Miguel, a las ocho horas con treinta minutos del día diez de octubre de dos mil dos.

El presente proceso penal con número de entrada **129/2002-1**, seguido contra los señores **EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ y JORGE ALBERTO ROBLES QUINTANILLA**, fue iniciado mediante Requerimiento Fiscal presentado al Juzgado de Paz de la ciudad San Gerardo, de este departamento, el día quince de noviembre del año dos mil uno, continuado por el Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Barrios, de este departamento; y concluido por este Tribunal.

Este día se constituyo el Tribunal Segundo de Sentencia, a la Sala de Audiencias ubicada en el Centro Judicial " Dr. David Rosales P", de esta ciudad, a efecto de continuar la Vista Pública, que se inicio el día ocho, y continuo el día nueve y concluyó este día, en la causa seguida contra los señores: primero: **EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ o EDWIN ANTONIO**

MARTÍNEZ RODRIGUEZ, de treinta años de edad, Soltero, Empleado, hijo de Ana María Martínez y Miguel Angel Rodríguez, Originario de Santo Domingo, y con residencia en Cantón Los Rodríguez, Santo Domingo, departamento de San Vicente; a quien se le atribuye la comisión del delito calificado provisionalmente en el auto de apertura a juicio por el Juez Instructor como: **HOMICIDIO AGRAVADO EN COMISION POR OMISIÓN**, tipificado y sancionado en el artículo ciento veintinueve numerales tres y ocho, en relación con el artículo veinte todos del Código Penal, en perjuicio de la vida del señor **NELSON LARA**; y, **JORGE ALBERTO ROBLES QUINTANILLA**, de treinta y cuatro años de edad, Soltero, Empleado, hijo de Marcelino Quintanilla y de Ana Isabel Robles, Originario de Nueva Guadalupe, con residencia en Cantón Los Planes de San Sebastián, de la jurisdicción de Nueva Guadalupe, departamento de San Miguel, a quien se le atribuye la comisión del delito calificado provisionalmente en el auto de apertura a juicio por el Juez Instructor como **ENCUBRIMIENTO**, tipificado y sancionado en el artículo trescientos ocho del Código Penal, en perjuicio de la **ADMINISTRACION DE JUSTICIA...**

...DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS.

Los hechos conocidos en la presente vista pública, tal como los planteó la Fiscalía en su respectiva acusación y admitidos por el Juez Instructor en el Auto de Apertura a Juicio, sucedieron de la siguiente forma: " *Que el día cuatro de octubre del año dos mil uno, en el caserío y hacienda San José Buena Vista del Cantón La Joya, jurisdicción de San Gerardo, Departamento de san Miguel, fue reconocido el cadáver del señor NELSON LARA, quien se encontraba en la parte de afuera de la casa de su propiedad, el cadáver no presentaba ningún impacto de arma de fuego, siendo lo manifestado por encargado de dicho procedimiento el sargento EDWIN ANTONIO MARTINEZ RODRIGUEZ, de la siguiente manera: Que ese día se había solicitado orden de Registro y Allanamiento en la casa del señor LARA, por agentes de la Policía Nacional Civil de la sub delegación de Sesorí, al señor Juez de Paz de la Villa de San Gerardo, ya que se había realizado un operativo delincencial en dicha zona rural procediendo a realizar el allanamiento a la casa del señor LARA, ya que dicho señor andaba armado con armas de grueso calibre y tenía atemorizado a los vecinos del lugar, llegando a los alrededores de la casa del señor LARA, los elementos policiales , quien salió de su casa al costado nor –poniente armado con un fusil M-16 A-2 recortado, efectuando disparos a diestra y siniestra al detectar la presencia policial queriéndose dar a la fuga, entre la autoridad y los matorrales, cayéndose cuando corría el imputado contra un cimientito de piedra, sin dejar caer el arma de fuego que portaba, procediendo un grupo de agentes a capturarlo y esposarlo, estando en ese estado empezó a desmayarse, por lo que le dieron primeros auxilios y no respondió, quedándose inmóvil sin respirar, informándose de lo acontecido inmediatamente a la Delegación Policial de San Miguel, así como a la Fiscalía General de la República y a Medicina Legal, encontrándose junto al individuo el fusil M-dieciséis antes mencionado con un cargador inducido en el mismo, posteriormente se procedió a registrar la casa del ahora occiso, encontrando en la misma dos armas de fuego, tipo pistola, calibre nueve milímetros marcas STEYR, con dos cargadores vacíos, y una funda de cuero, color negro para portacargador, la otra marca GLOK, con un cargador vacío y dos cargadores grandes de treinta cartuchos y dos estuches porta armas uno de cuero y otro de caucho ambos color negro, un fusil marca ruger, calibre dos veintitrés, con dos cargadores vacíos para el mismo, cuatro cargadores para fusil M- dieciséis, dos de ellos pequeños y dos grandes, entre ellos uno con treinta cartuchos y otro vacío, una cartuchera porta fusil de nilón, color negro, un depósito de pistola de material caucho color negro, dos pantalones camuflajados, y una camisa camuflajados y dos camisetas militares, un bolso verde olivo, un sombrero de tela camuflajado, y dos pañoletas, tipo gorro camuflageada, así como una vaqueta de metal para ser limpieza de armas, registrándose totalmente la casa no*

encontrando mas evidencias y en la misma se encontraba un tanque de oxigeno color verde, con varias mascarías usadas y variedad de pastillas medicinales, las cuales fueron puestas a la orden y disposición del Juzgado de Paz de Villa de San Gerardo, la cual fue la que emitió la orden de allanamiento y registro en la casas del señor NELSON LARA.

Se ha establecido por medio de las declaraciones testimoniales, que de acuerdo al artículo doscientos diez- D, literal a, del Código Procesal Penal, se mantiene reservas sus identidades, las cuales serán presentadas al señor Juez que conozca la presente causa, como testigos A,B,C, y D, que los hechos ocurrieron de la siguiente manera: Que el procedimiento policial al momento de haber sido capturado el señor NELSON LARA, este en ningún momento opuso resistencia, entregándose a las autoridades y colocando el fusil que portaba al suelo, procediendo a esposarlo y a la vez se retiro el fusil, luego cuando ya se encontraba esposado, luego se acercaron a él dos agentes de la Unidad Técnica operativa (UTO), siendo estos los agentes JOSE LUIS AMAYA, teniendo indicativo "el profesor" y SANTIAGO LOPEZ ALVARADO con el indicativo "DUMBO", quien inmediatamente le pusieron la bota en el cuello al detenido, cuando el detenido se encontraba en el suelo, y lo comenzaron a golpear, estando presente en dicho acto, el sargento MARTINEZ RODRIGUEZ, a la vez que agarraban de las esposas al occiso, mientras uno lo tenia agarrado al occiso el otro lo golpeaba en distintas partes del cuerpo, posteriormente se reunieron los tres agentes, que antes se mencionan con otros elementos policiales en el interior de la casa de habitación del occiso, estando presente también el cabo JORGE ALBERTO ROBLES QUINTANILLA Y MANUEL DE JESUS ARGUETA MEDRANO, donde se le manifestó que el detenido había fallecido, que la había regado, porque se les había muerto el detenido, manifestando también que "hoy lo que nos queda es que todos en el suelo o todos en la cama", entonces el sargento RODRIGUEZ MARTINEZ, les manifestó que estaban en problemas surgiendo el agente ULISES AMAYA, en llevarlo a la montaña y le pegaron unos balinazos, luego se retiraron, posteriormente se escucharon unos disparos de arma de fuego de grueso calibre, colocando el cadáver tal como fue encontrado por los funcionarios de medicina legal y varias vainillas alrededor del occiso y este no presentaba ningún disparo, pese que en ningún momento hubo intercambio de disparos entre los agentes y el ahora occiso NELSON LARA, ya que se entrego voluntariamente.

De acuerdo con la transcripción del protocolo de la autopsia realizada al cadáver del señor NELSON LARA, practicada por el doctor MUNGUÍA, medico forense del Instituto de Medicina Legal de San Miguel, determinando la causa de la muerte por tamponada cardiaca ruptura del aneurisma aortico y trauma cerrado de tórax y abdomen, determinándose de esta forma que el señor NELSON LARA, no falleció a consecuencia natural, sino por lesiones provocadas por los agentes policiales antes mencionados."..."

“... En cuanto al imputado EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ, a quien la Fiscalía General de la República Acuso por el delito de **HOMICIDIO AGRAVADO EN COMISION POR OMISION**, tipificado y sancionado en el artículo ciento veintinueve numerales tres y ocho en relación con el artículo veinte ambos del Código Penal, al respecto el tribunal hace las siguientes valoraciones:

- a. Que nuestro Código Penal, en cuanto a los hechos delictivos, admite dos

modalidades de comportamientos una por acción y otra por omisión, tal como lo establecen los artículos uno, tres, cuatro diecinueve y veinte del Código Penal, es decir, que se esta refiriendo a una norma de prohibición (modalidad Acción) y a una norma de mandato (modalidad Omisión), y en el artículo veinte se refiere precisamente a la comisión por omisión cuando dispone: *El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídica de obrar y su omisión se considerara equivalente a la producción de dicho resultado*, el inciso segundo dice: *El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por **Ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creo el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determino con ello que el riesgo fuera afrontado***".

- b. En cuanto a los delitos de comisión por omisión, hay que tomar en consideración su estructura típica para poder imputarse objetivamente al acusado en mención, y en el presente caso concretamente, para poder imputar el delito hay que constatar lo siguiente:

1. La constatación de una situación típica la cual establece el presupuesto de hecho queda origen al deber de actuar y debe añadir la **POSICION DE GARANTE**, del sujeto activo; al respecto la Fiscalía Probo por medio de la Autopsia, la inspección y la prueba testimonial la situación típica (muerte del señor Nelson Lara) y así mismo probo la posición de garante del señor EDWIN ANTONIO MARTINEZ, quien era el jefe de la sub-delagacion del puesto policial de San Luis de la Reina, y en tal calidad organizo y monto el operativo policial que inicio a las doce horas de día tres de octubre y finalizo a las doce horas del día cuatro de octubre del dos mil uno, y estaba a cargo del mismo, y fue el día cuatro del octubre del año en mención cuando en horas de la mañana tal como ha establecido en el orden de la prueba, montaron el operativo a efecto de allanar y registrar la vivienda del señor Nelson Lara, y en momentos que los testigos A,B,C,D y E, habían procedió a la detención del señor Nelson Lara, a quien lo tenían esposando y reducido sin ofrecer ningún tipo de resistencia cuando los señores Agentes de UTO, JOSE ULISES AMAYA con el indicativo el profesor, quienes estaba a la orden del Sargento Martínez arrebataron al señor Nelson Lara, y en presencia del mencionado sargento lo comenzaron a golpear.

Ello significa que el sargento Edwin Martínez por Ley, y en ese mismo momento tenia posición de garante frente al señor Nelson Lara, es decir el deber jurídico de obrar por la facultades que le otorga la ley, ya que el Código procesal penal establece, como principios básicos de actuación policial en casa de detención de algún imputado, en el artículo doscientos cuarenta y tres que dispone" *Los Oficiales y agentes de la Policía deberán detener a los imputados en los casos que este código autoriza, cumpliendo estrictamente con los siguientes principios básicos de actuación; primero: no hacer uso de la fuerza; excepto cuando sea estrictamente necesario y en la proporción que lo requiere la ejecución de la detención*", y en el presente caso tal como lo dijeron los testigos no había necesidad de la utilización de la fuerza ya que el señor Nelson Lara frente a los comandos verbales que le enviaron los agentes policiales depuso el fusil que cargaba y tal como se lo ordenaron se tiro boca abajo en el piso, con sus manos hacia atrás para que lo esposaran sin oponer ningún tipo de resistencia. Asimismo el numeral tres del referido artículo dispone" *no infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura o tormento u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes , tanto en el momento de la captura como durante el tiempo de la detención*"; ello significa que la Ley mandaba al sargento Edwin Martínez a no tolerar ningún acto de

castigo, tortura ni de maltrato en contra del señor Nelson Lara, así mismo le prohibía a cualquier oficial o agente de la Policía infringirlo, con ello ha quedado establecida la posición de Garante que ostentaba el referido imputado por ser el único oficial de alto rango que tenía dominio del hecho en el referido operativo policial.

Es de agregar que la Constitución de la República en sus artículos, uno, dos, once, le dan especial énfasis a la persona humana y al protección de la integridad personal y la vida; asimismo el Estado Salvadoreño ha firmado y ratificado unos pactos u tratados internacionales entre otros, EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, en cual en su artículos seis numeral uno dispone: *el derecho a la vida es inherente a la persona humana este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*, asimismo en su artículo nueve numeral tres; y artículo diez numeral uno, disponen derechos que le asisten a todo imputado detenido y sobre todo a que debe ser tratados digna y humanamente los mismos; asimismo la CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, o PACTO DE SAN JOSE, quien también ha sido suscrito y ratificado por el Salvador, en su artículo cuatro numeral uno; cinco numerales uno y dos, prácticamente disponen lo mismo; y siendo Ley tal como lo establece al artículo ciento cincuenta y cuatro de la Constitución de la República el sargento Edwin Martínez o cualquier oficial o agente de policía esta obligado a observar lo ratifica su posición de garante.

2. Ausencia de la acción mandada, es decir, según cada caso, abstenerse de auxiliar, impedir, cooperar con la Justicia, denunciar el delito hay que añadirle la aparición de un resultado.

Al respecto y tal como se dijo anteriormente el señor Martínez tenía la posición de garante y frente a él fue golpeado el señor Nelson Lara, sin que impidiera tal acción de parte de los agentes de la Unidad Táctica Operativa produciéndose la muerte del señor antes mencionado, en otras palabras la ausencia del deber jurídico de obrar que tenía en ese momento permitió que los referidos agentes de la UTO le produjeran al señor Nelson Lara el resultado muerte.

3. Capacidad Personal del sujeto que omite de la realización de la acción mandada, es decir capacidad de evitar la aparición del resultado, requiriendo para ello que concurren determinadas condiciones externas (cercanía espacial, y temporal entre el sujeto y la situación típica, medios de salvamento entre otros), y personales, que el sujeto cuente con el suficiente conocimiento y facultades intelectuales para la realización de la acción,.

Al respecto el señor Edwin Antonio Martínez, por ser el oficial de mayor rango y estar presente al momento en que los agentes de la UTO, estaban golpeando al señor Nelson Lara, y tener el suficiente conocimiento al respecto tenía dominio del hecho, es decir todas las condiciones tanto externas como personales para dar una orden a los agentes en razón de estar sometido el detenido de infligirle ningún maltrato ni físico ni verbal y es del caso tal como lo dijeron los testigos A, D y E, bajo el régimen de protección antes mencionado, que cuando los señores de la UTO estaban golpeando al señor Nelson Lara, lo hicieron en presencia del imputado en mención y bajo su complacencia lo que mayormente quedó establecido pues el sargento Martínez los retiró del lugar ordenándoles que vigilaran la casa de la víctima, para que los agentes de la UTO pudieran actuar libremente sin proceder a su detención por sus comportamientos y por el contrario tal como aparecen en las actas de inspección que él mismo levanto y la declaración de los testigos antes mencionados trato de

ocultar tales hechos, dando por consiguiente con su comportamiento a una intensión de dolo.

d) En cuanto a los delitos de comisión por omisión, no basta con la constatación antes mencionada sino que además hay que determinar si se le puede imputar objetivamente tal como lo dice el artículo veinte del código Penal el resultado en comisión por omisión al imputado, para ello se toma como punto de partida la aparición del riesgo que desencadena el curso causal, al cual esta obligado el garante a impedir, en resumen se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro para un bien jurídico que se materializa en el resultado mismo, al respecto primero hay que establecer una relación de causalidad natural entre el riesgo para el bien jurídico y el resultado mismo, en el presente caso el riesgo para la integridad física y vida del señor Nelson Lara apareció con motivo de los golpes que le ocasionaron los agentes de la UTO, en presencia del señor Edwin Antonio Martínez que desencadenó en el resultado muerte del señor antes mencionado, en otras palabras la muerte del señor Nelson Lara no se hubiera producido si el actuar de los agentes de la UTO no hubiese sido el descrito.

Asimismo para imputarle objetivamente dicho resultado al omitente hay que dejar por establecido si este es producto del riesgo que se inicio con la actuación de los agentes de la UTO, quienes fueron los que realmente causaron las lesiones al señor Lara, habiéndose establecido en la presente Vista Pública por parte del perito doctor JOSE GUSTAVO MUNGUIA SANTAMAIRIA, quien practico la autopsia al cadáver del señor Nelson Lara, que la causa de su muerte fue por diversas circunstancias, en primer lugar por los daños a consecuencia de los traumas contuso detectados en el examen externo que se tradujeron en fractura costales, la ruptura de la aneurisma aortica, seguida de hemorragia hacia el saco pericardico, provocada por aumento de la presión intratoraxica por los traumas directos a la caja toraxica mas la pared debilitada del vaso arterial y agravada por un corazón insuficiente, débil, condiciones que llevan a desembocar en un choque cardiogenico para terminar en un paro cardiaco y finalmente la muerte, siendo la causa directa de la misma, I) TAMPONADA CARDIACA; II) RUPTURA DEL ANEURISMA AORTICA, III) TRAUMA CERRADA DE TÓRAX Y ABDOMEN.

Según lo descrito por el medico forense en el protocolo de autopsia y en la declaración que rindió en la vista pública, que el resultado de la muerte se dio por dos aspectos: i) los golpes que le ocasionados, por los agentes del al UTO en el cuerpo del señor Nelson Lara; ii) por un estado patológico del ofendido el cual consistía en tener un corazón débil aumentado de tamaño en tres veces de lo normal, mas el aneurisma aortica o el debilitamiento de la arteria aorta y unidos los dos riesgos desencadenaron el resultado de la muerte del señor Nelson Lara, pero además dejo establecido que el trauma o las lesiones producidas directamente por los agentes de la UTO , en cualquier persona norma que no tuviera tal situación patológica hubiese producido solamente lesiones a la integridad física, que hubieran sanado entre quince a un máximo de treinta días y que no le hubiera producido y por ningún motivo son capaces por si solas de producir la muerte lo que significa que el riesgo creado por los agentes de la UTO y permitido por el Sargento Edwin Antonio Martínez, por si solo es un riesgo de lesiones que se transformo en muerte del señor Nelson Lara, por las condiciones patológicas que el padecía con anterioridad al hecho.

e) Es de Agregar al tipo objetivo el tipo subjetivo y cual es el conocimiento que tenia el sargento Edwin Martínez al momento que estaban causando las lesiones en el cuerpo del señor Nelson Lara, mas la voluntad de no realizar la acción mandada; no habiéndose por

parte de la Fiscalía que tanto los agentes de la UTO como el señor Martínez hayan tenido conocimiento del estado patológico del señor Nelson Lara, es decir, que tal como lo dejó establecido el perito que practico la autopsia al momento de realización de la acción, sabían y conocían que estaban lesionando a la señor Nelson Lara e ignoraban que con tal acción se iba a producir a demás de las lesiones el resultado muerte, es decir, en cuanto a la aparición de la muerte les asiste un error el cual consiste en el desconocimiento que estaban matando a otro, aunque en alguna media era predecible por lo tanto en relación al resultado muerte del señor Nelson Lara, la Ley penal en el artículo veintiocho por ser un error vencible lo sanciona como culposo en su caso.

Por todo lo anterior lo único que se le puede imputar objetivamente al señor EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ, por tener dominio del hecho y tener la facultad de impedirlo son los delitos de LESIONES GRAVES AGRAVADAS en razón de que las mismas hubieran sanado en un máxima de treinta días en cualquier persona y concurren las circunstancia que señala el artículo ciento veintinueve en sus numerales tres y ocho del Código Penal, en otras palabras abuso de superioridad en la acción de los agentes de la UTO porque estaba esposado el ofendido y por ejecutarlo como una autoridad civil que son, en concurso ideal con el delito de HOMICIDIO CULPOSO, regulado en el artículo ciento treinta y dos del Código penal, es de agregar, que el imputado al tener posición de garante el fin de protección de la norma, es decir lo que establece el artículo veinte del Código Penal, le mandaba la función de protección del bien jurídico de la vida del señor Nelson Lara, asimismo, le obligaba a impedir el resultado antes mencionado, y teniendo el deber jurídico de obrar y al no haberlo hecho se le imputa el resultado como que si él lo hubiera producido.

Todo lo anterior ha quedado establecido por la prueba de cargo presentada por la Fiscalía General de la República consistente en prueba pericial, documental y testimonial, la cual en su conjunto le merece fe al Tribunal pues la misma es concordante y complementaria entre si; no así la prueba de descaro la cual no es merecedora de fe por ser contradictoria entre si y especialmente con la prueba pericial que se presento, pues trataron de establecer la versión que la víctima había salido disparando el fusil que portaba habiéndose caído en un cerco de piedras lo cual quedo descartado por la autopsia o pericia que practico el doctor José Gustavo Munguía Santamaria, asimismo el análisis del residuos de Barrio y Plomo en frotados de dorso y palma de ambas manos del señor Nelson Lara, a efecto de detectar residuos de Barrio y Plomo que deja un arma de fuego en toda persona que dispara se probó que no se encontró el mismo en el señor Nelson Lara, lo que significa que no disparo previamente, y robustecen la prueba testimonial de cargo, llevándonos a una solo conclusión la cual es que el señor Edwin Antonio Martínez es responsable en comisión por omisión de los ilícitos penales de Lesiones Graves Agravadas en concurso ideal con Homicidio Culposo.

B). EN RELACION A LA ANTIJURIDICIDAD. Sobre este punto se determina que la conducta realizada por el señor **EDWIN ANTONIO MARTINEZ**; al no impedir la agresión a la cual estaba obligado por parte agentes de la Unidad Táctico Operativa de la Policía Nacional Civil, su comportamiento es constitutivo en Comisión por omisión, de los delitos de Lesiones Graves Agravadas y Homicidio Culposo, en perjuicio de la vida del señor **NELSON LARA**, es contraria al ordenamiento jurídico, ya que no realizo el mandato contenido en el artículo veinte del Código Penal que dispone: *El que omite impedir un resultado, responderá como si lo viese producido, si tiene el deber jurídica de obrar y su omisión se considerara equivalente a la producción de dicho resultado*, el inciso segundo dice: *El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por **Ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creo el riesgo y al que, asumiendo la***

responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determino con ello que el riesgo fuera afrontado"; asimismo la prohibición contenida en el artículo ciento cuarenta y tres en relación con los artículos ciento cuarenta y cinco; y ciento veintinueve numeral tres y ocho, con el artículo ciento treinta y dos del Código penal, afectado con ese comportamiento tanto la integridad física , como la vida del señor Nelson Lara, al no impedir que los agentes bajo su orden bajo orden agredieran al señor antes mencionado; por otra parte no se demostró que el comportamiento realizado por el señor Edwin Antonio Martínez haya estado amparado por alguna causa de justificación de la que señala el artículo veintisiete del Código Penal.

C-) CUESTIONES RELATIVAS A LA CULPABILIDAD. El señor **EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ** ; actuó con capacidad de culpabilidad, ya que el resultado de su comportamiento típico y antijurídico, las pudo evitar actuando con un comportamiento distinto, haber impedido que los agentes de la UTO golpearan o lesionaran al señor Nelson Lara hasta ocasionarle el resultado antes descrito. Asimismo su comportamiento fueron con conocimiento de antijuridicidad, en razón, que para considerar a un sujeto responsable de un hecho antijurídico esto es en base a la motivación normativa; es decir, el conocimiento que el sujeto posee de la prohibición, esto es la conciencia de la antijuricidad, en otras palabras solo puede motivarse en contra de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, aquel que conoce que su conducta esta prohibida u ordenada por la Ley, y mas aun cuando tiene la posición de garante frente al bien jurídico del señor Nelson Lara, pues es de considerar que el señor Edwin Antonio Martínez " *poseyendo un grado de sargento en la Policía Nacional Civil, tenía pleno conocimiento de sus deberes y de su función dentro del ente policial, el cual era la protección y la seguridad de cada uno de los ciudadanos y conocía las obligaciones inherente a su cargo, al momento de realizar un operativo policial o para detener a un imputado a demás tiene plena conciencia de los derechos fundamentales que se le deben respetar a toda persona.* Es el caso que el señor **EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ**, tenía todas la facultades mentales y por mandato de Ley, de proteger la integridad física del señor Nelson Lara, por ello no se establece que haya actuado bajo alguna causa de inculpabilidad de las reguladas en artículo veintisiete del Código Penal, que lo excluya de responsabilidad en el hecho atribuido. Por tal razón es procedente condenar al acusado.

III- INDIVIDUALIZACION DE LA PENA APLICABLE. En lo relativo a la individualización de la pena a imponer, es necesario tomar en consideración que el comportamiento realizado por el señor EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ, dio como resultado en comisión por omisión los delitos de Lesiones Graves Agravadas en Concurso Ideal con el delito de Homicidio Culposo, y tal como lo establece el artículo cuarenta en relación con el artículo setenta del Código penal, la pena a aplicar es la que corresponde al delito mas grave aumentada hasta en una tercera parte, y en razón de que el comportamiento realizado por el acusado, es disvalioso y al no haber actuado estando obligado produjo un resultado disvalioso, y tomando en consideración el inciso segundo del artículo sesenta y dos del Código Penal, el cual obliga al Juez a imponer una sanción comprendida entre el mínimo y el máximo de los ilícitos penales en concreto; en el presente caso Las Lesiones Graves, tal como lo establece el artículo ciento cuenta y tres, señala una pena mínima de tres y una máxima de seis años, y por concurrir las circunstancias señaladas en los numerales tres y ocho del artículo ciento veintinueve, y tal como lo prescribe el artículo ciento cuarenta y cinco las mismas se aumentan una tercera parte mas del máximo señalado, es decir que se convierten en Lesione Graves Agravadas y en tal caso el máximo del delito de lesiones que son seis años de prisión se convierte en mínimo y el máximo será lo que resulte de sumar a seis años una tercera parte que serian dos años dando como resultado ocho años, lo que significa que para el delito de Lesiones Graves Agravadas, seria una pena mínima de seis años y una

pena máxima de ocho años, y por el Homicidio Culposo, señala una pena mínima de dos y una pena máxima de cuatro años de prisión; lo anterior relacionándolo con lo establecido en el artículo setenta del Código Penal, en su inciso primero que establece que en los casos de concurso ideal se aplicara al responsable la pena que correspondería por el delito más grave, y aumentada hasta y una tercera parte, lo que significa que el delito referente en este caso sería el de Lesiones Graves Agravadas por ser el más grave y la pena que se imponga por el mismo deberá aumentarse hasta un tercer parte, todo lo anterior y con fundamento a lo dispuesto en el artículo sesenta y tres en relación con el Artículo cinco ambos del Código Penal, los cuales exigen proporcionalidad en la aplicación de la pena entre la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor; se tiene que **la extensión del daño y el peligro efectivo provocado**, es de máxima gravedad debido que al no impedir que los Agentes de la UTO le causaran las lesiones al señor Nelson Lara, por su comportamiento se produjo el resultado que anteriormente se ha mencionado. En cuanto a **la calidad de los motivos que impulsaron el hecho cometido**, no se lograron establecer los mismos, ya que no se sabe con exactitud cuáles son las razones que impulsaron al señor EDWIN Martínez, a impedir que los agentes de la UTO le ocasionaran las lesiones al señor Nelson Lara. En cuanto a **la mayor o menor comprensión del carácter ilícito de su acción**, se concluye que el señor EDWIN ANTONIO MARTINEZ, tenía pleno conocimiento del carácter ilícito de su comportamiento pues por la edad con la que cuenta y por la experiencia común es de su conocimiento y más aún con el cargo Policial que posee, que nadie puede lesionar ni matar a otra persona, y sobre todo que tenía pleno conocimiento por ley que él estaba obligado a impedir tales acciones para que no se produjera el resultado antes mencionado. En cuanto a **las circunstancias que rodearon el hecho, especialmente las económicas, sociales y culturales del autor**, se tiene que el señor EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ, es de treinta años de edad, Empleado, casado que ha procreado un hijo, Profesor en educación Media, que gana cinco mil quince colones mensuales, y que además tenía el grado de Sargento dentro de la Policía Nacional Civil, con un grado cultural aceptado por la sociedad; **En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal**, se probaron como agravantes la que establece la contenida en el numeral seis del artículo treinta en sus literales "a" y "b", que dispone: ARTIFICIO PARA LOGRAR LA IMPUNIDAD, a: *Hacer uso de cualquier artificio destinado a facilitar la comisión de un delito, a dificultar el esclarecimiento del hecho o del agente o para facilitar la fuga inmediata de éste*; y b: *Cometer el delito para asegurar la ejecución, la ocultación o la impunidad de otro delito*. En razón una vez que se había lesionado y dado muerte al señor Nelson Lara el imputado, reunió a varios agentes juntos con los de la UTO a efecto de tratar de ocultar el conocimiento de la verdad de los hechos y realizó cuanto estuvo a su alcance insertar en el acta que levanto en el lugar de los hechos falsedades para que impidieran el descubrimiento de la verdad.

Y al haberse ejecutado en la morada del ofendido concurre la agravante contenida en el numeral diez del artículo treinta como lo es el irrespeto de lugar.

Con lo antes expuesto este Tribunal considera adecuado y proporcional al comportamiento y a la culpabilidad del acusado, condenarlo a sufrir la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN por el delito de LESIONES GRAVES AGRAVADAS EN COMISSION POR OMISION, en perjuicio del señor Nelson Lara, y al haberse producido la misma en concurso ideal con HOMICIDIO CULPOSO, tal como lo ordena el artículo setenta del Código Penal; es procedente aumentar dicha pena una tercera parte más es decir DOS AÑOS OCHO MESES, haciendo un total de **DIEZ AÑOS OCHO MESES DE PRISION**, por los delitos antes relacionados, y es procedente condenarlo a las penas accesorias siguientes: pérdida de los derechos de ciudadano e incapacidad para obtener toda clase de cargos o empleos públicos.

VI.- RESPONSABILIDAD CIVIL.

En cuanto a la Responsabilidad Civil, al respecto este Tribunal no se pronuncia sobre la misma porque esta fue ejercida en el Requerimiento fiscal, no así en la Acusación Fiscal, conforme lo establece el Artículo Cuarenta y tres inciso segundo del Código Procesal penal, por lo que es procedente absolver al acusado de Responsabilidad Civil.

V.- HECHOS ACREDITADOS. Se tiene como hecho acreditado que " Que el día cuatro de octubre del año dos mil uno, como a eso de las cinco horas con treinta minutos, en momentos que los agentes de Seguridad Pública de la Policía Nacional Civil, de la delegación de San Luis de la Reina y con apoyo de la Unidad Táctico Operativa, de san Miguel, dirigidos y a cargo del Sargento Edwin Antonio Martínez, procedieron a rodear la casa del señor Nelson Lara a efecto de realizar un registro y allanamiento en la misma, la cual se encuentra ubicada en el caserío y Hacienda San José Buenavista, del Cantón La Joya, de la jurisdicción de San Gerardo de este departamento; cuando a eso de las cinc y cuarenta el señor Nelson Lara, salió de su vivienda con dirección a un cerco de piedras, sin camisa, con un arnet en los hombros y un fusil, marca Colt y dos cargadores para el mismo; un agente de seguridad Pública, le mando el comando verbal de alto policía, bote el arma, a lo que el señor Nelson Lara, obedeció, se detuvo y puso el arma a la orilla del cerco de piedra, luego salieron dos agentes mas quienes le dieron otros comando verbales como tirarse al suelo y pusiera sus manos hacia atrás a lo que señor Lara obedeció sin poner ninguna resistencia, cuando ya estaba neutralizado y uno de los agentes lo estaba esposando, aparecieron el sargento EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ, quien estaba a cargo del operativo, en compañía de dos agentes de la Unidad Táctico Operativa de la Policía Nacional Civil, quienes tenían los indicativos de el Profesor y Dumbo, y apartaron al agente que lo estaba esposando tomando Dumbo al señor Nelson Lara, por el cuello levantándolo para que el agente con indicativo de Profesor le diera de patadas en el pecho en presencia del sargento Edwin Martínez quien no hizo nada por impedirlo, y que dicho golpes desencadenaron en la muerte del señor Nelson Lara, por i) TAMPONADA CARDIACA; ii) RUPTURA DE ANEURISMA AORTICO; y iii) TRAUMA CERRADO DE TÓRAX Y ABDOMEN; lo cual fue confirmado por el peritaje de autopsia que practico el Doctor José Gustavo Munguía Santamaría: quien además manifestó que el señor Nelson Lara padecía de una patología de Hipertrofia de su Corazón, que tenía un peso de tres veces mayor del normal, y además aneurisma aortica. Que unido los traumas externos ocasionados por los golpes mas la situación patológica antes descrita ambas circunstancias produjeron la muerte del señor Nelson Lara, que los traumas por los golpes recibidos en su caja toraxida. Causo que la arteria aorta se dilatara por que los daños a consecuencia de los traumas contusos detectados al examen externo se tradujeron en fracturas costales, la ruptura del aneurisma Aórtico seguida de hemorragia hacia el saco pericardio provocada por aumento de la presión intratoracica por los traumas directos en la caja torácica mas las pared debilidad del vaso arterial y agravado por un corazón insuficiente débil, condiciones que llevan a desembocar en un choque cardiogénico para terminar en un paro cardíaco y finalmente la muerte. La hematemesis manifiesta por las manchas de sangre en parte de la cara y tórax anterior se explica por dos razones. Una la violencia externa que recibió y produjo la muerte por la patología cardiovascular crónica preexistente condicionantes que produjeron stress, angustia que generó la producción de úlcera gástrica aguda, apoyándose en las características macroscópicas de mucosa gástrica consistente en hemorragia y edema generalizado y la cantidad de sangre colectada de la cavidad gástrica, a demás quedo establecido por parte del perito que por la calidad de traumas que ocasionaron los golpes, producidos por los agentes de la UTO en el cuerpo del señor Nelson Lara, a un persona normal que no hubiera padecido de dicha patología le hubieran producido lesiones que normalmente sana en un

máximo de treinta días, asimismo quedo establecido que el comportamiento realizado por los agentes de la UTO fue a presencia del señor Edwin Antonio Martínez, quien tenía el grado de sargento y estaba a cargo del aperitivo policial, así mismo que ni el sargenteo ni los agentes de la UTO, tenía conocimiento previo de la situación patológica del señor Nelson Lara"

A los hechos antes probados y al comportamiento realizado por el señor EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ, este Tribunal les da la calificación jurídica de LESIONES GRAVES AGRAVADAS en concurso Ideal con HOMICIDIO CULPOSO EN COMISION POR OMISION.

POR TANTO: Con base a las razones antes expuestas y con fundamento en los artículos 1, 2, 11, 12, 72, 75 No. 2° y 172 de la Constitución de la República; 6 N°1, 9 N° 3, 10 N 1 del Pacto Internacional de derechos Civiles Políticos, 4 N° 1, 5 N° 1 y3 ; y 8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1,2,3, 4, 5, 6, 18, 19, 20, 28, 30 N° 6 a y b , 10; 32, 40, 44, 45 N° 1, 46, 47, 58, 62, 63, 64, 65, 69, 70, 114, 129 N 3 y 8, 132, 143 y 145 del Código Penal; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 14, 15, 17, 18, 19, 42, 43, 53 N° 1 y 15, 57, 59, 63 N° 1, 64 N°1, 130, 162, 314, 343, 354, 356, 357, 358, 359 360 y 361 del Código Procesal Penal, en Nombre de la **REPUBLICA DE EL SALVADOR FALLAMOS:** a) Declarase al señor **EDWIN ANTONIO MARTINEZ**, de generales expresadas en el preámbulo de esta sentencia; responsable del delito de LESIONES GRAVES AGRAVADAS EN CONCURSO IDEAL CON HOMICIDIO CULPOSOS EN COMISION POR OMISION, en perjuicio de la vida del señor **NELSON LARA; condenes a sufrir la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, por el delito de LESIONES GRAVES AGRAVADAS**, aumentada hasta una tercera parte equivalente a DOS AÑOS OCHO MESES por el delito de HOMICIDIO CULPOSOS, haciendo un total de **DIEZ AÑOS OCHO MESES DE PRISIÓN** pena que cumplirá el día veintiuno de abril del año dos mil trece, tomando en consideración que el sentenciado entro en detención provisional el día veintidós de agosto del presente año; en la forma que determine el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena Respectivo, a quien se le enviara certificación de esta sentencia b) Condenase al sentenciado sufrir las penas accesorias siguientes: Perdidas de los Derechos de Ciudadano e incapacidad para obtener toda clase de cargos o empleos públicos, las cuales se imponen por el tiempo que dure la pena principal; c) Declárese al señor **EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ**, Absuelto de Responsabilidad Civil y Costas Procesales; d) Declárese al señor **JORGE ALBERTO ROBLES QUINTANILLA**, de generales expresadas en el preámbulo de esta sentencia; Absuelto de Responsabilidad Penal y Civil, en el delito de ENCUBRIMIENTO, en perjuicio de la **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**; f) continúe el sentenciado EDWIN ANTONIO MARTÍNEZ, en la detención en que se encuentra; y continúe el señor **JORGE ALBERTO ROBLES QUINTANILLA**, en la libertad en que se encuentra y cese toda medida Cautelar en su contra; g) Al quedar firme el presente Sentencia, líbrense los oficios correspondientes.-

La presente Sentencia queda notificada a las partes por medio de su lectura."

En el caso antes expuesto se puede observar las valoraciones hechas por el tribunal de sentencia para emitir el fallo definitivo, basándose, según ellos, en los elementos que proporciona el tipo de la omisión impropia para equiparar conductas comisivas a las omisivas, tales son: 1) La constatación

de una **situación típica**, la cual establece el presupuesto de hecho que da origen al deber de actuar; 2) la **posición de garante**, del sujeto activo; 3) **Ausencia de la acción mandada**, es decir, según cada caso, abstenerse de auxiliar, impedir, cooperar con la Justicia, denunciar el delito, a esto hay que añadirle la aparición de un resultado; 4) **Capacidad Personal** del sujeto que omite de la realización de la acción mandada, es decir capacidad de evitar la aparición del resultado, requiriendo para ello que concurren determinadas condiciones externas (cercanía espacial, y temporal entre el sujeto y la situación típica, medios de salvamento entre otros), y personales, que el sujeto cuente con el suficiente conocimiento y facultades intelectuales para la realización de la acción. De las situaciones antes descritas sobre las que recayó la valoración del juez, la más importante para la configuración de un delito de comisión por omisión es la posición de garante, que en este caso, y según las valoraciones hechas por el Tribunal, la tiene el imputado por ser oficial de policía y jefe de una delegación, quienes de acuerdo a lo que establece el Código Procesal Penal, tienen como principios básicos de actuación *el no hacer uso de la fuerza y el no infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura o tormento u otros tratos o castigos crueles*, actos que como vimos en la relación circunstancial del hecho fueron permitidos por el imputado, siendo este un oficial de alto rango, dando un resultado tipificado como delito.

Al parecer, el tribunal de sentencia no tuvo dificultad para identificar la posición de garante al emitir la referida sentencia, puesto que la posición del imputado (oficial de policía y jefe de una delegación) esta determinada dentro de un precepto del Código Procesal Penal, por lo que para establecer tal posición solo les basto con hacer la adecuación de la conducta omisiva y lo que dispone el Código Procesal Penal, para el actuar de los elementos de la PNC. Nosotros consideramos que la posición de garante no es precisa en

este caso, puesto que si bien es cierto, el agente de policía tiene determinados principios de actuación, estos no lo colocan como garante específico de bienes jurídicos. Al parecer el juez interpreta la disposición del artículo 243 del CPP, como si fuese la posición de garante que tenía el imputado con la víctima estableciendo que "...la Ley mandaba al sargento Edwin Martínez a no tolerar ningún acto de castigo, tortura ni de maltrato en contra del señor Nelson Lara...".

Queda decir que la conducta del imputado no queda clara dentro de la comisión por omisión que fundamentó el tribunal, ya que, si bien es cierto, hubo una ausencia de acción por parte del imputado, pero él no estaba en una posición de garante, puesto que si bien es cierto tiene la obligación por ley de *no hacer uso de la fuerza y el no infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura o tormento u otros tratos o castigos crueles*; sin embargo, no se le sitúa en posición de garante con respecto de la víctima de manera específica, en este caso particular. Consideramos que los hechos tuvieron su aval, y más aun, en cierta medida el facilitó y colaboró en la producción del resultado, y su colaboración consistió en dar ordenes a los demás agentes a fin de que no presenciaran que lesionaban a la víctima; por lo que consideramos que en realidad lo que existió en el anterior caso no fue una comisión por omisión, sino más bien una complicidad entre el imputado y los que realizaron el acto ilícito. Es aquí donde se observa la dificultad del juez para establecer una comisión por omisión, ya que dicha figura no aporta al juzgador los elementos necesarios para identificarla de manera inmediata, precisa y segura, sino que lleva a la confusión con otras figuras.

CASO II

“**TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA**, departamento de La Libertad, a las catorce horas del día nueve de abril de dos mil ocho.

El presente Juicio Penal identificado con el número 27-1-2008, ha sido instruido en contra del imputado **JOHANA IRIS ROSA GUTIERREZ**, de 20 años de edad, nació el 7 de julio de 1987 en Quezaltepeque, La Libertad; hija de Ernesto Rosa y Ana Deisy Gutiérrez Fuentes, residía en Lotificación El Refugio casa 4, pasaje 16, soltera, lugar en el cual residía con su madre y su hermano; tiene 2 hijos, de 3 años y la víctima; no trabajaba, dependía económicamente de su madre; tiene estudios de 2º grado; tenía dui pero no lo tiene en este momento porque fiscalía lo tomó.

Procesados por los hechos que en el Auto de Apertura a Juicio se calificaron como **HOMICIDIO AGRAVADO IMPERFECTO** art. 128 con relación al 129 número 2 y 3, con relación al 24 pn., en JOSE ANDRES ROSA, actualmente de 7 meses de edad, representado legalmente por la procuradora auxiliar de familia licenciada Nubia Elisa Chicas Rodríguez.

Hechos ocurridos el día 30 de agosto de 2007, en el interior de una fosa séptica ubicada en el solar ubicada en pasaje cuatro de la colonia “El Refugio de la ciudad de Quezaltepeque, departamento de La Libertad...”

“...**CONSIDERANDO:**”

l) Con fecha 30 de noviembre de 2007, la Representación Fiscal presentó ecuación ante el Juzgado de Instrucción de Quezaltepeque, en contra de **JOHANA IRIS ROSA GUTIERREZ**, en la cual se les atribuyó la comisión de los delitos calificados provisionalmente como HOMICIDIO AGRAVADO IMPERFECTO en JOSE ANDRES ROSA. Esta imputación la Fiscalía General de la República las basó en los hechos, descritos en su escrito de ecuación que se encuentra agregado de fs. 116 a 121. Cuya relación fáctica es la siguiente:

"A las doce horas quince minutos del día 30 de agosto de 2007, en la Lotificación El Refugio de la Ciudad de Quezaltepeque, departamento de La Libertad, fue detenida por los agentes de la Policía Nacional Civil Maximiliano Rodríguez, Daniel Edgardo Carranza Ortega y Edwin de Jesús Gutiérrez Contreras, la imputada JOHANA IRIS ROSA GUTIERREZ, por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO IMPERFECTO O TENTADO, en perjuicio de la vida de su hijo un recién nacido, ya que a las cero horas y cuarenta minutos de la fecha mencionada, recibieron una llamada telefónica del operador cuatro del sistema de emergencias novecientos once, enlazando a la señora Ana Deisy Gutiérrez, quien manifestó que en un servicio de fosa séptica en el interior del mismo se encontraba un recién nacido, ubicado en la Lotificación El Refugio por lo que se moduló vía radial al equipo cero cuatro dieciséis cuarenta y cinco, conducido por Tito Zelada, acompañado del agente Carlos Alberto Luna Zelaya, quienes proceden a verificar la información corroborando la información proporcionada, encontrando al recién nacido en el fondo de la fosa séptica y estaba aun con vida, por lo que con la ayuda de la

señora Deisy Gutiérrez, sacaron al bebé de la fosa séptica y lo trasladaron a FOSALUD de la ciudad de Quezaltepeque; a las cero nueve horas los agentes Libio Zelada y Luna Zelaya, a quienes se encontraban custodiando la escena del delito fueron relevados por los agentes Rodríguez, Carranza Ortega y Gutiérrez Contreras, a las doce horas y siete minutos, se procede a registrar el interior de la vivienda donde reside la señora Ana Deisy Gutiérrez, previamente personal de Investigaciones de la Policía Nacional Civil de Lourdes Colon, juntamente con un agente auxiliar del Fiscal General de la República, solicito autorización para registro de dicha vivienda a la señora Gutiérrez, quien manifestó esta no tener ningún inconveniente en que se realizara el registro, encontrando sobre una silla plástica de color azul la cual se encontraba en el interior de la vivienda una toalla color azul con mancha de liquido color marrón al parecer sangre, preguntando los agentes de quien era la referida toalla, señalando la madre de la imputada que la toalla era de su hija Johana Iris, que no sabía quien la había utilizado, preguntando los agentes que era lo que estaba pasando, refiriéndose primeramente la imputada que la toalla la ocupaban todos, posteriormente manifestó que la toalla era de ella, que lo hecho, hecho estaba y que ya no se podía hacer nada, que iba a hablar manifestando que un día antes en momentos que ella se conducía al baño había sufrido una caída, se levanto y se dirigió al baño, posteriormente comenzó a sentir dolores al parecer de parto y cuando se encontraba sentada en la taza del inodoro el recién nacido, nació y cayó al fondo de la fosa séptica, posteriormente r. preso al interior de la vivienda sin comentar lo sucedido a nadie, ya que su madre le había dicho que si tenía otro hijo la dejaría sola para que lo criara y que ella se iría de la casa; al momento de practicar el registro se encontraron evidencias que fueron fijadas y recolectadas; posteriormente se procede a la detención de la imputada de este caso, en virtud de encontrarse en el término de la flagrancia, haciéndose saber el motivo de la mismo así como los derechos y garantías que la ley le confiere de conformidad a lo establecido en el art. 12 de la Cn., y 87 de Código Procesal Penal...”

“...C- TIPICIDAD DE LOS HECHOS.

El delito acusado es el de Homicidio Agravado Imperfecto art. 128 con relación al 129 número 2 y 3 con relación al 24 Pn., en las personas de JOSE ANDRES ROSA. El tribunal considera que esto hechos deben ser calificados definitivamente como HOMICIDIO AGRAVADO IMPERFECTO EN COMISIÓN POR OMISIÓN art. 129 número 1 en relación con el 20 y 24 pn, en la persona de ***** , se hace el siguiente análisis:

- a. En el delito tipo de Homicidio, el bien jurídico tutelado es la vida.
- b. La conducta típica es matar a otro;

Con los reconocimientos médicos legales de la madre Johana Iris Rosa Gutiérrez de fs. 73, de sangre y sanidad de la víctima de fs. 74 y 254, acta de remisión de la imputada de fs. 7, certificación del expediente clínico de la víctima de fs. 153 a 204, certificación del libro de novedades de fs. 244 a 253 y las declaraciones de los testigos de cargo.

En este caso se puso en peligro el bien jurídico vida del menor ***** , ya que nació en un lugar no apropiado, contaminado. Su madre Johann Iris Rosa Gutiérrez dio a luz a ***** en una fosa séptica. El menor cayó en el interior de la letra de la cual por las condiciones de la víctima, de edad, capacidad de movimiento y de la misma letrina no podía

salir, sufriendo sépsis neonatal y neumonía. Además había sufrido una caída determinada los policías indicaron que era de como de unos 1.50 a 2 mts a consecuencia de ella la víctima también presentaba lesiones circulares, confluentes escoriaciones, eritematosas que se encuentran localizadas desde la región occipital, dorsal, lumbar, nalga y miembro inferior del lado derecho, además se encuentra la misma lesión a nivel de hombro izquierdo, lesiones que curaron en quince días a partir de la fecha en que fueron ocasionadas con tratamiento médico adecuado y sin complicaciones. De haber continuado el menor ***** en el interior de la fosa séptica habría muerto.

El resultado muerte no ocurrió por el auxilio que recibió: la señora Ana Deisy Gutiérrez Fuentes dio aviso a la policía de que escuchaba el llanto de un bebé en el interior de la letrina; los agentes policiales Tito Libio Zelada y Carlos Alberto Luna Zelaya verifican y con ayuda de la señora Gutiérrez Fuentes sacan a la víctima de la fosa séptica y los agentes policiales lo llevan a la unidad de salud para que reciba atención médica.

c) La señora Johana Iris Rosa Gutiérrez, es la única que tiene conocimiento que acaba dar a luz a un bebé en el interior de la letrina de la casa. No da aviso a nadie, ni a la madre de ella Ana Deisy Gutiérrez Fuentes de lo que ha ocurrido. Cuando llegan los agentes policiales a verificar la situación del llanto que se escucha y del cual ha dado aviso la señora Gutiérrez Fuentes, tampoco les da aviso de lo ocurrido.

En el momento que la víctima cae en el interior de la letrina le surge a la señora Johana Iris Rosa Gutiérrez como madre, la obligación de dar aviso independientemente de que se tratara de un accidente de haber dado a luz en ese lugar; sin embargo ella no lo hace.

Concurren en ella los presupuestos de la comisión por omisión:

1- Falta de acción de la señora Johana Iris Rosa Gutiérrez: ella omite dar aviso de la situación del peligro y riesgo en que se encuentra el menor ***** , independientemente de las circunstancias por las que el menor se encuentra en esa fosa séptica.

Es la madre de la imputada, señora Ara Deisy Gutiérrez Fuentes, quien da aviso a la policía pide ayuda a los agentes policiales incluso es a ella a quien introducen a la letrina para sacar al bebé. La señora se queda en su casa y son los agentes los que dan el auxilio correspondiente, trasladándolo a la unidad de salud para que reciba atención médica.

6. La situación típica ha sido establecida en el sentido que es una situación de riesgo para la vida del menor ***** y estas circunstancias se encuentra regulada en nuestro código penal como el delito.
7. La señora Johana Iris Rosa Gutiérrez tenía la capacidad de actuar: de dar aviso en ese momento. La imputada podía hablar, desplazarse caminar y solicitar la ayuda correspondiente; sin embargo, no lo hace.
8. Además tenía la calidad de garante, ya que la señora Rosa Gutiérrez es la madre del recién nacido ***** . El vínculo familiar que la unía con ese menor la obligaba a velar por su hijo. Este vínculo familiar se estableció con la partida de nacimiento del menor víctima de fs. 290 y con la prueba de ADN, de fs. 100 a 103, con el que se

establece la maternidad con un 99.99999% que la señora Johana Iris Rosa Gutiérrez es la madre de *****.

9. De esta falta de aviso se dio un resultado: se puso en riesgo la vida de menor ***** , como ya se explicó con anterioridad, en el literal b) de este apartado.

6- La señora Rosa Gutiérrez tenía la posibilidad de actuar sin ningún tipo de riesgo para ella. Ya que ante esta petición no se puso en riesgo ningún bien jurídico de ella, en otras palabras ella podía pedir el auxilio a efecto de evitar el resultado dando a conocer que se trataba de un accidente.

- d. Respecto del elemento subjetivo se hacen las siguientes consideraciones: el dolo que se ha establecido entonces deviene de esta misma falta de acción de la señora Johana Iris Rosa Gutiérrez. No estamos en presencia de un dolo directo sino que estamos frente a la presencia del dolo que deviene de la omisión misma. La imputada sabía que si no daba aviso el resultado muerte de su hijo ***** iba a suceder, puesto que tenía el conocimiento que el menor en las circunstancias que se encontraba no tenía la posibilidad de salir por sí mismo de la fosa séptica y a pesar de ello no da aviso para que se le auxilie.

No se estableció mediante ningún peritaje psicológico que ella no estuviera en la capacidad de hacer este juicio de desvalor.

- e. Respecto a las agravantes tenemos que se establece la agravante número 1 del art. 129 pn, que se refiere al vínculo familiar que se trata que la madre realiza esta comisión por omisión, teniéndose como resultado la puesta en peligro de la vida de su hijo *****.

En cuanto a la agravante número 3 del art. 129 pn acusado por la representación fiscal consistente en que se hizo por alevosía, premeditación o con abuso de superioridad, no se pudo acreditar.

Realizado este análisis los hechos se califican definitivamente como Homicidio Agravado Imperfecto en comisión por omisión, con base a los arts. 128 en relación con el 129 numero 1, 20 y 24 Código Penal, en la persona de JOSE ANDRES ROSA.

D. ANTIJURICIDAD

En la audiencia de la vista pública, no se estableció por ningún medio legal ninguna causa de justificación que excluya de responsabilidad al acusado JOHANA IRIS ROSA GUTIERREZ. Además la acción probada es contraria al ordenamiento jurídico por haber puesto en riesgo el bien jurídico vida.

E. CULPABILIDAD

Este Tribunal concluye que la imputada **JOHANA IRIS ROSA GUTIERREZ** tienen la capacidad de conocer lo ilícito de su acción puesto que los tuvimos a la vista y resulta obvio que posee el desarrollo físico y psíquico suficiente para ser motivada racionalmente por la norma penal que prohíbe la comisión del delito de **HOMICIDIO AGRAVADO IMPERFECTO en comisión por omisión**, ya que la señora Johana Iris Rosa Gutiérrez cuenta con la edad

de 20 años de edad y a pesar que únicamente tiene estudios de 2° grado cuenta con la experiencia y desarrollo común normal para conocer que la conducta realizada por ella, está prohibida por la ley.

Además se estableció que la señora Rosa Gutiérrez entendía lo lícito y lo ilícito de sus actos lo cual se estableció con el peritaje psicológico realizado por la licenciada Ana Elizabeth García, de fs. 154 a 155, por lo que la imputada tiene conciencia de que intentar matar a su hijo es una prohibición normativa necesaria para la pacífica convivencia social y que la trasgresión de esas prohibiciones constituye el presupuesto de una sanción penal.

La ley no exige comportamientos imposibles y en los hechos que nos ocupan se ha establecido que no existió ningún obstáculo real que volviera imposible un comportamiento lícito.

Por lo tanto la imputada JOHANA IRIS ROSA GUTIERREZ, **es culpable** del delito de HOMICIDIO AGRAVADO IMPERFECTO en comisión por omisión, art. 128 en relación con el 129 número 1, 20 y 24 en JOSE ANDRES ROSA.

E- INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Siendo la conducta del señor JOHANA IRIS ROSA GUTIERREZ, típica, antijurídica y culpable es procedente imponerle la sanción penal respectiva, para cuyo efecto este Tribunal de Sentencia considera procedente hacer las siguientes valoraciones:

1. El art. 129 pn, establece una pena variable que va de treinta a cincuenta años de prisión para el delito consumado. El art. 68 pn establece la pena para el delito imperfecto o tentado, la cual se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo. Límites dentro de los cuales según el art. 62 inc 2° pn este tribunal debe fijar la pena a imponer a la acusada.
2. Respecto a la extensión del daño y del peligro efectivo provocados, tenemos que se puso en peligro la vida del menor *****.
3. Los motivos que llevaron a la comisión del ilícito no fueron establecidos.
4. Respecto del delito que se le imputa al señor JOHANA IRIS ROSA GUTIERREZ, concluimos que éste tenía plena comprensión del carácter ilícito de los hechos, tomando en cuenta las circunstancias personales de el autor a las cuales ya se hizo referencia por lo que tenía comprensión para establecer lo lícito de lo ilícito.

5) De la prueba producida en la Vista Pública no se han obtenido elementos que permitan a los suscritos jueces aplicar ninguna de las atenuantes ni agravantes generales de los arts. 29 y 30 pn.

F- EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

El art. 361 prpn establece que deberá existir pronunciamiento en sentencia a este respecto, por lo que deben hacerse las siguientes consideraciones:

- a. La comisión de todo delito lleva aparejada la indemnización por daños y perjuicios causados a la víctima, en este caso gastos de curación y recuperación, incluyendo los daños morales o psicológicos causados.

b. cada uno de estos parámetros deben de establecerse, sin embargo no se ofreció prueba encaminada a probar tales parámetros y montos.

c) Se ha establecido que la autora del ilícito es la madre de la víctima y por lo tanto la responsable de su manutención y gastos.

Por lo que este Tribunal considera que no habiéndose establecido los parámetros para establecer la responsabilidad civil se le absolverá a la imputada del pago de la misma.

G- COSTAS PROCESALES

En cuanto a las Costas Procesales, el artículo ciento ochenta y uno de la Constitución de la República establece que la administración de justicia es gratuita, por lo que las mismas correrán a cargo del Estado.

VOTO

El razonamiento anterior da a los suscritos Jueces, el fundamento legal para emitir en forma unánime un **VOTO DE CONDENA** en contra de el señor **JOHANA IRIS ROSA GUTIERREZ**, por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO IMPERFECTO EN COMISION POR OMISION, tipificado y sancionado en el art. 128 y 129 numeral 1, con relación al 20 y 24 Pn., en la persona de JOSE ANDRES ROSA.

FALLO

Por lo tanto de acuerdo a los aras. 1, 8, 11, 12, 14, 86, Inc.3 °, 172 Inc. 1° y 3 ° Cn.; 1, 2, 3, 4, 5, 29 numeral 2), 128, 3 2, 33 , 47, 114, 115 Pn. 1, 2, 3 , 4, 17, 18, 53 número 1, 13 0, 3 56, 3 57, 3 58, 3 59, 361 y 453 Pr. Pn., y 43 de la Ley Penitenciaria, con fundamento en el Voto unánime que antecede a nombre de la República de El Salvador; FALLAMOS:

CONDENESE a la imputada **JOHANA IRIS ROSA GUTIERREZ**, de las generales mencionadas, por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO IMPERFECTO EN COMISION POR OMISION, tipificado y sancionado en el art. 128 y 129 numeral 1 con relación al 20 y 24 pn., en la persona de JOSE ANDRES ROSA, **a cumplir la pena de quince años de prisión.**

Además, **CONDÉNASE** a la imputada a la pérdida de los derechos de ciudadano, incapacidad para obtener toda clase de cargos y empleos públicos, pena accesoria que cumplirán durante la ejecución de la pena principal.

ABSUÉLVESELE del pago de Responsabilidad Civil.

De conformidad al principio constitucional de la gratuidad de la Administración de Justicia, los suscritos Jueces **ABSOLVEMOS** totalmente a los imputados del pago de costas procesales de esta instancia.

Por lo tanto continúe la imputada en la detención provisional en la que se encuentra, la cual se tornará en prisión formal cuando se ejecutoríe esta sentencia y para los efectos del art. 44

de la ley penitenciada se tiene que el imputado JOHANA IRIS ROSA GUTIERREZ se encuentra privado de su libertad desde el día 30 de agosto de 2007.

De conformidad al art. 444 prpn procédase a la destrucción de: Tres tabletas conteniendo cada una diez pastillas de nombre Folitab tabletas; Una Tableta conteniendo dos pastillas de nombre "Multivitaminas y Minerales Prenatales"; Una Tableta conteniendo diez pastillas de nombre "Ferroforte Tabletás", una Tableta conteniendo únicamente una pastilla de Ferroforte Tabletás y una pastilla de Folitab Tabletás, debidamente embalada. En vista que son medicamentos que caducan y una vez vencida su caducidad no son aptas para el consumo humano.

Si las partes no recurren en el término de ley de esta sentencia, considérese firme el fallo, sin necesidad de declaración previa.

Vencido dicho plazo y realizadas las comunicaciones de ley archívense la actuaciones judiciales.

Notifíquese, mediante lectura integral de esta sentencia..."

Dentro la sentencia definitiva en cuestión podemos observar que en la Vista Pública hubo modificación del tipo penal (facultad que tiene el juez de sentencia durante la vista pública⁹⁷), puesto que el delito que inicialmente se manejo era el de Homicidio Agravado Imperfecto y cambiado por Homicidio Agravado Imperfecto en Comisión por Omisión según las consideraciones hechas por el tribunal de sentencia.

En este caso podemos observar que los jueces confunden el delito de homicidio agravado imperfecto por comisión activa, con un homicidio agravado imperfecto en vía de comisión por omisión, por las razones siguientes: a) existía por parte de la imputada un conocimiento y voluntad de realización del tipo, aunado a que deseaba la producción del resultado "muerte", con lo que se configura un dolo directo; b) realizó según su entender, todos los actos de ejecución necesarios para alcanzar la consumación del delito homicidio, creyendo que el resultado "muerte", ya

⁹⁷ Artículo 359 del Código Penal.

podría producirse, sin embargo, por un hecho ajeno a su voluntad no se produjo, logrando la categoría de “tentativa acabada” conocida doctrinariamente como “delito frustrado”; c) siendo su conducta la descrita por el tipo penal de homicidio (art. 128 Código Penal) y existiendo una relación de ascendiente a descendiente entre la imputada y la víctima, circunstancia agravante del tipo que expresamente regula la ley penal (art. 129 N° 3), se deduce que su conducta es típica; d) resultando su conducta contraria al ordenamiento jurídico ya que lesiona una norma sin estar autorizada por alguna de las causas de justificación de la responsabilidad penal (art.27 Código Penal), con lo que se infiere que su acción es antijurídica; e) teniendo la procesada capacidad de imputabilidad, ya que tiene un grado de desarrollo físico y mental capaz de haberle permitido determinarse por si sola, a la no realización de la acción prohibida, obteniéndose con ello que la misma es responsable por la acción típica y antijurídica cometida (culpabilidad); f) se ha obtenido del acta de captura (que fue admitida por los jueces como elemento de convicción) referida por los agentes de la Policía Nacional Civil que realizaron el rescate de la víctima frases como “que lo hecho, hecho estaba y que ya no se podía hacer nada, que iba a hablar manifestando que un día antes en momentos que ella se conducía al baño había sufrido una caída, se levanto y se dirigió al baño, posteriormente comenzó a sentir dolores al parecer de parto y cuando se encontraba sentada en la taza del inodoro el recién nacido, nació y cayó al fondo de la fosa séptica, posteriormente r. preso al interior de la vivienda sin comentar lo sucedido a nadie, ya que su madre le había dicho que si tenía otro hijo la dejaría sola para que lo criara y que ella se iría de la casa”, con lo que se hace evidente que la imputada desde un inicio de los actos de ejecución de la acción se había representado la realización del tipo penal homicidio, existiendo un móvil para desear la consumación del mismo; y, g) quizás la parte mas importante para esta investigación al analizar el caso, es el hecho que la imputada no dio aviso de lo ocurrido, con lo que se obtiene que además de haber realizado

todos los actos necesarios para lograr el resultado (actuar doloso), esta se valió de artificios para logara la impunidad (art. 30 N° 6), ya que se valió de medios idóneos para facilitar la comisión de delito y para dificultar el descubrimiento del mismo (como el cometerlo en una fosa séptica, en donde no podrían observarla otras personas, ni enterarse sobre lo ocurrido).

La intención de cometer el delito activamente y lograr su impunidad es lo que aleja la posibilidad de sancionar el mismo en vía de comisión por omisión (confundido por los jueces con la omisión de dar aviso o de socorrer), ya que no existió en ningún momento, una omisión del deber jurídico de obrar, ni se origino una posición de garante (características esenciales de la comisión por omisión), puesto que la imputada no omitió dar aviso de lo ocurrido, sino que intento ocultar el delito. Si bien es cierto, la imputada es la madre de la víctima, ello no es fundamento suficiente para alegar que dicha circunstancia da origen a la posición de garante

Es de destacar la dificultad que tuvo el tribunal de sentencia para establecer que se trato de un delito de comisión por omisión en la presente sentencia condenatoria, puesto que la posición de garante de la madre saltaba a la vista como el elemento que hacia la diferencia, sin embargo la conducta mostrada por la madre al callar sobre lo que le sucedía al bebe suponía que ella dolosamente había provocado la situación que puso en riesgo la vida del bebe, por lo que daba la pauta para el homicidio agravado tentado propuesto por la Fiscalía y no un delito por comisión por omisión. Es en casos como estos donde consideramos la necesidad de cláusulas más específicas que delimiten las circunstancias posibles para una comisión por

omisión, puesto que las valoraciones e interpretaciones que provoca la cláusula general de la comisión por omisión al momento de emitir un fallo puede llevar a una confusión y consecuentemente a una arbitrariedad por parte de los aplicadores de justicia.

