

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL
PROCESO PENAL GUATEMALTECO**

JUAN JOSÉ MÉNDEZ RODAS

GUATEMALA, ABRIL DE 2008

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL
PROCESO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUAN JOSÉ MÉNDEZ RODAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2008.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO : Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ

EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

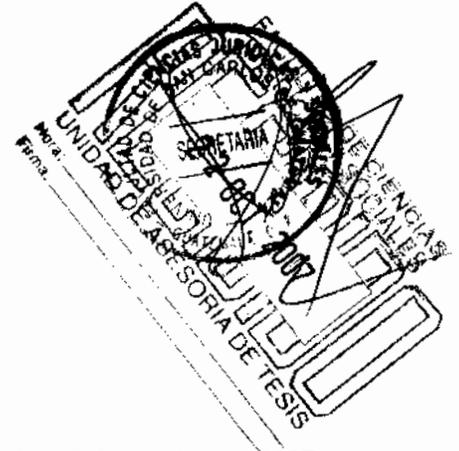
Primera Fase:

Presidente: Lic. Gerardo Prado
Vocal: Lic. Luis Alberto Zeceña López
Secretario: Lic. Ronald Colindres Roca

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. María Celsa Ulinde López
Vocal: Licda. Marisol Morales Chew
Secretario: Lic. Luis Roberto Romero Rivera

RAZÓN: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



Lic. CARLOS RAMIRO CORONADO CASTELLANOS
ABOGADO Y NOTARIO
Oficina: 8a. Ave. 4-83, zona 10, Edificio Torre Marfil, 2o. nivel
Tel. 22487575

Guatemala, 15 de octubre de 2007

LICENCIADO
MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Estimado Licenciado

En atención a la providencia de esa Jefatura de fecha seis de septiembre del presente año, se me nombro Asesor del trabajo de tesis intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO", presentado por el Bachiller JUAN JOSÉ MÉNDEZ RODAS, por lo que me permito informar lo siguiente:

- a) Que analice detenidamente el trabajo de tesis ya referido, el cuál se efectuó bajo mi inmediata dirección y supervisión, indicándole al Bachiller Méndez Rodas, aspectos técnicos sobre la elaboración del trabajo, quien en el desarrollo del trabajo, estudió y profundizó aspectos importantes relativos a la Comisión por Omisión, comunicando que mi asesorado aceptó en todo momento las observaciones que le formulé.
- b) En vista de lo anteriormente expuesto; para mí es una satisfacción haber cumplido con la misión que usted me asignó poniendo en conocimiento de las autoridades de la facultad que el trabajo se desarrolló con el diseño jurídico apropiado al tema, el cuál estimo reviste interés dentro del estudio del Derecho Penal.
- c) Por reunir los requisitos establecidos en el artículo treinta y dos del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, puesto que el contenido es científico y técnico, siendo adecuada la metodología y técnicas de investigación utilizadas, emito mi dictamen favorable, recomendando se le de el trámite respectivo para su posterior discusión en el examen general público de tesis.

Sin otro particular atentamente.

Lic. Carlos Ramiro Coronado Castellanos
Colegiado No. 4454
Asesor de tesis.

Lic. Carlos Ramiro Coronado Castellanos
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veinticuatro de octubre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) TEÓFILO GARCÍA CHAVAC**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **JUAN JOSÉ MÉNDEZ RODAS**, intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh



Lic. TEÓFILO GARCIA CHAVAC
ABOGADO Y NOTARIO
Calle Real 3°. Cantón San Juan Alotenango
Departamento de Sacatepéques
Tel: 78308015
Colegiado 5208

Guatemala, 3 de noviembre del 2007

Licenciado
MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
Su Despacho.

Respetuosamente me dirijo a usted, que de conformidad con lo resuelto por la unidad asesoría de tesis, de fecha 24 de octubre del 2007, me permite informar a usted que he procedido a revisar el trabajo de tesis del bachiller JUAN JOSÉ MÉNDEZ RODAS, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO".

El trabajo de tesis, abordado por el bachiller, refleja la preocupación de un tema de actualidad, el cual dada la evolución de la sociedad y como consecuencia del derecho, en determinado momento ese fenómeno tiene que ir a la vanguardia de criterios legalmente enmarcados dentro de lo contemporáneo, deduciendo que ha realizado un análisis jurídico doctrinario relevante y de mucha importancia para la ciencia del derecho, constituyendo un aporte de gran utilidad a las nuevas generaciones de estudiantes,

El tema es abordado en forma sistemática, de fácil comprensión didáctica, alcanzando antecedentes, definiciones, doctrina, conclusiones y recomendaciones, así como regulación legal en la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas del derecho penal y derecho comparado aplicables al nuestro.

Al trabajo de tesis se hicieron algunas recomendaciones, las cuales fueron atendidas por el bachiller, así mismo el autor aportó al trabajo sus propias opiniones o criterios, los cuales lo enriquecen, planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Considero que el trabajo de tesis llena los requisitos establecidos en el artículo treinta y dos del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En consecuencia, encontrando que el trabajo de mérito fue elaborado con responsabilidad, esmero y cumpliendo con lo requerido por esa prestigiosa casa de estudios superiores, de mi parte vuelvo a considerar que no encuentro ninguna objeción para emitir el **DICTAMEN FAVORABLE** para ser discutido en examen público de tesis.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted, atentamente.





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de febrero del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JUAN JOSÉ MÉNDEZ RODAS, Titulado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/ragm


FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
DECANATO
GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por que este logro ha sido su santa voluntad.

A MIS PADRES:

Edelmira Rodas González; durante mi niñez me enseñaste a ser una persona sencilla y amorosa con las demás personas, lo cual ha sido fundamental para mi preparación.

Alfredo Méndez Cabrera (Q.D.E.P.); gracias por tus consejos oportunos.

A MI ESPOSA:

Liria Concepción Lucas Ulín; gracias por ser la pieza fundamental de este logro, al apoyarme en este sueño que hoy es una realidad.

A MIS HIJAS:

Mónica José y Ana Gabriel; dos lindos tesoros que han sido mi inspiración en todo momento.

A MIS HERMANOS:

Fredy, Mario, Walter, Ingrid y Mynor; que Dios los bendiga.

A MIS COMPAÑEROS:

En especial a: Luis Alfredo López, Mike Ordóñez, Rodrigo Arroyo Reyes, Roberto Alfredo García, Verónica Aguilar, Licenciado Héctor Augusto Canastuj, Licenciado Fredy Figueroa, Ángel De León Rivanedeira y Licenciado Carlos Secaida.

A MIS AMIGOS:

Carlos De León, Gustavo Fuentes, Martín Morales, Oscar Oliva, Edgar Calderón, Mauricio López y, especialmente, a María Isabel Méndez Lemus; por su amistad sincera.

A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO:

Licda. Ana Patricia Lainfiesta Martínez, Lic. Carlos Ramiro Coronado Castellanos, Licda. Fermina de los Ángeles Peñate (+), Lic. Walter Antonio Romero Velásquez y al Lic. Teófilo García Chavac.

ESPECIALMENTE A:

Glenda, Andrea, Elisa y Francisco, a quienes guardo un bello sentimiento.

A LA GLORIOSA Y TRICENTENARIA:

Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La omisión	1
1.1 Consideraciones generales.....	1
1.1.1 Definición prejurídica de la omisión.....	2
1.2 Teorías de la omisión.....	2
1.2.1 Teoría del causalismo clásico.....	2
1.2.2 El neocausalismo.....	6
1.2.3 El finalismo	9
1.2.4 El post finalismo.....	15
1.3 Análisis de las teorías de la omisión.....	17

CAPÍTULO II

2. La relación de causalidad en la omisión.....	23
2.1 Definición.....	23
2.2 Teoría de la equivalencia de las condiciones y la condición <i>sine qua non</i>	27
2.2.1 Tesis de Von Buri.....	27
2.2.2 Tesis de Mir Puig.....	29
2.2.3 Crítica a la teoría de la equivalencia de las condiciones y de la fórmula de la <i>conditio sine qua non</i>	30
2.3 Teoría de la causalidad adecuada.....	31
2.3.1 Tesis de Von Bar.....	32
2.3.2 Crítica a la teoría de la causalidad adecuada.....	34

2.4	La causalidad hipotética.....	34
		Pág.
2.5	Análisis de la relación de causalidad en la omisión.....	36

CAPÍTULO III

3.	La omisión y la acción como forma tradicional del comportamiento humano y su trascendencia al derecho penal.....	45
3.1	La comisión por omisión	45
3.2	El concepto social de acción.....	50
3.3	Criterios de distinción entre acción y omisión.....	54
3.4	La omisión como la acción esperada.....	61
3.5	Variantes de la omisión en el actuar humano.....	63

CAPÍTULO IV

4.	La imputación objetiva de la comisión por omisión.....	71
4.1	Consideraciones generales.....	71
4.2	Teoría del nexo causal	75
4.3	Teoría formal: el deber jurídico.....	78
4.4	Teoría del deber de garante.....	79
4.5	Teoría funcional de la posición de garante.....	79

CAPÍTULO V

5.	La posición de garante. Sus fuentes y funciones.....	81
5.1	Fundamentación de la posición de garante en la ley.....	83
5.2	Fundamentación por libre acepción.....	84
5.3	Fundamentación en comunidades de vida y de peligro.....	86
	5.3.1 Deberes de garante deducidos de una estrecha relación vital.....	87

	Pág.
5.3.2 Deberes que emanan de la regulación legal de determinadas profesiones.....	88
5.3.3 Deberes de garante deducidos de la asunción voluntaria de específicas funciones protectoras.....	88
5.3.4 Deber de vigilancia de una fuente de peligro.....	89
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente investigación es establecer, al menos, los lineamientos que permitan fundamentar la siguiente premisa: en un modelo de imputación de responsabilidad sobre la base de roles; la dicotomía acción / omisión se convierte en irrelevante para un sistema penal alejado de cuestiones naturalísticas y, por el contrario, permite situar el análisis en el tipo de rol infringido, el cual configura, delitos de competencia por organización, o delitos de competencia institucional.

Para lograr justificar nuestra premisa propuesta en la hipótesis es necesario confrontarnos con la compleja realidad problemática que presenta la omisión impropia. En efecto, analizar la omisión en el derecho penal, origina discutir una serie de interrogantes, como por ejemplo, el concepto de omisión, el cual, desde la antigüedad ha tratado de englobar tanto la acción como la omisión; además, se debe estudiar la posición de garante (entendiéndolo, o bien, como un elemento especial, exclusivo y excluyente de la omisión impropia, o como un elemento común en la imputación de responsabilidad sobre la base de roles).

En el primer capítulo se analiza el problema de la adscripción de la conducta al tipo de omisión impropia (ya sea eligiendo la teoría de la causalidad hipotética o aplicando los criterios de la imputación objetiva); posteriormente en el segundo capítulo se estudia el tipo subjetivo de la omisión impropia; por lo demás, se indaga sobre las causales de justificación e inexigibilidad en la omisión (propia e impropia); además, la problemática de la autoría y participación, así como, de la tentativa y consumación, etc; es decir, todos aquellos presupuestos que determinan la relación de causalidad en la comisión por omisión.

Posteriormente, en el tercer capítulo se analiza la omisión y la acción como forma tradicional del comportamiento humano y su trascendencia en el derecho

penal, específicamente estudiando la comisión por omisión comparado con el concepto de acción y aquellos criterios de distinción entre la acción y la omisión.

En el cuarto capítulo se analiza el tema de la imputación objetiva de la comisión por omisión, en donde se estudian diversas teorías para explicar y tener un amplio criterio en base a lo expuesto por diferentes autores. Asimismo, en el quinto capítulo se expone lo que significa la posición de garante dentro del presupuesto de la comisión por omisión.

Al estudiar los tópicos relativos a la omisión, por un lado, desde el punto de vista del ontologismo; es decir, desde el significado mismo de la palabra omitir y, por otro lado, desde el ángulo del normativismo, a fin de tomar una posición determinada; por lo tanto, fueron aplicados los métodos analítico, inductivo y deductivo, así como histórico.

Si bien es cierto, desarrollar las cuestiones señaladas anteriormente amerita de por sí una investigación más exhaustiva; sólo nos detuvimos a analizar cuáles son las bases de un modelo de imputación único, tanto para la comisión como para la omisión, que permita ya no hablar de una mera equivalencia o correspondencia, sino de una identidad típica entre éstos, como base para la comprobación de nuestra hipótesis.

CAPÍTULO I

1. La omisión

1.1 Consideraciones generales

Se considera que la razón para el estudio jurídico penal de la omisión se debe a la necesidad de establecer, desde el principio, los fundamentos de su punibilidad, dado que, la doctrina ha estado ocupada fundamentalmente en discutir la punibilidad del omitir sin tener claro qué es omitir.

Por otro lado, la construcción de un injusto para la omisión se remonta a Schopenhauer, quien lo hacía en forma análoga a la del pensamiento sistémico contemporáneo, pues para este filósofo la exigencia de la justicia es no lesionar a otro (de allí que el injusto sea la negación de algo negativo) sin embargo, antes de ingresar al análisis de temas específicos de la omisión, debemos partir de un determinado concepto de omisión; y para ello, como siempre, la dogmática será el instrumento a emplear.

En ese orden de ideas, se debe considerar que la dogmática penal ha estado en el vaivén entre ontologismo y normativismo, el cual, se aprecia en la clasificación de Schunemann de las grandes etapas que ha atravesado la dogmática penal desde 1874 (haciendo mención que la discusión entorno a una fundamentación empírico – ontológica o normativa del derecho penal, que aparece en variadas formas, no ha sido de ninguna manera decidida en forma definitiva a favor del normativismo, sino resurge una y otra vez).

Por tanto, el método que se empleará será estudiar los tópicos relativos a la omisión, por un lado, desde el punto de vista del ontologismo, y, por el otro lado, desde el ángulo del normativismo, a fin de tomar una posición determinada. La corriente filosófica denominada: ontologismo, postula que existen realidades

previas, que el legislador no puede obviar. Son realidades ópticas que tienen además la trascendencia, sobre todo en el ámbito de la acción. Así esta corriente, empieza a desarrollarse en Alemania en la década del 30'. En el resto de los países desde los años 40-60. Posteriormente analizaremos aquellas construcciones dogmáticas de la omisión elaboradas desde la perspectiva del ontologismo.

1.1.1 Definición prejurídica de la omisión

En este punto se estudiarán aquellas posiciones que tratan de definir a la omisión partiendo que el contenido del concepto es de materia ontológica, pues el objeto no se conforma a través del conocimiento, sino que ya está formado de antemano. Sin embargo, según el método a emplear, así como, la posición sistemática que, en nuestro caso, ocupa la omisión, origina una diversidad de posturas.

1.2 Teorías de la omisión

1.2.1 Teoría del causalismo clásico

El período de iniciación del debate en torno al concepto de omisión, debe situarse en el último tercio del siglo XIX, en pleno auge del dominio del causalismo naturalista en la dogmática penal alemana, cuando el concepto de acción en la sistemática penal alcanzó su máximo componente causal en la obra de Franz Von Liszt. Los sistemas anteriores al causalismo, esto es, al concepto idealista de acción y de delito, propio de la escuela hegeliana, no planteaban problemas significativos en orden a la punibilidad de la omisión. Por que, en primer lugar, el concepto de acción se construye sobre la base de la teoría de la imputación. En segundo lugar, en él lo decisivo es la voluntad; la acción aparece como una exteriorización de la voluntad moral, noción en la que, desde luego, es posible estimar comprendidas las omisiones.

En el marco del naturalismo-positivista, -donde se gestaron las primeras concepciones sobre el ser de la omisión-, en la cual manifestaban que la omisión en el mundo exterior, era considerado una nada, era el no-ser, las elaboraciones conceptuales mejor estructuradas fueron dadas por Liszt, Beling y Radbruch.

Para Liszt la omisión es omisión de una acción esperada, y también en ella se da una voluntad (de no realizar el acto que se espera del sujeto), un resultado y una relación de causalidad entre ambos “análoga” a la que se da en los delitos de acción. La teoría de la acción esperada rechaza un objeto prejurídico para el mandato, y liga la esencia de la omisión a la acción-no realizada que es preciso representarse y suponer mentalmente para afirmar la existencia de una omisión. Omisión es, en general, la no realización de determinado hacer esperado.

Omitir es un verbo transitivo. No significa no hacer, sino no hacer algo. Y por cierto, lo que era esperado, debido. De nadie podemos decir que haya omitido saludarnos, visitarnos, invitarnos, si no teníamos razón para esperar el saludo, la visita o la invitación. Se aprecia que Liszt abandona una posición naturalista en la definición de omisión (el mero no hacer algo), sino que, lo concibe como la no realización de una acción esperada, siendo este tipo de acción una actitud interna.

Sin embargo, para Beling hay una incorrecta introducción del contenido de la omisión en su respectivo concepto; es decir, que el delito de omisión consiste en no hacer algo determinado está claro, pero cosa diferente es qué significa omitir; por este motivo deben, según Beling, distinguirse dos niveles: el del comportamiento (en este caso inactividad) y el de su contenido (donde la inactividad puede verse como omisión de algo). Y este entender de Beling se debe al concepto que da sobre la omisión, esto es, la voluntaria contención de los nervios motores.

Se aprecia que la voluntad, como factor que distingue la conducta humana del acaso, constituye el elemento esencial. Y en ese orden de ideas, Beling diferencia el concepto de omisión de su contenido; en donde el primero es de naturaleza ontológica, originando que la omisión tenga una posición sistemática antes del tipo, dado que, es el simple no hacer nada; en cambio, el segundo se determina en el tipo, dado que, lo relevante para el derecho penal es que no se hizo algo mandado. No obstante, tal escisión tornaría al concepto per se de la omisión irrelevante para el sistema penal, y como es sabido desde el primer nivel de la sistemática del delito, esto es, el comportamiento, cumple una función relevante, exclusiva y excluyente.

Por otro lado, si es dificultoso que se produzcan situaciones de extrema inactividad voluntaria en un hombre, se afirma que el no hacer nada implica una intransitividad no perseguida por el derecho penal, siendo, por tanto, errónea la dicotomía de Beling entre una omisión naturalística (lo que él denomina concepto) de una omisión jurídica (lo que él llama contenido). Radbruch, otro representante del causalismo clásico, partiendo de la renuncia a un criterio unitario de acción, entendió que la omisión se agota en la no realización de una acción determinada que, además, fuera posible para el autor; en donde esta posibilidad debe ser física, el de actuar, esto es, hacer lo contrario de lo mandado pudiéndolo realizarlo, siendo irrelevante la voluntariedad en la omisión. Asimismo, para este jurista la acción y la omisión resultan ser conceptos contradictorios, que se comportan entre sí como afirmación y negación, no siendo posible hallar un supraconcepto que las englobe.

De ello, se sigue la necesidad de dividir el sistema en dos partes sólo vinculadas entre sí por el concepto formal de delito como supuesto de hecho al que el derecho asigna la pena como consecuencia jurídica. Por tanto, la posibilidad física – objetiva, así como, el carácter contradictorio entre las nociones de acción y omisión, originan para Radbruch un esquema bipartito. No obstante, la posibilidad física – objetiva no es adecuada para representar el elemento

constitutivo del concepto de omisión, dado que, denotaría una total ausencia de límites.

Así Silva Sánchez acota que ni siquiera sería posible de hablar de omisión sino de omisiones, pues siempre que se realiza algo, se omite todo lo demás que en aquel momento se podría estar realizando. Sobre el segundo componente del esquema de Radbruch, la doctrina se encuentra dividida, puesto que, para unos no es posible la elaboración de un supraconcepto capaz de englobar tanto la acción como la omisión y para otros es posible evitar la escisión del sistema del delito en dos partes ya desde el principio. Sin embargo, sobre este punto nos ocuparemos más adelante. Luego de la indicación de las nociones sobre omisión brindadas por los más importantes representantes del causalismo clásico, se puede apreciar la imposibilidad de los mismos para enlazar la omisión con el esquema causal del delito – sin mencionar las dificultades del propio método del positivismo naturalista – el cual, presentaba en la acción, la piedra angular en donde se erigía el ilícito penal, la misma que presentaba como elementos:

1. la existencia de una voluntad,
2. un hecho y
3. la relación de causalidad entre ambos

Apreciándose que en la omisión algunos de estos elementos están ausentes. En efecto, el causalismo clásico fue incapaz de elaborar una definición de la omisión en un ámbito pre-jurídico, y así lo demuestra, por ejemplo, el concepto de Silvela: en donde la omisión es una inactividad de la voluntad que deja de traducir la idea de la ley en hechos reales, no precisando el jurista cómo falta la realización de la idea de la ley.

Frente a ello, les era necesario elaborar un concepto nuevo y con elementos distintos a los de la acción; así Beling distinguía una omisión en clave naturalística de una jurídica; o bien, Radbruch, elaboraba su noción sobre la base

de la posibilidad física – objetiva; no obstante, estas construcciones han sido rechazadas por las razones ya expuestas. Sin embargo, mención aparte merece la postura de Liszt, puesto que, la expresión: la no realización de una acción esperada, no solo se aleja de los criterios naturalistas, sino que, en la actualidad, puede encontrar algún eco con aquellas posturas que ven a las omisiones como la no realización de una determinada expectativa.

No obstante, se le critica a Liszt la falta de concreción de cuál es esa acción no llevada a término; y en ese sentido, las discrepancias en la doctrina son mayores, puesto que, para unos basta omitir cualquier acción pensable (no realizada en un momento dado por el sujeto), y para otros, es necesario, además, que fuera posible, o bien, a través de otros criterios como: esperada en algún sentido, mandada, etc. Por otro lado, no se quiere terminar este punto sin referirse a la definición de Engisch, quien conceptúo a la omisión como la no aplicación de energía en una dirección determinada; esta contracción muscular voluntaria, permite a Engisch la delimitación clara y unívoca entre actuar y omitir; se objeta en contra de esto que tal concepto permite comprobar que no se ha producido un movimiento corporal, no aportando una definición de la omisión más allá de la simple redundancia. Por tanto, las construcciones dadas por el causalismo clásico a la omisión, en la actualidad, han sido dejadas de lado por la dogmática.

1.2.2 El neocausalismo

En el sistema neo-causalista o causalista de corte valorativo o neokantismo jurídico, también pretendía construir su modelo de imputación en base a todas las manifestaciones delictivas posibles (acciones y omisiones, dolosas e imprudentes), pero apreció una inconsistencia en su sistemática, por que concibieron a la acción como causal, y por tanto, no captaron la omisión pertenece por naturaleza la ausencia de la acción requerida (esperada) conforme a la situación esencia de las omisiones que interesarían al derecho penal, que como es afirmado en la actualidad, en la omisión hay una total ausencia de causalidad.

Sin embargo, puede decirse que ya se evidenciaba una existencia de un “deber de actuar” que daba inicio a los debates de la omisión, pero asimismo se apreció incongruencias al tratar temas como los delitos imperfectamente realizados y la ubicación y naturaleza del dolo en los mismos.

Se podía afirmar, para esta teoría, que en la omisión, efectivamente, existía una voluntad de omitir, de no realizar la acción mandada, pero no se podrá decir para efectos penales que esa voluntad consista en una voluntad de causar porque aquel sujeto no está interfiriendo en el curso causal hacia el resultado, es decir, es todo lo contrario.

En la omisión, entonces no existía una voluntad como hecho psíquico de corte mecánico (en sentido naturalista), pues el contenido de aquel era una cuestión a decidirse en la culpabilidad; con lo cual la acción humana casi no se diferenciaba de la acción de los animales, y tampoco era un hecho, pues no existía un movimiento corporal de carácter voluntario que produzca el resultado exterior, y ni mucho menos podría hablarse de causalidad como una transformación en el espacio y tiempo. No obstante, esta derivación conceptual se contrapone al subjetivismo epistemológico y relativismo axiológico que son las bases fundantes del neokantismo jurídico, dado que, para esta corriente, mediante la referencia axiológica es el sujeto quien aporta a la realidad del derecho positivo una concreta dimensión de sentido, conllevando las ineludibles referencias valorativas como factores no inherentes al objeto, no absolutos, universales e inmutables, sino condicionados subjetivamente, culturalmente y siendo así, cómo se justifica que esta corriente elaborase una noción de omisión en donde no participa el contenido de la voluntad, en donde precisamente, se da el material de análisis del sentido que sujeto le da a sus conductas.

Con un concepto de voluntad, vacío de contenido, los neo-causalistas elaboraron sus definiciones sobre la omisión. Así, M. E. Mayer precisó que la omisión niega la actividad, pero no la acción. Pues para la acción – continúa el

jurista – es esencial una voluntad de realización , causalmente, la técnica de esta voluntad de realización.

Pero, al igual que es indiferente con qué músculo se inserta la voluntad en el mundo exterior – concluye el autor - tampoco importa si lo querido se estampa exteriormente en un movimiento corporal o en una inactividad corporal. sin embargo, ayer fue inconsecuente con su teoría, pues a la omisión culposa lo entiende como una especial categoría de delitos sin actuación de voluntad, conllevando una ruptura, ya no a nivel del comportamiento (en el sentido de Radbruch) sino en el tipo, que según Mayer es el primer elemento del delito, debiéndosele definir como un suceso.

Mención aparte merece el concepto de Mezger, el cual, partiendo de la teoría de la acción esperada, rechaza un objeto prejurídico para el mandato y liga la esencia de la omisión a la acción no realizada que es preciso representarse y suponer mentalmente para afirmar la existencia de una omisión. Con ello se afirma la relatividad de la omisión a una representación. De esta manera, se funda un concepto amplio de acción que alcanza también a la omisión, que pertenecería a un plano normativo constituida por un mero juicio.

No obstante, se le critica a Mezger por la indeterminación de ese algo esperado, a qué plano pertenece ese algo, o, mejor dicho, de qué naturaleza es. Una búsqueda tal llevará a soluciones tan objetable como la de Mezger, que pretendió, artificialmente, convertir en un hecho, una acción meramente pensada. En suma, si bien para la estructura general de la teoría del delito, el neocausalismo introdujo criterios distintos al causalismo clásico, en lo que respecta al contenido de figuras específicas, como es el caso de la omisión, al mantener un esquema conceptual que descansa en la causalidad y en la escisión de la expresión de la voluntad con el contenido de la voluntad, origina una definición ontológica – causal de la omisión similar al de la fase anterior, por lo que, participa de las mismas

críticas elaboradas contra la corriente causalista – naturalista, a la que nos hemos referido en el anterior punto.

1.2.3 El finalismo

El rechazo a la escisión de la voluntad con su contenido fue una de las consecuencias derivadas del método del finalismo. Para esta corriente, no se trata de incorporar la valoración en el proceso de construcción categorial, y menos por cada sujeto en particular, lo que conduciría a un rechazable relativismo y subjetivismo; más bien se trata de advertir la dimensión de sentido inherente a la realidad, sus estructuras lógicas – objetivas, y a partir de ahí, concluir cuál es la regulación jurídica que debe darse a los diferentes problemas penales. El método seguido – una vez sentadas las premisas ontológicas – será de naturaleza deductiva – abstracta.

Sin embargo, lo que se discute del método del finalismo es si, es uno puramente ontológico o más bien responde a ciertas premisas previas de índole normativa; y esto no es baladí, porque la posición que se tome incide en la ubicación del concepto finalista de la omisión, esto es, de corte ontológico o normativista.

Al respecto, tenemos la posición de Laura Zúñiga, la cual, afirma que el pensamiento de Welzel sería uno ius-naturalista y que, el mismo, distinguía entre un derecho natural ideal y otro existencial. “su pensamiento (se refiere al de Welzel) no se aparta del ius naturalismo existente en el kantismo, sino que concibe dos derechos naturales, uno ideal, eternamente válido, cognoscible por la razón y otro existencial, condicionado por la experiencia vital de la existencia”.

Por otro lado, y crítico a posiciones como el de Laura Zúñiga y de toda aquella postura que etiquete al finalismo como un método ontológico, dado que, considera como un grave error reducir al finalismo a un sistema “ontológico”, pues

el finalismo – según este jurista – es un sistema fundamentalmente valorativo, aunque con la particularidad de que, a diferencia del normativismo imperante, es un sistema de normatividad objetivo y no, como aquél, uno en que la normatividad sólo es construida mediante el frágil instrumento de una intuición puramente subjetiva que opera sin el mínimo asidero material, y sólo con el impulso de la oportunidad y de lo conveniente históricamente.

Para gracia, los fundamentos reales del método del finalismo son de carácter sintético, esto es, óntico-axiológico, o real-normativo, en virtud de su aspiración a lograr una plausible fusión de realidad y valor. Al respecto, indica lo siguiente: “el método del finalismo consiste básicamente en que a partir de la contemplación de la función y de los fines del derecho penal, procede a identificar los fenómenos reales que interesan al derecho penal, para analizarlos en sus estructuras y sintetizar después los resultados del análisis, y todo ello con el fin de conocer el fenómeno en su unidad y en su realidad para poder fundirlo con los valores jurídicos correspondientes”.

Asimismo, para Rueda Martín, “el finalismo en modo alguno se limita a señalar el carácter ontológico de la acción humana, sino que lo que hace es ordenar la materia antes de efectuar las valoraciones a través del concepto ontológico de la acción (imputativas) a la que añade, posteriormente criterios de significación social extraídos de la realidad social”.

Frente a ello, hay que distinguir lo siguiente, que el punto de partida de la construcción finalista se halla en la concepción retributiva de la pena y del derecho penal como mecanismo dirigido a la protección de valores ético – sociales de la acción. en la base de la argumentación Welzeliana se halla la idea de que el derecho no está constituido por meras normas de valoración, sino que tiene la misión de influir sobre el comportamiento humano (de constituir una fuerza configuradora de la vida social) y, por tanto, dirige a sus destinatarios mandatos y

prohibiciones de conducta; al ser la conducta humana el objeto de sus normas, el derecho queda vinculado a las estructuras del ser de aquélla.

En esa medida, es cierto que en el origen de las cadenas argumentativas del finalismo se insertan consideraciones que no son de naturaleza estrictamente ontológica. Más ello no puede conducir a negar que lo decisivo del finalismo es que, una vez determinadas del mundo apuntado las estructuras lógico – objetivas, éstas – es decir, un criterio apriorístico y no teleológico – vinculan estrechamente a la construcción dogmática. Por ende, la lectura que pretenden dar es la relación entre la esfera ontológica (del ser) con la normativa (deber ser), en donde, el primero funge como un límite a las valoraciones jurídico – penales en el ámbito del injusto y de la culpabilidad.

Sin embargo, nadie duda que el pensamiento de Welzel no fue establecer límites al normativismo, sino, por el contrario, la más importante conclusión que Welzel deduce de la asignación del derecho penal del orden de pensar es el carácter final de la acción como concepto prejurídico, una estructura lógica – objetiva a tomar en cuenta per se. Y por esta razón, ubico la noción finalista de la omisión en el ámbito del ontologismo. En lo que respecta al delito de omisión, el finalismo adoptó un punto de vista ontológico; es decir, pretende aprehender la estructura lógica-objetiva del ser del hombre, del actuar y del omitir, que determina el juicio subyacente a la norma y al injusto, originando un concepto negativo – transitivo de la omisión, en donde quien omite es aquel que no realiza una acción final, pese a tener capacidad de acción.

No obstante, el propio Welzel, descubrió que el tema no era fácil, porque con el transcurrir del tiempo, ha ido variando su pensamiento en relación a la naturaleza de los delitos de omisión. En un primer momento considero que la omisión era un problema concretado en la voluntad, luego considero que la omisión era un problema de finalidad y causalidad potencial de la persona. Pero fue Kaufmann, quien hizo los mayores estudios de la omisión en el campo del

finalismo. Así, expresión de aquel primer momento que se ha hecho alusión, lo encontramos en la siguiente afirmación de Welzel: “en la omisión, el sujeto no ha causado, por cierto, esa formación de realidad en el sentido causal naturalista, pero sí ha sido un efecto, en el sentido de la formación finalista del porvenir, a través del medio de la omisión...por cierto, la omisión no puede “causar” nada en el sentido naturalista, pero la voluntad como factor de una formación finalista del porvenir puede acarrear una formación determinada realidad a través del dejar acontecer las series de evolución confiadas a él”.

Posteriormente Welzel reestructura su noción de omisión; así en esta segunda etapa, el finalismo elaboró, para armonizar el concepto de acción final con el de omisión, -pues la acción y la omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la “conducta” susceptibles de ser regida por la voluntad final- una no finalidad por una finalidad potencial y la no causación por una causación potencial, que no fueron más que confesiones de insuficiencia o falta de elaboración. Es decir, que se acepta que la omisión en sí misma no puede existir, que verdaderamente sería una nada, con lo cual el concepto de omisión sólo cobra vigencia en la medida que está referida a una determinada acción. Por lo tanto, Welzel, ha dicho que “...la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno “limitado”: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida”.

En la última etapa, la labor de Armin Kaufmann fue definitiva; así introdujo un nuevo elemento en su concepto de omisión, para encontrar un elemento común con la acción: la capacidad de acción, pero solventado con un dato más: el aspecto intelectual. En ese sentido, en la versión acabada de la doctrina finalista de la omisión, ésta no es el simple no hacer algo (mandado, esperado, posible, etc.), sino que, denota el no hacer una acción final, teniendo capacidad de acción,

esto es, la capacidad de formular decisiones, dirigirse de acuerdo lo decidido, contando con los medios (físicos) para hacerlo posible.

Por tanto, el énfasis está dado por el conocimiento y la posibilidad de actuar, sobre la base de ese conocimiento. Así, por un lado, en una faceta interna, esto es, el conocer; en donde el conocimiento de la situación no debe ser solo posible sino un conocimiento real, efectivo, esto es, un saber seguro, y no una mera posibilidad de conocer.

Al respecto Armin Kaufmann partiendo que la omisión implica no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta, concluye que esta capacidad de acción (concepto que tiene la función de servir de común denominador entre las nociones de acción y de omisión) se traduce como finalidad potencial. Estas acotaciones fueron recogidas por Cerezo Mir, para quien entre la acción y la omisión la única nota común es la capacidad de acción; y siendo así, “la omisión es la no acción con posibilidad concreta de acción, es decir, la no realización de una acción finalista que el autor podía realizar en la situación concreta”.

Sin embargo, cómo concordar esta finalidad potencial con la exigencia de un conocimiento real, dado que, si la finalidad es solamente potencial, debería ser lógico, la sola exigencia de una posibilidad de conocer. Asimismo, si lo decisivo si hay un deber de estar atento a fines de la acción cognoscibles, se dejaría sin sustento la punibilidad de la omisión por culpa inconsciente, en donde, precisamente, lo que falta es un conocimiento efectivo, real; y en ese orden de ideas, el sujeto que, desconociendo la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico pero pudiéndola conocer, no actúa debería quedar impune.

En suma, la exigencia de un conocimiento real y actual conllevaría a indebidas consecuencias, como el ejemplo señalado, y sobretodo el origen de

contradicciones en el seno de la doctrina finalista en donde, por ejemplo, la noción de culpa descansa en una finalidad real y no potencial.

Por otro lado, la capacidad de actuar presenta, como faceta externa, el poder actuar (obviamente, en función a lo que se conoce), acercándose a posiciones como la de Radbruch, y siendo partícipe de las críticas elaboradas al criterio de la posibilidad física – objetiva como delimitador de la noción de omisión, dado que, carece, justamente, del poder limitar los contornos de esta figura, cayendo en una progresión ad infinitum, puesto que, un sin número de posibilidades de actuar puede originarse, implicando a todos aquellos hipotéticos intervinientes y, por ende, merecedores de un reproche penal.

Finalmente, cabe indicar un último intento dogmático por parte del finalismo en la noción de omisión, esto es, el principio de inversión. Así, si dogmáticamente, y ya que la omisión no es acción (o es no – acción), los delitos omisivos se caracterizan por el principio de inversión de las particularidades de los delitos de comisión. De ahí por qué no hay en los delitos de omisión causalidad ni finalidad, ni voluntad de realización, ni dolo en sentido propio, sino, a lo sumo, algo así como un cuasi – dolo.

Este postulado se origina por la conclusión de Radbruch consistente en postular la irreductibilidad de la acción y omisión en un concepto superior:

“como es cierto que un concepto y su opuesto, igual que es cierto que la afirmación y la negación, a y no a no pueden ser incluidos en un concepto común superior; asimismo es cierto que también la acción y la omisión deben estar separadas la una junto a la otra”. En ese orden de ideas, Welzel afirmó que la acción y la omisión se comportan como a y no a, posibilitando a Armin Kaufmann la realización metódica de la división del sistema en dos partes, según el llamado principio de la inversión, en el análisis de la omisión de las reglas desarrolladas para la acción.

Esquemmatizando lo señalado se puede decir que, la tipicidad, por ejemplo, que en la comisión consiste en que la acción concuerde con la descrita en el tipo prohibitivo, en la omisión se aprecia en sentido contrario: la acción es típica cuando no coincide con la mandada por el tipo prescriptivo. Con todo estas peculiares inversiones no parecen ir más allá del tipo, ya que, según Welzel, la antijuridicidad y la culpabilidad de los delitos de omisión no presentan características especiales: la primera será la omisión típica no justificada, y dado el tipo de injusto se dará también la culpabilidad si el deber de actuar (que no pertenece a la estructura del delito de omisión, como el deber de omitir no pertenece a la estructura dogmática del delito comisivo) le era reconocible al autor y su cumplimiento le era exigible.

No obstante, en este punto es más notorio la renuncia por parte del finalismo de sus propios presupuestos, esto es, si el sistema penal debe erigirse sobre la base de las estructuras lógico – objetivas, y siendo una de esas estructuras es la presencia de una finalidad inescindible en el comportamiento humano, entonces cómo negar a la omisión toda presencia de ¡finalidad!, aun más cómo justificar figuras como el cuasi – dolo, en donde se elimina la voluntad y se deja en el puro aspecto conativo.

En ese orden de ideas, el principio de inversión tornaría a la omisión ciega y solo a la acción vidente; así como, revelaría como posiciones de base ontológicas, como el finalismo, es incapaz de elaborar una noción de omisión, sin caer en la renuncia a sus propias premisas metodológicas. Por tanto, la conclusión es que ni el concepto de capacidad de acción, ni el principio de inversión, resultan apropiados para establecer una noción de omisión y, por ende, la materia de una valoración jurídica. El plano ontológico se revela, en este punto, incapaz de proporcionar una solución al problema.

1.2.4 El post finalismo

En este punto se analizará la posición de Zielinsky, el cual, se caracteriza por tratar de llevar el esquema finalista a sus últimas consecuencias. El punto de partida de este autor lo constituye una valoración del papel del resultado en los delitos de omisión. En su opinión, las normas sólo pueden mandar o prohibir acciones y no resultados. De ello, desprende la conclusión de que objeto del mandato no será la salvación (por ejemplo), que es un resultado y como tal, depende del azar, sino la realización de una acción con tendencia de salvación, en la que la idoneidad o potencia objetiva de resultado no juega papel alguno. A partir de estos presupuestos, observa Zielinsky que el concepto de capacidad final de acción de Kaufmann no es el que se deriva del concepto final de acción, sino que contiene, además, los elementos de la capacidad de resultado, de la realización con éxito de una acción.

Frente a esto, entiende, que la capacidad de acción final no requiere de elementos objetivos, sino que lo esencial es la finalidad del sujeto, aún cuando esté movida por representaciones erróneas de la realidad. En conclusión, para la capacidad de acción, en sentido final, basta con la capacidad de tentativa, es decir, con que el sujeto pueda plantear y realizar una acción que toma por idónea (para la salvación, por ejemplo). Y en ese orden de ideas, el ilícito del delito de omisión está estructurado de modo plenamente correspondiente al de los delitos de comisión; así como, éste reside exclusivamente en la comisión de una acción final con tendencia a la lesión del bien jurídico, así también aquél consiste únicamente en la omisión de una acción final con tendencia al salvamento del bien jurídico. La crítica a esta concepción estriba en que al convertir la omisión de no realización de una acción posible en no realización de una acción pensada como posible, amplía hasta límites muy elevados de inconcreción el ámbito del concepto de omisión. Asimismo, se la puede objetar en el sentido que, como el omitente no es causal respecto del resultado, por tanto, no dirige ningún curso causal, así como, no puede actuar de modo final.

En suma, estas observaciones comulgan con el rechazo total de concepciones del injusto como el de Zielinsky, dado que, si bien se reconoce que una vez lesionado el bien jurídico protegido (penalmente), el derecho penal (cuando intervenga) no lo podrá restituir a su estado anterior a la lesión, por lo que, su intervención debe dirigirse primeramente a la evitación de acciones, también deberá reconocerse que en un estado social y democrático de derecho sólo se deberá tener en cuenta la afectación al bien jurídico (ya sea en su real afectación o por lo menos tentado) para fundamentar el injusto; por tanto, se debe tomar en cuenta tanto a la acción como el resultado.

1.3 Análisis de las teorías de la omisión

La omisión, desde el punto de vista de las definiciones del ontologicismo, es el no hacer (nada, en sentido intransitivo, algo, en sentido transitivo), y como realidad pre-jurídica su concepto se elabora fuera del ámbito del tipo (aunque para dotarla de sentido, allí si se requerirá acudir al tipo penal); y esto último que aparece como conclusión es, justamente, la premisa de la equivocación de esta tendencia.

En efecto, la omisión, desde el plano de la ontología, no existe; esto es, en el mundo del ser sólo hay acciones; lo que comúnmente llamamos omisión es la acción no desplegada y sustituida por otra; es decir, la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. Por el contrario, la omisión es un juicio (interpretación) negativo de algo realizado. Este juicio tiene como referencia los roles de las personas (de corte jurídico con referencia a la organización del comportamiento y a las institucionales sociales) como lo veremos más adelante; dado que, la sola posibilidad de hacer algo, como propiedad del concepto omisión no es suficiente.

La única forma óptica es lo real (lo sucedido); lo que se dejó de hacer (alternativas de acciones) son sólo hipótesis infinitas, por tal, su concreción es irrelevante para el derecho penal. Cuando se prescinde de la indispensable referencia normativa que demanda la omisión, se cae en la aparente paradoja de que la omisión es una acción, que se disuelve cuando se establece la adecuada distinción entre pragma y tipo y, por ende, se advierte que la omisión es una forma típica de prohibir acciones.

Como el punto de referencia del juicio (interpretación) negativo (omisión) es el tipo penal, la relevancia de la omisión se encontrará en el tipo y su contenido delimitado por instrumentos jurídico – penales (como el de la imputación objetiva) que respeten el concepto y contenido normativo de la omisión; y esto último fue lo que no realizó las concepciones anteriormente analizadas. Así la dogmática causalista fracasó al tratar de analizar la omisión a través de la causalidad (que se estudiará en el siguiente punto), así como, de la figura de la posibilidad, el cual, peca de ambiguo y, por ende, incapaz de ser un criterio delimitador de la omisión.

Asimismo, la doctrina del finalismo fracasa al fundar la omisión en nociones como la finalidad potencial, la cual, como se ha indicado, contradice con la exigencia de conocimiento real, esbozado por el finalismo. Al respecto, Fernández Carrasquilla acota lo siguiente: “su realidad específica no ha podido ser captada por el causalismo (no es un proceso causal) ni por el finalismo (no es sobredeterminación de un proceso causal”. De este modo se puede apreciar que, desde el plano del ontologismo, no se puede elaborar una definición de la omisión, esto es, tomando en consideración el modo real en que se desenvuelve el comportamiento humano, porque de ello resulta que todo movimiento corporal del hombre se puede ver como acción (en el sentido de hacer algo), ya como omisión (no hacer algo).

Si lo decisivo del actuar humano es ir continuamente eligiendo entre alternativas, resulta evidente que el hacer algo constituye, a la vez, omisión de la

alternativa. Ello vendría a indicar que conceptos como los de acción y omisión no se limitan a describir la realidad, sino que, más bien, la interpretan. Por tanto, son erradas aquellas posiciones que elaboran conceptos de la omisión partiendo de su referencia con el mundo real. Así tenemos, a Baumann, para quien la abstención, el no movimiento del hombre, que le era posible realizar a éste, queda relacionada con su entorno y adquiere el alcance de una especial proyección del sujeto en ese mundo. Y son erradas porque la noción de omisión – útil para la estructura de la teoría del delito – no parte de criterios naturalísticos, sino que, la significación depende de la regulación legal de la estructura de cada tipo penal. En España, actualmente, aún encontramos autores que postulan un concepto ontológico de la omisión.

Así, Gracia Martín, precisa que “acción y omisión constituyen realidades diversas, irreductibles e incompatibles en la esfera ontológica”. Asimismo, Serrano Maillo, partiendo del carácter irreducible de la comisión y omisión, indica que son realidades distintas ya a nivel ontológico, o sea previas a lo jurídico, entidades separadas y diferenciables ya en este nivel.

Sin embargo, en derecho penal, sólo puede producirse en la esfera de lo típico, pues ninguna otra interpretación (así, expectativas sociales, etc.) Tienen carácter prejudicial de la interpretación penal. En un primer nivel se da una realidad interpretable (conducta), y, en un segundo nivel, se dan interpretaciones (comisión y omisión: tipicidad). En efecto, es posible construir sobre una misma realidad empírica enunciados que expresen omisiones muy diferentes; esto es, una misma realidad puede verse sometida a distintas interpretaciones (atribuciones de contenido de sentido). No obstante, esto no es privativo de la omisión.

También en la actividad una misma realidad puede recibir esas diferentes interpretaciones, es decir, según la perspectiva adoptada puede atribuirse un contenido de sentido diferente: la interpretación como un hacer activo determinado

es una de las posibles atribuciones de sentido que pueden darse a una realidad; esa misma realidad puede interpretarse como otras acciones u omisiones de diferente signo. Al provenir los conceptos jurídicos del deber ser están referidos a valores.

Por ello, según Roxin, y de un modo aún más pronunciado según Jakobs, la esfera ontológica no puede proporcionar la materia ni los conceptos jurídicos, pues si las regulaciones jurídicas tienen objetos y contenidos esencialmente normativos, entonces sólo es correcto determinar el objeto del derecho penal en función de las valoraciones y de los fines de éste. En este sentido, el legislador y el derecho penal serían completamente libres para crear sus conceptos, y tiene que ser precisamente en esta libertad donde sean contruidos de un modo racional teleológicamente, esto es, normativamente.

En ese orden de ideas, la diferencia fundamental, entonces, entre el delito comisivo y el omisivo está en las reglas que rigen la verificación de la adecuación típica.

Mención especial merece la teoría de Maurach, la cual distingue entre acción comisiva y acción omisiva. Para Maurach, en el plano ontológico sólo hay acciones – término equivalente a conducta humana – dominadas por la voluntad dirigente, las cuales, pueden llegar a un objetivo tanto por medio de la actividad corporal propia, o bien, por inactividad corporal desde un plano de valoración jurídica.

Este aparente acercamiento a la posición tomada en el concepto de omisión es solo eso, aparente, dado que, Maurach pretende hallar una solución entre la dicotomía de a y no a en la consideración de la acción en la omisión, como una mera categoría jurídica, lo que significa una dicotomización del concepto mismo de acción, o sea, entendida como una realidad en el tipo activo y como una categoría jurídica en el omisivo. La fórmula clásica refleja una concepción que sitúa la acción y omisión en el mismo plano sistemático (sea éste el del ser -conducta o

comportamiento humano - o el de las realidades normativas – tipicidad -). Sin embargo, omisión presenta un plano normativo, y sólo la acción presenta un ámbito prejurídico; esto es, en el plano pretípico solo existen acciones o conductas; en tanto que en el plano típico existen dos estructuras al respecto, una que prohíbe las conductas que describe (activa) y otra que prohíbe las conductas distintas de las que describe (omisiva).

En efecto, los conceptos de acción y omisión no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos. En el plano del ser, sólo hay procesos causales, algunos de los cuales, que son capaces de sentido, esto es, interpretables y no meramente explicables, reciben el nombre de acciones. Estas, al ser contempladas desde perspectivas normativas (es decir, a partir de algún sistema de normas, sea éste del género que sea), pueden manifestarse como comisiones o como omisiones. No obstante, en este apartado no se quiere afirmar que toda fundamentación ontológica del sistema penal es equivocada.

Por el contrario, planteamiento de ese corte como el finalismo ha brindado aportes a la dogmática jurídico – penal de invalorable cuño; y en ese sentido, cabe destacar, como el finalismo ha visto correctamente que las representaciones y los objetivos del autor juegan un papel importante en la determinación del injusto penal – y las mismas serán tomadas en cuenta cuando se analicen las reglas de la imputación objetiva aplicables al tipo de omisión impropia.

No se ha querido demostrar la inviabilidad de un concepto de omisión de corte ontológico; sino, plantear que el sistema jurídico – penal aplicable, por ejemplo, a la omisión, tenga un corte normativo delimitado, tanto, por criterios de política – criminal, así como, los datos empíricos que la realidad brinda; esto es, vinculación entre normativismo y la referencia a lo empírico. En ese sentido, se apoyan las siguientes palabras de Roxin: “el sistema penal no debe, entonces, proveer deducciones de conceptos normativos abstractos ni tampoco ser un reflejo

de leyes ontológicas, sino constituir una interconexión de ideas centrales de política criminal que penetran en el material jurídico, lo estructuran y posibilitan soluciones a los problemas adecuadas a la peculiaridad de estos”.

CAPÍTULO II

2. La relación de causalidad en la omisión

2.1 Definición

Desde la concepción del delito por Franz Von Liszt aparecen como características típicas:

- 1) la acción
- 2) el resultado y
- 3) la relación de causalidad

Las cuales, originan una clasificación de los tipos penales. En lo que respecta a la cuestión de la causalidad, se recuerda las palabras de Binding en que el derecho distingue la voluntad humana como causa de todas las otras causas. El hombre causa una modificación cuando desencadena un movimiento en dirección a un fin y logra aumentar la fuerza de este movimiento de manera tal que supera los obstáculos que nunca faltan.

Sin embargo, el tema de la causalidad ha sido objeto de comentario de importantes filósofos como Platón, Aristóteles o Santo Tomás de Aquino; siendo los trabajos de Stuart Mill, la primera consideración sistemática de la causalidad en el derecho penal. En la actualidad se habla de un “principio de causalidad”, dado que, la forma de conocimiento humano aplicable, como evidente e inmediata, es la estructura lógico – formal de la causalidad, la cual, puede explicar la relación que existe entre una acción como causa y un resultado.

Es decir, el principio según el cual a toda causa le sigue un resultado se denomina principio de causalidad y a la relación entre dicha causa y su resultado, relación de causalidad. Así pues para poder atribuir un resultado a una persona

como consecuencia de su actuar, es preciso determinar si entre ambos – acción y resultado – existe relación de causalidad desde un punto de vista natural, para a continuación, determinar la existencia de un vehículo jurídico entre ambos.

En lo que respecta a la omisión, con la entrada del pensamiento científico – natural en la teoría del derecho penal, se iniciaron a mediados del siglo XIX los intentos de resolver el problema de la equiparación mediante la prueba de una auténtica causalidad de la omisión respecto al resultado producido. No obstante, la situación es que la causalidad es un concepto ontológico; siendo la dificultad el elaborar una fórmula adecuada que permita decidir en qué casos existe causalidad y en cuáles no.

En ese orden de ideas, ¿será posible encontrar un elemento ontológico, como es la relación de causalidad, en la omisión, la cual, es normativa? a continuación, se analizarán aquellas opiniones que consideraron como posibles la concurrencia de la causalidad en la omisión; para ello, comenzaremos a describir, sucintamente, como los modelos: causalista, neocausalista y finalista, pretendieron encontrar esa concurrencia; para luego, analizar las teorías causales, por un lado genéricas, y por el otro lado, especiales, que trataron este tema.

En la teoría causalista clásica, la imputación se redujo a la determinación de causalidad, y la teoría que sirvió para la explicación de este elemento fue la equivalencia, según la cual un resultado es la consecuencia de todas las condiciones que han contribuido a su producción. Asimismo, la teoría causalista clásica contempló la relación de causalidad como un elemento de la acción previo al tipo; surgiendo así el denominado dogma causal.

En efecto, la antigua teoría causal – naturalística de la acción ve en la acción humana un suceso causal, por el cual sólo debe interesar el movimiento corporal provocado por un acto voluntario, con sus consecuencias en el mundo externo, y no en el sentido social del suceso.

Y en lo que respecta a la omisión se tiene que, en la medida en que el punto de partida del modelo de teoría del delito ofrecido por los causalistas clásicos, estaba constituido por conductas vinculadas causalmente a un resultado típico, su preocupación central estuvo constituida por encontrar un denominador común para la acción y la omisión en el ámbito de la causalidad.

La explicación de Beling, para quien un movimiento corporal voluntario podía consistir en un hacer (acción positiva) como por ejemplo levantar la mano, o en un no hacer (omisión) ofreciendo el ejemplo de una distensión de músculos, ni siquiera tuvo consenso aún entre quienes consideraron cautivadora la claridad y consecuencia de la sistemática del positivismo.

Frente a esta imposibilidad del modelo causal, es que, como se indicó en el punto anterior, Radbruch fortalece su posición de la imposibilidad de un supraconcepto que abarque a y no a. Sin embargo, lo cierto es que el modelo causal no ofrece razones por las cuales afirmar que en la omisión es posible identificar una relación de causalidad. Por otro lado, está la teoría neoclásica, la cual postulaba que a través de un estudio empírico de la realidad no se pueden encontrar fundamentos normativos para su valoración y como consecuencia, a nivel del tipo, había que separar la causalidad de la imputación, porque de la causalidad como dato empírico no podían desprenderse juicios de valor propios de la responsabilidad penal.

Cabe mencionar que, la perspectiva neokantiana no abandonó las categorías naturalistas. En efecto, llega entonces a sostener que si bien acción y omisión no constituyen lo mismo en el plano ontológico, las mismas pueden equipararse jurídicamente; de tal manera, la omisión (específicamente la impropia) puede ser equiparada normativamente a la acción causal del resultado. Por tanto, aunque distintos en el ámbito ontológico o del ser real, tanto la acción como la omisión llegan a equipararse en plano de los valores.

No obstante, el problema estuvo en que en general esta posición siguió en sus fundamentos aferrados al naturalismo, por lo que, se continuó sosteniendo que el objeto de la prohibición era únicamente la causación de resultados (en el sentido naturalista del término), quedando la omisión entonces excluida (en principio) de la misma.

En lo que respecta a la teoría finalista, ésta indicaba que el comportamiento humano se caracteriza porque el hombre, con fundamento en su saber causal, tiene capacidad para dirigir el curso de los acontecimientos hacia la consecución de determinados fines. Sin embargo, los finalistas niegan que su concepto de acción coincida con el causal y, es que finalidad es algo más que simple voluntad o querer el comportamiento.

En lo que respecta a la omisión, los finalistas afirman que entre la omisión y el resultado no puede existir ninguna relación de causalidad, entendida como causalidad material. En efecto, Armin Kaufmann se refirió a una causalidad potencial, y Welzel hizo referencia a una fórmula causal eurística y a la posibilidad física de evitar el resultado. Para el finalismo, las omisiones, si bien no podían encuadrarse en el tipo que describe la causación del resultado, eran equiparables al mismo, por lo menos aproximadamente en el merecimiento de pena. Para Kaufmann tal equiparación se haría en el plano normativo y de ninguna manera supondría que exista correspondencia dogmática.

Lo único que los vincula es que se encuentran referidos a un mismo bien jurídico y que se castigan con la misma pena.

Sin embargo, desde esta perspectiva, el problema de la omisión se mostró como fundamentalmente axiológico, discurrendo por el plano del merecimiento de pena, y sin mayores asideros dogmáticos que el deber de garante, el cual, será estudiado más adelante. Como se puede apreciar, estas teorías no pueden ofrecer un argumento que permita afirmar la presencia de una relación de causalidad en la

omisión. En efecto, encontrar un denominador común a la acción y a la omisión en el ámbito de la causalidad es una tarea infructuosa, porque desde el plano de la causalidad no es lo mismo matar que impedir morir, que entre una omisión y resultado típico no existe un nexo causal, quien nada hace no puede desencadenar ningún proceso causal.

A continuación, comprobaremos si esta conclusión es posible mantenerla luego de analizar las teorías causales tanto genéricas como específicas, elaboradas para este punto.

2.2 Teoría de la equivalencia de las condiciones y la condición sine qua non

La teoría de la equivalencia de las condiciones consiste en una visión naturalista de la causalidad, que afirma la existencia de ésta cuando haciendo abstracción mental de la condición puesta en juego por el agente desaparece también el resultado relevante, es decir, éste no se habría producido en su forma concreta.

Por ello, todas las condiciones del resultado son causa, recibiendo la misma consideración a efectos penales. Se relaciona directamente con la fórmula de la conditio sine qua non, en este punto, se analizará esta concepción, tanto en su versión clásica, así como, moderna.

2.2.1 Tesis de Von Buri

Esta versión de la teoría de la condición o de la equivalencia de las condiciones, sostiene que es causa de un resultado toda condición de la cual ha dependido su producción, con independencia de mayor o menor proximidad o importancia; puesto que, según esto, toda condición de resultado es igualmente causa del mismo; se habla, por tanto, equivalencia de condiciones.

En efecto, para esta corriente, cada una de las condiciones que contribuyen para el surgimiento de una consecuencia debe ser considerada como su causa, de tal manera que ninguno de los varios factores determinantes del resultado tiene una importancia superior a los demás sino que, por el contrario, poseen todos un valor equivalente, pues solo su conjunción posibilitó el resultado.

La cuestión de cuándo una conducta ha sido condición del resultado se suele resolver mediante la ayuda de una fórmula heurística de carácter hipotético: la fórmula de la *conditio sine qua non*; según esta concepción será causa de un resultado cualquier condición que suprimida mentalmente haga desaparecer el resultado.

La aplicación de la fórmula de la *conditio* exige, ante todo, aislar un derecho penal y criminología, resultado concreto y elegir una determinada condición antes de preguntar si esa condición ha causado el resultado. Pues si no se hace esa modificación, nada impide encontrar otra condición que, en ausencia de aquella, cause el resultado.

En lo que respecta a la causalidad en la omisión, Von Buri consideró, en un primer momento, que la omisión que sigue a una acción precedente es causal cuando elimina una condición obstaculizante del resultado típico originado por dicho actuar precedente.

El autor, ha depositado en su actuar precedente la voluntad de evitar el posible resultado dañoso que de la misma se deriva, por lo que hay que reconocer que en dicho actuar se da una condición desfavorecedora de tal resultado.

Cuando se despierta en él la voluntad de querer lo contrario, reprime con ella su primitiva voluntad, esto es, la condición desfavorecedora del resultado presente en el actuar precedente.

De manera que la causa del resultado está en esa represión de la voluntad originaria de evitar el resultado amenazante.

Sin embargo, se afirma que la causalidad en la omisión viene dada por el incumplimiento de un deber legal de evitar el resultado que incumbe a determinadas personas por el hecho de haber llevado a cabo acciones peligrosas.

Como se puede apreciar, el propio creador de la teoría de la equivalencia de las condiciones no puede aplicar su modelo de causalidad en la omisión, sino que, tuvo que transitar desde una causalidad en el actuar precedente hasta la inobservancia de un deber legal de actuar, conclusión que demuestra una confusión por parte de Von Buri entre relacionar sucesos con la posición (o deber) de actuar frente a los sucesos.

Por otro lado, se le critica a Von Buri el no especificar qué entiende por acciones peligrosas, extrayéndose más bien de la lectura de esta segunda versión de su pensamiento la idea de que toda acción, dadas determinadas circunstancias, puede llegar a considerarse peligrosa y, por lo tanto, que el deber de evitar el resultado es, en principio, inherente a todo actuar precedente, lícito o ilícito culpable o no. No da, pues Von Buri, explicaciones sobre cuando una acción precedente puede ser considerada peligrosa, fundamentando el deber de actuar cuyo incumplimiento hace llegar a este autor a la afirmación de la causalidad en la omisión.

2.2.2 Tesis de Mir Puig

Analizando las críticas a la versión inicial de Von Buri, tanto en los procesos de causalidad hipotética, como a los de causalidad cumulativa, Mir Puig, opina que, sobre la base del concepto de causa que ofrece la teoría de la equivalencia de las condiciones, la causalidad puede comprobarse partiendo del conocimiento de las leyes de la naturaleza, lo que bastará en los casos más simples, y utilizando

la fórmula de la *conditio sine qua non* cuando haya que analizar varios factores que según aquellas leyes puedan influir en el resultado y en los casos de causalidad indirecta o mediata, en lo que se interpone algún factor causal entre el resultado y la conducta examinada.

No obstante, en lo que respecta a la omisión, considera que es el juicio de imputación objetiva el instrumento a ser empleado; es decir, la omisión presenta como estructura:

- a) la situación típica;
- b) la ausencia de la acción; y
- c) la capacidad para realizarla;

Pero completada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo. Por tanto, se puede colegir que, a pesar que Mir Puig modifica el grado de aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones y su correctivo que es la fórmula de la *conditio sine qua non*, no puede afirmarse una relación de causalidad en la omisión.

2.2.3 Crítica a la teoría de la equivalencia de las condiciones y de la fórmula de la *conditio sine qua non*

Al respecto, se recuerda la observación hecha por Kart Binding, en donde hay que distinguir entre contexto condicional y verdadero contexto causa: la teoría que sostiene por ejemplo; que el carpintero que hizo la cama para la joven pareja y además el colchonero que proporcionó el colchón fueron coautores adúlteros de todos los niños que fueron concebidos en esta cama, es tan exageradamente ingeniosa que aún a los infradotados se les presenta como un extraño disparate.

Las críticas que se han elaborado a esta concepción son:

- A. Si toda condición del resultado es causa del mismo, también lo será la más remota que quepa pensar; un regresus ad infinitum.
- B. La fórmula hipotético – negativa de la teoría de la *conditio sine qua non* no sirve cuando se desconoce la virtualidad que pudo tener la supuesta condición (se desconoce si fue condición de resultado) se acusa a la fórmula hipotética de petición de principio que presupone el conocimiento de la eficacia causal de la supuesta condición.
- C. La fórmula de la *conditio sine qua non* falla en aquellos casos en que concurren a la producción de un resultado dos condiciones, de modo que cada una de ellas hubiera sido suficiente para producir el resultado.
- D. En lo que respecta a la omisión, la causalidad entendida como categoría del ser, debe concluirse que no hay un nexo de causación entre la conducta prohibida (la efectivamente realizada) y el resultado lesivo: si se suprime mentalmente esa conducta, el resultado queda igual.
- E. La fórmula de la *conditio sine qua non* desempeña en la cuestión de la causalidad de la omisión, un papel que ocasiona confusión; el comportamiento que ha de suprimirse mentalmente, en el hacer positivo, es un empleo de energía determinado, concreto, mientras que en la omisión es su negación; si suprimo mentalmente esta última, entonces, de acuerdo, con principio duplex *nagatio est affirmatio*, llego a la acción que se añade mentalmente, que por tanto es completamente idéntica, en cuanto a su sentido, a la omisión suprimida mentalmente.

2.3 Teoría de la causalidad adecuada

En una época de la evolución dogmática en la que no estaba perfilado suficientemente el principio según el cual sólo se responde penalmente de resultados subjetivamente evitables, se hacía imprescindible acotar la causalidad de la que se podía derivar directamente la responsabilidad penal de alguna

manera; para ello, la causalidad se recorta jurídicamente, excluyendo aquellas condiciones que no era previsible ni probable que causaran al resultado conforme a una prognosis ex ante realizada por un observador ideal con los conocimientos de un hombre cuidados y los especiales del autor (base de un juicio ontológico) conforme a la experiencia general máxima del momento (base de juicio nomológico). Estos son los postulados de la teoría de la causalidad adecuada, que a continuación se analizarán.

2.3.1 Tesis de Von Bar

En un principio, este autor, para quien no toda condición del resultado es causa en el sentido jurídico, sino sólo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado. De acuerdo con la formulación inicial que de esta teoría planteó Von Bar para el ámbito jurídico, debe reconocerse que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de diversas circunstancias sin cuya acción conjunta no podría ser explicado; pero consciente de la indefinición de dicho planteamiento, sostuvo Von Bar la necesidad de distinguir entre causas y condiciones, de tal manera que una condición adquiriría la categoría de causa solo cuando de acuerdo con la forma como regularmente se desarrollan los fenómenos conduzca a un resultado, es decir cuando de acuerdo con las reglas generales de la vida, de conformidad con la experiencia general, esa condición sea adecuada para la producción de un determinado resultado.

Al respecto, sin desconocer que en su momento representó un significativo aporte en el intento de limitar la exagerada extensión de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad adecuada no alcanza a solucionar casos en los cuales pese a lo improbable del curso causal y aún del resultado resulta innegable la existencia de una causa jurídicamente relevante (por ejemplo, la balística nos enseña innumerables casos en que la muerte se ha producido por una inimaginable trayectoria de los proyectiles al chocar contra partes sólidas del cuerpo humano).

En lo que respecta a la causalidad de la omisión, Von Bar afirmó que la omisión no puede ser, desde el punto de vista naturalístico o mecánico causa de un resultado, por lo que, la afirmación de su causalidad – que Von Bar sigue estimando necesaria de cara a la consideración de la omisión como una modalidad del delito comisivo, pensamiento éste característico de la época en la que este escribe – ha de discurrir por la vía de las valoraciones de índole jurídica, extraíbles del total ordenamiento jurídico.

Y en ese sentido, llega Von Bar a la conclusión de que la omisión sólo será causal respecto del resultado cuando la acción salvadora a realizar es tan evidente que todos los implicados la esperan, siendo dicha esperanza cognoscible al omitente. Como se puede apreciar, al igual que en la teoría de la equivalencia de las condiciones, el iniciador, para el campo del derecho penal, de la teoría de la causalidad adecuada, inaplica su propio esquema de causalidad en la omisión, buscando elaborar un esquema paralelo de causalidad, esto es, una para la acción y otra para la omisión, demostrando que, en un plano naturalístico, es imposible elaborar una teoría del delito unitario, puesto que, ni el concepto de acción y omisión, así como, su relación de causalidad presentan estructuras diferentes.

Si bien, no siempre un esquema unitario es el que presenta las mejores consecuencias, también es cierto que, diferenciar a través de premisas equivocadas es aún peor; y esto es lo que genera el estudio de la omisión desde una perspectiva naturalística. Frente a ello Von Bar pretende encauzar el análisis de la omisión a un baremo normativo - valorativo, esto es, estudiarla a través del criterio de la acción esperada.

En efecto, la no realización de la acción esperada, se transforma en un criterio normativo determinante de la causalidad en la omisión. Sin embargo, lo erróneo de esta conclusión está dado por la determinación de una categoría naturalística, cual es la de la causalidad, a través de un elemento normativo; esto

es, la relación de causalidad per se es un enlace ontológico, cualquier otra denominación: causalidad especial, causalidad jurídica, causalidad sui generis, es simplemente un fraude de etiquetas; por ende, si es una relación ontológica sólo su contenido podrá determinarse con criterios o elementos naturalísticos.

2.3.2 Crítica a la teoría de la causalidad adecuada

Las críticas que se han elaborado a esta concepción son:

La teoría de la causalidad adecuada adolece de una cierta imprecisión a la hora de concretar el nivel de los conocimientos ontológicos y nomológicos, que han de servir de base a la previsibilidad objetiva; es decir, de determinar cuáles sean las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente y sobre todo, cuál sea la experiencia común de la época sobre los nexos causales.

Solamente permite resolver los problemas de los llamados “cursos causales extraordinarios”; no constituye, en consecuencia, una explicación general de lo que es la conducta prohibida

Se limita a calificar los sucesos según criterios estadísticos o de causalidad habitual; no obstante, pueden existir condiciones que, a pesar de no ser calificadas como habituales, son relevantes para el tipo penal.

2.4 La causalidad hipotética

Mención aparte, merece la teoría de la causalidad hipotética, que a diferencia del procedimiento seguido por la equivalencia de condiciones que constata la causalidad, a través de la fórmula que, si el resultado desapareciera si se suprimiera la acción; en cambio, en el caso de la causalidad hipotética hay que

preguntarse si el resultado perjudicial se habría producido, incluso si el autor hubiera ejecutado el comportamiento Ordenado.

En efecto, para la causalidad hipotética se debe indagar por la posibilidad fáctica o capacidad abstracta que tuvo el sujeto de evitar el resultado, es decir, si la acción se hubiera ejecutado, se da por seguro, o por lo menos, como muy probable que el resultado no se hubiera producido. En la omisión, para esta teoría, lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino únicamente la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo, ya que hubiera concurrido en el caso hipotético de que hubiera podido evitar el resultado.

Para complementar el criterio de la causalidad hipotética, se ha recurrido a una condición suplementaria, consistente en reconocer la dimensión de causa de la omisión sólo cuando hay una gran probabilidad de que el resultado no se habría producido si el autor hubiera realizado el comportamiento exigido por la norma jurídica. Se le critica por la falta de precisión de la noción de probabilidad y, en particular, respecto al grado de intensidad que ésta debería alcanzar. Asimismo, se debe rechazar porque la causalidad requiere, como categoría del ser, una verdadera fuente de energía que sea capaz de aportar un despliegue de fuerzas, y esto falta precisamente en la omisión. A fin de evitar estas críticas se tiene la siguiente afirmación: que el criterio de constatación de la causalidad viene con la exigencia que, la acción imaginada hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

La razón para contentarse con esta probabilidad rayana a la certeza viene dada por que simplemente no es posible demostrar que algo que no existe – como el comportamiento omitido – hubiera evitado con plena y absoluta seguridad el resultado.

Sin duda en la omisión no cabe requerir, como en el hacer positivo, certeza absoluta respecto a la causalidad, puesto que su examen no puede hacerse conforme a un suceso real, sino sólo en relación con uno posible que escapa de todo cálculo seguro. Sin embargo, la medida de la inseguridad restante únicamente responde a la limitación de la capacidad humana de conocimiento.

Esto no significa, con todo, que en la omisión haya que emplear la teoría de la causalidad hipotética, dado que, situaciones límites, esto es, averiguar por la improbabilidad del suceso (en tipos de comisión o de omisión), se deben solucionar, a través de las reglas de la imputación objetiva. En efecto, la teoría de la causalidad hipotética nos lleva a operar no con juicios de necesidad causal, sino con juicios de probabilidad.

En este sentido, si se dice que la acción esperada hubiera impedido con probabilidad rayana en certidumbre el resultado típico, es afirmar simultáneamente en un porcentaje, aunque mínimo en los que la acción esperada no hubiese impedido el resultado, y aun así se condena por el delito de resultado cometido, por ejemplo, en comisión por omisión.

Por otro lado, esta teoría no deja de ser una presunción en contra del reo, dado que, sorprende la diferencia en el tratamiento de la relación de causalidad frente a los delitos comisivos de resultado, para los cuales se exige seguridad y no simplemente probabilidad, por más alta que ésta puede ser.

2.5 Análisis de la relación de causalidad en la omisión

Se puede colegir que los grandes modelos de desarrollo del dogma causal han sido incapaces de argumentar una relación de causalidad en la omisión. Aún está latente el hecho que, en lo que respecta a los delitos de omisión impropia, éstos resultan inadmisibles para una sistemática que nunca pudo explicar como

algo (resultado) podía ser consecuencia de la nada (una omisión), lo que permite entender los sucesivos fracasos del positivismo por encontrar en la omisión impropia, una acción causal que fundamentara la imputación del resultado.

Sin duda, las teorías causales, sólo con enormes inconvenientes podían ser trasladadas al ámbito de la comisión por omisión, por lo que se intentó formular unas teorías causales especiales, básicamente, la de la causalidad hipotética. Al respecto, podemos mencionar estas teorías especiales, o intentos fallidos por parte de un sector de la dogmática jurídico – penal. Uno de los primeros intentos fue el seguido por luden, para quien debía entenderse que la causa del resultado delictivo era la acción positiva realizada por el sujeto, mientras omitía la acción que hubiera impedido que el resultado se produzca. En efecto, luden vio el factor causal en que el omitente, al tiempo en que debió evitar el resultado, desarrolló otra actividad, y ésta es entonces la única causa del resultado delictivo.

De esta forma, luden, en el marco de la omisión impropia, señala que: a omisión de una conducta que hubiere evitado el resultado es idéntica, en el plano causal, a la causación del mismo a través de una conducta activa por lo que, lógicamente, ha de estar comprendida junto con ésta en la misma norma de la parte especial de la que directamente, sin necesidad de la existencia de un deber jurídico especial, se deriva su equiparación punitiva a la comisión. se aprecia, por tanto, que la tesis causal de la omisión de luden se basa en la conducta positiva coetánea o alternativa realizada por el sujeto.

Pero como es evidente, no siempre puede detectarse una acción alternativa (ej.: el niño murió de hambre mientras su madre dormía), ni cuando existe puede ser considerada causalmente relevante: la muerte del niño no puede ser atribuida a que la madre tejía, sino a la omisión de darle alimento. Además, tal acentuación de la acción coetánea llevaría a tener que considerar punible toda omisión, sin posibilidad de establecer al respecto limitación alguna.

Otro punto de vista fue desarrollado por las llamadas teorías de la interferencia, que pretendieron encontrar en la misma omisión la existencia de un componente activo.

Los numerosos intentos por afirmar la existencia de causalidad en la omisión, pueden sintetizarse en la idea de que la causa del resultado es el comportamiento desplegado por el sujeto, para interferir su impulso por evitar el resultado. Así, la idea de Binding para quien en una acción previa engendra la necesidad de actuar posteriormente, por lo que la omisión sólo debía ser apreciada como una parte de la ejecución de la acción prohibida. La acción previa impide y promueve el peligro al mismo tiempo, conduciendo así a la aceptación de la garantía, pero en el momento decisivo el sujeto que ha tomado sobre si la función garantizadora, voluntariamente no actúa.

Esa decisión del sujeto de no detener una causación puesta en marcha por él mismo, es lo que posibilitaría la causación por la llamada omisión. Afirmó Binding que todo cambio en el mundo exterior (resultado naturalístico) es el producto de la lucha entre las condiciones favorecedoras (positivas) del resultado y las condiciones obstaculizantes (negativas) del mismo; el resultado aparece (se causa) cuando las primeras vencen a las segundas; de manera que causación se identifica con modificación del equilibrio entre condiciones positivas y negativas del resultado, en beneficio de las primeras, y causa del resultado son las condiciones positivas en su preponderancia sobre las negativas.

Esa fundamentación fracasó por múltiples razones, ya que:

- a) hay casos en los que no existe ninguna acción previa garantizadora,
- b) presupone una voluntariedad que no siempre se presenta, especialmente cuando el autor quiere que el resultado se produzca, y

- c) cuando lo que se pretende es imputar un resultado mediando culpa sin representación, la voluntariedad del omitente no parece ser un dato esencial.

Por lo indicado, la tesis del actuar precedente se le debe observar, dado que, tampoco este criterio pudo prevalecer, ya que hay casos en los que no existe un obrar previo (ej.: la madre, que habiendo quedado embarazada en estado de inconsciencia, deja morir de hambre a su hijo). Pero más decisivo fue que la pretensión de fundamentar la existencia de causalidad fáctica en la comisión por omisión sobre la base del comportamiento previo del autor, nunca pudo superar el problema insalvable del dolo subsecuente.

En suma, las teorías causales del actuar precedente, del actuar coetáneo y de la interferencia son inadecuadas para establecer algún tipo de nexo causal en la omisión, debido que, la categoría de causalidad que estas teorías manejan no estaría en condiciones de explicar el fenómeno de la responsabilidad del omitente por el resultado acaecido, ya que se trataría de una categoría proveniente de las ciencias naturales y, como tal, libre de valoraciones, en tanto que la responsabilidad a título de omisión (propia e impropia) se desenvuelve en un terreno puramente normativo.

Por otro lado se encuentran aquellas teorías que rechazan la tesis de la causalidad hipotética, y precisan que la tipicidad de la omisión impropia dependerá de la prueba, es decir, de la certeza, y no de la hipótesis, de que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado.

Para Peña Cabrera, en los delitos de omisión impropia no cabe el nexo de causalidad, sino la imputación objetiva aplicable entre el comportamiento omisivo y el resultado producido. Finalmente, Villavicencio, acota que en la omisión no puede darse una causalidad física, por lo que, se debe recurrir a la (ya criticada) teoría de la causalidad hipotética, en el sentido que, aplicando la equivalencia de

las condiciones, si se agrega mentalmente la acción mandada y el resultado desaparece, quiere decir que la omisión es causal.

En ese orden de ideas, en el campo de la omisión también es aplicable la determinabilidad, pero no a través de la categoría causal, sino por medio de la categoría de determinación estadística. Esta determinación ofrece, lo que Pérez denomina la certeza estadística: la relevancia estadística del antecedente respecto del resultado típico, lo cual sólo podrá afirmarse si, acerca de tal relevancia, no existe ninguna duda. Para Pérez Barberá, la acción que se señala como omitida hubiese podido evitar el resultado es una cuestión que, como desde siempre lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia – aunque sin extraer de ello las consecuencias pertinentes –, sólo puede determinarse estadísticamente.

Fórmulas como las de "probabilidad rayana en la certeza" muestran esto con toda claridad. Es cierto – afirma el autor - que tales fórmulas resultan insatisfactorias dentro de un marco teórico causal, pero pueden tener gran poder explicativo si se las presenta, como corresponde, dentro de un contexto teórico conformado exclusivamente por leyes estadísticas, y se las comprende conforme al concepto de certeza estadística desarrollado más arriba.

En suma, el fundamento de la responsabilidad en la omisión debe abandonar el terreno de la causalidad y pasar al ámbito de lo normativo, esto es, el de la imputación, la cual, es aplicable tanto en el delito de omisión como en el de acción. En efecto, sólo puede hablarse de omisión en sentido normativo cuando el sujeto no contribuye a la evitación del resultado con aquello que le es exigido a tal efecto; por lo que, el resultado se le imputa al sujeto, sin la existencia de una relación de causalidad.

Es sabido que, en los delitos de omisión impropia, los que consideran su Análisis a través de la causalidad hipotética, también consideran que es necesario que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado

en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre con el que suele denominarse doctrinalmente: posición de garante.

Sin embargo, también se considera que en los delitos de omisión propia, el círculo de los posibles sujetos activos está restringido por el tipo legal a aquellos sujetos que tenían el deber de realizar la acción omitida. La diferencia, por tanto, operaría, que en los delitos puros de omisión, la calidad de sujeto activo se deduce directamente del tipo legal; en cambio, en los de omisión impropias hay que acudir a la totalidad del ordenamiento jurídico, porque los tipos legales guardan silencio. La posición de garante como problema situado en el tipo de los delitos de omisión impropia continúa siendo el punto de escape hacia la expansión de la punición de estos delitos, y, en consecuencia, uno de los más necesitados de delimitación y restricción.

No obstante, el principal lastre en la doctrina de la omisión es considerar que la equivalencia normativa entre la omisión (impropia) con la comisión, se realiza a través de una posición normativa entre el sujeto y el bien jurídico afectado; por tanto, la posición de garante siempre ha sido considerada como una figura de valoración normativa en el contexto de la comisión por omisión; sin embargo, si uno revisa los antecedentes de esta figura y cómo fue insertada definitivamente en el vocabulario jurídico – penal, concluirá que la misma proviene de un sistema dogmático anclado en una perspectiva ontológica.

En efecto, la fundamentación de la imputación en la omisión impropia a través de la posición de garante del omitente tiene origen en Nagler, quien lo pudo desarrollar en el marco del proceso de reacción contra el absolutismo durante la posguerra, e imponerse como doctrina dominante en el marco de la reformulación sistemática del finalismo y la consiguiente superación del esquema neokantiano. El finalismo fundamentó la punibilidad de los delitos de omisión en la mutabilidad

del orden social, ya que si el mismo fuera estático sólo podrían castigarse las acciones.

Ello les permitió apreciar que también es un comportamiento humano la omisión de evitar un resultado, siempre que el autor hubiera estado confiada la preservación de bienes jurídicos. Así, es también obra del sujeto la no intervención, siempre que estuviera a su cargo impedir el desarrollo de un determinado curso causal (posición de garante). Asimismo, en lo que respecta a las fuentes de la posición de garante, el finalismo reprodujo en lo sustancial el modelo neokantiano, al explicar que la posición de garante podía surgir de una ley no penal, un contrato o un hecho anterior del omitente.

Estos criterios, en su tiempo, se convirtieron en doctrina dominante, pero fue en todo caso insuficiente para preservar el principio de legalidad, ante la inexistencia de previsiones legislativas. Posteriormente, otro representante del finalismo: Armin Kaufmann elaboró una nueva taxonomía de la posición de garante, aún dominante en la actualidad. En esta nueva clasificación, Kaufmann partió de la distinción (ontológica) del sentido positivo y negativo de la conducta;¹⁸⁸ concluyendo que el deber de actuar debe ser compatible con las modalidades de acción.

Como se puede apreciar, el desarrollo de la teoría de la posición de garante que considera a la omisión impropia, por un lado, como un delito especial, y por el otro lado, equivalente a la comisión, tuvieron como presupuesto una noción ontológica de la omisión. Situación totalmente diferente se tiene en la actualidad; dado que, se busca partir, no de un elemento exclusivo y excluyente en la omisión impropia (como es la posición de garante) sino en las consecuencias (presencia de un riesgo típico) que el sujeto puede originar, ya sea por la organización de su actividad personal, o bien, por su posición institucional, las cuales, se les puede imputar al sujeto activo como su propio obrar.

En ese orden de ideas, en este punto se va a analizar la tesis de la posición de garante que, como fruto de una corriente que estudia desde una perspectiva ontológica a la omisión, considera que este es un elemento especial en el tipo objetivo de la omisión impropia, así como, ajeno a cualquier otra construcción típica.

CAPÍTULO III

3. La omisión y la acción como forma tradicional del comportamiento humano y su trascendencia al derecho penal

3.1 La comisión por omisión

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo y primer elemento para que exista el delito. A veces un acto o conducta involuntaria puede tener en el derecho penal, responsabilidad culposa predeterminada.

Además, la conducta es el pilar fundamental y la base primaria para que se produzca el delito; dato natural del que podemos predicar en determinadas circunstancias y condiciones su tipicidad (adecuación a un tipo penal), antijuridicidad (contrariedad con el ordenamiento jurídico) y culpabilidad (juicio de reproche por la posibilidad de actuar conforme a derecho); características normativas o valorativas que afirmadas con relación a una conducta determinada, permiten calificar a la misma como "delito".

Todos los tipos penales de la parte especial de los Códigos Penales están necesariamente referidos a un autor ("el qué...", "quiénes...", los "que...", etc.) y, por lo tanto, a una conducta determinada que se encuentra literalmente mencionada mediante un verbo típico (matar, apoderarse, etc.). Por lo tanto, el aspecto relevante en el análisis práctico de la solución de casos o problemas consistirá en la falta o ausencia de conducta en todos aquellos supuestos en los que el ente material de nuestro examen no presente todos los elementos objetivos y subjetivos que son necesarios para afirmar la existencia de una conducta.

Excluida la conducta, no tiene sentido entrar al análisis de los restantes caracteres del delito puesto que nos habremos quedado sin la base o sustrato estructural de la dogmática jurídico penal.

Esta manifestación primaria del obrar delictivo, como dice la doctrina, presenta dos formas concretas de manifestación: bien un hacer positivo (comisión o acción en sentido estricto), bien un no hacer (omisión).

El delito es obra de un sujeto determinado, el elemento básico de su estructura debe ser la acción, en cuanto una conducta o hecho humano que la ley considera delito.

La acción es un acaecimiento previsto por la ley y dependiente de la voluntad humana. Por consiguiente "es un comportamiento humano, un acto atribuible a un ser humano". La comisión se presenta en forma de un movimiento corporal, cuyo resultado implica una modificación del mundo exterior, una mutación perceptible de manera directa por los sentidos. La acción llevada a cabo viola una norma que prohíbe, que veta la conducta desarrollada por el sujeto.

De igual manera, no podemos perder de vista el resultado de la acción, el cual puede consistir en el daño efectivo ejercido en un bien del sujeto pasivo del delito, o bien en el mero riesgo de que tal daño se genere. En el primer caso, nos hallamos ante los denominados delitos de lesión y, en el segundo, ante los delitos de peligro.

El resultado del delito podría así definirse como la total realización típica exterior del mismo, englobando por tal motivo tanto la conducta del sujeto activo como el propio resultado. En cualquier caso, debe concurrir un elemento fundamental como es la relación de causalidad entre la acción y el resultado producido.

La acción es un aspecto del delito y para la teoría causalista, su precursor principal fue Franz Von Liszt, "es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal

(delitos de manera actividad), como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior (delitos de resultado)".

Para la Teoría Finalista (Hans Welzel), "La acción no es solo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos".

Los Finalistas consideran a la voluntad como un factor de conducción que supradetermina el acto causal externo. Es decir, el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta delictiva, por que su voluntad lleva un fin y este es el último acto que provoca la aparición del delito. La voluntad lleva un contenido, la intención de cometer el ilícito, el propósito de llegar a algo.

Dentro de la concepción finalista, se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad.

Debemos distinguir a las teorías Causalista y Finalista de la acción, en virtud a que la primera, considera a la acción como un producto causal y mecánica; en cambio, la segunda determina dirección o propósito a ese producto causal, es decir, existe una voluntad orientada en determinado sentido, a buscar un determinado fin.

Al hablar de la acción, se comenta como teorías causales el concepto naturalista de acción y el concepto social de acción. Se explica este último derivando su existencia del criterio natural, el cual cataloga a la acción como causación de un resultado, sin tomar en cuenta el elemento subjetivo del comportamiento, sino considerándola como puro factor causal, es decir, como causación de un resultado.

Se le designó como "natural" por querer trasladar las leyes de la ciencia de la naturaleza al Derecho Penal, y considerar el cumplimiento del tipo como una simple consecuencia (naturalmente condicionada), del proceso causal precedente.

Es el producto del pensamiento naturalista dominante en el último tercio del siglo XIX, infiltrado en las ciencias del espíritu. Como diría una autora "...al igual que todo suceso de la naturaleza, el delito es el resultado de una cadena causal.

El Derecho Penal, sin embargo, en la averiguación de la causación del delito, debe moverse en límites más estrechos que la criminología, situada en el umbral de las ciencias de la naturaleza. Ésta pretende remontarse hasta los orígenes de la cadena causal productora del delito; aquel se debe limitar a averiguar la causa inmediata, relevante jurídico-penalmente, del resultado incriminado.

Esta causa no está integrada por todo acto humano, si no tan solo por el hecho relevante para el tipo, vinculado directamente con el resultado, se prescindirá de los primeros eslabones de la cadena; la causalidad comienza con una acción adecuada al tipo."

Según los causalistas de la teoría naturalista de la acción, ésta produce un resultado y es la causación según las leyes de la naturaleza de causa efecto. Como bien se menciona, para el derecho penal, solo tiene relevancia un resultado típico, idea inaceptable para los naturalistas, en virtud de sostener como imposible que un proceso natural produzca un resultado jurídico, ya que el resultado típico se da en la naturaleza.

Por lo tanto, el concepto natural de acción se mantiene dentro de los efectos naturales de la causalidad. La acción se agota en proceso y consecuencias mensurables por la ciencia de la naturaleza, y es completamente libre valorativamente hablando. Ven a la acción como un movimiento muscular o

descanso físico, según se trate de acción u omisión respectivamente, desprovisto de contenido volitivo respecto del resultado; así, se considera a la acción como un proceso causal extrajurídico, sin tomarse en cuenta en este concepto natural de acción, si el resultado es típico o no. Como no podría ser considerada la acción de modo mecánico como simple causación, sin tomar en cuenta su voluntad intrínseca, con la evolución de las ideas, se desnaturalizó el concepto de acción, adoptando un concepto social de ésta.

El Concepto Social de acción implica una relación valorativa con el mundo circundante social, por patrones sociales. Existen autores en la doctrina penal como es el caso de Castellanos Tena, quienes no aceptan las teorías causalistas porque la acción es actividad final humana; el sujeto piensa y medita la realización de la acción delictiva, escogiendo los medios para su cometimiento, es decir, el sujeto tiene el propósito de que el resultado se produzca.

El derecho penal no puede formar un concepto de acción separado del contenido de la voluntad; los causalistas solo agregan el momento voluntad sin contenido, lo que no es suficiente para el derecho penal. No basta que se haya querido realizar una acción, para haber una conducta o comportamiento humano, en determinada dirección al mundo exterior, debe anticiparse el resultado, porque al derecho penal no le interesa lo que deba producirse como fenómeno natural, por no ser de importancia para la acción.

También se ha criticado a la Teoría Finalista con respecto a los delitos imprudentes, ya que pueden darse hechos finales no dolosos, una acción de muerte la comete tanto el que dispara apuntando con voluntad de matar, como el que al limpiar su escopeta la descarga sobre otro, olvidan la referencia del actuar con el resultado.

En el primer caso, el sujeto actúa finalmente con relación al homicidio (comete una acción de muerte); en el último, la finalidad está limitada a la conducta de limpiar la

escopeta (se lleva a cabo una acción de limpieza, final irrelevante para el tipo, que por un descuido, causa el resultado típico).

Como podemos ver, no son acciones relevantes para el derecho penal, según los sociólogos, los actos reflejos de la inactividad, las actividades sociales que proceden de personas jurídicas y todos los procesos de la vida psiquiátrica, esta pretensión de que no es acción lo que no trasciende del individuo y no es socialmente relevante porque no afecta a la sociedad, trae consigo una limitación al legislador, porque todas las actividades que describe Jescheck como irrelevantes para el derecho penal, según la concepción sociológica, son reguladores por el derecho penal.

3.2 El concepto social de acción

Pertenciente a la corriente causalista, determina que la acción del sujeto no puede ser definida exclusivamente atendiendo a las leyes de la naturaleza, ámbito ajeno al derecho penal. La acción debe ser un concepto situado dentro del derecho.

Para los sociólogos, no importa si la acción puede producir una modificación en el exterior, lo esencial es que ésta implique una relación valorativa con el mundo circundante social. El concepto social de acción es valorado por patrones sociales, es la realización de un resultado relevante socialmente; esta corriente también extrae la dirección de la voluntad del concepto de acción.

Por lo anterior expuesto, una acción tendrá relevancia social, cuando sea entendida finalísticamente. Ya hemos dicho, que la teoría social pertenece a la corriente causalista, por lo mismo, niega contenido a la voluntad, de ahí la nebulosidad de que habla Zaffaroni, porque no es posible que sea admisible el concepto de acción como el requerimiento de relevancia social por lesividad social, por lo cual se desprende que para una conducta sea lesiva socialmente

debe ser finalista. Esto en virtud de que lo social se caracteriza por el interaccionar psíquico, que necesariamente están provistas de contenido sus respectivas voluntades.

Aunque la discusión acerca del concepto general de acción ocupó durante mucho tiempo a la doctrina y las diferencias entre las diversas posturas (sobre todo entre causalistas y finalistas) parecían irreconciliables, en la actualidad, la discusión en torno al concepto de acción ha perdido importancia y la doctrina intenta reconducirla a términos más modestos, pero más prácticos.

Por ello, la acción ha pasado para muchos autores de ser un elemento previo a partir del cual se definía el delito, a ser el primer elemento de la tipicidad. A la doctrina penal actualmente no le interesa un concepto *a priori* de acción, sino "la acción típica", esto es, la acción seleccionada por el legislador en el tipo de entre las conductas existentes en la realidad.

Según nos orienta Rodríguez Devesa, existen dos tipos de acción delictiva la primera puede consistir en un hacer algo, en la realización de un movimiento corporal: acción en sentido estricto; o en un no hacer algo, en segundo lugar: omisión pura o propia; o en una combinación de ambas posibilidades: comisión por omisión u omisión impropia.

En los delitos de acción en sentido estricto se infringe una ley prohibitiva; los delitos puros de omisión consisten en la infracción de una ley preceptiva, que manda hacer algo; en los delitos de comisión por omisión se infringe una ley prohibitiva mediante la infracción de una ley preceptiva. Ej.: el homicidio infringe la prohibición de matar (ley prohibitiva); la omisión de socorro es la infracción de la obligación de socorrer a las personas que se hallaran en la situación que el Código expresa (ley preceptiva); la madre que mata al recién nacido (infracción de una ley prohibitiva) no proporcionándole los alimentos que el mismo no se puede procurar (infracción de una ley preceptiva), mata mediante una omisión.

Nótese que en la estructura de los delitos de acción y los de omisión es semejante. En ambos entra como componente un hacer activo y un omitir, Así en el homicidio: matar, no matar (deber de); no socorrer, socorrer (debe de).

La diferencia está en que la ley pone el acento en un caso en el hacer y en el otro, en el incumplimiento del deber. Tanto en uno como en otros delitos, se produce un comportamiento distinto de la acción esperada por la ley, en el homicidio, la ley espera que el sujeto no mate, en la omisión de socorro, que preste el socorro.

Comer o nadar, por ejemplo, son dos acciones que en principio no tienen por qué ser objeto de valoración jurídico-penal alguna, como tampoco tienen por qué ser objeto de esa valoración omisiones como la de no llegar puntual al trabajo o la de no pedir perdón cuando previamente y sin querer, se ha dado un pisotón a otra persona.

La acción, el hacer, el comportamiento activo, es un concepto ontológico, no valorativo, pertenece a la esfera del ser y no a la del deber ser, porque abarca tanto comportamientos buenos como malos. Con el concepto de acción o de hacer, se corresponde, como segunda y última manifestación del comportamiento humano, el concepto de no hacer, de comportamiento pasivo, éste es también un concepto ontológico no valorativo, en cuanto abarca tanto no hacer bien como no hacer mal.

El concepto de acción típica ha de partir de una definición de carácter normativo -que permita incluir tanto la acción como la omisión- que posteriormente habrá de sufrir un proceso de desnormativación para que en ella puedan subsumirse los comportamientos reales. Mientras que el concepto de "acción típica" ha de ir en relación con un determinado tipo penal, lo que se analizaría bajo el concepto general de acción no sería la concreta tipicidad de la acción, sino si tal acción *reúne los caracteres generales de toda conducta humana*.

La acción es un acto humano determinante de una modificación del mundo exterior tenida en cuenta por el legislador para describirla y sancionarla con una pena y debe cumplir de ciertas condiciones. Primero que sea producto de la voluntad humana, sin que, todavía haya de atenderse al contenido de esa voluntad. Lo importante para la teoría de la acción se trata de un acto, cualquiera que sea su contenido, originado en el libre albedrío del sujeto, una manifestación de su voluntad conciente y espontánea. Para que se dé basta que el sujeto quiera su propio obrar.

Además la manifestación de voluntad debe exteriorizarse, ya sean actos positivos o negativos, sino es irrelevante para el derecho penal.

Resumiendo, la acción ha de producir un resultado en el mundo exterior, ya que lo que no trasciende puede entrar en el ámbito de la ética, pero nunca en el del derecho. No obstante, el resultado no tiene por qué conducir siempre a una mutación material para que la acción se dé. En tercer lugar, ha de existir una relación de causalidad entre esa manifestación de la voluntad del sujeto y el resultado. La caracterización de este elemento ha dado lugar a diversas concepciones de la acción (Teorías casualistas, finalista, doctrina social de la acción).

Junto a esto se analizaría con carácter general los requisitos esenciales del comportamiento para ser calificado como humano y propio de sujeto que lo realiza en el sentido de dependiente de su personalidad, se analizaría, dentro de la tipicidad, la acción típica, que describiría el concreto comportamiento exigido por los tipos de la parte especial, que se relacionaría con el resultado -en su caso mediante una relación de causalidad- y sobre la que se fundamentarían los demás elementos del delito.

Como hemos podido ver, la acción es también forma de la conducta, anteriormente se planteaba que era la única que existía y a partir de ella se

analizaba y se desprendía la omisión. Hoy aparecen diferentes penalistas que en sus estudios hacen diferente la acción de la omisión, los que a través de las décadas se han planteado diversas posiciones en búsqueda de lo más verdadero y real, que todos en su conjunto poseen un enriquecedor estudio para ampliar los caminos del derecho penal en la actualidad.

3.3 Criterios de distinción entre acción y omisión

La fórmula clásica refleja una concepción que sitúa a acción y omisión en el mismo plano sistemático (sea éste el del ser conducta o comportamiento humano o el de las realidades normativas-tipicidad). Sin embargo, se considera, en primer lugar, que los conceptos de acción y omisión no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos.

En el plano del ser, solo hay procesos causales, algunos de los cuales, que son capaces de sentido, esto es, interpretables y no meramente explicables, reciben el nombre de acciones. Éstas, al ser contempladas desde perspectivas normativas (o sea, a partir de algún sistema de normas, sea éste del género que sea) pueden manifestarse como comisiones o como omisiones.

En particular, es eso lo que sucede cuando las acciones humanas se contemplan desde la perspectiva del derecho penal, que pueden interpretarse como comisiones u omisiones (realizaciones típicas comisivas u omisivas).

Comisiones u omisiones se distinguen normativamente. Las primeras expresan ingerencias en la esfera jurídica de terceros, (empeoramiento del estado de los bienes jurídicos ajenos) lesiones de su autonomía; las segundas, expresan la ausencia de una intervención en salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros, y por tanto, vulneran principios de solidaridad, en general.

La comisión por omisión es una situación compleja: es comisión y es omisión. Se distingue de la comisión activa porque en ella no hay una creación activa (por vía causal eficiente) de riesgo. A la vez, se distingue de la omisión pura porque en ella, de modo previo se adquiere voluntariamente un compromiso de actuar a modo de barrera de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos, (obligación o deber, lo que se denomina doctrinalmente, "posición de garante").

Dicho compromiso produce un efecto de confianza y abandono, tanto en los potenciales afectados como en terceros potenciales intervinientes.

De este modo, si luego se incumple el compromiso de contención dejando que el riesgo se haga actual y se realice en el resultado, se tiene un dominio de dicho riesgo, un control del proceso lesivo que es normativamente idéntico al de la comisión activa, pese a no haber en la conducta del sujeto causalidad en relación con el resultado (identidad estructural y material en el plano normativo).

La comisión por omisión tiene, pues, en común con la comisión activa el que realmente supone una ingerencia del sujeto en la esfera jurídica ajena, al haberse ampliado el propio ámbito de competencia a espacios de defensa de terceros, que el sujeto configura, para luego no cumplir el compromiso. Lo importante de ello es que la sanción de la comisión por omisión no se basa en una vulneración del principio de solidaridad sino en una lesión del principio de autonomía.

Sin embargo, la comisión por omisión tiene en común con la omisión pura el que ella no crea un curso causal activo que genere la producción del resultado: dicho curso causal, generado por otra instancia natural o humana, se le imputa al sujeto en virtud del compromiso de contención incumplido. Se podría decir que la comisión por omisión y la omisión pura tienen en común la base ontológica de la realización típica (ausencia de generación de un proceso de causación activa del

resultado) Y que la comisión por omisión y la comisión activa tienen en común la base normativa de la realización típica. Algunos penalistas plantean que la comisión es auténtica comisión aunque sea por omisión, esto es sin causar activamente el resultado. Y sería, permitiéndoles en una expresión, comisión propia y omisión impropia.

Por todo lo indicado, creemos que responde mejor a la realidad, el plantear el problema de la discusión en términos de diferenciar entre comisión y omisión. Esta distinción, además, tampoco coincide con lo que puede tener lugar entre una realización activa y una omisiva del tipo. Pues, como se ha advertido y resulta evidente, existe una comisión activa y una comisión por omisión. Así las cosas, la distinción entre comisión y omisión se plantea a dos niveles.

Por un lado, es una distinción entre omisión pura y comisión por omisión. Por otro lado, es una distinción entre comisión activa y comisión por omisión. Se observa que en realidad, la problemática reseñada tiene sentido claro, se trata de delimitar la institución de la comisión por omisión de las dos figuras que le son próximas y con las que pese a la claridad de la distinción conceptual, puede confundirse en casos concretos.

Ciertamente, muchos delitos, como por ejemplo el homicidio que en principio, se deriva de una norma prohibitiva (no matar) pueden ser realizados tanto por acción como por omisión, pero en este último caso solo puede ser hecho responsable por omisión el que tenga un especial deber de evitar el resultado, lo que demuestra una diferencia valorativa entre la acción y la omisión que impide una equiparación entre ambas formas de comportamiento de forma general y absoluta.

Existe una opinión en la doctrina penal de que la diferencia entre acción y omisión depende del criterio valorativo, de la norma de referencia que utilicemos para valorar la conducta humana. De ahí que la distinción no sea siempre fácil de

hacer y haya que tener en cuenta siempre la norma de referencia antes que la forma de manifestación misma de la conducta, que siempre está constituida de momentos activos y omisivos.

Sin embargo, Jescheck nos refiere: "el delito omisivo es al igual que el delito imprudente, una forma especial de aparición de la acción punible" . Este tipo de delito puede ser cometidos tanto dolosa como imprudentemente. Los delitos omisivos, de la misma forma que los comisivos, integran el concepto superior del comportamiento humano de considerable alcance social, pero se diferencian esencialmente de los delitos cometidos mediante un hacer positivo en que no es posible una traslación inmediata de los conceptos y reglas jurídicas desarrolladas para los delitos de comisión. (Dado que la omisión no responde a la misma realidad que el hacer positivo, sino que solo puede ser imaginada como la frustración de la expectativa de una determinada y posible acción del autor).

Por otra parte y en su momento Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán comentaron que: "La omisión en sí no existe, la omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada en sí, sino siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada."

De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe de estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión. Por ejemplo, un paralítico no puede omitir la salvación de una persona que se está ahogando en el río.

Como dirían en otros de su análisis, "omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (voluntariedad, finalidad y causalidad) deben estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. Así, las causas que excluyen la acción son también, al mismo tiempo,

causas de exclusión de la omisión. La posibilidad de acción es por consiguiente, el elemento ontológico conceptual básico común tanto a la acción como a la omisión."

Si partimos de que la acción es el comportamiento voluntario y final que, por ser elemento que ha de concurrir en todo tipo y que muchas ocasiones puede estudiarse con anterioridad al mismo, podemos llegar a la absurda conclusión de que los delitos de omisión no precisan estar constituidos por ningún comportamiento humano. Considerando para este razonamiento la opinión de los antes mencionados tratadistas.

Para obviarlo se afirma que "los tipos omisivos requieren, tanto como los de comisión positiva, un comportamiento humano, generalmente constituido por una *actividad positiva*. La no realización de la conducta exigida por la ley tiene lugar casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva distinta a aquella... Podría decirse que en los delitos de omisión existen tantos comportamientos (positivos) típicos cuantas posibles conductas distintas a la realización de la acción esperada". Pero se dice también, que esta postura es insostenible, pues la omisión no requiere una acción distinta, sino de la omisión de un hacer activo ordenado y exigido.

Ahora bien, del mismo modo que no toda acción es jurídico-penalmente relevante, toda omisión tampoco lo es. Sólo lo son aquellas omisiones que infringen el deber de actuar en un determinado sentido, es decir, la omisión típica. Esto incide en la idea de que el concepto general de acción no es un elemento previo y autónomo a la tipicidad, sino un conjunto de requisitos típicos, que eso sí, tienen que reunir una serie de caracteres para ser considerados humanos: en este sentido igual que cualquier hecho no es considerado acción -positiva (acción en sentido estricto)- humana; cualquier omisión tampoco será considerada omisión humana.

Las normas jurídicas o son normas de prohibición o preceptivas. Mediante las primeras se veda una acción determinada, la infracción consiste en la realización de la norma prohibida. A través de las segundas es ordenada una acción concreta; la infracción jurídica consiste en la omisión de ese hacer. Todos los delitos de omisión son infracciones de las normas preceptivas.

En derecho penal predominan naturalmente las normas prohibitivas porque esencialmente no puede ser misión de las sanciones penales evitar a los destinatarios de las normas, la salvaguarda por medio de su intervención personal de todos los bienes jurídicos puestos en peligro.

La jurisprudencia y la doctrina aceptan de común acuerdo que la mayoría de los delitos de comisión a cuyo tipo pertenece un resultado de lesión o de peligro, pueden ser también cometidos por medio de la ausencia de evitación de dichos resultados en la medida en que existe un deber jurídico de intervenir. Más allá todavía se encuentra la opinión de que también en los delitos de simple actividad entra en consideración una comisión omisiva.

Para la solución de un caso de derecho penal se plantea ante todo la cuestión, como aspecto relevante para el enjuiciamiento jurídico-penal, de si a partir de un acontecimiento determinado se debe extraer un hacer positivo o una omisión.

Por regla general, la cuestión de si un hecho puede concebirse como un hacer o como una omisión, se contesta fácilmente de acuerdo con la comprensión natural de las cosas. No obstante, hay casos que no resultan claros a primera vista.

Más radical es Cerezo Mir, para quien "la omisión no es acción. Entre la acción y la omisión la única nota común es la capacidad de acción y ésta no permite elaborar un concepto genérico de conducta. El concepto de acción

finalista y el concepto de omisión a él referido, pueden cumplir la función de elemento básico, aunque no unitario del sistema".

Pero "la función del elemento básico no implica... la necesidad de que pertenezcan a la acción o a la omisión todos los elementos del tipo de injusto. Basta con que permita una interpretación satisfactoria de todos los tipos de injusto."

Sin embargo, quizás siga siendo conveniente distinguir un concepto general de acción (por utilizar una terminología tradicional) del concepto de acción típica. En este sentido el concepto general de acción cumpliría la función de excluir aquellos actos o sucesos que no son fruto de un actuar humano (actos de la naturaleza o de animales) o que siéndolo no son voluntarios (actos reflejos, etc.).

Según nos plantea la doctrina y el derecho español, como en otros ordenamientos jurídicos penales también, el comportamiento humano punible puede ser uno activo o puede consistir en una omisión.

El concepto de delito es único, mientras que la acción y la omisión son dos tipos de comportamiento distintos para realizar el delito. Por lo tanto, solo podría ser válida la expresión "delitos de acción" para designar a aquellos delitos que única y exclusivamente pueden ser realizados mediante una conducta positiva, o sea, por una acción y por lo mismo, de delitos de omisión únicamente cabría hablar en relación con aquellos que única y exclusivamente pueden realizarse mediante una omisión.

Hay delitos que pueden realizarse tanto por una acción como por una omisión y por ello no puede decirse que sean delitos de acción, ni de omisión en sentido estricto. En estos delitos donde a juicio de algunos autores, se inscribe la llamada comisión por omisión.

3.4 La omisión como la acción esperada

Otros criterios señalan que la comprobación de que alguien ha omitido una acción que podía haber realizado es todavía insuficiente para generar un juicio de desaprobación sobre la omisión. Afirman que no siempre que podemos realizar una acción (abofetear a alguien, por ejemplo) debemos realizarla, ya que "omitir" es un verbo transitivo, siempre se omite "algo" y por tanto la omisión penalmente relevante solo puede ser pues, la omisión de una acción esperada, por todo ello, de todas las acciones posibles que un sujeto puede realizar, al ordenamiento jurídico penal solo le interesa aquella que espera que el sujeto haga (auxiliar, socorrer, impedir que se cometa un delito, etc.), toda vez que le impone el deber de realizarla.

En resumen, parte de la doctrina del derecho penal asiente que el delito omisivo consiste siempre, por tanto, en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar.

Por ello, el delito de omisión es siempre, estructuralmente, un delito que consiste en la infracción de un deber. Pero no de un deber social o moral, sino de un deber jurídico. En realidad, en el fondo de todo delito existe siempre una infracción de un deber, el deber de respetar el bien jurídico protegido en el tipo penal en cuestión (no matar, no hurtar, etc.) pero lo esencial en el delito de omisión es que ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y por tanto, esperada en el ordenamiento jurídico.

Consideramos que aunque esto sea de este modo, la omisión sea parte de la acción, pues como ya manifestamos y analizamos, son conceptos distintos.

El deber puede ser un deber genérico, que incumbe a cualquier persona por el hecho mismo de la convivencia (ayudar a alguien en peligro) o un deber específico que solo obliga a determinado círculo de personas (funcionarios,

médicos, etc.) Pero aún cuando exista infracción de un deber, si la lesión del bien jurídico se produce por una acción habrá un delito comisivo o activo, no uno de omisión (así, por ejemplo, el cirujano opera con instrumental no desinfectado y el paciente muere por infección, habrá un delito de homicidio por imprudencia activo: Operar sin desinfectar el instrumento, no uno omisivo.)

El mismo proceso causal puede ser valorado, por tanto, desde el punto de vista de una norma prohibitiva o desde el punto de vista de una norma imperativa, lo que importa es saber en cada caso cuál es la parte de ese proceso causal que interesa penalmente hablando.

Aunque algunos autores se resisten, existen otros que reconocen que en la actualidad, prácticamente, no hay discusión en que existen dos formas de comportamiento atribuibles: la acción y la omisión; lo cual por lo demás es expresamente ratificado por la ley. Y que no es lo mismo que en el delito omisivo se atente contra un deber (jurídico) al omitir el individuo una acción mandada y tipificada legalmente, la cual esperaba el ordenamiento que se hiciese, a considerar que los conceptos no tienen alguna diferencia, que la omisión nace a partir de la existencia de la acción o que es parte de ella, cuando ya analizábamos criterios que discutían sus diferencias.

Nosotros nos afiliamos a las posiciones anteriores que discernían entre el actuar y el omitir. Destacando sus relaciones o puntos de contacto que hacen que no se contrapongan, que a pesar de sus diferencias, guarden relación. Acentuando en todo este contenido, la antes mencionada comisión por omisión, denominada en la doctrina, omisión impropia.

Podemos decir también que este tipo de delito puede ser cometido tanto dolosa como imprudentemente. Los delitos omisivos, de la misma forma que los comisivos, integran como analizamos, el concepto superior del comportamiento humano de considerable alcance social, pero se diferencian esencialmente de los

delitos cometidos mediante un hacer positivo en que no es posible una traslación inmediata de los conceptos y reglas jurídicas desarrolladas para los delitos de comisión. (Dado que la omisión no responde a la misma realidad que el hacer positivo, sino que solo puede ser imaginada como el infortunio de la expectativa de una determinada y posible acción del autor).

3.6 Variantes de la omisión en el actuar humano

Delito es la acción u omisión típicamente, antijurídica y culpable a la que está señalada una pena. En la doctrina penal dominante es de opinión mayoritaria esta conceptualización de qué es delito. Y nos manifestamos de esta forma pues en todos estos conceptos, aparece que delito es, tanto acciones como omisiones. Así tenemos que el comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo, como dicen algunos, constituido por la omisión.

Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante. La conducta que sirve de base a la norma penal y que ésta regula puede consistir, pues tanto en un hacer como en un no hacer. Los códigos penales, no solo contienen normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos.

La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Lo que el legislador castiga en éstos es la ausencia de realización de una acción. Así, si la norma es prohibitiva, la conducta que la infrinja consistirá en una acción en sentido estricto, es un hacer (norma prohibitiva: no matar; conducta que la infringe: matar); pero si la norma es imperativa, la conducta que la infrinja consistirá es un no hacer la acción que la norma ordena (norma imperativa: socorre; conducta que la infringe: no socorrer).

En la actualidad, sigue sin decaer el interés que suscita la problemática de los delitos de omisión en el ámbito del derecho penal. La razón de ello obedece, por una parte, a la aparición de una delincuencia económica que utiliza con preferencia esta forma de comportamiento típico y de la cual la sociedad debe protegerse, por otra, la función de promoción que asume el derecho penal al constituirse en un medio de contribuir a la evolución del modelo social.

La combinación de estos y otros factores ha llevado al legislador a introducir en los códigos penales un principio de solidaridad social en virtud del cual se responsabiliza al sujeto que omite realizar determinada prestación conducente a la salvaguarda de un bien jurídico, o que no impida la producción de un resultado típico estando obligado a ello.

La conducta humana que sirve de base al tipo penal puede consistir en un hacer y en un no hacer. La madre comete homicidio, tanto si ahoga con sus propias manos al hijo nacido, como si se abstiene de darle alimento y muere como consecuencia de la no alimentación.

El término de omisión es en sentido general, múltiple (omitió saludar, pagar la factura o procurar auxilio al accidentado). Sin embargo, el concepto de omisión aquí utilizado es mucho más restringido, solo se refiere a aquellos comportamientos pasivos que producen consecuencias jurídicas. Por eso, no todo comportamiento pasivo consistente en un no hacer y equivale a una omisión en sentido penal. Para ello se requiere de algo más: de un juicio normativo negativo.

La cuestión no es fácil. De hecho, la doctrina se ha visto enzarzada en una histórica polémica que tiene a su vez, mucho que ver con el concepto de la acción. No nos olvidemos que el hacer y el no hacer son las caras de una misma moneda llamada comportamiento humano.

Los delitos de omisión consisten en no hacer algo. La omisión es independiente, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de acción, de la existencia de un coeficiente psíquico volitivo que en el momento en que debería haberse realizado la acción que el ordenamiento jurídico espera que realice el sujeto.

Ese coeficiente psíquico puede darse y de hecho se da en muchas ocasiones, pero también hay delitos de omisión por olvido, en los que la ley penal mantiene sus exigencias, pues estaba en la voluntad del sujeto (dependía de su voluntad) el haber realizado la acción que de él se esperaba.

En los delitos puros de omisión ésta se halla siempre tipificada, prevista expresamente en la ley. Su estructura es pareja a la de los delitos de simple actividad, por lo que también reciben el nombre de delitos de simple inactividad: en ellos la ley no exige la producción de un resultado, en el sentido de una modificación del mundo exterior.

La omisión es una especie del género no hacer, especie que viene caracterizada porque, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) solo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer. Al respecto se señaló: "un dejar de hacer solo se convierte en omisión cuando la acción de hacer es una que falta, una no existente, a pesar de que debería existir."

Como se ha tratado de demostrar, "omisión es siempre un no hacer en contra de lo exigido por alguna norma: ésta es la jurídico-penal cuando de lo que se trata es de la omisión delictiva (penada por la ley)."

Al igual que los delitos comisivos, los omisivos también han tenido rasgos esenciales en su historia que al igual que la culpa, éstos también han señalado un tratamiento reciente en la dogmática penal. En el siglo XIX no había mayor

preocupación por el delito cometido por omisión, al cual se le aplicaban las mismas reglas que a los delitos de comisión.

Es a partir de los años 20 del siglo XX que se inicia una mayor preocupación por la omisión; la vida moderna y el aumento urbano de la convivencia hacía necesario plantearse en ciertos y determinados casos un deber de actuar al ciudadano, para cumplir con el fin de protección de bienes jurídicos por parte del derecho.

Fueron varios los tratadistas que se ocuparon del delito de omisión llegando a conclusiones de las más diversas. Hace mas de cien años, Radbruch negaba la existencia de un concepto general de acción comprensivo también de la omisión, el hacer puede causar algo, pero no lo puede el no hacer, asimismo niega el autor la necesidad de una voluntad de omitir.

El problema básico de los delitos de omisión se plantea a partir de cuál sería la cuestión relativa sobre qué presupuesto la no evitación del acaecimiento de un resultado típico, puede ser equiparado a su producción mediante un hacer positivo.

Mientras que sobre este aspecto en la literatura del siglo XVIII solo se encuentran afirmaciones ocasionales en relación con los delitos de homicidio, desde Feuerbach, la ciencia penal se esforzó sistemáticamente en los deberes jurídicos destinados a la evitación del resultado. Junto a ello, la cuestión relativa a la causalidad de la omisión del resultado que no ha sido impedido, se situó en un primer plano durante largo tiempo. Irresuelto quedó el problema concerniente a la fundamentación y limitación de los deberes de garante.

Feuerbach señalaba con la fundamentación característica de la concepción de la libertad durante la ilustración que "la obligación primigenia del ciudadano solo está referida a la omisión." Con ello, ya se había suministrado el fundamento

para el desarrollo posterior de los delitos de omisión. Con la penetración del pensamiento científico natural en la teoría del derecho penal, comenzaron en torno a la mitad del siglo XIX los intentos de solucionar el problema de la equiparación a través de la prueba de una auténtica causalidad de la omisión en relación con el resultado.

Este desarrollo no va a ser seguido aquí, pues tras muchos rodeos y caminos equivocados se ha impuesto la idea de que la causalidad no es la cuestión decisiva de la omisión, "la punibilidad de la omisión es completamente independiente de la aceptación de su causalidad."

Decisivo resulta, más bien, el punto de vista normativo de que alguien, en cuya intervención confía la comunidad y por medio de la omisión de la actividad esperada, infringe los intereses que le han sido confiados y que permanecen así indefensos por la ausencia de un aseguramiento. De este modo, el problema de la equiparación vino a convertirse en una cuestión de la antijuricidad.

Durante mucho tiempo los deberes jurídicos relevantes para los delitos de omisión fueron fundamentalmente de un modo puramente formal por medio de su origen (ley, derecho consuetudinario, contrato, etc.). Pero ya tempranamente los intentos destinados a deducir materialmente los deberes jurídicos de evitar el resultado de la propia misión protectora del derecho penal, y así, se atendió al círculo de deberes sociales del omitente, al sano sentimiento popular y a las necesidades de orden interno de las comunidades sociales.

Dentro de las escuelas penales también se cultivó la conceptualización de la omisión, por ejemplo, dentro de la causalista se agrupan todas aquellas teorías que consideran a determinadas propiedades naturales como suficientes para dar sentido a la omisión. El contenido de esas propiedades puede provenir de fuentes muy diversas.

Por ejemplo: los primeros causalistas identificaban la omisión con un abstenerse de hacer algo, sin hacer ningún gasto de energía decían, y los finalistas de realizar la acción final. En ambas, el concepto de omisión se hace depender de propiedades del comportamiento del ser humano: la pasividad, el no hacer la acción finalmente posible.

Estas posturas fueron objeto de fuertes críticas. Hacer depender la noción de la omisión de la pasividad del sujeto resulta irrelevante. Por ejemplo: la enfermera que permanece absolutamente inmóvil dejando morir al enfermo que sufre de una parada respiratoria omite, en sentido penal, de igual forma que si lo abandona para irse al cine.

De la misma manera, la propuesta finalista, mucho más elaborada que la causalista, tampoco llega a convencer. En efecto, según ellos, para que una omisión o acción sean finales, el sujeto debe conocer la situación en la que una u otra deben producir sus efectos. De acuerdo con dicha teoría, difícilmente podría ser penalmente relevante, como resulta serlo, la conducta de la enfermera que perjudica la salud del paciente al olvidar la dieta prescrita unos días antes por el médico. El concepto final de acciones no explica o su definición no comprende a las omisiones por culpa inconsciente.

Hoy la mayor parte de la doctrina se inclina por atender que la omisión es un concepto jurídico-penal y no meramente naturalístico. Lo importante, es al igual que sucedía con los casos causales, fijar el criterio que nos permita seleccionar de entre todos los comportamientos pasivos o potencialmente finales a aquellos que interesen al derecho penal.

La omisión no consiste en un comportamiento pasivo, sino en abstenerse de hacer algo que debería haberse hecho, o sea, la omisión solo puede ser fundamentada externamente según determinadas pautas sociales, religiosas, jurídicas, etc., la enfermera no omite por haberse quedado sentada o haberse ido

al cine, sino por no realizar la acción debida de acuerdo con las obligaciones asumidas al ser contratada por el hospital.

Al derecho penal solo le interesa aquella omisión cuyo marco externo de referencia sea la norma. La acción debida será por tanto, la que concretamente exija el precepto correspondiente. En otros términos, la expectativa de la acción no realizada debe encontrar su punto de referencia en la tipicidad. Si en el Código Penal se dice que el funcionario público está obligado a auxiliar a la administración o servicio público y no lo hace, omite. Así pues, el concepto típicamente se podría formular de la siguiente manera: comportamiento consistente en un no hacer, normativamente menoscabado.

Como se dijo más arriba, solo serán omisiones aquellas conductas consistentes en un no realizar determinada prestación o en no evitar la producción del resultado cuando así lo establezca el legislador. Por eso, el fundamento del injusto de los delitos comisivos (de acción) dan lugar a la infracción de una norma prohibitiva, mientras que el injusto de un delito omisivo origina la infracción de una norma de mandato o preceptiva.

El injusto de un delito comisivo consiste en un hacer nocivo que una norma prohíbe; el injusto de un delito de omisión consiste en un no realizar la prestación obligada por una norma de mandato.

En los códigos penales de casi todos los países, aparecen dos clases de delitos de omisión: la pura o propia y la impropia o de comisión por omisión. En los delitos de omisión propia la norma preceptiva obliga al sujeto a la realización de un determinado comportamiento, o lo que es lo mismo: la primera implica no hacer algo, que sin embargo es exigible al sujeto en cuestión, de forma voluntaria, por tal motivo, se caracteriza por ser una conducta que no lleva a cabo cambio alguno en el mundo exterior, pero que implica no realizar algo que la Ley nos ordena, mientras que en los delitos de comisión por omisión obliga a el garante a evitar la

producción de un resultado típico, definido de otro modo, al implicar un no hacer que da lugar a un resultado delictivo positivo, a pesar de que existe un claro deber de impedir el resultado citado. La situación que permite deducir en cada caso el contenido del deber de actuar recibe el nombre de situación típica.

CAPÍTULO IV

4. La imputación objetiva de la comisión por omisión

4.1 Consideraciones generales

Un conjunto de autores de la doctrina, entre los que están Juan Bustos Ramírez , coinciden en que son delitos de omisión impropia aquellos que no están expresamente tipificados por el legislador, sino que surgen en virtud de un recurso interpretativo sobre la base de tipos (de comisión, en principio), pero que por su estructura permiten también la omisión; tal es el caso del homicidio, para el cual basta matar a otro; luego también se puede matar a través de una forma omisiva (el ejemplo clásico de la madre que no amamanta a su hijo y lo deja morir de hambre). Se trata, pues de verdaderos delitos de omisión, en comisión por omisión.

El problema fundamental de esta forma de omisión, no es el de decidir si es una acción o una omisión, pues es claramente omisión, sino su relación con el principio de Legalidad, ya que se trataría de injustos que surgen desde el juez y el intérprete y no de la ley, en muchos de los casos; lo cual repercute en las exigencias típicas que se hacen a su respecto para atenerse al principio de legalidad.

Otros autores como es el caso de Gonzalo Quintero Olivares, reconocen que no es un tipo legal específico, sino una posible modalidad de comisión de algunos delitos de resultado. Claro está que no puede tratarse de cualquier delito de resultado, pues en muchos la ley ha especificado el modo de acción que por imperativo del principio de legalidad, deben concurrir o bien la naturaleza del resultado hace impensable que se pueda alcanzar por omisión (por ejemplo mutilar).

Pero en algunos casos, el tipo del delito de resultado gravita esencialmente sobre la dolorosa producción de éste, sin precisar como debe acontecer (ejemplo: matar que es un concepto relativo que solo indica que de un modo u otro un ser humano ha resultado muerto). Diferente al concepto ofrecido anteriormente por una parte de la doctrina penal.

Es precisamente en estos casos en los que se plantea la eventual comisión por omisión (ejemplo: no dar la medicación al enfermo hasta que muera) que recibe tal nombre o el de omisión impropia por no consistir meramente en un comportamiento pasivo, sino en eso y además un resultado positivo, que con ese comportamiento puede relacionarse. Pero la construcción técnico- jurídica de la omisión impropia resulta mucho más difícil que la del delito de acción y resultado porque mientras que en éste la actuación positiva permite establecer, de acuerdo con las normas infringidas un nexo entre lo sucedido y el acto, en la omisión impropia siempre concurre otra causa (aquella que le autor pudo detener y no lo hizo) que ha sido la realmente determinante.

A ello se une una segunda e importante dificultad mientras que en los delitos de acción es relativamente fácil individualizar el autor pues es al fin y al cabo el que ha actuado, en los de omisión impropia no es tan fácil la imputación del resultado, pues es complejo el camino que va desde la consideración de que no ha actuado nadie hasta la decisión de afirmar que de entre los que no han actuado, que pueden ser muchos, éste o aquel es el responsable de lo sucedido.

Para que se entienda con más facilidad a partir del siguiente concepto qué es en concreto la omisión impropia: "con bastante aproximación conceptual se ha dicho que los delitos de comisión por omisión son aquellos en los cuales el sujeto, no haciendo (conducta omisiva) causa una mutación en el mundo exterior (resultado comisivo). " O sea, mediante una conducta omisiva se produce un resultado positivo.

Y hay quienes en ocasiones han negado toda diferencia entre los delitos de comisión por omisión y los delitos de comisión; y a veces, la comisión por omisión se ha incluido dentro de los delitos omisivos, denominándose "delitos de omisión impropia". Esa oposición entre las dos opiniones aludidas favorece la adopción de un criterio que parece ser para muchos penalistas el más lógico: el delito de comisión por omisión representa una forma independiente de la figura objetiva.

Los delitos de comisión por omisión se han clasificado en delitos de comisión por omisión por configuración legal (los expresamente regulados por la ley) y los delitos de comisión por omisión de configuración judicial (aquellos en los que el tribunal, al momento de aplicar la norma, lleva a cabo la configuración, por no existir en la ley una formulación que de modo expreso prevea el delito omisivo). En realidad, los de verdadera dificultad son los de configuración judicial, por cuanto de lo que se trata es de determinar si las figuras delictivas que se encuentran previstas en la ley como de hacer, pueden perpetrarse, y hasta qué punto, no haciendo.

Esa particular estructura de los delitos de comisión por omisión de configuración judicial ha propiciado el cuestionamiento de si la admisibilidad, sobre todo por lo que pudiera implicar la afectación del principio de legalidad. En el hecho de que se impute al sujeto un resultado capaz de cambiar el medio exterior, surgido más allá de los límites de la propia conducta corporal ha radicado el peso decisivo para su desestimación.

Frente al criterio desvalorativo de la comisión por omisión se ha alzado la opinión de quienes afirman de manera ilimitada que todos los delitos pueden ser perpetrados por una acción como por una omisión.

No obstante, una regla de elemental prudencia teórica aconseja asumir una posición más moderada. Si bien la extrema negación de los delitos de comisión por omisión fracasa ante la existencia de figuras concretas, constitutivas de

verdaderas comisiones omisivas, así como ante reales e invencibles reclamos de lo justo, la opinión de amplitud desmedida no parece tampoco representar la actitud más consecuente.

Por consiguiente, el asunto tiene que dilucidarse de otro modo, procurando una fórmula que salvaguardando el principio de legalidad y el sentido de la justicia, reconduzca la estructura de la comisión por omisión a un plano en que lo legal y lo justo alcancen una aceptable conciliación.

Una primera regla de interpretación limita la posibilidad de admitir la comisión de configuración judicial en los delitos en los que la ley solo prohíbe un resultado (por ejemplo: matar en el homicidio) sin especificar el comportamiento causante de ese resultado, por lo cual la conducta es, en principio, susceptible de consistir en una acción o en una omisión.

No obstante, aún esta primera regla no ha logrado total aprobación, porque se ha aducido, para rechazarla, que allí donde la ley ha descrito el hecho típico empleando un verbo de índole activa ha afirmado con ello la exigencia de que el delito en cuestión solo pueda llevarse a cabo mediante la realización de una actividad comisiva nunca de forma omisiva. Tal opinión, sin embargo, nos parece infundada, porque los verbos típicos no remiten como sustrato a una realidad puramente naturalística, sino a una realidad provista de significado social y jurídico.

Cuando en el orden social se dice que alguien ha matado a otro no se quiere afirmar con ello que haya realizado una acción positiva de la que, como consecuencia, se deriva la muerte, sino que la muerte de otro es objetivamente imputable a su conducta tanto si el autor ha producido de modo efectivo el resultado dañoso como si ha dejado que se produzca teniendo la obligación de evitarlo. Por supuesto, existen figuras que de manera inequívoca, demandan una acción positiva, no tolerando la posibilidad de una conducta omisiva: sustraer, por

ejemplo, no parece consentir la ejecución omisiva; luego el hurto no puede cometerse por omisión.

La adaptación de los delitos de resultado a las particularidades de la comisión por omisión se materializa, conforme se ha visto, por la vía de la interpretación judicial. El principio de legalidad, por ello, puede experimentar cierto menoscabo, en la medida en que la figura aparece entonces solo en parte legalmente determinada.

Una vez afirmado que la comisión por omisión puede entrañar una afectación del principio de legalidad, la tesis que, por razones de justicia, estima admisible la comisión por omisión (no prevista precisamente como tal en la ley) ha procurado limitar la esfera de su aplicación, a fin de salvaguardar la imperturbable vigencia de aquel principio.

Tal finalidad se ha intentado lograr por dos vías independientes: la del nexo causal (equiparando algunas omisiones a la causación activa del resultado) y la de la antijuricidad (fijando el centro de interés en el deber de actuar).

El tratamiento de la comisión por omisión acarrió un desarrollo histórico, para ofrecer soluciones concretas. Por ello, la evolución histórica de la teoría penal para lograr la solución del problema suscitado por la fundamentación de la comisión por omisión puede diseñarse en cuatro etapas, aún cuando ellas se interfieren en el tiempo.

4.2 La teoría del nexo causal

El punto de partida del desarrollo se halla en el nexo causal, el cual constituye, como se ha dicho, uno de los temas desesperantes de la teoría penal. Esta cuestión surgió por el deseo de conciliar tres principios: primero, que presupuesto necesario de la responsabilidad penal por un resultado es la

existencia de una relación causal entre la conducta del autor y ese resultado; segundo, que la conducta puede ser activa u omisiva; y tercero, que la omisión debe ser punible en tanto alcance cierta identidad con la estructura propia de los delitos de comisión.

El propósito de armonizar estos tres principios originó inmediatamente la necesidad de hallar también, en la comisión por omisión la existencia del nexo causal, equiparando la "causación del resultado" con la "evitación del resultado".

El delito de comisión por omisión solo podría ser judicialmente configurado, y como tal penalmente sancionado, cuando el resultado ocurrido apareciera como consecuencia causal de la omisión (no impedir ese resultado).

Los inconvenientes han radicado en el hecho de que en los casos aludidos se imputa al sujeto un resultado externo que traspasa los límites de su actuación corporal y culminan en la pregunta siguiente: ¿Cómo es posible que un simple omitir cause dicho resultado? ¿Cómo puede surgir un "algo" (el resultado material) de la "nada" (la omisión)?

Todas las respuestas se dirigieron a un objetivo común, el de transformar en "algo" la supuesta "nada" de la omisión siguiendo tres vías: la teoría de la acción contemporánea (la causa del resultado en el delito de comisión por omisión era la acción positiva que realiza el sujeto mientras omite la acción positiva que debió haber realizado); la teoría de la acción precedente (la causa en estos delitos es la acción in inmediatamente anterior a la omisión); y la teoría de la interferencia (el omitente ha dominado el impulso de actuar, produciéndose, como contracorriente, un fenómeno de interferencia entre la fuerza que impulsa a obrar y el despliegue real de ella).

Sin embargo, estas tres teorías han sido acertadamente refutadas.

La imposibilidad de alcanzar por estas vías la deseada fundamentación del nexo causal en los delitos de comisión por omisión, condujo la solución del problema de la causalidad por dos direcciones diversas.

De una parte, bajo la influencia de las corrientes positivistas que dominaron en la teoría penal de la mitad del siglo XIX, comenzó a entenderse el nexo causal en sentido causal- mecanicista.

Para que un resultado pudiera ser imputado a un hombre se precisaba ante todo que este fuera causa física de aquel. Concebido el nexo causal de tal manera, tenía que concluirse que la omisión era acausal. Por consiguiente, quedaba justificada la necesidad de fundamentar la penalidad de la comisión por omisión por medio de otro argumento ajeno al nexo causal: la vía seleccionada fue la de la antijuricidad.

De otra parte, se buscó la explicación del nexo causal acudiéndose al campo de las relaciones jurídicas: se apeló entonces a una concepción normativa. La causalidad en la omisión no es más. Según esto, que una creación de la ley: el término "causa" en los delitos de comisión por omisión, significa solo una relación de causalidad jurídica. No obstante, esta tesis normativa, que hasta cierto punto coincide con la causal- mecanicista, ha resultado también inconsciente.

Si el Derecho crea primero, sobre una pura abstracción un vínculo entre dos fenómenos, y después valora esa relación así creada y que no tiene existencia fuera del Derecho, del mundo jurídico, el Derecho no hace más que valorarse a sí mismo, mediante un falso proceso, en el que nada existe en realidad. Un planteamiento de tal índole determina solo que el Derecho Penal pierda todo contacto con la vida, tolerando incluso la responsabilidad por un resultado con el cual, fuera del Derecho, no la vincula ningún nexo.

4.3 La teoría formal: el deber jurídico

La segunda etapa en el desarrollo histórico de la solución del problema fundamental de la comisión por omisión, se halla en la obra de Feuerbach y en el pensamiento político imperante en su época. El nexo causal fue descartado o, por lo menos, pasó a un segundo plano: la comisión por omisión fue fundamentada entonces en la esfera de la antijuricidad, o sea, en el terreno del "deber".

Se entendió que el delito de comisión por omisión, conforme a esta nueva concepción, después llamada "formalista" o "formal", presupone siempre una base jurídica, mediante la cual se fundamenta el deber de actuar; sin esa base jurídica no puede llegarse a la penalización por un delito de comisión por omisión. El propósito de esta teoría fue el de restringir el ámbito de ese deber de evitar el resultado, con la reconocida finalidad de eludir los peligros de una excesiva extensión y ante la falta de un precepto legal que, de modo general, previera los requisitos de la comisión por omisión.

De estas ideas se derivó una ulterior reducción del campo de validez de la comisión por omisión, en beneficio siempre de la mayor vigencia del principio de legalidad: la teoría formal se fundó en el criterio de que los deberes para evitar el resultado tenían que ser "deberes jurídicos", desechando, por insuficientes los meros deberes morales.

Si embargo, los propios objetivos que se procuraban satisfacer por medio de la teoría formal se convirtieron en un serio obstáculo que paulatinamente fue salvándose, pero a costa de concesiones teóricas que hasta cierto punto hacían dudosa la conservación de su propósito original.

De una parte, sus fuentes jurídicas iniciales (la ley y el contrato) se fueron ampliando dándosele cabida a hecho precedente a la aceptación voluntaria, a control de ciertas fuentes de peligro, etc. De otra parte, se llevaron a cabo

determinadas exclusiones dentro de las propias fuentes formales fundamentadas del deber jurídico de evitar el resultado y se argumentó acerca de la posibilidad de contrariar el sentido de la justicia con una aplicación estricta de esas fuentes formales.

4.4 La teoría del deber de garante.

Todas las circunstancias mencionadas contribuyeron a favorecer el cambio teórico en torno a la fundamentación de la comisión por omisión. El nuevo punto de vista para la equiparación de la causación del resultado y la omisión de la acción que lo hubiera evitado, fue el principio de la "posición de garante" por la no producción del resultado, el cual se basaba en la estrecha relación del omitente con el bien jurídico.

El deber de evitar el resultado solo correspondía a quien tuviera que "garantizar" su evitación (de esto se ha derivado su denominación). La posición de garante constituyó el fundamento del deber cuya infracción determina la equiparación entre el comportamiento típico activo y la no evitación del resultado. Con esto se daban acceso a la posición de garante, a los deberes éticos sociales y se perdía la seguridad jurídica que proporcionaban las iniciales fuentes formales.

Si bien esta nueva concepción, en su versión original se inspiró en un siempre deseable sentido de la justicia, su principal inconveniente ha sido el de la afectación decisiva del principio de legalidad, por lo menos cuando es aplicable con independencia de todo criterio jurídico.

4.5 La teoría funcional de la posición de garante.

Una fase ulterior en el curso histórico de la comisión por omisión está ocupada por la teoría funcional de las posiciones de garante, que ha procurado explicar materialmente los fundamentos de la posición de garante. La infracción de

un mandato para la defensa de lesiones o peligros de un bien jurídico es constitutiva de los delitos de comisión por omisión; pero no toda la lesión de tal mandato realiza el tipo de estos delitos, sino únicamente la infracción de un garante.

La posición de garante, con arreglo a la teoría funcional, se determina conforme a las dos funciones (de ahí su denominación) que incumben al garante (a omitente) y cuya infracción origina la responsabilidad penal a título de comisión por omisión: la función de vigilancia. Según la función protectora del omitente, este debe proteger o defender el bien jurídico contra todos los ataques que pudiera sufrir cualquiera que sea el origen de ellos; y según la función de vigilancia del omitente, este debe vigilar toda fuente de peligro que puesta a su cuidado y custodia, pueda lesionar o amenazar cualquier bien jurídico ajeno.

Si bien durante casi tres décadas esta concepción funcional de la posición de garante alcanzó bastante predominio en la teoría penal y en la práctica judicial de algunos países, sus propios defensores han reconocido que nuevos aportes a la teoría penal han socavado de modo intenso su estabilidad.

Nosotros, por supuesto, consideramos la teoría funcional del deber de garante como la más ejemplificante para demostrar dichas soluciones en toda la historicidad de la comisión por omisión. Sin dejar de significar las primeras teorías, las cuales en su conjunto, dieron paso directa o indirectamente al desarrollo de una tras otra, hasta llegar al perfeccionamiento de los antes mencionados supuestos.

CAPÍTULO V

5. La posición de garante. Sus fuentes y funciones.

Se señala como el único aspecto diferencial entre los delitos de omisión propia e impropia y corresponde a la situación típica. El delito de omisión es siempre un delito especial propio, o sea, el injusto depende de un deber jurídico específico del sujeto con el bien jurídico, es la llamada posición de garante (por ejemplo, el socorrista de la piscina o un playa, de la madre respecto a su niño) luego, desde el punto de vista subjetivo, para que haya dolo, es necesario tener conciencia de esa posición de garante.

El autor de un delito de omisión impropia solo puede serlo el titular de un deber de responder que se evite el resultado (deber de garante), la determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la parte general, dado que la propia ley es indeterminada, la determinación segura del deber de garante en el sistema de imputación resulta indispensable para la delimitación del el fundamento y los límites de la misma, además, el autor de un delito de omisión impropia puede serlo quien tenga el deber de intervenir.

Este deber, según la doctrina penal contemporánea, tiene que ser un deber jurídico. Esta expresión debe ser comprendida en sentido amplio. De acuerdo con los criterios tradicionales, deberían comprenderse los deberes derivados de la ley, los establecidos en un contrato o los producidos por la injerencia del agente que crea una situación peligrosa.

De manera más adecuada y práctica, la doctrina prefiere hablar actualmente de dos tipos de deber de garante:

- Primero, el deber de proteger bienes jurídicos expuestos a peligros indeterminados (por ejemplo, deberes que derivan de las normas que

regulan las obligaciones de los padres en relación con los hijos, de marido y mujer entre sí, del profesor de natación respecto de sus alumnos, del médico con relación a sus pacientes) ;

- Segundo, el deber de vigilar ciertas fuentes de peligro que amenazan bienes jurídicos de manera indeterminada (por ejemplo, la responsabilidad del poseedor de un vehículo motorizado).

Como la ley requiere un deber de responder de carácter jurídico, la fuente debe proporcionar deberes jurídicos y no solo morales. Y como además se trata de delitos de omisión semejantes a la comisión, el deber jurídico de obrar en los delitos de omisión impropia, tiene que ser la importancia del deber jurídico de omitir en los delitos de comisión.

La doctrina mayoritaria requiere la posición de garante como elemento fundamentador de la comisión por omisión. La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, un deber jurídico específico de evitación del resultado, de tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (ingerencia).

Como posiciones emanadas de la ley se mencionan también las que derivan de la regulación legal de determinadas profesiones, como la del médico con respecto a la vida de sus pacientes, o la del funcionario, con especial referencia a la del funcionario de prisiones con respecto a la vida de los reclusos.

La aceptación voluntaria y contractual de un deber de actuar determina para la doctrina dominante el surgimiento de una posición de garante. En la

jurisprudencia española se atribuye esta categoría de posición de garante, por ejemplo, al encargado de línea eléctrica o a los directores de obras como arquitectos. En la doctrina se mencionan como ejemplos típicos de posición de garante por asunción contractual al socorrista de la playa o de la piscina o al sujeto que se ha obligado contractualmente a vigilar la ejecución de unas obras.

En general, respecto de la posición de garante, se clasifican sus fuentes desde un punto de vista formal o material. La formal distingue fundamentalmente entre posiciones de garante de origen legal (el cuidado de los padres respecto a los hijos), contractuales (caso del socorrista contratado para vigilar en una piscina o playa) y el hacer precedente o ingerencia "el deber de garante puede hacer de un actor precedente peligroso: el que crea un peligro para bienes jurídicos ajenos".

Pero esta clasificación puramente formal es inservible, ya que no dice nada sobre la legitimidad material de la fuente y de sus límites. No existe acuerdo en la doctrina sobre los criterios para clasificar las fuentes del deber de garante. Para el presente estudio, hemos tomado como modelo en la extensa división de las fuentes de la posición de garante la ofrecida por dos de los teóricos del derecho penal, me refiero a Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf: .

5.1 La fundamentación de la posición de garante en la ley

En cuanto fuente más destacada y según Feuerbach la fuente central por autonomía, de posiciones de garante cabe mencionar igual que antes, la ley. Ésta puede poner a personas determinadas en posiciones de protección o solo con el fin de vigilar determinadas fuentes de peligro o bien para ambas.

Cabe tener en cuenta que la mera titularidad de posiciones jurídicas protegidas, como por ejemplo, la propiedad o el derecho a la intimidad del hogar, no son suficientes para fundar una obligación de vigilancia o de protección, ello solo sucede ante la concurrencia complementaria de circunstancias adicionales.

a) Las disposiciones acerca de la comunidad conyugal de vida imponen sobre el cónyuge respectivo la protección de los bienes jurídicos del otro, así por ejemplo, en relación con la integridad corporal y la vida, pero también con valores materiales respecto a la obligación de cuidados de valores patrimoniales.

b) Ciertas disposiciones legales acerca de la obligación de seguridad en el tránsito obligan a la vigilancia de fuentes de peligro (parte de la doctrina ve aquí una causal autónoma de surgimiento, denominada de dominio material). Así por ejemplo, la persona o entidad obligada a la construcción de carreteras, es garante respecto a todos aquellos bienes jurídicos que puedan resultar dañados como consecuencia de insuficientes condiciones de seguridad en tales carreteras; del mismo modo quien circula en el tránsito público es garante de los bienes jurídicos de los demás transeúntes, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes en cada uno de los estados.

c) Del mismo modo, disposiciones legales pueden colocar a una persona en posiciones de protección y vigilante.

5.2 Fundamentación por libre acepción

Antiguamente era frecuente describir estos casos como la asunción contractual. Empero, una vinculación semejante del derecho penal a las reglas del derecho civil no ha logrado imponerse, puesto que la dependencia de la obligación de evitación del resultado de los presupuestos contractuales civiles conduce a consecuencias imprevisibles; así ante los casos de nulidad, anulabilidad, terminación del contrato, en los casos de posiciones de garantes efectivamente asumidas o continuadas, como asimismo en aquellos en los cuales el contrato es válido desde un punto de vista de derecho civil, no obstante lo cual el obligado aún no ha asumido la posición de garante.

Por ello, en lo sucesivo, la aceptación efectiva de un círculo especial de obligaciones vinculado a la evitación del resultado será considerada como el criterio determinante, con lo cual se da la posibilidad de eliminar aquellas cuestiones civiles no esenciales para el derecho penal. Este punto de vista permite asimismo incluir los casos de relaciones de confianza especial, sin considerar que ellas se retrotraigan a un fundamento contractual o meramente fáctico: "las obligaciones de derecho privado y las obligaciones de derecho público van junto a la otra".

a) Sobre la base de la libre aceptación se fundan, la mayoría de las veces, posiciones de protección en beneficio de determinados bienes jurídicos frente a potenciales agresiones, como en los casos de contratos civiles de servicios de seguridad con el fin de protección de determinadas personas o de objetos de valor.

Cabe mencionar además que el asumir una obligación de cuidado frente a enfermos o niños, frente al trabajador, o en contratos de servicios cuya ejecución pueden representar la fundamentación o incrementación de un peligro, tal como la aceptación de una labor de guía en la montaña, o bien en la enseñanza de la natación o la conducción, un tratamiento por el médico, etcétera; conllevan un cuidado debido ante la persona sobre quién recae el servicio. La necesaria estratificación jurídico-penal de los presupuestos jurídico-civiles siempre tiene sus efectos, en estos casos y la función de la obligación debe haber conducido a una fundamentación o incrementación efectiva del peligro.

Por ejemplo, no habrá responsabilidad del guía en el caso de un accidente de un turista, cuando éste, y en contra del consejo de aquel, ha seguido un camino montañoso peligroso y sin compañía.

b) También la vigilancia de fuentes de peligros es frecuentemente asumida en forma voluntaria, con la consecuencia de que quien la asume se transforma en

garante de todos los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados por la fuente de peligro.

Cabe mencionar aquí por ejemplo, la asunción contractual del deber de vigilancia del tránsito en lo tocante al cuidado invernal de carreteras o de determinadas instalaciones (ascensores, procesos productivos, etc) .

5.3 Fundamentación en comunidades de vida y de peligro.

En correspondencia con su carácter suprapositivo, este fundamento jurídico se impuso en forma relativamente tardía, sin embargo, con posterioridad atrajo en forma creciente a la doctrina y la judicatura, sustrayendo en gran medida la base de la muy criticada fundamentación del deber por medio de la ley.

La teoría, desarrollada por la jurisprudencia y básicamente compartida por la doctrina, apunta en tal dirección: allí donde existan estrechas comunidades de vida o donde surjan, aun en forma pasajera, comunidades de peligro, todos los pertenecientes a tales comunidades se encuentran obligados-en el marco de relación de confianza recíproca y existente- a la evitación de lesiones imputables de bienes jurídicos por parte de los demás.

a) Así como en el matrimonio, en virtud de la ley, también cualquier otra estrecha comunidad de vida dentro o fuera de una morada común puede llegar a fundar una posición de garante con el fin de proteger los bienes jurídicos de la respectiva pareja.

Así por ejemplo, existe una posición de garante fundante del deber de protección, respecto de una comunidad familiar (familia en sentido amplio) que habita un hogar común, incluidas eventualmente personas del servicio doméstico, no pertenecientes a la familia.

Pero también fuera de comunidades familiares es posible que la acogida en el hogar pueda dar lugar a una posición de garante del dueño de casa respecto de los bienes jurídicos de los huéspedes, en la medida en que se trate de lesiones que estén dentro del ámbito de su dominio y que concurren circunstancias fundantes del deber de vigilancia o de protección. Ello rige con mayor razón en los casos de comunidades de vida similares al matrimonio (una comunidad de vida entre los novios o entre homosexuales).

En todo caso, la posición de garante solo puede ser fundada cuando exista una base de confianza suficiente. Así por ejemplo, los respectivos huéspedes solo pueden confiar en que durante su permanencia en el hogar del anfitrión no se encuentran amenazados por peligros graves.

El garante, además, cumple determinadas funciones protectoras necesarias para salvaguardar la integridad de un bien jurídico incluido en su esfera de competencia, por ello, en la doctrina penal contemporánea que tiene en su estudio el presente tema aparecen no solo clases de fuentes en relación a la posición de garante sin también se conceptualizan funciones que dimanan de la propia posición de garante, teniendo en cuenta que determinadas personas están obligadas a velar por la integridad de un bien jurídico debido a que el mismo se encuentra dentro de su ámbito de dominio ellos han adquirido el compromiso de evitar que pueda ser puesto en peligro o incluso lesionado. Si debido a su conducta, contraria a derecho, tal resultado se produce, responderán como garantes de un delito en comisión por omisión.

5.3.1 Deberes de garante deducidos de una estrecha relación vital

Se trata de aquellos compromisos deducidos de la convivencia familiar o simplemente de la convivencia de hecho. Los padres son garantes de la vida, de la salud, de la libertad de sus hijos; los cónyuges o los miembros de la pareja de facto son asimismo y en los mismos términos garantes uno del otro, etc.

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

5.3.2 Deberes que emanan de la regulación legal de determinadas profesiones

Así sucede en aquellas profesiones que incorporan a su actividad el deber formal de protección de determinados bienes jurídicos. Son, por ejemplo, garantes el médico respecto a la vida y salud de sus pacientes, lo mismo el funcionario de prisiones en relación con los reclusos a él confiados. El empresario por las instalaciones destinadas a proporcionar seguridad e higiene a sus trabajadores según lo preceptuado en la ley de seguridad e higiene del trabajo, etc.

5.3.3 Deberes de garante deducidos de la asunción voluntaria de específicas funciones protectoras.

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

Si un grupo de personas acuden a auxiliar al accidentado y una de ellas manifiesta intención de brindarle primeros auxilios por su profesión de médico, y por esa razón no es trasladado a un centro asistencial, y si el accidentado muere a causa de la desatención, el omitente responderá de un homicidio doloso en comisión por omisión (en concurso con una omisión agravada de socorro). Tampoco la asunción contractual del compromiso convierte de manera

irremediable en garante al omitente. Por ejemplo, aunque el contrato de trabajo suscrito entre la empleada doméstica y los padres sea nulo, aquella responderá como garante de la vida que de hecho se le ha confiado.

5.3.4 Deber de vigilancia de una fuente de peligro.

La posición de garante también puede aparecer cuando la indemnidad de bien jurídico depende del control personal de determinadas fuentes de peligro y existentes, el propietario del animal, vehículo o arma de fuego respecto a su vigilancia, conducción o uso, o generadas por alguna acción u omisión precedente contraria a derecho, los que acampan en el bosque respecto a las consecuencias que puedan derivarse de la no extinción del fuego que imprudentemente se hizo.

En todos estos casos, el sujeto queda en posición de garante y en consecuencia, obligado a evitar la producción de un resultado típico. Por ejemplo, el propietario que deja a su perro guardián sin atar y muerde a una persona responde por un delito de lesiones imprudentes en comisión por omisión.

Como ya hemos analizado, coincidimos en que la omisión consiste en no realizar la prestación que le viene obligada a un determinado sujeto mediante una norma legal.

La omisión ha sido tratada doctrinalmente después de la acción y son muchos hoy los conceptos y consideraciones ofrecidas por penalistas de la doctrina del derecho penal contemporáneo, enriquecidas también por la posición de la jurisprudencia, y además coincidimos que también es otro comportamiento de la conducta humana, lo mismo que la acción.

En el caso particular de sus clases, teníamos que en relación a la omisión propia no existían mayores consideraciones en cuanto a su concepto, pues al igual que los delitos de acción, los delitos cometidos por omisión propia estaban

tipificados en la ley, y por supuesto, como eran típicos y antijurídicos, también el derecho los sancionaba con una pena. Y en sentido general, la omisión propia es un comportamiento concreto que se esperaba de un sujeto determinado, pues de su acontecimiento estaba pendiente la protección de un bien jurídico.

Sin embargo, la omisión impropia o la comisión por omisión, trae aparejado una serie de explicaciones en cuanto a sí es parte de la acción o de la omisión, o si constituye una figura independiente, y a su relación con el principio de Legalidad que instituye el derecho penal. Existen autores que consideran su estudio dentro de los delitos comisivos, pero la mayoría de los penalistas antiguos y modernos hacen sus valoraciones a partir de la tesis de los cometidos por omisión, y justo ahí lo insertan, como otra forma de las formas de omisión.

Pero no se puede descartar el razonamiento de que también, aunque por un sector de la doctrina mucho menor, se comience a tratar como una institución independiente en el derecho penal y una nueva forma de la conducta.

Se considera que claramente se encuentra dentro de los delitos por omisión, pues ciertamente, es mediante una conducta omisiva que se produce un resultado determinado, señalando que consecuentemente se ocasiona un resultado positivo. Por ejemplo, tengo el deber de socorrer a un individuo que se está ahogando y sencillamente no lo cumplo, producto de mi omisión de socorro dicho individuo muere ahogado.

Como se ve, positivamente si se ocasionó un resultado, y el acto omisivo fue el origen. Mas, se cree que la ciencia penal es muy rica pues rica también es la práctica que da origen al reconocimiento legal de los tipos penales, y que en algún momento tal vez, esa posición de ver la comisión por omisión de manera autónoma deje perplejo a muchos y a otros les señale un nuevo camino de estudio dentro de la doctrina del derecho penal.

Acerca de si es acción, se considera que aunque la acción siempre fue la primera y todavía por la menor opinión en la teoría penal, única forma de manifestarse la conducta humana, no indique camino dentro de ella donde ubiquemos la omisión impropia, muy cierto es que se produce un resultado como regla general, tanto como en la comisión, pero este no el elemento único para que nos haga plantear que la comisión por omisión es parte de la acción. Incluso, de esta posición se habla y se ha escrito muy poco dentro de la doctrina penal.

Además, se tiene que reconocer que existen delitos que se producen tanto por acción como por omisión, como es el caso del homicidio, lo cual se ejemplificó con anterioridad. Respecto al principio de legalidad, no creemos que la omisión impropia menoscabe el mismo, es cierto que esta forma de la omisión se materializa generalmente por la vía de la interpretación judicial, pero no descartamos la posibilidad que en códigos penales existan reglas de interpretación para los casos de comisión por omisión, o que en el cuerpo de algunos de ellos aparezcan ya delitos encuadrados dentro de dicha forma del actuar humano, como en el caso de Guatemala donde el Artículo 1o de su Código Penal proclama que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a. Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Muchas veces se adapta la comisión a la comisión por omisión a partir de la interpretación judicial como decíamos anteriormente, pues como muchos plantean, estos tipos omisivos aparecen parcialmente descritos. Estamos seguros que nunca la omisión impropia atentará contra la legalidad, toda vez que en la fuente donde nace la impartición de justicia o apliquen la ley y la adecuación de la pena

con su respectiva clasificación, existan criterios basados en el sentido de la justicia, la legalidad, guiados por la conciencia jurídica en toda su magnitud. Se cree que con esta fórmula dicho principio del derecho penal y la forma impropia de la omisión, podrán sin cuestionamiento alguno, darse las manos.

Finalmente, dentro de la comisión por omisión se encuentra la figura del garante, planteándose que es éste el único aspecto que diferencia la omisión propia de la impropia. Pues es el garante, un sujeto que tiene un deber muy especial y muchas de las veces, contemplado legalmente, por eso es deber jurídico, de protección de un determinado bien jurídico al cual ampara las legislaciones penales.

El garante, es el titular de ese deber jurídico, mediante el cual se puede evitar con su actuar, que un determinado resultado no de realice. Planteándose que determinar la posición de garante, es una tarea de gran envergadura dentro de la ciencia penal contemporánea.

Dicha posición trae consigo clasificaciones de sus fuentes tal y como vimos, las que no se contraponen una tras otras, sino que sirven para ampliar nuestro estudio y esta rica ciencia que es en definitiva, el derecho penal. Y en sentido general, todas las que tuvimos en cuenta tienen en común la posición de garante desde un punto de vista contractual, legal y de comunidades de vida o de peligro.

CONCLUSIONES

1. Tanto la acción como la omisión constituyen modalidades del actuar de un sujeto, siempre que estén dirigidas a un fin determinado y dominada por la voluntad dirigente, siendo distinguidas en el ámbito jurídico-penal por su relación con el perjuicio del bien jurídico (la comisión daña al bien jurídico mediante una actividad corporal perceptible en el mundo exterior y la omisión a través de una inactividad corporal) siendo necesario agregar en el caso de esta última la particularidad de que dicha manifestación conductual tiene que ser parte del sistema normativo, el que calificará como tal a aquellos comportamientos que impliquen la no realización de acciones que el sistema espera sean llevadas a cabo.
2. La selección de las conductas humanas que formarán parte de los delitos omisivos valora el cumplimiento de la función protectora del derecho penal, su carácter subsidiario y el cumplimiento del principio de necesidad; por lo tanto, si el bien jurídico que se ha decidido proteger puede ser custodiado a través de otra norma menos gravosa y que el actuar omisivo que podría lastimarlo no representa una verdadera expectativa social, su tipificación resulta inadecuada.
3. La mayor parte de la doctrina se inclina por atender que la omisión es un concepto jurídico-penal y no meramente naturalístico. Lo importante es, al igual que sucedía con los casos causales, fijar el criterio que nos permita seleccionar entre todos los comportamientos pasivos o potencialmente finales a aquéllos que interesen al derecho penal guatemalteco.
4. La omisión es una especie del género no hacer, que viene caracterizada por que se seleccionan normativamente sólo aquellos preceptos que

merecen un juicio axiológico negativo; es decir, la omisión es un no hacer que se debería realizar.

5. La comisión por omisión sólo se convierte en omisión impropia cuando la acción de hacer es la que hace falta, una no existente, a pesar de que debería estos, por el deber jurídico de la posición del garante.

RECOMENDACIONES

1. Para evitar la excesiva proliferación de novedosos bienes jurídicos, el desarrollo acelerado de la sociedad, la inutilidad o escasa eficacia de otras ramas del derecho no puede conducirnos a un "archipiélago carcelario" visto ahora como un "archipiélago de penalidades", sino al equilibrio de la balanza y con ella de los principios de justicia, equidad y legalidad, los delitos omisivos impropios requieren de los estudiosos de la ciencia penal una mirada más aguda.
2. Al derecho penal sólo le interesa aquella omisión cuyo marco externo de referencia sea la norma. La acción debida será por tanto, la que concretamente exija el precepto correspondiente. En otros términos, la expectativa de la acción no realizada, debe encontrar su punto de referencia en la tipicidad, por lo cual se sugiere que el Congreso de la República legisle o realice reformas a nuestro ordenamiento sustantivo en ese sentido.
3. La omisión consiste en un comportamiento activo, mediante el cual el garante se abstiene de hacer algo que debería haberse hecho según determinadas pautas sociales, religiosas, jurídicas, culturales, políticas, morales y cuya consecuencia es manifiesta en el exterior del garante, situación esta que debe ser tomada en cuenta por los encargados de aplicar la norma jurídica (jueces), dependiendo de la situación geográfica en que se a de aplicar.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique y López-Barja de Quiroga, José. **Contestaciones al programa de derecho penal, parte general para acceso a las carreras judicial y fiscal.** T I, 2da. Ed. Valencia, 2002.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, **Lecciones de derecho penal, parte general.** Barcelona, España: Ed. Praxis, S.A, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal, parte general.** Barcelona,(s.e.), 1994.
- COBO DEL ROSAL, M. y Vives Antón. **Derecho penal, parte general.** Valencia, España, (s.e.), 1998.
- GRILLO LONGORIA, José Antonio. **Sanciones y medidas de seguridad.** Universidad de la Habana. Facultad de Derecho. La Habana, Cuba, (s.e.), 1998.
- HEINZ GÖSSEL, Kart y Heinz Zipf. **Derecho penal, parte general.** T. II: Ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma: Buenos Aires, Argentina, 1995.
- JAKOBS, Günter. **Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.** Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo. Universidad de Extremadura. Ed. Jurídicas. S.A: Madrid, España, 1995
- JESHIECK, Hans-Heinrich y Weigend, Tomas. **Tratado de derecho penal, parte general.** Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ta. Ed. corregida y ampliada. Ed. Comares, 2002.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Curso de derecho penal. Parte general I. El "ius puniendi" (la potestad punitiva).** Ed. Universitas S.A. 1996.
- MAZORRA YLLAS, Alexis. La adecuación de la sanción. Santiago de Cuba, Cuba, (s.e.), 2003.

MUÑOZ CONDE, F y García, Arán. **Derecho penal. Parte general.** 3ra ed. Ed. Tirant lo blanch: Valencia, España, 1998

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Manual de derecho penal, parte general.** Ed. Aranzadi: Madrid, España, 2002.

QUIRÓZ PÍREZ, Renén. **Manual de derecho penal.** T. I y II, Ed. Félix Varela: La Habana, Cuba, 2002.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, **Derecho penal español, parte general,** 13 ed.; Ed. Dykinson, España, 1990.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 51-92, 1992.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 2-89, 1989.

Declaración de Helsinki, XVIII Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, 1964.

Declaración de Tokio, Adoptada por la XXIX Asamblea Médica Mundial, Tokio Japón, 1975.

Declaración de Nuremberg o Código de Nuremberg, 1946.

Código Internacional de Etica Médica, 3a. Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Londres Inglaterra, 1949.

Código Procesal Penal, Ley 7594 de la República de Costa Rica, 1996.

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José Costa Rica. 1969.

Convención Sobre Tortura y Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes, Organización de las Naciones Unidas, 1984.