



UNIVERSIDAD DE AZUAY

Tema: Omisión Punible

Autora: Ab. Paola Arias Contreras

Director: Dr. Gustavo Aboso

2012

LA OMISIÓN PUNIBLE

INDICE.-

MARCO CONTEXTUAL.....	4
JUSTIFICACION.....	4
PROBLEMA DE INVESTIGACION.....	4
DELIMITACION.....	4
OBJETIVO GENERAL.....	4
OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	5
METODOLOGIA.....	5
RESUMEN.....	6
INTRODUCCION.....	7

CAPITULO I

i. La omisión.....	8
i.i. Sus clases.....	15

CAPITULO II

ii.i. Distinción entre acción y omisión.....	24
---	-----------

CAPITULO III

iii.i. La posición de garante.....28

iii.ii. Deberes de garante.....29

CAPITULO IV

Función de protección de un bien jurídico.....37

CAPITULO V

La tentativa en la comisión por omisión.....39

CONCLUSIONES.....41

BIBLIOGRAFIA.....43

1. MARCO CONTEXTUAL.-

El delito de acción por omisión es un tema de gran interés. Su delimitación doctrinaria genera una profunda necesidad de investigación, ante ello, es menester realizar comparaciones con diferentes legislaciones y a través de un análisis jurisprudencial.

2. JUSTIFICACION

De esta necesidad de analizar la tarea de un estudio jurídico surgen interrogantes como:
¿Qué lineamientos teóricos deben orientar el proceso de enfocarse a esta figura delictiva?
¿Cómo se debe orientar a los profesionales del Derecho para su estudio y aporte interactivo en los procesos de construcción profesional de sus conocimientos?

3. PROBLEMA DE INVESTIGACION.-

La problemática de la investigación tiene como fundamento el estudio concreto de los elementos esenciales que son parte de la acción por omisión.

4. DELIMITACION

Se analizará las diversas clases de delitos, para dar un concepto claro y poner en consideración su tratamiento legal. Esta investigación se fundamentará en el estudio empírico de legislaciones con mayor avance en el ámbito jurídico. Al igual que se examinará los aspectos probatorios que en muchas ocasiones vuelven imposible su comprobación. Se observarán las penas impuestas a estos actos delictivos.

5. OBJETIVO GENERAL

Como objetivo general se plantea el reconocer los aspectos predominantes para observar los requisitos dentro de la figura delictiva de la omisión y determinar cuándo se debe considerar a la Omisión como Punible.

6. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- ✚ Analizar jurisprudencia nacional e internacional
- ✚ Establecer los parámetros necesarios para determinar la figura delictiva
- ✚ Configurar los errores que se enfocan en torno a la omisión
- ✚ Fundamentar teóricamente la propuesta didáctica con información significativa, fruto de la investigación bibliográfica y virtual paradigmas, teorías
- ✚ Diagnosticar el problema planteado a través de la investigación de campo utilizando la revisión documentada.

7. METODOLOGIA

La metodología que será empleada en esta investigación, es la metodología bibliográfica.

Las variables por estudiar serán: profesionales del Derecho, Docentes, Administradores de Justicia, que aportarán con datos específicos, ejemplos, y se comparará con todos los datos recolectado

RESUMEN: Esta investigación se ha delimitado en como la dogmática jurídico penal se ha construido los delitos de omisión, donde la conducta del sujeto activo se identifica con una omisión, que se encuentra descrita en un tipo penal como delictiva, que tiene como consecuencia un resultado.

El problema se presenta al aceptar la existencia de formas de conducta diversas al de acción, es decir, la figura de la omisión, como una especie del género conducta

Obteniendo en la acción y en la omisión realidades diferentes, como delitos comisivos por una parte, y, por otra, delitos omisivos y, dentro de ellos, delitos dolosos y culposos.

ABSTRACT: This investigation has been delimited in like the dogmatist juridical penalty has constructed itself the crimes of omission, where the conduct of the active subject identifies with an omission, which is described in a penal type like criminal that has as a result a result. The problem appears after there accepts the existence of diverse forms of conduct to that of action, that is to say, the figure of the omission, like a species of the genre conduct Obtaining in the action and in the omission different realities, like cosent crimes on one hand, and, for other one, crimes omisivos and, inside them, fraudulent and guilty crimes.

INTRODUCCION

El derecho tiene por finalidad además de garantizar el orden externo en la sociedad para la convivencia humana, tiene como objetivo, el promover el desarrollo integral del hombre y buscar mejores estándares de vida en la sociedad.

En este contexto el delito circunstanciado engloba una diversidad de elementos y es por ello que en este estudio veremos respecto a un tipo de delito de gran relevancia, tal como lo es, la omisión punible. La omisión punible siempre y en todos los casos depende del tipo penal, porque existen omisiones que infringen deberes sociales pero no son penales porque no son típicas, ya que no están tipificadas en ninguna norma que haya sido tomada en cuenta como delito en la ley vigente.

El tipo penal le atribuye a quien lo viola en esta situación, la realización de una prestación positiva, si se quiere activa, que ha sido estimada *ex ante* como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico.

Así cuando jurídicamente decimos que alguien ha matado, no queremos expresar con ello que haya realizado una acción positiva de la que, como consecuencia, derivase la muerte, sino que la muerte de otro es imputable objetivamente a su conducta. Y la muerte será imputable objetivamente a su conducta, tanto si el autor ha producido efectivamente el resultado dañoso, cuanto si, pese a ocupar una posición de garante, desde la que asumía la tutela del bien, ha dejado que se produzca.

Sin embargo no es posible aventar la sensación de que así se produce una suerte de creación libre del Derecho. Se deja en manos de los jueces definir los presupuestos de la equivalencia de la omisión con la acción, con peligro de que se viole la prohibición constitucional de acudir a la analogía.

En síntesis veremos, lo que contempla la Norma y la ley, puesto que la norma crea lo antijurídico, la norma es prohibitiva o imperativa, de allí nace la acción y la omisión que el

Derecho Penal castiga. Y la Ley Penal es la que crea el delito, se compone de preceptos y sanciones.

CAPITULO I

LA OMISIÓN

Es preciso para el análisis correspondiente de la Omisión Punible, hacer un breve enunciado de ciertos términos que se requiere para su mejor comprensión, tales como:

Acción.-

Se considera que alguien ha llevado a cabo una acción, realizando una valoración consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer.

En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena, independientemente de la persona del sujeto concreto y de la situación concreta de la actuación.

La acción se concibe como un fenómeno puramente causal, exactamente igual que cualquier otro fenómeno de la naturaleza. Lo que el sujeto haya querido con su acción (el contenido es su voluntad) solo interesa en el ámbito de la culpabilidad.

Delito.-

Es un hecho jurídico, es decir, es un hecho que tiene importancia jurídica, por cuanto el derecho le atribuye consecuencias jurídicas, el nacimiento de derechos para el agraviado y para el Estado, como el persecutor de los delitos, y pérdida de derechos para el delincuente.

Como el delito es un hecho jurídico voluntario, supone que él es ante todo un hecho humano y no un hecho natural. Es una acción, un obrar con efectos comprobables en el mundo exterior, y no una simple declaración de voluntad; y es, además, una acción voluntaria y consciente, y por tanto imputable, es decir, referible al sujeto activo como suya.

Omisión.-

La palabra Omisión, viene del latín “*omissio*”, que es la abstención de hacer o decir. Una persona que omite contar algo está guardando información que no quiere compartir. De forma similar, un sujeto que omite realizar una cierta acción ha decidido no cumplir con algo que, por algún motivo, debería haber hecho.¹

La conceptualización tiene que ver con las características que configuran a estos delitos, las cuales se identifican con la existencia de una conducta omisiva:

- ✚ la producción de un resultado,
- ✚ la no evitación del resultado estando obligado el sujeto a ello,
- ✚ un deber previo de evitar la producción del resultado a cargo del sujeto (calidad de garante) y la vinculación (no causal, sino normativa) entre la conducta omisiva y el resultado producido.

La omisión se presenta como un comportamiento humano, como una actitud de un hombre, capaz de ser puesta a la par con la acción, en cuanto ambas son manifestaciones de conducta humana de interés para el Derecho².

La conducta humana que sirve de base al tipo penal puede consistir en un "hacer" o "no hacer".³

El concepto de omisión solo se refiere a aquellos comportamientos pasivos que producen consecuencias jurídicas. Por esta razón no todo comportamiento pasivo consiste en un "no

¹ La omisión puede ser una falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una determinada cosa. También se trata del descuido de quien está encargado de un asunto.

² Como por ejemplo la Omisión de las fuerzas militares: Si la omisión equivale a la realización activa de una conducta que vulnera los derechos humanos, se imputa la violación de un derecho fundamental y por ende no tiene ninguna relación con el servicio. Los delitos de omisión impropia en los cuales el resultado es la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre son actos ajenos al servicio, mientras que los delitos de omisión propia, por regla general pueden considerarse relacionados con la misión constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública. Se atribuye a dos miembros de la fuerza pública que tenían competencia material, funcional y territorial sobre la zona (posición de garante) que frente a la agresión armada contra la población civil (situación de peligro generante del deber) no prestaron ningún tipo de ayuda (no realización de la acción esperada) cuando contaban con medios materiales para hacerlo (capacidad individual para realizar la acción). Durante los hechos, fueron informados sobre la forma como se desarrollaban en el municipio las graves violaciones a los derechos humanos (dolo o imprudencia). FAIBER RUIZ ACOSTA

³ Resultando la conducta el género dentro del cual se comprenden dos especies: la acción y la omisión. (NOVOA MONREAL, 1984)

hacer" equivalente a una omisión en sentido penal, porque para que tuviera relevancia penal es necesario hacer un juicio normativo negativo.

Para una mejor comprensión sobre el concepto de Omisión, podemos encontrar una conceptualización normal y otra normativa:

- 1) Concepto Normal de Omisión que hace depender al concepto de omisión de las propiedades del comportamiento humano, tiene en cuenta la pasividad, el no hacer, la acción que es posible.
- 2) Concepto Normativo de Omisión.- El que se utiliza. Donde lo importante es fijar un criterio que nos permita seleccionar entre todos los comportamientos pasivos o finalmente potenciales, aquellos que interesan al Derecho Penal.

Por tanto la Omisión no consiste en un comportamiento pasivo sino en abstenerse de realizar aquel comportamiento que debiera haberse hecho.

Así, por **ejemplo**, un médico no cometería delito por omisión en caso de no atender el seguimiento del paciente, la omisión no es que el médico no haga, lo relevante a efectos penales se produce cuando ese médico evita el cumplimiento de sus obligaciones, es decir, lo que manda la norma.⁴

Los delitos de Omisión suponen la infracción de una norma de mandato o preceptiva a diferencia de los delitos de acción donde lo que se infringe es una norma prohibitiva, o de prohibición.

Los delitos de omisión pueden contener un solo ***no hacer algo determinado*** o exigir además la ***no evitación de un resultado***.

Los primeros son los llamados delitos de omisión pura y los segundos reciben la denominación de delitos de comisión por omisión

⁴ Solo serán omisivas aquellas conductas que consistan en no realizar una determinada prestación o que consistan en no evitar la producción del resultado cuando así lo establezca el Código Penal

Es de gran importancia, tomar en consideración las nociones contenidas en (Código Penal Alemán) que dice:

Comisión por omisión.

1. Quien omite evitar un resultado perteneciente al tipo de una ley penal, es punible conforme a esta ley sólo cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no aconteciera y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

2. Acción y omisión en la Teoría del delito.

El interrogante acerca de si **la omisión es algo real o si se trata de una idea generada por la norma**, ha recibido respuestas dispares. La falta de coincidencia es inevitable pues en el fondo todo depende de la postura filosófica del intérprete.

Una síntesis extrema sería la siguiente:

a. La omisión existe en el mundo real.

Parte de la doctrina sostiene que la omisión es una de las dos formas que puede asumir la conducta. No es simplemente una inacción sino es un no hacer, siendo ello posible, una cosa determinada.

BAUMANN apunta: la conducta humana no puede consistir únicamente en realizar un movimiento corporal por ejemplo, levantar un brazo, sino también en no realizarlo: dejar el brazo caído. Quien quiera agregar otros elementos al concepto de acción, tropezará inmediatamente con dificultades insolubles y se verá obligado a abandonar el concepto general común a la acción y a la omisión.

Argumentando así la quietud integra la continuidad del movimiento del mundo circundante, siendo que ella pudo ser enervada, perturbada o impedida en una forma precisa. Por ello 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.

Desde este punto de vista, para (NOVOA MONREAL, 1984) constituiría un error concebir la acción y la omisión como fenómenos aislados de un sujeto individual, que son examinados en ese estrecho marco, desconectados de otras realidades.

b. La omisión es una idea que nace con la norma.

La acción y la omisión que interesan para elaborar una Teoría del delito no son conceptos naturales: la significación de ellas depende de la regulación legal, de la estructura de cada tipo.

En el desarrollo de ese sistema, comenzar con el elemento Acción tiene como meta descartar la imputación objetiva cuando existen causas internas o externas que impiden al hombre manifestarse como tal.

En ese orden, la valoración jurídica alcanza no sólo a la conducta que tuvo una manifestación en movimientos externamente apreciables, sino también a la que se concretó en forma de inactividad.

Se descarta su relevancia de la misma manera. Así, si un hombre no hubiese podido, por ser el instrumento de fuerza física irresistible o por hallarse en estado de inconsciencia, realizar la conducta ordenada, no es válido considerar transpuesto el primer escalón de la Teoría del delito, que permite ingresar al examen de las notas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

3. Tipo.

a. Las normas en juego:

Una teoría tradicional afirma que en los delitos de comisión impropia el sujeto infringe los deberes contenidos en dos normas: una que prohíbe y otra que ordena. La desobediencia de una norma prohibitiva se produce como consecuencia de omitir la impuesta por otro precepto.

Se trata de delitos que, por lo general, no se hallan tipificados como de comisión por omisión. *El intérprete debe recurrir a un tipo prohibitivo, que tiene por finalidad dar protección al mismo bien jurídico, que resulta lesionado también por la omisión.*

Para considerar que la conducta omisiva es adecuada al tipo, un dato decisivo es la **equivalencia** de la omisión con el actuar positivo, tal como lo determina el parágrafo 13 del (Código Penal Alemán): La omisión debe corresponder a la realización del tipo penal mediante un hacer. Si tal no sucediese la condena violaría el principio de legalidad.

No respetan la necesidad de que exista esta equivalencia real aquellas legislaciones que solamente dicen: "No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo".

Tampoco aparece el requisito de la **correspondencia** entre la acción y la omisión para la realización del tipo penal en los Proyectos para la reforma del Código penal argentino de 1960 (SOLER), 1973 (PORTO, AFTALIÓN, BACIGALUPO, ACEVEDO, LEVENE Y MASI) y 1979 (SOLER, AGUIRRE OBARRIO Y CABRAL).

b. El principio de legalidad.

Se cuestiona este tipo de incriminaciones pues, mediante el mecanismo de castigar al que omitió proteger el bien jurídico lesionado, se coloca en crisis el principio de legalidad.

Con mayor razón si está ausente una regulación genérica como la del (Código Penal Alemán), la que podría salvar la objeción e interpretarse como uno de los modos de extensión del tipo y de la pena, similar a las prescripciones sobre tentativa y participación.

El parágrafo 13 de aquel Código procura resguardar las garantías individuales exigiendo, además de la correspondencia entre la realización del tipo mediante un hacer y un omitir, que el sujeto tenga el deber de responder jurídicamente de que el resultado no acontezca.

Este segundo requisito indica el carácter de la obligación, la que debe ser impuesta por el Derecho. Sólo se podrá castigar, entonces, si es posible encontrar la norma jurídica que

obligue a garantizar que no se produzca el resultado y que haga equiparable, por ejemplo, la conducta de matar y la de no impedir la muerte.

(COBO DEL ROSAL, 1991) y VIVES ANTÓN razonan así: Las acciones indicadas por los verbos que se hallan en las figuras delictivas no remiten a una realidad puramente naturalística, sino a una realidad dotada de significado social.

Es menester para establecer la comisión de esos delitos, el determinar ¿quién puede ser autor?

Se estima que cuando el hecho se materializa por la omisión en que incurre el sujeto responsable de la indemnidad del bien jurídico, para considerarlo penalmente autor, se requiere acudir a pautas valorativas particulares. Estas están dirigidas a determinar cuáles son las características objetivas del autor a que se refiere el tipo en esta especial hipótesis⁵.

Falta la determinación expresa del círculo de autores por omisión impropia y para ello analizaremos un caso en particular como es el caso del homicidio básico, y tomando el (Código Penal Argentino) en el que no dispone que el hecho deba cometerlo alguien que tenga características especiales; sino puede ser la obra de cualquiera: "El que" matare a otro, expresa la ley.

Pero cuando este delito se realiza mediante una omisión que tenga correspondencia con la realización del tipo penal mediante un hacer, sólo puede ser sujeto activo quien "debe responder jurídicamente para que el resultado no acontezca" (empleando las expresiones del párrafo 13 del (Código Penal Alemán). Es claro que esa persona no tiene el deber de evitar el resultado, sino el deber de evitación; es decir, de hacer lo que esté a su alcance para que no ocurra. Lo prohibido no es el resultado positivo sino no omitir, quien tiene el deber jurídico, la conducta necesaria y posible para que no tenga lugar el efecto típico.

⁵ Solamente la conducta está determinada de manera expresa en el texto de la ley, en tanto que saber quién puede ser sujeto activo se requiere de pautas provenientes de otros ámbitos ajenos a la mera descripción legal del hecho punible.

Lo realmente decisivo en la materia es encontrar la norma que restringe el ámbito de la autoría, porque si el agente no debiese reunir requisitos especiales, el hecho que protagonizase sería de simple comisión

La comisión por omisión en el (Código Penal Dominicano) no aparece expresamente regulada; no obstante, ello no plantea problemas de legalidad penal porque el delito realizado omisivamente, por ejemplo: un homicidio en comisión por omisión, puede ser subsumido directamente en el tipo penal respectivo, siempre que se den los requisitos típicos de imputación.

En síntesis, se puede definir que el acto puede ser doloso o culposo, y la voluntad intencional o imprudencial. Y tener en cuenta que un hecho es todo fenómeno que puede ser realizado por la naturaleza o animales, peor cuando lo realiza el ser humano es un Delito, en consecuencia, el delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le dispone una pena, impuesta por una autoridad judicial cumpliendo el debido proceso. Y la idea de delito toma su origen en la ley penal. Definiendo a la acción como el acto de hacer, y la omisión es la no realización del acto esperado y legalmente exigible

I.I. CLASES:

Por La Forma De La Acción.- se clasifican en delitos de comisión, de omisión y de comisión por omisión

- a) El delito de comisión viola ley prohibitiva, ej. , Robo, calumnia, aborto
- b) El de omisión vulnera norma imperativa, ej. , Abandono de servicios
- c) El delito de comisión por omisión alcanza el resultado mediante una abstención, ej. , Madre que deja de amamantar, enfermera que deja de alimentar al paciente.

HANS-HEINRICH (JESCHECK, 1981), precisa la distinción: “Los delitos de omisión se dividen en dos grupos: los delitos de omisión propia (delicta omissiva) y los delitos de omisión impropia (delicta commissiva per omissionem)”, ya que la omisión también presenta diferencias entre sí, es decir, no puede ser vista como un concepto unitarios, ya que se observan aspectos diversos en su aplicación, según se trate o no de delitos con resultado.

a).- OMISIÓN PROPIA

Son aquellos delitos que se encuentran tipificados expresamente en la ley penal. Son aquellos que contienen un mandato de acción, sin tomar en cuenta a los efectos de la tipicidad si ésta evitó o no la lesión del bien jurídico, es decir, para su tipicidad se requiere solo la omisión de una acción, puesto que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley.

Los delitos propios de omisión son delitos especiales en sentido amplio, de acuerdo a lo que manifiesta (JAKOBS, 1995) debido a que el autor siempre está definido como autor en una situación de responsabilidad por organización.

Para (JAKOBS, 1995) esto se demuestra en la comisión de socorro, en que se requiere que el autor sea una persona que se encuentra ante una situación de desamparo, accidente calamidad general. A lo que JAKOBS, agrega que “si solo puede ser autor quien está obligado en virtud de responsabilidad institucional, se da un delito especial en sentido estricto pero no en los deberes en virtud de responsabilidad por organización.

Es por ello la afirmación de que un delito de omisión propia puede ser delito especial en sentido estricto o no, dependiendo de la clase de deber.⁶

Usualmente, la pretensión de protección de un bien jurídico cualquiera, se expresa en forma de precepto que obliga a determinada cooperación deseable. Por eso se ha dicho que en verdad el delito de omisión pura se comete a través de una conducta que en puridad de conceptos es una conducta activa y diferente de la ordenada. Por ejemplo, el artículo 332 del (Código Penal Uruguayo), que sanciona tanto la forma dolosa como la culposa del delito de Omisión de Asistencia, estaría de algún modo sancionando la conducta positiva de **retirarse o quedarse resolviendo no intervenir.**

⁶ Para (BACIGALUPO, 1983), es importante efectuar la comprobación de la tipicidad objetiva de una conducta respecto del tipo de un delito propio de omisión, y para ello se requiere la verificación de tres elementos:

- a) La situación generadora del deber
- b) La no realización de la acción que es objeto del deber
- c) Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción

Debe existir en quien omite una **capacidad de actuar** que debe ser la de un hombre normal situado en la posición del autor, es decir que: **debe conocer la situación y tener el poder físico para actuar.**

Todo tipo de omisión pura o propia debe tener su parte subjetiva ⁷ que está dada por el dolo o la culpa:

Hay dolo cuando no se actúa, cuando no se procede sabiendo que con esa omisión se realiza el tipo, es decir, no se cumple con lo avisado por la norma.

Para (WELZEL, 1997) y (KAUFMANN, 1959) el dolo reside en el hecho de que el autor **no quiso** realizar la conducta debida, que se esperaba de él.

Hay culpa, cuando existe negligencia de actuar frente a un caso donde se requiere el auxilio. Es preciso manifestar que los delitos culposos, solo se castigan en aquellos casos en que la ley así lo prevé expresamente. Dentro de lo que puede comprender están previstos como culposos, los delitos de homicidio, lesiones, omisión de asistencia, abandonos, etc.⁸

La Norma preceptiva lo que hace es obligar al sujeto a la realización de un determinado comportamiento.

Todos los Delitos de Omisión Propia tienen en común los siguientes aspectos:

1.- La tipicidad Objetiva.- los elementos que conforman el tipo objetivo son tres:

1.1 Situación típica, en la que se establece el presupuesto de hecho que da lugar al deber de actuar y que varía según el tipo específico (estar en peligro grave y manifiesto)

1.2 Ausencia de realización de la acción mandada (no socorrer)

1.3 La capacidad personal de realizar la acción⁹.

⁷ El autor sabe que deja de hacer lo que la ley ordena. Ejemplo prestar alimentos señalados por resolución judicial

⁸ A mi criterio la omisión propia es la que realizan las personas comunes (cualquier persona) al omitir prestar ayuda o auxilio a otra.

2.- La Tipicidad Subjetiva.- La Omisión Propia admite:

a) la versión dolosa

b) la versión imprudente, siempre que ésta última esté prevista

La dimensión cognoscitiva del Dolo exige que el sujeto sea consciente, sea conocedor de que concurren todos los elementos del tipo objetivo.

El sujeto debe además de conocer, querer o tener la voluntad de no realizar la acción exigida por la norma penal.

JURISPRUDENCIA

En la omisión propia se pretende evitar la producción de un resultado y éste puede producirse por la ausencia de la acción esperada, el resultado no le es imputable al sujeto.

La nueva escuela de BONN: JAKOBS, LESCH, PAWLIK, MÜSSIG, VEHLING

Ejemplo: Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario. Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad, el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro¹⁰.

⁹ para lo que se requiere determinadas condiciones externas, cercanía, que existan medios de salvamento, condiciones personales o que el sujeto cuente con determinadas posibilidades, suficientes conocimientos y facultades intelectuales para realizar la acción. Poder intervenir es un elemento para la existencia del delito.

¹⁰ En la omisión impropia, los deberes que surgen de la posición de garante implican que está dentro de su ámbito de competencia de evitar el resultado típico.

Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza.

Ejemplo: Las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. *Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro* para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad¹¹. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos.

Según (JAKOBS, 1995) todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción.

Considera que hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante.

Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión.

b) OMISIÓN IMPROPIA

¹¹ Proceden de instituciones básicas para la estructura social y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas.

A este tipo de delitos se los conoce como delitos de comisión por omisión, ya que se considera que su impropiedad reside en la falta de tipificación en la ley penal.¹²

Tienen una estructura similar a la omisión pura, por lo que deben recordarse tres elementos que son imprescindibles en su formación:

- a) debe haber una situación prevista en el tipo penal, con posición de garante,
- b) debe haberse dado una ausencia de acción y en consecuencia haberse producido un resultado y
- c) quien omite debe ser un sujeto con capacidad de acción, lo que quiere decir que debe tener la posibilidad de evitar el resultado.

El resultado producido tiene que ser imputado al agente de la omisión. Lo importante es demostrar la posibilidad que tuvo el sujeto para impedir el resultado. Si el sujeto hubiese realizado la acción mandada el resultado no se hubiere dado. Posición de garante Causalidad hipotética tenía la obligación de evitarlo

Para tener base jurídica, la omisión tanto propia como impropia, tiene que estar expresamente señalada. No puede interpretarse, en ninguna forma, que los delitos de acción con resultado material puedan cometerse, concretizarse, también, por omisión. Los verbos señalados en los tipos serán indicativos de la acción o de la omisión.¹³

Características esenciales

1. La comisión por omisión es una forma de realizar delitos de resultado, por lo que la conducta se subsume directamente en los tipos penales de la Parte Especial¹⁴
2. Por ello, se le aplicará la misma pena que si el resultado se hubiera producido activamente

¹² la omisión por sí sola no es punible si no produce resultado típico. ej., la madre que deja de amamantar a su hijo y este muere la omisión dejar de amamantar no es un omisión punible pero si lo es si esta omisión produce la muerte del hijo

¹³ (ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, 1974)

¹⁴ sirve para todos los delitos en los que pueda producirse, hay que tener en cuenta el resultado.

3. Para poder subsumir la conducta en el tipo penal, e imponer con ello la misma pena que para el delito comisivo, será preciso no sólo imputar el resultado a la omisión (imputación objetiva), sino además fundar una equiparación estructural con la comisión (situación de garante) Ejemplo de homicidio en comisión por omisión: La madre de un niño le deja solo en casa y se va a vivir con un tercero, muriendo el niño de inanición. Cuestión central: ¿Es igual de grave esa conducta a si la madre hubiera matado al niño por una acción (por ejemplo: ahogándole en la bañera)?

Para (BACIGALUPO, 1983) estos delitos, consisten en supuestos en los que mediante una cláusula general se determina que, bajo ciertas condiciones, no evitar un resultado que se estaba obligado a evitar es equivalente a la realización activa del tipo penal que prohíbe la producción activa del resultado¹⁵.

En conclusión, los delitos impropios de omisión requieren evitar la producción de un resultado; la realización del tipo depende, de esta última (BACIGALUPO ZAPATER, 1990).¹⁶ Ya que se obliga al garante a evitar la producción de un resultado típico.

En los dos casos se trata de un "no hacer", pero ese "no hacer" tiene que ser relevante penalmente, porque hay unas omisiones que no dan lugar al delito y otras que sí.¹⁷

Se castiga la simple infracción de un deber de actuar y equivalen a delitos de "mera actividad" como por ejemplo, la Omisión deber del Socorro, la omisión del deber de impedir

¹⁵ Tiene absoluta razón (STRATENWERTH, 1976) cuando opina que la constitucionalidad de la sanción de los delitos impropios de omisión ofrece serios reparos, reservas que no se eliminan a través de una regulación como la del párrafo 13 del Código penal alemán. Acierta al decir que no han ayudado a reducir las objeciones constitucionales los intentos fracasados que se realizan para precisar en mayor medida la regulación legal: el hecho de que ciertos comportamientos considerados como merecedores de pena tuvieran que permanecer impunes no justificará ninguna lesión del principio fundamental del Estado de Derecho, mucho más cuando la falta de límites claros en la ley determina que, en la práctica del marco jurídico al que Stratenwerth se refiere, se tienda a dar a la punibilidad de los delitos impropios de omisión una extensión intolerable. Según su razonamiento, la imposición de pena se tendrá que limitar, por lo menos, a aquellos casos en los que la equivalencia de la omisión con la acción positiva surge como incuestionable.

¹⁶ La omisión Impropia.- es exclusiva para personas que tienen una función de garante frente a un tercero (los padres, los médicos, los policías, los tutores, los profesores, etc.).

¹⁷Para (ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, 1974) "...en la omisión impropia no interesa si el sujeto activo ha causado naturalísticamente el resultado material exigido en el tipo, sino que ha dejado que se produzca, pudiendo evitarlo y teniendo el deber de hacerlo por mandato legal"

o denunciar delitos; y la omisión de cooperar con la Administración de Justicia por parte de los funcionarios públicos y la denegación de auxilio por funcionario público.

Determinados sujetos adoptan con respecto a otros la posición de garante, tienen por tanto un deber específico de actuar para evitar que se produzca el resultado.

Habrán cometido un delito en comisión por omisión aquellos garantes que se abstengan de cumplir con el deber específico que tengan.

La Omisión Impropia equivale a un delito de resultado. La estructura de la tipicidad objetiva de la comisión por omisión se corresponde con las Omisiones Propias, salvo que a cada uno de los elementos del tipo objetivo debemos añadir un nuevo componente:

1. A la situación típica debe añadirse la posición de garante del Sujeto Activo.
2. A la ausencia de la acción determinada se añade la aparición de un resultado.
3. A la capacidad de realizar la acción debida debe añadirse la capacidad de evitar la aparición del resultado.

Con respecto al tipo objetivo doloso o imprudente, no ofrece ninguna diferencia con los delitos de omisión propia, salvo que se refiera a un tipo objetivo con los nuevos componentes añadidos.

El Delito de Omisión Propia equivale a la realización activa de un delito de resultado, de esta forma tenemos que encontrar algún criterio que permita equiparar la omisión a la causación del resultado.

Y la equiparación entre la acción y la omisión se podría resolver exigiéndose 2 condiciones:

1. Que la equivalencia se realice según el sentido del texto de la ley.
2. Que se produzca la existencia de un especial deber jurídico del autor.

Requisito de que la equivalencia se realice según el sentido del texto de la ley. Significa esta condición la concurrencia de dos nuevas exigencias:

- Que el Delito de resultado admita su realización por vía omisiva (el asesinato con alevosía no admitiría la conducta omisiva)
- Que el resultado pueda ser imputado a la conducta omisiva.

Que la omisión equivalga al sentido del texto de la ley es posible con aquellos tipos de resultado en los que no se limita las modalidades de la conducta, es decir, en los delitos resultativos.

Por otra parte el resultado puede ser imputado a la conducta omisiva. Se utiliza un criterio, llamado "causalidad hipotética" donde si el Juez considera que la realización de la conducta hubiera evitado el resultado con una probabilidad cercana a la seguridad, entonces es posible atribuir el resultado a la omisión

JURISPRUDENCIA

Sentencia SU 1184 / 2001 Referencia: expediente: T-282730 (Lynett, 2001)Peticionario: Nory Giraldo de Jaramillo Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

SENTENCIA En el proceso de revisión de los fallos proferidos en el trámite de la acción de tutela instaurada por Nory Giraldo de Jaramillo contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Hechos: Durante los días 15 a 20 de julio de 1997, un grupo de personas que vestían prendas privativas de las fuerzas militares irrumpió en el municipio de Mapiripán, Meta. Arribaron al sitio, procedentes de San José de Guaviare, lugar al cual habían llegado por vía aérea días antes. Durante su estancia en dicho municipio “sometieron violentamente a la población de Mapiripán, impidieron el ejercicio de los derechos de locomoción y comunicación, cerraron varias oficinas públicas, interrumpieron el desenvolvimiento de las actividades normales de

ese municipio y procedieron a retener, torturar y asesinar un total de 49 personas, cuyos cadáveres descuartizados en su gran mayoría fueron arrojados al Río Guaviare

Al contrario de lo que sucede con los delitos de omisión pura, donde **no es necesario que se produzca el resultado, solo basta con la ausencia de acción debida**, en otros casos de omisión impropia, el resultado debe producirse a mi juicio, porque es decisivo solamente que exista una virtualidad causal de la acción que hubiera podido realizarse para evitar ese resultado (causalidad hipotética) cuando estuviere en posición de garante

CAPITULO II

DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

La acción es causal para el resultado; la omisión no genera cursos causales. La acción infringe una norma de prohibición; la omisión infringe una norma de mandato. La omisión es un concepto normativo, que presupone una expectativa de realización de la acción exigida por el mandato

(JESCHECK, 1981) realiza una distinción entre una acción y una omisión, a través del *criterio de la causalidad*, JESCHECK señala que si alguien ha causado el resultado mediante un hacer positivo y objetivamente típico, éste es el punto de referencia decisivo para el Derecho Penal.

Los Delitos de Omisión responden a un principio de solidaridad humana en virtud del cual se responsabiliza a un sujeto que es el que omite, a realizar una determinada prestación dirigida a la salvaguarda de un bien jurídico o a que no impida la producción de un resultado típico estando obligado a ello.

Los delitos de Acción se cometen por medio de una conducta positiva, es decir un hacer; en cambio los delitos por Omisión se ejecutan por medio de un comportamiento negativo, un no hacer determinada obligación o no ejecutar una acción. Además, existen delitos que, por su índole estructural, exigen para su existencia la incidencia de una acción y luego una omisión, o viceversa. Los delitos que no necesitan resultado material, ya que la sola conducta del sujeto los realiza, son los que se perfeccionan con el cumplimiento de determinada acción u

omisión, cuya consecuencia es la no-observación de una obligación o de un deber, pero cuyo resultado no se manifiesta en el mundo físico con un hecho, de momento, perceptible.

La omisión responde a una norma de mandato o preceptiva, al contrario de lo que ocurre con los delitos de acción, que responden a una norma prohibitiva.

Por lo cual resulta de gran relevancia exponer cinco casos basados en la doctrina y jurisprudencia alemana:

PRIMER CASO.- caso del ciclista: Juzgado por el Tribunal Supremo Alemán en el año de 1957. El conductor de un camión queso adelantar a un ciclista y al hacerlo no guardó la distancia de separación impuesta por el Código de Circulación. Durante el adelantamiento el ciclista, que esta ebrio, por haber girado la bicicleta hacia la izquierda debido a una reacción de cortocircuito producida por el alcohol, cayó bajo las ruedas traseras del camión que en ese momento pasaba por su lado, y murió a consecuencia del accidente. Se comprobó después que con suma probabilidad también se habría producido el accidente y con el mismo fatal desenlace aunque el conductor del camión hubiera mantenido una separación suficiente al efectuar el adelantamiento.

SEGUNDO CASO.- caso del farmacéutico: conocido por el Tribunal del Imperio en 1887. Un farmacéutico al que una receta médica le autorizaba a despechar una sola vez una medicina compuesta de fósforo, la había suministrado después unas cuantas veces más sin consultar al médico, porque se lo había pedido la madre del niño enfermo. El niño murió de envenenamiento por fósforo. Se pudo averiguar después que el médico, si se le hubiera preguntado, sí hubiera dado la autorización para que se siguiera suministrando la medicina,.

TERCER CASO.- caso del pelo de cabra. Del que se ocupó el Tribunal Superior del Reich en el año 1929. E acusado había comprado a una firma comercial china pelo de cabra para su fábrica de pinceles y, pese a que la firma comercial le había comunicado que tenía que desinfectarlo, había hecho que sus trabajadores lo transformaran en pinceles sin previa desinfección. Cuatro trabajadores resultaron contagiados por bacilos de carbunco y murieron. Según las declaraciones del perito posiblemente también habrían muerto aunque se hubiera

realizado la desinfección, porque los desinfectantes permitidos no habrían ofrecido suficiente garantía de que tales pelos estuvieran realmente libres de gérmenes.

CUARTO CASO: caso de la novocaína. El médico había empleado para anestesiar, una inyección de cocaína en vez de novocaína, que era lo indicado médicamente. Ello era un fallo profesional, el paciente murió a consecuencia de la inyección. Posteriormente se puso de manifiesto que, dada la constitución física del paciente, posiblemente el empleo de novocaína por el que no se le hubiera podido reprochar nada al médico, también habría provocado la muerte.

QUINTO CASO: caso del curandero. Un curandero dispone demasiado tarde que una enferma cancerosa reciba tratamiento clínico, de modo que ya no resulta posible el auxilio quirúrgico, mas aquella probablemente tampoco hubiera podido ser salvada con una operación a tiempo.

Respecto a la solución de estos casos, tomamos la tomada por (ROXIN, 1976), quien llega a la conclusión, al menos en los cuatro primeros casos, acudiendo al principio del Incremento del Riesgo, aplicando la siguiente fórmula: “ Examínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor aplicando el principio del riesgo permitido como infracción del deber; compárese en ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido, si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente, si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente, que en consecuencia debe ser absuelto”

Una vez resuelto el problema de considerarlos como verdaderos supuestos de proceder imprudente, se llega a determinar si nos encontramos ante conductas que podrían ser tratadas como acción u omisión.

Y de acuerdo con lo que señala (JESCHECK, 1981), en los cuatro casos se trata de un hacer positivo contrario al cuidado, mientras que en el caso del curandero, se debe apreciar omisión del ingreso a tiempo en la clínica.¹⁸

En los delitos de omisión, la verificación de la tipicidad, es en cierto modo, inversa de la que corresponde llevar a cabo en los delitos de comisión.

En los delitos de comisión es necesario subsumir la acción realizada bajo la descripción contenida en el tipo penal.

Por su parte, en los delitos de omisión la tipicidad se verifica demostrando que la acción realizada no se subsume en el modelo o esquema de la acción que requiere el ordenamiento jurídico.

En casos en que un resultado lesivo pueda imputarse tanto a una acción como a una omisión (comisión por omisión) será preciso determinar un criterio de preferencia Regla: principio de causalidad: el resultado se imputará siempre a la acción. Excepción: Cuando la omisión sea más grave (por ser dolosa e imprudente la acción, o por no ser ésta antijurídica) tendrá prioridad ésta.

Al hablar sobre la comisión por omisión es indispensable analizar la Imputación objetiva, y que quienes analizan el tema de la omisión desde la óptica causal, utilizan la teoría de la acción esperada para resolver el problema del nexo causal y con él el de la autoría:

- ¿Cuándo una omisión es causal del resultado producido? - Cuando ella es esperada por el ordenamiento jurídico.

- Y ¿cuándo es esperada?

En este punto el análisis se desplaza a la determinación de cuáles son los deberes jurídicos que pueden aceptarse como obligaciones de impedir un resultado y qué alcance tienen. Se

¹⁸ En forma divergente a la expuesta por (ROXIN, 1976), JESCHECK manifiesta ante los cinco casos, que si bien es cierto que estamos ante supuestos de imprudencia, también lo es que preferir utilizar la teoría del nexo causal y no la doctrina del incremento del riesgo.

produce así una mezcla de cuestiones causales con otras valorativas, sin que se pueda hallar una vía con lógica incuestionable.

En la actualidad se tiende a superar este tipo de dificultades, reconociéndose en general que la imputación objetiva se formula a quien tiene el dominio del riesgo. Este concepto de señorío posibilita la unificación sistemática de la teoría de la autoría, al funcionar como un principio superior a las cuestiones causales, entendidas éstas de la manera tradicional.

La correspondencia de la omisión con el comportamiento activo se establece invirtiendo las exigencias: no es la ejecución, sino el no evitar el resultado, lo que fundamenta la imputación objetiva. Además el resultado debe ser la concretización del deber de garante específico del sujeto.

En el tipo omisivo no se requiere un nexo de causación entre la conducta prohibida y el resultado, sino un nexo de evitación, es decir, la muy alta probabilidad de que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causa que desembocó en el resultado.¹⁹ Este nexo de evitación se establece por una hipótesis mental similar a la que empleamos para establecer el nexo de causación en la estructura típica activa. (ZAFFARONI, 1991)²⁰

Autores como (GIMBERT ORDEING, 2003) y (SILVA SANCHEZ, 1986), consideran cuestionable dicha fórmula de evitación e inaceptable actualmente, pues señalan que debe exigirse, al igual que en los delitos de acción, una certeza absoluta.

CAPITULO III

III.I. LA POSICIÓN DE GARANTE

La situación de garante conlleva el *dominio de la situación de riesgo* y, por ello, que la víctima se halle en una situación de dependencia con respecto al omitente

¹⁹ En cambio que para la acción se exigía la certeza absoluta de que la conducta fuera causa del resultado, en los delitos de comisión por omisión, dicha certeza había sido sustituida por la fórmula de una evitación lo más cercana posible a la seguridad absoluta

²⁰ Si imaginamos la conducta debida y con ello desaparece el resultado típico, habrá un nexo de evitación: en tanto que, si imaginamos la conducta debida y el resultado típico permanece no existirá un nexo de evitación

Hay posición de garante cuando le corresponde al sujeto una función específica de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro en ciertas condiciones.

Esto surge de la teoría de las “funciones” de (KAUFMANN, 1959), que se ha entendido como más completa o mejor que la teoría formal del deber que limitaba el deber de garante cuando estaba basado en una ley, un contrato o un actuar precedente.

Por ejemplo: quien deja morir a otro solo responde si estaba en posición de garante, caso de la madre que deja morir a su hijo por no alimentarlo.

Pero no será responsable de la muerte de la persona, alguien que casualmente pasa por un lugar donde ocurrió un accidente y sigue de largo. Ese será responsable por el delito de omisión de asistencia, que es un delito de omisión pura, pero no será responsable de homicidio si el accidentado muere, porque quien pasaba por ese lugar no estaba en posición de garante respecto de la víctima del accidente.

En resumen, a mi criterio, creo que es necesario que se produzca el resultado y además que ese resultado se hubiese podido evitar.

Para (ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, 1974) la calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien.

Lo fundamental no es que exista un deber extrapenal de proteger un bien jurídico (por ejemplo.: relaciones familiares). Lo fundamental es que el autor se haya comprometido a vigilar un foco de riesgo previamente existente, y que ese compromiso haya generado una situación de dependencia en la víctima La situación de garante se concretará en distintos grupos de casos

III.II.DEBERES DE GARANTE:

Existen grupos de casos

- a) Función de protección de un bien jurídico
- b) Función de vigilancia de un foco de peligro
- c) Estrecha vinculación familiar

- d) Comunidad de peligro
- e) Asunción voluntaria a) Injerencia²¹ b) Ámbito propio de dominio c) Acciones de terceros

Al respecto (BACIGALUPO, 1983) considera que la posición de garante requiere esencialmente que el sujeto esté encargado de la protección o custodia del bien jurídico que aparece lesionado o amenazado de lesión²²

El autor, portador de un deber jurídico, está obligado a realizar la acción adecuada que evite que el resultado se produzca. Esta posición especial recibe el nombre de "posición de garante". Estos delitos son delitos especiales porque se restringe el círculo del Sujeto Activo del delito a determinadas y específicas personas.

Esta posición de garante no solo procede de relaciones especiales entre el omitente y el bien jurídico, como es la convivencia, el compromiso asumido, sino que también pondera el grado de dependencia del bien jurídico respecto del omitente

Existe una cláusula de equivalencia, que enumera las fuentes de la posición de garante. Ese especial deber jurídico viene dado por concretos motivos:

I.- Por la existencia de una específica obligación legal de actuar (padres-hijos obligados por el Código Civil)

II.- Existencia de una específica obligación contractual de evitar el resultado (vigilante con respecto a la guarda de un bien)

III.- Por la injerencia o por el actuar precedente del omitente que haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido.

²¹ Actuar precedente (injerencia): quien con una acción previa genera una situación de peligro está obligada a evitar que desemboque en un resultado
Ámbito propio de dominio: quien tiene bajo su dominio social una fuente de peligro está obligado a vigilarla para que no se produzcan resultados lesivos
Vigilancia terceras personas: Control sobre riesgos que puedan surgir de terceras personas. Función de vigilancia de un foco de peligro

²² (BACIGALUPO, 1983)

A todas estas fuentes se las conoce como "Fuentes Legales" y aparte de ellas existen las "Fuentes Doctrinales" de la posición de garante que vienen a ser prácticamente la misma clasificación que las legales.

El garante cumple determinada función para salvaguardar el bien jurídico siempre que esté incluido en su esfera de competencia.

- el riesgo permitido
- el principio de confianza
- la acciones a propio riesgo
- la prohibición de regreso

En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido.

Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos.

FUNCIONES DEL GARANTE

1. Como función de *protección* de un determinado bien jurídico
2. Como función de *vigilancia* de una fuente de peligro

1. FUNCION DE PROTECCION DE DETERMINADO BIEN JURIDICO

- El garante está obligado a salvar los bienes jurídicos que estén en su ámbito de dominio.
- Si debido a su conducta fuera de la legalidad, el resultado se produce se responderá de un delito de Comisión por Omisión.
- El origen de este compromiso puede obedecer a varias razones que la doctrina agrupa en Tres:

1. Deberes deducidos de una estrecha relación vital:

a) Convivencia familiar

b) Convivencia de hecho, donde se tienen que comprobar dos extremos:

1. la relación de dependencia, cuidado, en el concreto momento en que se produce la omisión.

2.- que el contenido real de una relación exista entre el omitente y el allegado en el momento de la omisión.

2. Los deberes deducidos de la regulación legal de determinadas profesiones que incorporan en su actividad el deber formal de protección de determinados bienes jurídicos.

3. Deberes de garante deducidos de la asunción voluntaria de específicas funciones protectoras, donde se coloca al bien jurídico en una clara situación de dependencia, respecto del omitente.

2. FUNCIONES DE VIGILANCIA DE UNA FUENTE DE PELIGRO

La posición de garante también puede aparecer cuando la indemnidad del bien jurídico depende del control personal de determinadas fuentes de riesgo, ya existentes (tener un animal, tener un arma), o generadas por alguna acción u omisión precedente, contraria a derecho.

- En todos estos casos el sujeto queda en posición de garante y en consecuencia, obligado a evitar la producción de un resultado típico.

- La doctrina distingue dos tipos de supuestos:

1. El deber de control de fuentes de peligro situadas en el interior de la esfera de dominio del sujeto. Aquí la posición de garante ha de encontrarse en la posición de confianza (prestar un vehículo a otro sabiendo que no tiene frenos).

2. El actuar preferente o injerencia, la acción u omisión precedente que genera un riesgo para el bien jurídico. Se excluyen los riesgos ocasionados fortuitamente y los que provienen por el actuar precedente contrario a derecho causados por la propia víctima.

Se habla también de la existencia de la competencia institucional, es decir, al Estado como garante

- ✚ la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación.
- ✚ Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente.
- ✚ para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República.

Posición de garante y fuerza pública.

- ✚ Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.
- ✚ Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación.
- ✚ por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional.
- ✚ Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.
- ✚ las fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho.

✚ frente a las agrupaciones armadas -guerrilla o paramilitares-, las Fuerzas Militares tienen una función de garante del orden constitucional y se debe apelar

La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia) (CHINCHOLLA SANDÍ, 2004).

En conclusión únicamente a quien reúne los requisitos especiales es posible formularle la imputación objetiva. Lo convierte en sujeto activo del delito de omisión impropia el hecho de que él tiene la responsabilidad, jurídicamente impuesta, de hacer lo posible para evitar la consecuencia.

La Escuela de KIEL, por su parte, reemplazó el enunciado del deber de actuar configurando en su lugar un tipo de autor. El Proyecto de (Código Penal Alemán) de 1936 establecía: Será punible por su omisión quien según el sano sentimiento del pueblo aparezca como autor.

Según ideas de DAHM: Se equipararían la omisión a la producción activa de un resultado, cuando el sujeto cumpliera según el sano sentimiento del pueblo con las prescripciones de un tipo de autor que subyace y da sentido al tipo penal.

La búsqueda de una persona a quien imputarle el incumplimiento de un deber impuesto por la convivencia social, o por la comunidad de vida o de peligro, tiene una cierta aproximación al derecho penal de autor, y encierra el riesgo de dejar de lado, por esa vía, el principio *nullum poena sine lege*.

Por su parte, el Anteproyecto argentino de 1960 aludía al "a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado".

El Proyecto de 1973 al que "le incumbía el deber jurídico de cuidar que ese resultado no se produjera o cuando el riesgo que originara el resultado se hubiera creado con su comportamiento precedente"

El de 1979 consignaba que el "deber de obrar incumbe a quien tenga una obligación especial de cuidado, protección o vigilancia derivada: a) de la ley; b) de un contrato; c) de una actuación precedente que comporte la asunción unilateral de alguna de aquellas obligaciones; d) de una actuación precedente que haya creado el riesgo inminente de que ocurriera el resultado.

Si la ley no menciona específicamente en qué casos surge el deber de obrar, podemos encontrar respuesta en la Doctrina:

En algunos casos opta por una caracterización genérica, que alude a la *confianza* que generó la persona quien luego deja de actuar en salvaguarda del bien. Así se dice que tiene la obligación jurídica de obrar para impedir una lesión a bienes jurídicos ajenos *quien haya asumido una posición especial que le impone su defensa o quien haya creado una fuente de peligros para ellos o aumentado los riesgos ya existentes*; todo ello con el fin de evitar que pueda producirse una lesión teniendo en cuenta que los afectados están *imposibilitados* de protegerse a sí mismos, o disminuyeron o eliminaron sus precauciones, o suprimieron un aparato de seguridad ya existente, o renunciaron a otras medidas de resguardo, confiados en que aquél sobre quien ahora recae la obligación intervendría activamente para impedir la lesión.

Para otra corriente no importa tanto la determinación de la fuente sino la existencia de una *relación lo suficientemente estrecha entre el omitente y el bien jurídico amenazado*, como para obligarlo a actuar en su guarda.

Esta forma carece de precisión y deja de lado la necesidad de que el deber de responder esté jurídicamente impuesto y no derivado de un simple poder de hecho.

La búsqueda de la fuente jurídica del deber de obrar debe dejar de lado aspectos puramente formales y debe incluir entre las vertientes el contrato no habilita a indagar, por ejemplo, si el mismo es válido o nulo²³.

Las fuentes según (STRATENWERTH, 1976) y (BUSTOS RAMIREZ, 1994) pueden ser de variada naturaleza: La ley, el contrato, el hecho anterior que pone en peligro el bien jurídico (injerencia), las relaciones especiales de comunidad, la asunción de una función de protección y la súper vigilancia de fuentes de peligro que están en el propio ámbito de dominio o que se proyecta sobre el actuar de terceros.

Lo que realmente importa es que debe existir una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico que debe proteger, de manera tal que en sus manos esté el control de la situación.

JURISPRUDENCIA

FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La posición de garante, de acuerdo a (KAUFMANN, 1959) en el Siglo XX en base a un criterio material que determina la posición de garante:

- ✚ (garantes de vigilancia) la posición del sujeto con respecto al control de fuentes de peligro
- ✚ (garantes de protección) frente a bienes jurídicos que se deben defender ante ciertos peligros que los amenace

El moderno derecho penal de orientación normativista

El juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances

²³ Esta advertencia la formulan STRATENWERTH y WELZEL insistiendo este último en la importancia de asumir fáctico y no en la eficacia jurídico-civil del acuerdo. Lo que en realidad interesa es que se haya asumido la obligación, jurídicamente impuesta, de garantizar la intangibilidad del bien jurídico

de la posición de garante. Lo demás -salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.

Ejemplo Un desprevenido transeúnte encuentra un herido en grave peligro Situación de peligro generante del deber No le presta Ayuda No realización de la acción esperada Fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón al trasportarlo tenía la facilidad de proporcionarle Capacidad individual de la acción La muerte no le es imputable por no tener la posición de garante, porque él no ha creado el riesgo. Responde solo por omisión de socorro la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente

Al momento de llevar a cabo la calificación sobre el esfuerzo del garante en evitar la producción del resultado típico, es fundamental realizar un análisis de las limitantes a esta calidad, ya que, entre el sujeto garante y el bien jurídico tutelado debe tener limitación en cuanto a determinar qué es exigible al garante en el cumplimiento del deber de evitación del resultado.

Para (NOVOA MONREAL, 1984) solamente el incumplimiento de esta obligación, la que llega a permitir la equiparación de una actitud omisiva con una conducta activa de realización del tipo correspondiente, según una correcta doctrina de los delitos impropios de omisión.

Sin embargo, esta obligación no podrá ser tal que le obligue a poner en peligro o aún a lesionar bienes jurídicos que le son propios, ya que ello excedería los alcances que dicho deber de garantía le impone.²⁴

CAPITULO IV

FUNCIÓN DE PROTECCIÓN DE UN BIEN JURÍDICO

Todo tipo culposo comprende una parte objetiva y otra subjetiva.

²⁴ No se puede exigir al sujeto activo garante que en la evitación de un resultado material, ponga en peligro bienes jurídicos propios para defender bienes jurídicos que el resultan ajenos, esto constituye los límites a la calidad de garante.

La objetiva es la infracción de la norma de cuidado como disvalor de la acción y la resultancia de un hecho previsto como disvalor de un resultado.

La subjetiva exige un elemento positivo de haber querido la conducta descuidada conociendo el peligro que esto supone. También comprende un elemento negativo, cual es el de no haber querido cometer el hecho que ha ocurrido como resultado de su acción descuidada.

El cuidado debido de la parte subjetiva de la culpa (que ha sido negada por muchos autores) debe ser referido a cada persona y a cada caso concreto en que esta persona actúa. Lo que supone que debe ser evaluado respecto a quien le compete prestarlo y en el momento en que se cumpla la situación concreta.

Quiere decir que se le exigirá mayor cuidado a un especialista que a un médico general, que debe hacer de pronto un diagnóstico en un caso específico en un lugar donde está aislado y no puede consultar a otro facultativo²⁵.

Lo que la ley castiga en los delitos culposos es la forma en que se acciona o la forma en que se eligen los medios para realizar la acción. Lo que se trata es de avisar a quienes en el cumplimiento de conductas que pueden causar resultados dañosos, empleen el cuidado necesario para que ellas no acaezcan, o sea, que como han dicho (MUÑOZ CONDE, 2004) y (GARCIA ARAN, 2004), actúen con la debida diligencia.

Por ejemplo, si la acción fue menor de lo que el cuidado exigía, se habrá infringido la norma penal. En cambio, si la acción está de acuerdo con el cuidado exigido, no habrá delito por falta de tipo penal. El cuidado objetivamente debido es solo el necesario para evitar las lesiones de los bienes jurídicos, enseña (CEREZO MIR, 2001)

El autor puede haber violado un deber de cuidado y sin embargo producirse un resultado que no tenga ninguna relación con esa violación del deber de cuidado, pues, *“el resultado no es más que un componente de azar en los delitos culposos”*. Ej. El médico no fue atento en el

²⁵ Cuanto más grande es la gravedad más es el riesgo, mayor el cuidado, pero también puede ser mayor la indulgencia del juez, por lo que hay que evaluar todo este cúmulo de elementos

cuidado post operatorio, pero resulta que el paciente se levantó, se arrancó las vendas, se fue del sanatorio y sufrió consecuencias letales o más graves por esa actitud.

Estrecha vinculación familiar:

Casos de relaciones familiares en línea directa o asimiladas, pero sólo cuando se dé la relación de dependencia por un riesgo previo

Comunidad de peligro: participación asumida en común y con carácter previo en actividad de riesgo.

Asunción voluntaria: compromiso de control de una situación peligrosa

CAPITULO V

LA TENTATIVA EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN

La Tentativa.-

Es el inicio de ejecución de un delito, pero este se ha interrumpido por causa ajena a la voluntad del agente. Sus elementos son:

Principio de ejecución, acto material que tiende directamente a la perpetración de la infracción penal.

Intención de cometer el delito. Debe ser confesada por el autor o probada por el protagonista del evento criminal.

Interrupción de la ejecución. Por: (1) Desistimiento del agente mismo. No hay sanción. (2)

Causa ajena a la voluntad del agente. Si alguien tiene la intención de disparar, pero no es permitido por otro, es sancionado por el delito que se hubiera cometido.

La tentativa en la comisión por omisión.-

La dificultad reside en concretar el momento de comienzo de la tentativa De entre las distintas alternativas (comienzo de la tentativa con la primera posibilidad de evitación, o bien con la última posibilidad de evitar el resultado), la opción preferible es la de situar el comienzo de la tentativa cuando el omitente abandona el control sobre el riesgo para el bien jurídico

CONCLUSIONES.-

Se ha reconocido en los aspectos predominantes para observar los requisitos dentro de la figura delictiva de la omisión y determinar cuándo se debe considerar a la Omisión como Punible.

Se ha analizado en base a la jurisprudencia nacional e internacional, estableciendo los parámetros necesarios para determinar la figura delictiva, se ha configurado los errores que se enfocan en torno a la omisión

La metodología que será empleada en esta investigación, es la metodología bibliográfica.

Como ya se apuntó el delito es toda acción u omisión punible, objetivizada en la manifestación de un hecho previsto en la ley penal, al cual le recae una sanción, también prevista en la misma ley penal, a fin de que inhibir al individuo a la comisión de esas conductas consideradas como delitos.

En cuanto a las formas de comisión de los delitos, ya se trate de acción o de omisión, éste siempre será una conducta, es decir un hacer o un no hacer, cuyos resultados prevé la ley penal, los que tienen trascendencia en el mundo físico y en el del derecho.

Es de hacer notar que la clasificación de los delitos no es únicamente para fines didácticos o teóricos, sino de índole práctica, ya que con éstas es posible ubicar a los delitos dentro los parámetros que ordenan la persecución de los mismos, la gravedad que les asigna la ley, en cuanto a las consecuencias que tienen dentro de la sociedad, por afectar determinado bien jurídico protegido por la ley penal; la tipificación de los delitos en cuanto a su comisión, así como la punibilidad de los mismos tratándose de la tentativa, etcétera.

Por otra parte, si bien es cierto que solamente las conductas que prevé la ley penal pueden ser consideradas como delitos, la preparación de esas conductas, no obstante que no constituyan propiamente un delito, sí son la tentativa del mismo, la que será penada cuando se pretenda afectar un bien jurídico que trascienda a la seguridad de la sociedad, además del individuo que sufre la lesión causada por el delito.

Por último, el delito como figura principal en el Derecho Penal, es la que le da contenido a éste, pues el objeto principal de su materia a estudio, con todas las características que el mismo envuelve.

En pro de la seguridad ciudadana el Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

Debe realizarse el estudio pormenorizado sobre el delito de comisión por omisión, en el que se estudien a profundidad las características diferenciadoras de éste respecto a los delitos de acción y a los de omisión propia

Sobre la fundamentación de la calidad de garante en los delitos de comisión por omisión, sería deseable que el Código Penal adoptara un sistema que se base en el fundamentación de la calidad de garante, la misma que debería adecuarse acorde con las nuevas necesidades sociales

De la misma manera que se estableciera un catálogo de deberes de garante, sobre todo por lo que se respecta a la evitación de la producción del riesgo, a fin de contribuir a la seguridad jurídica al sujeto sobre los deberes que está obligado a realizar.

BIBLIOGRAFÍA.-

- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1990). *Principios del Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Segunda Edición.
- BACIGALUPO, E. (1983). *Delitos Impropios de Omisión, 2a. ed.* Bogotá: Temis.
- BUSTOS RAMIREZ, J. (1994). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: 4ª Edición.
- CEREZO MIR, J. (2001). *Curso de Derecho Penal español, II, Teoría Jurídica del Delito*. Madrid: Sexta Edición.
- CHINCHOLLA SANDÍ, C. (2004). *Delitos de omisión propia e impropia*.
- COBO DEL ROSAL, M. V. (1991). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia.
- CÓDIGO PENAL ALEMÁN*. (S.F.).
- CÓDIGO PENAL ARGENTINO*. (S.F.).
- CÓDIGO PENAL DOMINICANO*. (S.F.).
- CÓDIGO PENAL URUGUAYO*. (S.F.).
- GARCIA ARAN, M. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España: Sexta Edición.
- GIMBERT ORDEING, E. (2003). *El Delito de Omsión Impropia. Estudios sobre el delito de omisión*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, O. (1974). *La omision impropia o comisión por omisión*. *Revista Mexicana de Derecho Penal*. México: Cuarta Epoca.
- JAKOBS, G. (1995). *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid.

JESCHECK, H.-H. (1981). *Tratado de Derecho Penal, Parte General, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, S. A.

KAUFMANN, A. (1959). *Die Dogmatik der Unterlassungsdelkt*.

LYNETT, D. E. (2001). *Expediente: T-282730* . Bogotá.

MIR PUIG, S. (1990). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: 3a Edición.

MUÑOZ CONDE, F. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Sexta Edición.

NOVOA MONREALI, E. (1984). *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Depalma.

ROXIN, C. (1976). *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes, en Problemas Básicos del Derecho Penal*. Madrid.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1986). *El Delito de Omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: Bosch.

STRATENWERTH, G. (1976). *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*. Madrid: Edición Alemana.

WELZEL, H. (1997). *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

ZAFFARONI, E. R. (1991). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. México: Cárdenas Editor y Distribuidor.