

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**LA OMISION COMO CONDUCTA HUMANA
EN EL DERECHO PENAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DILIA AMPARO GOMEZ LOPEZ

Previo a Conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Abril de 1999



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

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
LOCAL I:	Lic. Saulo De León Estrada
LOCAL II:	Lic. José Roberto Mena Izeppi
LOCAL III:	Lic. William René Méndez
LOCAL IV:	Ing. José Samuel Pereda Saca
LOCAL V:	Br. José Francisco Peláez Cordón
SECRETARIO:	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Gustavo Bonilla
Local:	Lic. Gustavo Gaytán Lara
Secretario:	Lic. José Víctor Taracena Alba

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Saulo De León Estrada
Local:	Lic. Vladimir Guilielmo Rivera
Secretario:	Lic. Juan Carlos López Pacheco

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



Amé 12/2
29/10/1938

3780-9



Guatemala, 22 de Octubre de 1938.
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

Licenciado José Francisco De Mata Vela,
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.

29 OCT. 1938

RECIBIDO
Horas: 14 Minutos: 30
Oficial: [Signature]

Señor Decano:

En mi calidad de Asesor de Tesis de la Bachiller DILIA AMPARO GOMEZ LOPEZ, atentamente me permito informar a usted:

- I. Que dirigí a la Bachiller DILIA AMPARO GOMEZ LOPEZ, en la elaboración de su trabajo de tesis denominado "LA OMISION COMO CONDUCTA HUMANA EN EL DERECHO PENAL".
- II. Que el trabajo, además de reunir los requisitos a que se refiere el Reglamento respectivo, reviste características importantes y necesarias en la actualidad ya que hace referencia a los principios doctrinarios y teorías en relación a la omisión como conducta humana, para una mejor comprensión de la institución en el Derecho Penal.
- III. El trabajo de investigación contiene alusiones doctrinarias, esta redactado en un lenguaje claro y preciso, para la mejor comprensión de cada uno de los contenidos temáticos.

Por todo lo anterior opino que la tesis en referencia reúne los requisitos necesarios para que pase a la fase de revisión que corresponde.

Atentamente,

[Signature]

Lic. EDWIN DAGOBERTO GUTIERREZ CASTILLO.
Asesor.

Lic. Edwin Dagoberto Gutierrez Castillo
ABOGADO Y NOTARIO



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



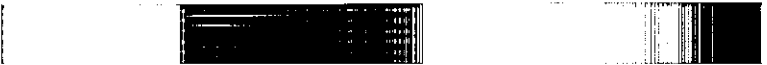
[Firma manuscrita]

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, seis de noviembre de mil
novecientos noventa y ocho.-----

Atentamente, pase al LIC. CIPRIANO FRANCISCO SOTO
TOBAR, para que proceda a Revisar el trabajo de
Tesis de la Bachiller DILIA AMPARO GOMEZ LOPEZ y en
oportunidad emita el dictamen correspondiente.-----

Alhj.

[Firma manuscrita]



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



23/2/99

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Edificio Universitario, Zona 12
Ciudad de Guatemala, Centroamérica

Guatemala, 12 de febrero de 1999.



792-99

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

23 FEB. 1999

RECIBIDO
Horas: 14 Minutos: 25
Oficial: [Signature]

Licenciado
José Francisco de Mata Vela
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad.

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la resolución emanada por ese Decanato, procedí a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller DILIA AMPARO GOMEZ LOPEZ, denominado "LA OMISION COMO CONDUCTA HUMANA EN EL DERECHO PENAL".

En tal virtud informo que el trabajo de Tesis reúne los requisitos mínimos exigidos por la legislación universitaria, por lo que es procedente su discusión en el examen Público de Tesis.

Sin otro particular me suscribo del señor Decano atentamente.

"DIEZ Y ENSEÑAR A TODOS"

LIC. Cipriano F. Soto T.
REVISOR

c.c. archivo

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
GUATEMALA



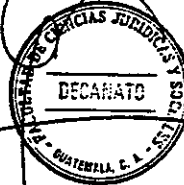
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad, Zona 12
Ciudad, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, veintiséis de febrero mil novecientos noventa y
nueve. _____

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del
trabajo de tesis de la Bachiller DILIA AMPARO GOMEZ LOPEZ
intitulado "LA OMISION COMO CONDUCTA HUMANA EN EL
DERECHO PENAL". Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico
Profesional y Público de Tesis. _____

ALFU.



ACTO QUE DEDICO:

A DIOS:

Mi luz, guía y mi fortaleza en cada momento.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Y EN ESPECIAL A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, por permitirme asistir a sus aulas la cual es motivo de orgullo, gratitud, y gran satisfacción.

A MIS PADRES:

GONZALO GOMEZ GARCIA Y LIDIA MARTA LOPEZ por el apoyo sincero, que siempre me han brindado.

A MIS HERMANOS:

GUILLERMO, THELMA, ANA, NORMA. Por el apoyo y comprensión, mil gracias.

A MIS SOBRINOS:

CATY, MICHELLE, SANDRA, JAVIER, ASTRID, ANDERSON.



A MIS FAMILIARES:

A todos en general, gracias.

A MIS AMIGOS:

HERIDA, DIMAS, ENEIDA, VIOLETA, OTTO ANIBAL, por brindarme su apoyo y amistad en todo momento.

A LOS LICENCIADOS:

EDWIN DAGOBERTO GUTIERREZ CASTILLO, CIPRIANO SOTO TOBAR, CARLOS DANIEL LEC, OTTO ANIBAL RECINOS PORTILLO. Por su ayuda y motivación en la elaboración del presente trabajo.

A MI PATRIA:

GUATEMALA.

INDICE

Pag.

Introducción

i

CAPITULO I

1.EL DELITO	1
1.1.Distintas acepciones del Delito	1
1.2.Definición del Delito	2
1.2.1Noción de carácter filosófico	3
1.2.2Noción Sociológica.....	3
1.2.3Noción jurídica	4
1.2.4Criterio Técnico Jurídico.....	4
1.3 ELEMENTOS CARACTERISTICOS DEL DELITO.....	6
1.3.1 La acción o conducta humana	7
1.3.2.Tipicidad.....	7
a)Función fundamentadora	8
b)Función sistematizadora	8
c)Función Garantizadora	9
d) Función Descriptiva	9
1.3.3 Antijuridicidad	9
1.3.4 Culpabilidad	12
a)Teoría Psicológica.....	14
b) Teoría Normativa	14
1.3.3.1Formas de Culpabilidad	15
A) Dolo	15
B) Culpa	16
C) Preterintencionalidad	16



CAPITULO II

2. LA CONDUCTA HUMANA EN EL DELITO.....	17
2.1. La acción	18
2.1. a)Concepto	18
2.2. TEORIAS ACERCA DE LA ACCION	19
2.2.1. Teoría Causalista de la acción	19
2.2.2. Teoría finalista de la acción	21
2.2.3. Teoría Social de la Acción.....	22
2.3 CLASES DE CONDUCTA HUMANA.....	22
2.3.1. Acción o Comisión	22
2.3.2. Omisión	24
2.4. Clasificación de los delitos con respecto de la acción.....	24
2.4.1. Delitos de Comisión.	24
2.4. 1.1. Aspecto Objetivo y Subjetivo del tipo doloso de Comisión.....	24
A)Aspecto Subjetivo	25
B) Ausencia de dolo por error de tipo	26
B.1 Error sobre el Objeto de la acción	26
B.2 Error sobre la relación de causalidad	26
B.3 Error en el golpe	27
B.4 Dolus generalis	27
C) Distintas clases de dolo.....	27
C.1. Dolo Directo	27
C.2. Dolo eventual	28
2.4.2. Tipos Culposos de Comisión	28
2.4.2.1. Tipos culposos como tipos abiertos.....	29
2.4.2.2. Función del fin en el tipo culposo.....	29
2.4.2.3. Aspecto Objetivo del tipo culposo	29
2.4.2.4. La violación del deber	30
2.4.2.5. Aspecto Subjetivo del tipo culposo.....	31
2.4.2.6. Clases de Culpa	31

CAPITULO III

3. LA OMISION COMO CONDUCTA HUMANA EN EL DERECHO PENAL	33
3.1.Estructura del tipo Omisivo	33
3.2. Acción esperada.....	34
3.3. Naturaleza de la Omisión	35
A) Concepto Naturalístico.....	35
B) Concepción Normativa	36
3.4. Clasificación de los tipos Omisivos.....	38
a) Tipos de Omisión Propia	38
b) Tipos de Omisión Impropias	39
3.5. El Tipo Omisivo Subjetivo	40
a) Dolo de Omisión	40
3.6.Omisiones Culposas.....	41
3.7.Delitos de Omisión	42
3.8Delitos de Comisión por Omisión	42
3.9.Omisión y Resultado en los delitos por Comisión por comisión.....	45
3.10.Delitos de Omisión Simple.....	45
3.11. El deber de cuidar el resultado (posición garante)	46
3.12 La Omisión como conducta humana en el Derecho Penal Guatemalteco.....	47
CONCLUSIONES	49
RECOMENDACIONES.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	53





INTRODUCCION

El delito como fenómeno inherente a la sociedad, existe y existirá mientras el hombre viva en sociedad. El actual Derecho Penal se caracteriza por ser un derecho eminentemente represivo, que sanciona toda conducta humana típica, antijurídica, que expresa la existencia de un hecho delictivo que el consenso social demanda del acto humano y que el legislador se ve obligado a tipificar, y la culpabilidad que fundamenta la responsabilidad que tiene el sujeto en la comisión de hechos delictivos.

La acción o conducta humana, dentro de la configuración de la teoría del delito, esta orientada a los avances y desarrollos de la institución misma de la acción que como parte integrante de la teoría general sufre cambios y se orienta o re proyecta hacia una nueva fórmula de conceptualización. La omisión como conducta humana es una inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. La omisión radica en el obrar o en el acto que se realiza de manera diferente a lo que la norma jurídica ha estipulado; siendo esta la valoración jurídica en las diversas actividades desarrolladas por el sujeto, en el momento que realiza la acción esperada en la norma jurídica.

Acción y omisión son dos formas diferentes de prohibir conductas, ambas surgen de dos maneras de enunciar la norma jurídica que da origen al tipo, si bien todas las normas que dan origen al tipo son prohibidas, en el sentido que restringen ciertas conductas, algunas pueden enunciarse prohibitivamente, en tanto que otras receptivamente. En el enunciado prohibido se entiende que la acción que se

individualiza está coartada o restringida; en el enunciado preceptivo se prohíbe realizar cualquier acción que no sea la que se individualiza.

El presente trabajo de investigación contiene los principios doctrinarios y teorías en relación a la Omisión como conducta humana en el Derecho Penal.

LA OMISION COMO CONDUCTA HUMANA EN EL

DERECHO PENAL

CAPITULO I

1. EL DELITO:

El derecho penal es una ciencia práctica, cuyo objeto es establecer un orden racional y fundamentado de los problemas y soluciones, que se presentan en la aplicación de la ley penal en un caso determinado. El análisis del concepto de delito, tiene la finalidad de permitir extraer los elementos particulares que hagan viable la practica de la aplicación de la ley penal.

1.1 DISTINTAS ACEPCIONES DEL DELITO:

El delito como razón de la existencia de toda actividad punitiva del Estado, al igual que el mismo derecho penal, ha recibido diversas denominaciones a través de la historia, atendiendo a que siempre ha sido una valoración jurídica, sujeto a las mutaciones que conlleva la evolución de la sociedad.

En el derecho del antiguo Oriente y romano se estableció la responsabilidad, en base al resultado antijurídico, catalogado el delito objetivamente, atendiendo al daño; sin embargo, en el derecho romano aparece la valoración subjetiva del delito, tomando

en consideración el dolo (intención del delincuente para la comisión del delito)¹. Refiriéndose al delito, en Roma se habló de noxia que significa daño, apareciendo en la culta Roma para identificar la acción penal, los términos FLAGITIUM, SCELUS, FACINUS, CRIMEN, DELISTUM FRAUS, y otros, teniendo mayor aceptación los términos CRIMEN Y DELICTIUM, el primero para identificar las infracciones o delitos de mayor gravedad y castigados con mayor pena, y el segundo para señalar una infracción leve².

Actualmente en el Derecho penal moderno se habla de crimen, infracción penal, hecho o acto punible, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, ilícito penal. Con respecto a esta terminología se plantean dos sistemas; El primero es BIPARTITO, para designar las infracciones de la ley penal en delitos y faltas y el segundo sistema utiliza un solo termino para designar todas las infracciones de la ley penal.

En Guatemala se utiliza el sistema Bipartito, al clasificar las infracciones a la ley penal en delitos y faltas³.

1.2 DEFINICION DEL DELITO:

Actualmente existen distintas formas de definir el delito, que va desde las simples hasta las más complejas, por lo que atendiendo a cada corriente de pensamiento, existen diferentes nociones del delito:

¹ De Mata Vela, Jose Francisco y De Leon Velasco, Curso de Derecho Penal guatemalteco. Parte General y Parte Especial. 2ª. Edic. 1989. Edita. Art. Pag. 145.

² Op. Cit. Pag. 146.

³ Ibidem.

1.2.1 NOCION DE CARÁCTER FILOSOFICO:

Los teólogos identifican al delito con el pecado, Francisco Julián define el delito como "una acción contraria a la moral, y a la justicia." Analizando el delito en su aspecto moral contra hechos que están en contra de las leyes de Dios, buenas costumbres, los mandamientos de las leyes, dentro de esta misma corriente existen otros que lo estiman acción contraria a la ley, a la moral, y a la justicia.

1.2.2 NOCION SOCIOLOGICA:

Representa el criterio de una corriente de pensamiento distinta, como es de la Escuela Positiva del derecho penal. La postura más notable al respecto, es la adaptada por Rafael Garofalo, al plantear la "Teoría del Delito Natural," tomando como base dos clases de sentimientos, que para él fueron los más importantes (el sentimiento de piedad y el sentimiento de probidad), sobre los cuales se construye la definición de delito 1. Natural así: "Ofensas a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, en la medida en que son poseídos por un grupo social determinado. "Enrico Ferri le da una orientación más sociológica con el objeto de desvirtuar en parte la teoría del Delito Natural, considera al delito como "Acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de

existencia y lesionan la moralidad media, en un pueblo y en un momento determinado.”

1.2.3 NOCION JURIDICA DEL DELITO:

La noción verdadera del delito la suministra la ley, al destacar la amenaza penal. Lo que realmente caracteriza al delito, es su sanción penal. Sin ley que lo sancione no hay delito, por inmoral y socialmente dañosa que sea una acción, si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, no constituirá delito. “De aquí que su aspecto formal puede ser definido como la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena.

1.2.4 CRITERIO TECNICO JURIDICO:

Una vez superada la crisis por la que atravesó el Derecho Penal, en la segunda mitad del siglo XIX, cuando estuvo sometido a las más exageradas especulaciones del positivismo, dicho movimiento fruto de la dogmática alemana y el empleo del método analítico, se aparta de los extremos positivistas, para dedicarse de lleno al examen lógico del delito, dando vida a lo que en la doctrina se ha denominado ‘La construcción técnica jurídica de la infracción’ a decir el notable jurista español Federico Puig Peña.

El inicio de esta nueva corriente, se desarrolla en varias etapas, las cuales trataremos de describir cronológicamente. Bohemero: construye la teoría del delito sobre las bases estrictamente jurídicas, Ernesto Bising, con su "teoría de las normas" y Franz Von Lizzt define el delito como "Acción antijurídica y culpable, castigada con una pena".

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. El legislador ha querido destacar en estas definiciones, aquellos caracteres que le han parecido más relevantes, en orden a la consideración de un hecho como delito, que debe tratarse de una acción u omisión, que deben ser voluntarias o culposas y que deben ser penadas por la ley.

En nuestro medio de cultura jurídico, es el criterio de mayor trascendencia que se ha tenido para la definición del delito, por considerarse el más aceptable dentro del campo penal, aún en nuestros días, ha sido el que ha aportado el movimiento técnico jurídico, en la primera mitad del presente siglo, han construido sus definiciones, variando únicamente la forma de plantearlas.

"El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se haya conminado con una pena, ó en ciertos casos con determinada medida de seguridad en reemplazo de aquélla (Luis Jiménez de Azúa).

"El delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable sancionada por la ley. (Eugenio Cuello Calón).

"El delito es la acción típicamente antijurídica culpable y adecuada a una figura penal". (Sebastián Soler).



"El delito es un acto del hombre (positivo o negativo) legalmente típico, antijurídico, culpable, imputable a un sujeto responsable, en ocasiones previa determinación de condiciones objetivas de punibilidad y al cual se le impone una pena o medida de seguridad".

"El delito es básicamente una acción humana, un comportamiento del hombre" (Jorge Palacios Mota).

"Delito es un hecho antijurídico, descrito en la ley imputable a un hombre y que acarrea responsabilidad penal de un autor"(Luis Carlos Pérez).

"Delito es toda acción que ofende gravemente al orden ético-jurídico y por esto merece aquella grave sanción que es la pena" (Giuseppe Maggiore).

1.3 ELEMENTOS CARACTERISTICOS DEL DELITO

Tras un minucioso análisis del derecho penal positivo, la Ciencia del Derecho Penal, ha llegado a la conclusión de que el concepto del delito, y sus características comunes, responden a una doble perspectiva, que simplificando se presenta como un juicio de desvalor, que recae sobre un hecho o acto humano que corresponde a la antijuridicidad, y como un juicio de desvalor, que se hace sobre el autor de ese hecho, correspondiendo a la culpabilidad. En estas dos grandes categorías, antijuridicidad y culpabilidad, se ha ido distribuyendo luego los diversos componentes del delito. En la primera se incluye la acción u omisión y la tipicidad. En la segunda, las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad).

1.3.1 LA ACCION O CONDUCTA HUMANA:

La acción es un acontecimiento previsto en la ley y dependiente de la voluntad humana; por consiguiente es un comportamiento humano, un acto atribuible a un ser humano, esto es, no sujeto a la inexorable ley de la causalidad; caracterizado por dos notas: Primero, ser un acontecimiento dependiente de la voluntad humana, el cual puede consistir en una modificación del mundo exterior, perceptible por los sentidos (resultado) y; Segundo, en un simple movimiento corporal, en la evitación de un resultado o en la realización de una determinada actividad.

1.3.2 TIPICIDAD:

La tipicidad como elemento característico del delito y el tipo como especie de la infracción penal.

La tipicidad, cuando nos referimos al elemento del delito y tipificar cuando se trata de adecuar la conducta humana a la norma legal.

La tipicidad es pues, la adecuación de un hecho cometido, a la descripción que de ese hecho se hace en la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de igualdad, ya que sólo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en los tipos penales se cumple el principio, *NULUM CRIMEN SINE LEGE*.⁴ Normalmente

⁴ De Leon Velasco y De Mata Vela. Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Parte general y parte especial. 2ª. Edic. Edita. Art. 1989. Pag. 155.

son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, las características comunes a todo delito, el punto de partida es siempre la tipicidad, pues sólo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo legal, puede servir de base a posteriores valoraciones (Conde).

Es muy importante pues, saber diferenciar la tipicidad del delito, éste se encuentra en las normas penales; mientras que aquélla es la encuadrabilidad de la conducta humana al molde abstracto que describe la ley.

Jimenez de Asua, recalca que el tipo penal es la abstracción concreta, que ha trazado el legislador y la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo penal concreto.

Con respecto a su función, la tipicidad siempre ha sido un requisito formal, previo a la antijuridicidad, es decir que, para que una conducta humana, pueda ser considerada como antijurídica al derecho penal sustantivo; este tiene que ser típico, lo cual quiere decir, que sin la tipicidad, la antijuridicidad penal no existe. Pero la tipicidad, si puede existir aun sin la antijuridicidad, cuando en la comisión del hecho delictivo, ha imperado una causa que legalmente lo justifique.

La tipicidad, como instituto penal tiene las siguientes funciones:

- a. **FUNCION FUNDAMENTADORA:** En virtud de que constituye en sí un presupuesto de legalidad, que fundamenta la actitud del juzgador, para culminar con una pena o bien con una medida de seguridad, siempre que no exista una causa que libere de responsabilidad penal.
- b. **FUNCION SISTEMATIZADORA:** Debido a que por su medio tiende a relacionar formalmente la parte general con la parte especial del derecho penal.

c. **FUNCION GARANTIZADORA:** Ya que la tipicidad resulta ser una consecuencia inevitable del principio de legalidad o de reserva (Nulum Crimen, Nullan poena sine lege), no puede haber crimen ni pena, si no está previamente establecido en una ley penal que lo regule. Esta es la función mas importante, porque constituye una garantía jurídica; política y social para no ser castigado, si la conducta no está tipificada como delito.

d) **FUNCION DESCRIPTIVA:** En virtud de que señala en abstracto, cuando una conducta debe ser delictiva, de acuerdo a un tipo.

1.3.3. **ANTI JURIDICIDAD:** significa contrariedad a derecho. Un hecho es antijurídico, cuando es contrario a derecho. Si el derecho penal constituye un conjunto de normas dirigidas a motivar al ciudadano en contra del delito, tales normas lo intentan a través de prohibiciones o mandatos respaldados generalmente por la amenaza de una pena. Los hechos que infringen estas prohibiciones o estos mandatos son antijurídicos. Un hecho antijurídico es un hecho prohibido o distinto al ordenado por la norma. El derecho penal ha de desear evitar lesiones en bienes jurídicos importantes, como la vida, la integridad física, la propiedad, la seguridad del Estado, etc. De ahí se desprende la necesidad, de ciertos presupuestos, como la existencia de un comportamiento humano voluntario y la previsibilidad de su carácter lesivo.

La antijuridicidad, como contrariedad a la norma primaria no es suficiente para que un hecho se halle penado, presupone la concurrencia de un comportamiento humano y su tipicidad penal, e implica la ausencia de causas



de justificación. El primer requisito de la antijuricidad es la presencia de un comportamiento humano, el segundo lo constituye la tipicidad penal, el tercer requisito de la antijuricidad penal es la ausencia de causas de justificación. El hecho que realiza un tipo penal no es antijurídico cuando se realiza bajo el amparo de una causa de justificación. Las causas de justificación, restringen el ámbito de las normas que prohíben atentar contra los bienes jurídicos correspondientes a los distintos tipos de delito. La justificación presupone un atentado contra un bien jurídico, que sería antijurídico si no concurría una causa de justificación y que precisa, por tanto ser justificado. Mas una vez que se comprueba que el ataque el bien jurídico se halla justificado, hay que afirmar que el hecho, no se halla en modo alguno prohibido por la norma.

La antijuricidad formalmente "Es la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal". En sentido positivo Rodríguez Devesa, sostiene que es un juicio de valor por cual se declara que la conducta no es aquélla que el derecho demanda, y en sentido contrario (negativo) el penalista guatemalteco Palacios Mota "establece que el juicio desvalorativo que un juez penal hace sobre una acción típica, en la medida en que ésta lesiona o pone en peligro, (sin que exista una causa de justificación,) el interés o bien jurídicamente tutelado." Según Eugenio Cuello Calón, la antijuricidad presupone un juicio de oposición entre la conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recae sobre la acción realizada, excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por lo que podría decirse que su naturaleza funcional de carácter de forma objetiva, es el aspecto más relevante del

delito, de tal importancia que para algunos no es un mero carácter o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza. La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recae sobre la acción, realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por la cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo. Pero aún reconociendo un carácter objetivo se ha observado, particularmente por penalistas alemanes, que determinados hechos delictivos presentan un marco de carácter subjetivo, son denominados "ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO." La presencia de semejantes rasgos subjetivos en la antijuridicidad no supone la fusión de ésta con la culpabilidad, pero sería equivocado atribuir todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad. Dicha presencia tiene lugar en los delitos, denominados de intención o de tendencia, como el hurto y el robo, para estos delitos la antijuridicidad comprende no sólo los elementos objetivos de la figura de delito sino también intenciones o propósitos específicos del agente, cuando concurren a constituir el tipo delictivo.

La antijuridicidad presenta pues un doble aspecto: un aspecto formal, construida por la conducta opuesta a la norma y otro material; integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos. Ambos aspectos suelen coincidir.⁵

Los hechos que las normas penales prohíben o mandan ejecutar son

Eugenio Cuello Calón derecho Penal. Parte General Vol. I. 18ª. Edic. Edita. Boshc. Barcelona. Pag. 75.



generalmente nocivos o peligrosos socialmente, pero aún no lo fueren, siempre serán antijurídicos por contravenir lo mandado por la norma. Los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material)⁶ no previstos por la norma penal, sólo serán antijurídicos cuando la ley lo sancione, son una consecuencia del principio de legalidad. Tan íntima relación tiene el elemento de la antijuridicidad como carácter fundamental del delito, con la máxima NULLUM CRIME SINE LEGE que correlativa a ésta, podría formularse otra así concebida" no hay antijuridicidad penal sin ley penal.⁷ Por consiguiente con arreglo a nuestro derecho penal positivo podrá afirmarse que no todo hecho que la ley define como delito es antijurídico, pero ningún hecho será antijurídico si no está penado por la ley

1.3.4. CULPABILIDAD:

Constituye un elemento positivo, para la construcción de la infracción, tiene como característica fundamental ser el elemento subjetivo del delito, es decir, que su función está íntimamente relacionada con el protagonista del crimen, toda vez que se refiere a la voluntad del agente para la realización del acto delictivo; de ahí, que para poder juzgar una conducta humana, como ilícita, es menester que debe ser, además de típica y antijurídica, culpable.⁸

⁶ Op. Cit. Pag. 365

⁷ Ibidem.

⁸ Op. Cit. De Mata Vela. Pag. 165.

La culpabilidad, es la manifestación de voluntad del sujeto activo de la infracción penal, que puede tomarse dolosa o bien culposa, dependiendo de la intención de cometer el delito o bien de la comisión del delito por negligencia, imprudencia o impericia. En un principio se castigaba el delito con relación al daño causado, imputando muchas veces a los animales y hasta los objetos inanimados; En Roma con un sentido más lógico se principio a castigar el delito sobre la base de la intención que su autor tenia para realizarlo, desde esta época la culpabilidad principia a tomar auge como aspecto subjetivo del delito. Las doctrinas y las legislaciones modernas, analizan la conducta humana para determinar la culpabilidad del delincuente, como presupuesto para la punibilidad, entrando a discutir únicamente la naturaleza de la culpabilidad en la constitución del delito.

La culpabilidad, supone que el autor del hecho antijurídico lo comete en condiciones psíquicas de normalidad motivacional, para que sea lícito imputar un hecho prohibido a su autor; es preciso que éste haya podido recibir la llamada de la prohibición a su autor en unas condiciones normales. No son culpables; de los hechos antijurídicos que cometen, sujetos menores de edad, los enfermos mentales y los que sufren trastornos psíquicas permanentes o transitorios.

La culpabilidad está concentrada en la conducta que pueda asumir el sujeto activo del delito. Las teorías que tratan sobre la naturaleza de la culpabilidad, son las siguientes:



- a) **TEORIA PSICOLOGICA:** Sostiene que la culpabilidad es la relación psíquica de causalidad entre el autor y el acto, o bien entre el autor y el resultado, es decir, que el lazo que une al agente con el hecho delictivo es puramente psicológico. Su fundamento radica, según Tarranca y Trujillo En que "el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz, de conocer la norma jurídica, y de atacarla o no, de aquí la responsabilidad de su conducta, o sea, su culpabilidad, en razón de que el sujeto ha podido actuar conforme a derecho.
- b) **TEORIA NORMATIVA:** Sostiene que no basta la relación de causalidad psíquica entre el autor y el acto, o bien entre el autor y el resultado, es preciso dé lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor, que se traduzca en un reproche, por no haber realizado la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor. Cuello Calón sostiene que una acción es culpable, cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de este y además serie reprochada. Hay pues en la culpabilidad, más de una relación de causalidad psicológica entre el agente y la acción, un juicio de reprobación de la conducta de éste motivado por su comportamiento contra la ley, pues al ejecutar un hecho que ésta prohíbe, ha quebrantado su deber de obedecerla. Sobre esta base sostiene, que el reproche de la culpabilidad, recae únicamente sobre la relación de causalidad psíquica, entre el agente y el hecho delictivo, mientras que el juicio de culpabilidad recae sobre el acto aislado.

Tesar y Kollman, sostiene que la culpabilidad, es el elemento fundamental por el que gira toda la teoría del delito, estimando el resultado de la acción delictiva como un síntoma o manifestación de la defectuosidad psíquica del agente, esta teoría esta en contradicción con el derecho penal vigente, que para la imposición de la pena se basa en un supuesto injusto típico realizado.

Rodríguez Devesa, sostiene que la naturaleza de la culpabilidad, radica fundamentalmente en la actitud psíquica del sujeto, formada por los motivos, las decisiones de voluntad que toma o deja de tomar el sujeto y los elementos subjetivos del injusto, que de no computarse en la culpabilidad no podrían ser imputados.

1.3.3.1 FORMAS DE CULPABILIDAD:

I. La culpabilidad, como manifestación de la conducta humana dentro del delito, encuentra su expresión en dos formas básicas:

1) DOLO: "Conciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito". Jiménez de Asúa. Voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso". Eugenio Luello Calón. Dolo es el propósito o la intención deliberada de causar daño, de lesionar o poner en peligro un bien jurídico tutelado. Rodríguez de Devesa dice que el dolo es la conciencia dolosa que sabe lo que hace y quiere hacerlo; asignándole al "saber" un elemento intelectual, intencional o cognoscitivo; y al "Querer" un elemento volitivo.



B) LA CULPA: Es el límite mínimo de la culpabilidad, que representa una menor gravedad y se ha definido así: "Es el obrar sin la diligencia debida; causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley. Cuello Calón dice: "Es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado." Carranca y Trujillo dice: la culpa proviene de un obrar lícito cuyo resultado antijurídico se basa en la negligencia, (obrar pasivo) imprudencia (obrar activo) o impericia, (falta de experiencia) del sujeto activo.

C) PRETERINTENCIONALIDAD: Que consiste en no haber tenido la intención de causar daño de tanta gravedad como el que produjo.

1.3.5. ERROR DE PROHIBICION: Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibida como tal (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de la una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación).

En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer, en el segundo, el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma y presupuestos objetivos.

CAPITULO II.

2. LA CONDUCTA HUMANA EN EL DELITO:

La terminología en torno de la conducta suele ser anárquica, hay autores que hablan de acto, como un concepto que abarca la acción, entendida como hacer activo y la omisión entendida como no hacer lo debido.⁹ Casi unánimemente se admite que toda conducta debe ser voluntaria, es decir que sin voluntad no hay conducta, los problemas surgen cuando se trata de precisar el contenido de la voluntad que se requiere en la conducta. La voluntad implica siempre una finalidad, porque no se concibe que haya voluntad de nada o voluntad para nada, siempre la voluntad tiene un contenido que es una finalidad. En razón de que es inconcebible la conducta sin voluntad, y la voluntad sin finalidad, resulta por consecuencia que la conducta requiere siempre una finalidad.

En el aspecto interno de la conducta, pertenece la proposición de un fin y la selección de los medios para su obtención, siempre que nos proponemos un fin; retrocedemos mentalmente desde la representación del fin para seleccionar los medios con que poner en marcha la causalidad, para que se produzca el resultado querido. En esa selección no podemos menos que representarnos también los resultados concomitantes. Terminada esta etapa pasamos a la exteriorización de la

⁹ Zaffaroni Eugenio Raúl. Derecho Penal parte General. Buenos Aires. Argentina, 1973. Edit. Ediar. Pag. 340.

conducta, (aspecto externo) consistente en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción de un resultado ¹⁰.

En el campo de la causalidad sólo hay causas y efectos en un proceso ciego que va al infinito. El nexo de causalidad en el ámbito científico no tiene dirección. La finalidad siempre es vidente (Weizel), es decir tiene un sentido y se asienta sobre la previsión de la causalidad. El nexo de la finalidad "toma las riendas" de la causalidad y las dirige.¹¹

El origen de la conducta humana es aristotélico, Aristóteles no concebía ninguna conducta voluntaria que no tuviese fin. Para él eran voluntarios finales los que nosotros llamamos inculpables, con los que distinguía nítidamente la voluntad de la culpabilidad. Santo Tomas tomó la posición de Aristóteles, para quien la idea central de su sistema no era la causalidad, sino la finalidad.

2.1. LA ACCION: La palabra acción es multívoca, en un sentido amplio comprende lo mismo una que otra, se emplea también para designar el movimiento corporal por oposición al resultado, y como equivalente al delito, comprensiva de la totalidad de elementos.

2.1.a) CONCEPTO: La acción es un acontecimiento previsto en la ley y dependiente de la voluntad humana, por consiguiente es un comportamiento humano, un acto atribuible a un ser humano, esto es, no sujeto a la inexorable ley de la causalidad, caracterizado por dos notas: ser un acontecimiento dependiente de la voluntad

¹⁰ Op. Cit. Zaffaroni. Pag. 343.

¹¹ Op. Cit. Zaffaroni. Pag. 345.

humana, el cual puede consistir en una modificación del mundo exterior, perceptible por los sentidos (resultado) en un simple movimiento corporal, en la evitación de un resultado o en la realización de una determinada actividad. Y ser un acontecimiento previsto en la ley. El Licenciado Centeno Barillas define la acción como la conducta exterior encaminada a la obtención de un resultado, el cual (es resultado) se traduce en una lesión efectiva o bien un peligro de lesión. En este sentido la acción en esencia constituye el delito, no porque contrarie el ordenamiento legal, sino porque es una acción reprochable, que produciéndose dentro de la sociedad, le causa o provoca un daño a ella o a un sujeto que es parte de la sociedad y que irreversiblemente lesiona directa o indirectamente o sea que la acción estrictu-sensu, constituye juntamente con la antijuridicidad, el soporte natural que determina y da vida al fenómeno social llamado delito que se constituye de otros elementos integrantes, que la viabiliza jurídicamente.

2.2. TEORIAS ACERCA DE LA ACCION:

2.2.1. TEORIA CAUSALISTA: En el causalismo pueden distinguirse nítidamente dos principales momentos filosóficos, distintos en que apoyarse. En un principio, el concepto causalista de conducta fue apoyado sobre la base filosófica del positivismo mecanicista, heredado de las concepciones de la ilustración y, por ende tributario de las concepciones físicas de Newton. Todo son causas y efectos, dentro de un gran mecanismo que es el universo y, la conducta

humana como parte del mismo, también es una sucesión de causas y efectos. El segundo momento filosófico tiene lugar cuando se desecha la filosofía positiva, esta nueva base filosófica (el segundo momento filosófico del causalismo) la ofrece el neo-kantismo. Si a la primera se le llamo estructura "Clásica del delito" a la segunda suele llamársele "Estructura Neoclásica", que fue la que desarrolló en su máxima expresión Mezger. Dicho en otros términos, acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse, que causaba un resultado, según este mismo concepto, la omisión era un "no hacer" caracterizado exteriormente por la distensión muscular e interiormente por la voluntad de distender los músculos. Bebing caracterizaba la conducta en estos términos "Debe entenderse por acción un comportamiento corporal (fase externa objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo, libertad de inervacion muscular, voluntariedad), fase interna subjetiva de la acción, ello es un comportamiento corporal voluntario, consistente en un hacer, (acción positiva) en un no hacer, (Omisión, ello es distensión de los músculos".¹² Resulta claro que una conducta es algo distinto de un movimiento, con voluntad de hacer el movimiento, por lo que la "voluntad de hacer el movimiento " no existe por sí sino que se integra en forma inseparable con la finalidad del movimiento. La voluntad sin contenido (finalidad) no es voluntad y la acción humana sin voluntad queda reducida a un simple proceso causal.¹³

¹² Ob Cit. Zaffaroni pag. 397.

¹³ Op. Cit. Zaffaroni. Pag. 397.

No obstante lo cierto era que una conducta sin finalidad carecía de voluntad y, en la realidad quedaba reducida a un simple proceso causal. La relación de causalidad, es un concepto importado de las ciencias naturales, aunque procedente de la filosofía, con lo que expresa una conexión necesaria entre un antecedente causa y un consiguiente efecto. La causa es siempre plural, esto es formada por un conjunto de hechos. La causa es aquel antecedente del resultado unido por una relación de necesidad resultante de una ley físico-natural que no es conocida. Al derecho penal sólo le interesan las series causales que tienen su origen en el acto humano.

2.2.2 TEORIA FINALISTA DE LA ACCION: Se caracteriza por un concepto de acción basado en la dirección del comportamiento del autor a un fin por él prefijado. La teoría finalista y su concepción de lo ilícito personal tienen en su origen una estrecha vinculación con la concepción retributiva de la pena y son el reflejo de una drástica reducción de la prevención especial, que había inspirado los conceptos de la teoría del delito desde los tiempos de la aparición del positivismo. La teoría finalista se caracterizó por un concepto de acción, basado en la dirección del comportamiento del autor a un fin por este prefijado. De esta manera se oponía al concepto final de acción; al concepto causal de acción que sólo tenía en cuenta la producción causal del resultado, del concepto de acción se derivaron consecuencias que alteraron las categorías tradicionales de la teoría del delito: a) Dolo (reducido al conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo del delito), se

convirtió en elemento de lo ilícito, dando lugar a un tipo subjetivo complementario del tipo objetivo, abandonando así la culpabilidad; b) Los delitos dolosos y culposos se separaron ya en referente a la estructura del tipo penal, y no como en la teoría de la acción causal, en el ámbito de la culpabilidad; DOLO Y CULPA, son formas de ilicitud (de infringir una norma).

En la actualidad las teorías del delito tienden a un modelo finalista.

2.2.3. TEORÍA SOCIAL DE LA ACCIÓN: Es un puente o posición intermedia entre las teorías causal y final. Se basa en la afirmación de que no cualquier acción puede ser materia prohibida por el derecho penal, sino sólo aquellas que tienen sentido social, es decir, que trascienden a terceros, formando parte del interaccionar humano, sólo las acciones que forman parte de esta interacción pueden interesar al derecho penal, y no aquéllas que no trascienden al ámbito individual. Sólo pueden ser acciones con relevancia penal las que perturban el orden social y que, por definición, deben formar parte de esa interacción.

2.3 CLASES DE CONDUCTA HUMANA

2.3.1 ACCIÓN O COMISIÓN

Es la manifestación de voluntad por medio de la cual, se produce una modificación efectiva en el mundo exterior o una manifestación de peligro, que produce un atentado contra un bien jurídico tutelado. Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que

no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir un fin. La acción es ejercicio de actividad final.

La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una externa y otra interna. En la fase interna, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente la realización de un fin. La fase externa, una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo exterior, pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal dominado por la finalidad y procura alcanzar la meta propuesta. La acción penalmente relevante, es la realización en el mundo exterior. Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciéndose un resultado.

Durante varias décadas la teoría de la acción, dominó gran parte de las discusiones relativa a la estructura del delito, fundamentalmente se partió de la base, de que la teoría de la acción debía reflejar el concepto de acción de la vida social y no simplemente un suceso de la realidad de las ciencias naturales. En la actualidad se ha impuesto la idea de que el concepto de acción, por si solo no puede sostener dichas transformaciones y que estas son en realidad, producto del concepto personal de lo ilícito. La función del concepto de acción, no es otra que la de establecer el mínimo de elementos, que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal.



2.3.2. OMISION:

A)Concepto Naturalístico: Para esta corriente doctrinaria la omisión, es ante todo una realidad que preexiste en el mundo natural, a la valoración jurídica y, por consiguiente es anterior y esta fuera del mundo de los valores y de toda construcción normativa. La omisión se concibe también naturalísticamente como un no hacer, una inactividad.

Cuello Calón, define la omisión como la "Inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado."¹⁴

2.4. CLASIFICACION DE LOS DELITOS CON RESPECTO A LA ACCION:

2.4.1 DELITOS DE COMISION:

2.4.1. 1.ASPECTO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL TIPO DOLOSO DE COMISION:

El aspecto objetivo implica la causación de un resultado (aspecto externo).¹⁵ Pero que se caracteriza porque requiere la voluntad de causarlo (aspecto interno).¹⁶ Esta voluntad del resultado, el querer el +resultado, es el dolo el aspecto externo, es decir, la manifestación de la voluntad en el mundo físico requerida por el tipo, la llamamos

¹⁴ Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Parte General. 16ª. Edita. Boshc. Barcelona. Pag. 39.

¹⁵ Ob Cit. Zaffaroni pag. 396.

aspecto objetivo. Al aspecto interno, es decir a la voluntad misma, la llamamos aspecto subjetivo, toda conducta tiene una manifestación en el mundo físico, esa manifestación en el mundo físico es un cambio que se opera en éste.

A) ASPECTO SUBJETIVO: todos los tipos exigen que haya una cierta congruencia entre el aspecto objetivo y subjetivo. El elemento subjetivo lo constituye el dolo que es la voluntad determinada que como cualquier voluntad presupone un conocimiento determinado.¹⁷ El dolo requiere siempre un conocimiento efectivo, sin este conocimiento, la voluntad del autor no puede tener el fin y por ende, no puede ser una voluntad. Este conocimiento puede ser actual y actualizable, es conocimiento actual el que tenemos acerca de un objeto cuando focalizamos sobre él una actividad conciente. Es conocimiento actualizable el que en un momento puede ser recordado, pensar en ello, hará actual ese conocimiento. El aspecto cognoscitivo del dolo abarca el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo, el conocimiento de los elementos normativos del tipo penal requieren un conocimiento de valoración jurídica que responda a estos elementos, por supuesto no se trata de que el sujeto activo tenga un conocimiento técnico de la ley, sino que basta con lo que se llama "conocimiento paralelo".¹⁸

Del mismo modo que el dolo debe abarcar el conocimiento de los elementos positivos requeridos en el tipo objetivo, debe también abarcar el conocimiento de los

¹⁶ Op. Cit. Pag. 396.

¹⁷ Op. Cit. Pag. 405.

¹⁸ Op. Cit. Pag. 408.

carácteres negativos. El dolo presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico. Sin esta previsión jamás se podría hablar de dolo.

B) AUSENCIA DE DOLO POR ERROR DE TIPO: Error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando no habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. No hay finalidad típica, es decir, no hay voluntad de realizar el tipo objetivo. No habiendo querer de la realización del tipo objetivo, no hay dolo y, por ende la conducta es atípica. Son casos en que hay tipicidad objetiva, pero no hay tipicidad subjetiva, por que falta el dolo. Dolo es el querer la realización del tipo objetivo; cuando no se sabe que se está realizando un tipo objetivo, no puede existir ese querer y, por ende, no hay dolo; ese es el error de tipo. El error de tipo elimina el dolo y, como consecuencia ineludible la tipicidad dolosa de la conducta.

B.1) CLASES DE ERROR DE TIPO:

B.1.1. ERROR SOBRE EL OBJETO DE LA ACCION: (error in objeto vel persona) Es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción; lo mismo dá que A se apodere del automóvil de B que creía propiedad de C, o que mate a D en lugar de A.

B.1.2. ERROR SOBRE LA RELACION DE CAUSALIDAD: Las desviaciones inesenciales o que no afectan a la producción del resultado querido por el autor son

irrelevantes. (A dispara a B con ánimo de matarle, hiriéndole gravemente, B muere a los pocos días a causa de la gravedad de la herida.

B.1.3. ERROR EN EL GOLPE:(Aberratio ictus) Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física. El autor por su mala puntería alcanza B, cuando quería matar a C.

B.1.4. DOLUS GENERALIS: En este caso el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce por un hecho posterior. El sujeto, tras haber estrangulado a su víctima y en la creencia de que la ha matado, la tira por un precipicio para ocultar su delito, siendo entonces, cuando la víctima, que sólo estaba desvanecida, muere realmente a consecuencia del golpe en la caída.

B.1.5. ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES: Determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, el tipo cualificado o privilegiado.

C) DISTINTAS CLASES DE DOLO:

C.1) DOLO DIRECTO: Es aquel en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea como el fin directamente propuesto o sea como uno de los medios para obtener ese fin. Cuando se trata del fin directamente querido se llama dolo directo de primer grado y cuando se quiere el resultado como necesaria

consecuencia del medio elegido para la obtención del fin, se llama dolo directo de segundo grado.

C.2.) DOLO EVENTUAL: Cuando el sujeto activo tiene propósito de obtener un resultado pero a su vez, prevé que eventualmente pueda ocurrir otro resultado y aún así no se detiene en la ejecución del acto delictivo. Cuando el sujeto se representa la posibilidad del resultado concomitante y la incluye como tal en la voluntad realizadora.

2.4.2. TIPOS CULPOSOS DE COMISION: El derecho penal individualiza conductas que prohíbe con relevancia penal, mediante los tipos. Los tipos legales siempre individualizan conducta porque es inconcebible que el derecho prohíba algo distinto que conductas humanas. El tipo culposo al igual que el doloso, individualiza conductas. La conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad, la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso. ¹⁹

Los tipos dolosos y culposos contienen prohibiciones de conductas. No obstante frecuentemente se ha confundido lo que se prohíbe con la forma en que se prohíbe. El tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola el deber de cuidado. La circunstancia de que el tipo no individualice la conducta culposa por la finalidad en sí misma no significa que la conducta no tenga finalidad.

El tipo culposo prohíbe una conducta que es tan final como cualquier otra, cabe precisar que dada su forma de deslindar la conducta prohibida, el más importante elemento que debemos tener en cuenta en esta forma de tipicidad es la violación de un deber de cuidado.

2.4.2.1. TIPOS CULPOSOS COMO TIPOS ABIERTOS: Los que deben ser completados por el juez acudiendo a una disposición o norma de carácter general que se encuentra fuera del tipo. El tipo abierto resulta insuficiente para individualizar la conducta prohibida. Esto es lo que sucede con los tipos culposos, no es posible individualizar la conducta prohibida si no se acude a otra norma que nos indique cuál es el deber de cuidado que tenía el sujeto activo.

2.4.2.2 FUNCIÓN DEL FIN EN EL TIPO CULPOSO: Para la determinación del elemento más importante del aspecto objetivo del tipo culposo, es necesario un dato previo dado por un momento subjetivo, el fin de la conducta. Si no tenemos el dato que nos informa cuál era la finalidad que perseguía la conducta no sabrá que conducta se trata y, por ende no podremos averiguar el deber de cuidado que incumba al agente, lo que impedirá saber si lo había violado, y determinar si la conducta era o no típica. A cada conducta corresponde un deber de cuidado.

2.4.2.3 ASPECTO OBJETIVO DEL TIPO CULPOSO: La función del resultado en los tipos culposos: Los planteamientos que se han hecho de la teoría de la

¹⁹ Op. Cit. Pag. 427.



culpa a partir del resultado, han sido completamente erróneos, por sobrevalorar la función del mismo, en el tipo culposo se delimita los alcances de la prohibición. El resultado en los tipos culposos es un delimitador de la tipicidad objetiva culposa. El resultado no puede considerarse fuera del tipo objetivo culposo, ni puede pretenderse que una condición objetiva de punibilidad, sino que es limitación a la tipicidad objetiva, pero que se halla dentro del tipo objetivo. Su misión es definir y caracterizar con la mayor precisión posible el delito.

2.4.2.4 LA VIOLACION DEL DEBER DE CUIDADO: Se trata de un componente normativo del tipo objetivo culposo. Frecuentemente los deberes de cuidado se hallan establecidos en la ley, como sucede en las actividades reglamentadas. En esos casos la violación de los preceptos reglamentarios es un indicio de violación al deber de cuidado, es preciso tener presente dado a que no siempre la infracción del reglamento es una violación al deber de cuidado. La violación al deber de cuidado plantea algunos problemas particulares, siendo uno de los más delicados el que surge cuando el propio titular del bien jurídico afectado ha violado el deber de cuidado. Estos problemas se solucionan en la ciencia penal acudiendo al principio de la confianza. Según el cual resulta conforme al deber de cuidado de la conducta del que en cualquier actividad compartida mantiene la confianza, en que el otro se comportará conforme al deber de cuidado.

2.4.2.5 ASPECTO SUBJETIVO DEL TIPO CULPOSO: En el tipo culposo hay requerimientos objetivos y subjetivos, pero la estructuración misma de los tipos es distinta de la del tipo doloso, por lo que no deben ser considerados de la misma forma, para determinar la presencia de aspectos que hacen al tipo objetivo concretamente la violación al deber de ciudadano. El tipo subjetivo culposo se integra en un aspecto conativo y un aspecto intelectual. El aspecto conativo es la voluntad de realizar la conducta final, con los medios elegidos. El aspecto cognoscitivo o intelectual de la culpa es la posibilidad de conocer el peligro que de la conducta crea para los bienes jurídicos ajenos y de prever de la posibilidad del resultado. A este aspecto se le denomina previsibilidad. La previsibilidad debe establecerse conforme a la capacidad de previsión de cada individuo.

2.4.2.6 CLASES DE CULPA: a) Culpa con Representación; es aquella en la que el sujeto se ha representado la producción del resultado, aquí hay un conocimiento efectivo del peligro que corren los bienes jurídicos. En la culpa con representación lo único que se conoce efectivamente es el peligro. b) Culpa Inconsciente o sin Representación; aquí no hay un conocimiento efectivo del peligro que con la conducta se introduce para los bienes jurídicos, porque se trata del supuesto en que el sujeto ha podido y debido representarse la producción del resultado y, sin embargo no lo ha



hecho. En estos acontecimientos sólo hay un conocimiento " potencial " del peligro de los bienes jurídicos ajenos.²⁰

La tipicidad culposa se satisface con un conocimiento potencial del peligro de los bienes jurídicos, sin que requieran el conocimiento de dicho peligro, es decir, que la tipicidad culposa se contenta con la forma inconsciente, sin que sea menester la culpa consciente o con representación. La culpa con representación es el conocimiento efectivo del peligro que introduce la conducta; es una forma de culpa y de conocimiento eventual, pero en modo alguno necesario para la configuración de la tipicidad culposa.²¹

²⁰ Op. Cit. Pag. 437.

²¹ Idem.

CAPITULO III

3. LA OMISION COMO CONDUCTA HUMANA EN EL DERECHO PENAL:

3.1. ESTRUCTURA DEL TIPO OMISIVO:

El comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene un aspecto pasivo, constituido por la Omisión que puede ser penalmente relevante. La conducta que sirve de base a la norma, puede consistir tanto en un hacer como en un no hacer. Klaus Roxin nos dice "El punto de partida decisivo de estas teorías se denomina principio de evitabilidad", al autor se le imputa un resultado si no lo ha evitado pudiendo hacerlo y el derecho se lo exigía. El Derecho Penal no contiene sólo normas prohibitivas, sino que también contiene normas imperativas, que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. Lo que el legislador castiga es la no realización de una acción . La Omisión en sí misma no existe, es la omisión de una acción que se puede hacer y por eso siempre está referida a una acción determinada; por ello al igual que en la acción las condiciones de voluntariedad, finalidad y causalidad, deben estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión.

El tipo omisivo tiene un aspecto objetivo y uno subjetivo, puesto que es una estructura típica diferente al tipo activo doloso.



En el aspecto objetivo del tipo omisivo encontramos ante todo una situación típica en la que la afectación del bien jurídico equivaldría a la de una estructura típica activa. En este sentido, el tipo objetivo omisivo siempre es un tipo circunstanciado. En esta concreta situación típica debe darse la exteriorización de una voluntad distinta de la voluntad realizadora de la conducta debida. En el tipo objetivo omisivo requiere que la conducta debida sea físicamente posible lo que se funda en el principio del derecho que impide que éste ordene lo imposible; no se requiere un nexo de causación entre la conducta prohibida y el resultado, sino un nexo de evitación, es decir que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causal quienes invocan el resultado. El nexo de evitación se establece por una hipótesis mental similar a la que empleamos el nexo de causación en la estructura típica.

3.2. ACCION ESPERADA: La omisión penalmente relevante sólo puede ser la omisión de una acción. De todas las acciones que un sujeto puede realizar al ordenamiento jurídico penal sólo le interesa aquella que espera que el sujeto haga (auxiliar, socorrer, impedir que se cometa un delito), porque le impone el deber de realizarla.

El delito de omisión, es un delito que consiste en la infracción de un deber jurídico, de respetar el bien jurídico protegido en el tipo penal. Lo esencial en el delito de omisión es que ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y esperada en el ordenamiento jurídico.

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

3.3. NATURALEZA DE LA OMISION:

A) CONCEPTO NATURALISTICO: Para esta corriente doctrinaria la omisión es ante todo una realidad que preexiste en el mundo natural, a la valoración jurídica y, por consiguiente, es anterior y está fuera del mundo de los valores y de toda construcción normativa.

La omisión se concibe como un no hacer, una inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Para que la omisión tenga importancia jurídico penal, es necesario que posea eficacia causal, en relación con el resultado. Es decir que, como en la acción positiva, se requiere que exista una relación de causalidad entre la omisión y el evento producido. Naturalmente el no hacer nada no puede generar ni crear algo, ni modificar el mundo externo. Pero el problema se soluciona cuando se tiene en cuenta que en el mundo natural existe el estado, el proceso causal apto para producir el resultado, y la omisión se incrusta dentro de esa serie o proceso causal solamente en virtud de una norma que impone específicamente el deber de obrar, de activarse (mandato legal de acción).²²

²² Federico Estrada Veliz. Derecho Penal. Fundamentos y teorías del Delito. 2ª. Edil. Edita. Promociones universitarias Barcelona. 1985. Pag. 200

En consecuencia si hay una obligación de hacer, la acción que el sujeto no cumple (omite) era no solamente esperada sino también exigida.

Crítica al concepto naturalístico: Agrega que la omisión, no siempre en sentido jurídico, consiste en una inactividad, en un estado de inercia corporal. La omisión no puede tener ninguna eficacia causal fuera de la norma jurídica, porque, como se vió, en las omisiones la serie causal existe independientemente de la actividad humana y la actitud de la que adquiere el valor de factor causal sólo por virtud de la norma que expresa o tácitamente lo oblige, a interponerse en la serie causal, para impedir el resultado que se había producido independientemente de cualquier actividad humana.

B) CONCEPCION NORMATIVA: La esencia de la omisión, radica en el obrar diverso o en el acto diverso. O sea que el objeto de la valoración jurídica, sería la diversa actividad desarrollada por el sujeto, en el momento en que debió desplegar la acción esperada con base en la norma. Lo que tiene importancia para el derecho no es la conducta omisiva del sujeto, sino la diversa conducta ejecutada por éste.

La omisión consiste esencialmente en el no-cumplimiento, por parte de un sujeto de una determinada acción que era de esperarse con base en el mandato de una norma. ²³En tanto que en el tipo activo doloso la tipicidad de la conducta final realizada con la finalidad descrita, en el tipo omisivo surge de la diferencia entre la conducta final realizada y conducta final descrita. La

diferencia emerge de la norma que se halla antepuesta a un tipo activo es una norma con enunciado prohibitivo y la de un tipo omisivo con enunciado imperativo. La omisión presupone la existencia de una norma que imponga la acción omitida.

El tipo omisivo al igual que el comisivo presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo, ambos con características particulares; lo primero que el tipo omisivo capta es una situación objetiva, que Welzel llama situación típica, que es encontrarse frente a una persona amenazada de un peligro cualquiera. Lo nuclear del tipo objetivo es la exteriorización de una conducta distinta de la ordenada. En todos los casos de omisión hay una conducta ordenada, con un fin. En el aspecto objetivo lo que se requiere es la falta de exteriorización de una acción con un fin distinto.

Los tipos activos individualizan la conducta prohibida mediante descripciones que complementan con algunos elementos normativos; los tipos omisivos lo hacen describiendo la conducta debida y restando, por ende prohibir cualquier otra conducta que difiera la debida.

En los tipos omisivos se trata de una descripción de la conducta que el sujeto debe hacer en esa eventualidad, (ejemplo: prestar auxilio, o en caso de mediar riesgo personal dar inmediatamente aviso a la autoridad). Lo prohibido es realizar cualquier otra conducta distinta a esa. Esto es un tipo omisivo.²⁴

²³ Op. Cit. Pag. 89.

²⁴ P. Cit. Pag. 451.



Acción y omisión son dos técnicas, diferentes para prohibir conductas humanas, ambas surgen de dos formas de enunciar la norma que da origen al tipo; si bien todas las normas que dan origen al tipo son prohibidas, en el sentido en que prohíben ciertas conductas, algunas pueden anunciarse prohibitivamente (no matarás), en tanto que otras se enuncian preceptivamente (ayudarás).²⁵

En tanto que en el enunciado prohibitivo se prohíbe hacer la acción que se individualiza, en el enunciado preceptivo se prohíbe realizar cualquier acción que no sea la que se individualiza.

En el ámbito de la conducta no hay omisiones, sino que todas son acciones. Ello obedece a que "omitir" es un puro "no hacer". "Omitir" es solo "no hacer" lo que se debe hacer y esto último nunca puede saberse hasta que no se alcanza la norma, es decir hasta que no se llega a la tipicidad.

3.4. CLASIFICACION DE LOS TIPOS OMISIVOS:

El autor tiene gran importancia en los tipos omisivos dando lugar a una clasificación de los mismos en: a) Tipos de omisión propias y b) Tipos de omisión impropias. Omisiones propias o tipos de omisión propia en los que el autor puede ser cualquiera que se encuentra en la situación típica. Se caracteriza porque no tienen un tipo equivalente.

²⁵ Idem.

Omisiones Impropias o tipos de omisión impropia: En los que el autor sólo puede ser quién se encuentra dentro de un determinado círculo que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo.

Los tipos de omisión impropia son tipos que se generan a partir de una conversión del enunciado de una norma prohibitiva en una norma preceptiva. La conversión es algo que no puede hacerse libremente, porque la norma enunciada prohibítivamente tiene un alcance menor del enunciado preceptivo. La doctrina ha vacilado a este respecto, encontrando la limitación que debía provenir del círculo de autores; sólo pueden ser autores de conductas típicas de omisión impropia quienes se hallan en posición de garante, es decir, en una posición tal respecto al sujeto pasivo que les oblige a garantizar la conservación, o restauración del bien jurídico penalmente tutelado.²⁶

El problema más grave que plantea la omisión impropia es que conforme a la doctrina dominante, no todos los tipos de omisión impropia se hallan escritos. Es una cuestión sumamente seria la que se plantea, por un lado, es prácticamente imposible prever todos los supuestos en que el autor se encuentra en una posición jurídica tal que en la realización de una conducta distinta de la debida, equivalente a la realización a una conducta que cause el resultado típico, pero por otro lado la seguridad jurídica es un serio menos cabo con los tipos omisivos impropios que no están escritos.

Hemos visto que admitiendo la existencia de tipos omisivos no escritos, el único recurso que nos queda para limitar la amplitud que cobra la norma cuando se

enuncia en forma preceptiva (cuando el no matarás pasa a hacer respetarás la vida de tu prójimo y en el tipo omisivo no escrito).²⁷

Es delimitar el círculo de posibles autores mediante la posición de garante que están obligados a la conservación, restauración o reparación del bien jurídico penalmente tutelado.

3.5. EL TIPO OMISIVO SUBJETIVO:

a) Dolo de Omisión: el Dolo dentro de la estructura típica omisiva requiere el efectivo reconocimiento de la situación típica y la previsión de la causalidad. Requiere que el sujeto conozca la calidad o condición que le pone en posición de garante. Así quién viendo que se ahoga su enemigo, y teniendo el deber de salvarle por su condición de guardavidas contratado para atender esa playa y en ese horario, decide dejarle morir ahogado. Actuará con dolo de homicidio, si el aspecto cognoscitivo del mismo se integra con el conocimiento de que el sujeto pasivo se haya en peligro con la previsión de que el agua le causará la muerte; con el conocimiento de su condición, de guarda vidas, y con el conocimiento que tiene del poder de impedir que el agua le cause la muerte.²⁸

El dolo es la previsión de la causalidad, que en la omisión existe de la misma manera que en la tipicidad activa. En la estructura típica omisiva el dolo requiere ciertos

²⁶ Op. Cit. Pag. 455.

²⁷ Op. Cit. Pag. 457.

conocimientos que le son propios y que para hacer efectiva la finalidad requiere que ponga en funcionamiento otra causación que en sí es penalmente irrelevante, serán las particularidades que presenta el dolo en la tipicidad omisiva, que abarca una actividad final prohibida dirigida a la realización de un tipo objetivo.

3.6. OMISIONES CULPOSAS: El concepto general de culpa no sufre en la omisión alteración que sea fundamental para el mismo. Invariablemente debe estar precedido por el elemento de violación del deber de cuidado.

La violación del deber de cuidado puede surgir en los siguientes casos: a) En la apreciación de la situación típica; viola el deber de cuidado quien oye los gritos del que demanda ayuda y sin detenerse a averiguarlo, cree que se trata de una broma; b) en la ejecución de la conducta debida; ejemplo, el que por atolondramiento echa gasolina en lugar de agua a un incendio; c) en la apreciación de la posibilidad física de ejecución; ejemplo el que da por sentado que no podrá salvar al que se está ahogando porque el agua es profunda, sin detenerse a comprobarlo; d) en el conocimiento de su condición que el pone en posición garante ejemplo el que por error vencible ignora que es el médico que está de guardia esta noche.²⁹

La culpa, dentro de la estructura típica omisiva, puede tener la forma de culpa consciente e inconsciente. La culpa inconsciente en la omisión da lugar a los llamados delitos de olvido, tales como quién causa lesiones o muerte por que olvida cerrar la llave de gas.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Zaffaroni. 459.

3.7. DELITOS DE OMISION

La omisión ha tenido un tratamiento reciente en la dogmática penal: La estructura la omisión tiene como característica básica que no existe omisión en sí, sino con relación a una determinada acción. De la estructura típica de omisión hay siempre una norma de mandato, de una determinada acción, ejemplo impedir o denunciar determinados delitos. La omisión presupone la referencia a una determinada acción, de otro modo se vulneraría el principio de legalidad.

La omisión sólo surge en virtud de la vida social y en la medida en que ésta configura un sistema que exige una determinada situación de acción de un sujeto. De ahí que al especificarse este sistema de relaciones sociales, la omisión aparece como delito determinado desde un punto de vista normativo. La omisión es un concepto de referencia a una acción determinada y de carácter normativo, en cuanto que es lo exigido en una situación social determinada, tal referencia y exigencia han de presuponer la capacidad psicofísica del sujeto para esa acción, de otro modo el mandato no tendría sentido.

3.8. DELITOS DE COMISION POR OMISION: En ellos la conducta humana infringe una ley prohibitiva, mediante la infracción de una ley preceptiva, es decir son delitos de acción cometidos mediante una omisión.³⁰

³⁰ De Mata Vela y de Loen Velasco Curso de derecho Penal Guatemalteco. Parte General y Parte Especial segunda edición editorial ediar 1,989. Pag. 79.

Los delitos de comisión por omisión se acostumbra tratarlos como delitos de omisión impropia, como una especie de los delitos de omisión al lado de los delitos puros de omisión. Su puesto está, al lado de los delitos de resultado o delitos materiales, porque la problemática de esta forma de comportamiento humano, se reduce a determinar si la omisión puede equipararse a la acción cuando la causación de un resultado se trata.

En los delitos puros de omisión el círculo de posibles sujetos activos está restringido por el tipo legal a aquellos sujetos que tenían el deber de realizar la acción omitida, en la comisión por omisión el sujeto activo ha de ser aquella que tiene el deber de impedir el resultado. Tiene el deber de actuar, y por ello su omisión se equipara al hacer activo, aquel que con arreglo al ordenamiento jurídico esté constituido en garante de que el resultado no se producirá.³¹

La posición de garante puede provenir de la ley, los que en las relaciones familiares imponen obligaciones de asistencia y protección. No siempre es fácil clasificar un delito de acción o de comisión por omisión, porque en el acontecer ordinario se mezcla constantemente el causar y el no impedir. Ejemplo, el cirujano que practica la incisión en el vientre de su paciente para llevar a cabo una intervención quirúrgica y luego omite practicar las suturas precisas para llevar a buen término la operación, con la consecutiva hemorragia y muerte.³² La complicación en el enjuiciamiento de estos casos nace de que para que exista un delito deben

¹ Rodríguez de Devesa .Derecho Penal Parte General Buenos Aires, editorial ediar S.A. 1973. Pag. 71.

² Ob. Cit. Pag. 372.



concurrir todos los elementos en el momento de realizarse la acción.³³ La precisión necesaria se consigue teniendo en cuenta que el delito no es una suma de varios componentes sino un fenómeno global. Por ello, en estos casos hay que tener en cuenta, la fijación del momento en que comienza el actuar jurídico, la intención del sujeto en los delitos dolosos.³⁴ Si el médico al comenzar su intervención tenía intención de dejar desangrar al operado, está ante un hacer positivo; si la intención surge después de haber practicado la incisión hay una comisión por omisión.³⁵

En los delitos de omisión impropios o de comisión por omisión, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, sin embargo resulta imprescindible considerar equivalentes e incluir por lo tanto en la determinación del comportamiento prohibido determinadas omisiones, que contribuyen a la producción del resultado. Ejemplo, en la acción típica del del infanticidio, el comportamiento de la madre que deja morir de hambre o en el homicidio el de la enfermera que no conecta el oxígeno o el suero a un enfermo. En todos estos casos se puede decir que la omisión corresponde a la acción y que en consecuencia constituye también una acción de matar, dejar morir a una persona en esas circunstancias. Esta equiparación valorativa entre acción y omisión es el punto de partida para imputar un determinado resultado a un simple no hacer.

Para poder afirmar esa imputación de un resultado a una omisión hay dos cuestiones:

³³ Ob. Cit. Pag. 373.

³⁴ Ob cit. Pag. 373.

- a) La relación causal entre la omisión y el resultado producido.
- b) El deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión (posición de garante).

3.9. OMISION Y RESULTADO EN LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION:

El delito de comisión por omisión es un delito de resultado, en el que lo producido debe ser imputado al sujeto de la omisión.

La constatación de una causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Si la realización de la acción esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado, su omisión suponía una falta de diligencia.

La evitabilidad del resultado es, completado con las teorías de la causalidad y de la imputación objetiva.

3.10. DELITOS DE OMISION SIMPLE O PURA:

La conducta humana consiste en un no hacer, infringiendo una ley preceptiva, que ordena 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 en el momento en que debería haberse realizado la acción que el ordenamiento jurídico espera que realice el sujeto. Este coeficiente psíquico puede darse, y de hecho se da en muchas ocasiones, pero también hay delitos de omisión por olvido en los que la

⁵ Ob Cit. Pag. 373.

ley penal mantiene sus exigencias, pues estaba en la voluntad del sujeto el haber realizado la acción que de él se esperaba.

La semejanza en la estructura de los delitos de acción y omisión obliga a prestar particular atención a la voluntad de la ley para decidir si estamos ante un delito de acción o de omisión pura. En los delitos de omisión, ésta se halla siempre tipificada, prevista en la ley. En ellos la ley no exige la producción de un resultado, en el sentido de una modificación del mundo exterior.

3.11. EL DEBER DE EVITAR EL RESULTADO (POSICION DE GARANTE)

En el delito de comisión por omisión no basta con la simple causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido y de la evitabilidad del mismo, es necesario 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 (especial deber jurídico del autor), lo que lo coloca en una posición de garante.

El problema de la posición garante, es la no mención expresa en los tipos delictivos de deberes que la fundamenta, por lo que nos encontramos con tipos abiertos en los que sólo una parte del tipo viene descrita expresamente en el supuesto de hecho de la norma, teniendo el juez que buscar los otros elementos que fundamentan la posición de garante.

Sólo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido pueden ser consideradas garantes de la integridad del mismo, aunque no exista un precepto legal, contrato o actuar precedente concreto que fundamente

expresamente ese deber. Ejemplo, la madre tiene especial obligación de alimentar al recién nacido para que no muera; el médico atender al accidentado y procurar salvarle.

Para considerar la posición de garante deben tomarse en consideración las siguientes ideas:

- a) Función protectora de un bien jurídico, debido a una vinculación natural que se da sobre todo en el ámbito familiar entre los cónyuges, entre padres e hijos, y impone la obligación de alimentos, y cuidados.
- b) Desempeño voluntariamente aceptado de determinadas funciones en una comunidad de peligro. Deportes colectivos como alpinismo que impone realizar determinadas acciones para ayudar a los demás participantes.
- c) Aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras que se da sobre todo en el ámbito de la medicina. Salvavidas, custodia de niños pequeños, asumen la obligación de impedir determinados resultados.
- d) Deber de vigilancia de una fuente de peligros: posesión de animales, sustancias explosivas e inflamables. Quien con su hacer activo, aunque sea sin culpa, ha dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene obligación de impedir la producción de un resultado.

3.11. LA OMISION COMO CONDUCTA HUMANA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO: El Código Penal guatemalteco en su artículo 10, hace referencia a la Omisión como forma del comportamiento humano, que al ser idónea



produce el resultado previsto en las figuras delictivas y de esta manera se le debe atribuir al sujeto activo la responsabilidad penal respectiva.

Dicho artículo recoge la teoría causal de la acción. Habla de la "Causalidad de la Omisión," aunque la Omisión no puede verse como factor causal de ningún resultado, ya que la causalidad consiste en la puesta en marcha de una desencadenante que por definición falta en la omisión. Lo que importa en la comisión por omisión, es la constatación de una causalidad hipotética, es decir la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado.

El delito de comisión por omisión esta regulado en el artículo 18 del Código Penal y como ya mencionara anteriormente, es un delito de resultado.

CONCLUSIONES:

1. La omisión en derecho penal, se da en virtud del poco conocimiento que la población tiene de sus deberes y de su actuar como colectividad, los cuales son la obligación de actuar en determinadas circunstancias.
2. La omisión radica en el obrar o en el acto que se realiza de manera diferente a lo que la norma jurídica ha estipulado; siendo ésta la valoración jurídica en las diversas actividades desarrolladas por el sujeto, en el momento que realiza la acción esperada en la norma jurídica.
3. En Derecho Penal lo importante no es la conducta omisiva, sino la diversa conducta ejecutada por éste, ya que esta conducta ha sido regulada con anterioridad en el ordenamiento penal sustantivo.
4. La omisión consiste esencialmente en el no-cumplimiento, por parte del sujeto de una determinada acción que era de esperarse con base en el mandato de una norma jurídica.
5. Para determinar la Omisión, como comportamiento o conducta humana en el delito, es necesario tener muy claro el concepto de posición garante, pues no todas las personas tienen la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinado deber.



RECOMENDACIONES:

1. Que las diversas instituciones nacionales e internacionales que tienen ingerencia en la aplicación de las normas jurídicas estructuren programas que tiendan a divulgar las normas jurídicas que regulan la omisión como conducta humana y de esta manera exista el conocimiento de los deberes de actuar en la sociedad guatemalteca.
2. Que los establecimientos educativos implementen dentro del curso de fundamentos de derecho lo referente a la normativa penal específicamente los deberes de actuar en la colectividad.
3. Que los Organos Jurisdiccionales a través del juzgador, al valorar la conducta omisiva, la misma se realice de acuerdo al caso concreto y utilizando todos los medios disponibles, a efecto de que las personas que se vean involucrada en las mismas estén de acuerdo en colaborar.
4. Que las diversas organizaciones mencionadas al realizar sus programas tengan en cuenta que en Derecho Penal lo importante no es la conducta omisiva sino la conducta contraria a la norma jurídica que ha sido ejecutada por el sujeto.
5. Es de fundamental importancia que en la legislación penal guatemalteca, se regule el error de prohibición, ya que realizar una acción u omisión por desconocimiento de que la conducta es antijurídica, constituye una injusticia y crea inseguridad, sobre todo en un país con un alto grado de analfabetismo, como Guatemala.



BIBLIOGRAFIA

1. BACIGALUPO ENRIQUE. Manual de Derecho Penal, Editorial Ariel. S.A Barcelona 1,989.
2. CARNELUTTI, FRANCESCO. Teoría General del Delito. Editorial Revista de Derecho Privado, volumen XX, Madrid, 1941.
3. CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal Parte General. Volumen I, Décima octava edición, Editorial Bosch S.A. Barcelona.
4. CLAUS ROXI. Derecho Penal Parte General. Tomo I, Fundamentos de la Estructura del Delito. Editorial Civitas. 1997.
6. DE LEON VELASCO, HECTOR ANIBAL Y DE MATA VELA, JOSE FRANCISCO. Curso de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General y Especial, Segunda Edición, Editorial Art. 1989.
7. ESTRADA VELEZ, FEDERICO. Derecho Penal. Segunda Edición Editorial Temis, S.A. Bogotá. 1,986.
8. FOLTAN BALESTRA, CARLOS. Manual de Derecho Penal. Editorial De Palma, Buenos Aires Argentina. 1951.
9. MAGGIORE, GIUSEPPE, Derecho Penal Parte General, segunda edición, editorial Temis, Bogota 1,985.
10. MAURACH, GOSSEL ZIPZ. "Derecho Penal" Parte General Tomo I, séptima edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina. 1,985.

11. MIR PUIG, SANTIAGO, "Derecho Penal" Fundamentos y Teoría del Delito Segunda edición editorial Promociones Publicaciones Universitarias, S.A Barcelona, 1,985.
12. PORTE PETIT CANDAUDADP, CELESTINO Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Volumen I Editorial Porrúa S.A. Mexico 1,985
13. RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA. Derecho Penal parte General. 7ª. Edición 1979.
14. RAMIREZ BUSTOS, JUAN. Manual de Derecho Penal. Parte General 3ª. Edición. Editorial Ariel S.A. 1989.
15. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Teoría del Delito, Buenos Aires Argentina, 1973. Edita. Ediar. S.A.
16. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Derecho Penal parte general Buenos Aires, 1973. Edita. Ediar. S.A.
17. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Manual de Derecho Penal. Parte general. 4ª. Edic. Buenos Aires Argentina 1985.

DICCIONARIOS

18. Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho usual. Heliasta. S. R. L. Buenos Aires Argentina 1974.
19. Ossorio y Florit, Manuel. Diccionario de ciencias Jurídicas y Políticas y Sociales. Edita. Heliasta. S. R. L. Buenos Aires. República de Argentina.
20. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. XXI. Edic. Madrid 1992.

21. Capitant, Henry. Vocabulario Jurídico, traducido al Castellano por Aquiles, Horacio g. Ediciones De Palma, Buenos Aires Argentina 1986.
22. Enciclopedia Jurídica Omeba. Eidt. La Valle, Buenos Aires 1978.



