



**Universidad
Rafael Landívar**
Tradición Jesuita en Guatemala

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco Euskal Herriko
Unibertsitatea

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA

-UPV/EHU-

**“OMISIÓN IMPROPIA. RESPONSABILIDAD PENAL DEL
ESTADO”**

(PANEL DE DERECHO PENAL)

**IV CONGRESO INTERNACIONAL EN DERECHO, FILOSOFÍA, ECONOMÍA,
SOCIOLOGÍA, PSICOLOGÍA, EDUCACIÓN E INFORMÁTICA EN EL MUNDO
GLOBAL**

M.A. Herbert Estuardo Oliva Rosales

Guatemala de la Asunción, Octubre 2013.

RUDOLF VAN IHCRING (1818-1892)

- Jurista Alemán -

“Cuando la impunidad y la injusticia levantan la cabeza con tal insolencia e impudicia insoportable, es un – signo – de que los llamados a defender la ley, no han cumplido con su deber”.

-I -

OMISIÓN IMPROPIA. RESPONSABILIDAD PENAL DEL ESTADO.

A) DEBILITAMIENTO DEL ESTADO EN LA POSMODERNIDAD ANTE EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN. Es indiscutible que al hablar de globalización sea necesario hablar de modernidad e incluso de post-modernidad, impregnado de fenómenos sociales, jurídicos, económicos, políticos, etc. En otras palabras, aquellos que transforman y revolucionan diferentes aspectos de nuestra vida en lo individual así como miembros del orden social al que se pertenece. Pero así también, es innegable se vislumbra la pérdida del poder institucional de los Estados frente al robustecimiento de órganos supralegales, entidades transnacionales omnímodamente económicas asentadas transitoriamente en cada lugar y sin arraigo alguno, todo lo cual viene erosiona las instituciones propias de cada Estado, la familia, la sociedad, las instituciones educativas, inclusive la propia soberanía de cada Estado, con la consecuente infestación y pérdida de las culturas, que producen desmoronamiento de valores y inversamente gran carga de discursos de exclusión y de etiquetamiento, inflación legislativa emana normativas de corte simbólico, legislaciones penales de corte duro, propias de un derecho penal en crisis y en expansión, un claro deterioro en lo que a garantías y derechos fundamentales se refiere. Políticas criminales autoritarias que van en aumento, derecho penal subterráneo, incrementándose leyes penales draconianas con mayores ámbitos de arbitrio y poder selectivo, uso irracional del poder punitivo, que habilita mayores ámbitos de discreción policial y violencia, escuadrones de la muerte con políticas de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, inseguridad ciudadana con menores garantías

como es de esperar, con efectos paradójales ya que en ningún caso se logra eficacia preventiva alguna, reduciendo al Estado en un Estado Mínimo.

B) EL ESTADO EN LA POSICIÓN DE GARANTE FRENTE A SUS GOBERNADOS. Con dicho debilitamiento de los Estados, éstos se olvidan y omiten cumplir con garantizar a cada habitante sus derechos fundamentales, en el caso de Guatemala, el artículo 1 de la Constitución Política de la República, dispone: *“El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”*.

Ante tal omisión de los Estados, se desencadena una crisis también en cuanto a los valores de vida, seguridad, libertad, justicia, paz y bien común, al punto que se puede sostener que el Estado se convierte en un omitente, lo que hace derivar en responsabilidad inclusive penal, que permitiría a los administrados de justicia fortalecerse para reclamar frente a los Estados mayores cuotas de atención a sus principales necesidades y reclamaciones; debe tenerse presente que dentro del derecho penal, no sólo la acción sino también la omisión originará la presencia de delitos y faltas, siempre y cuando se hallen penadas por ley anterior atendiendo al principio de legalidad y la proclamación de la máxima *“Nullum Crimen Poena Sine Lege”*; por lo que siendo dos las modalidades de que pueda presentar el tipo legal, como tipo de acción y como tipo de omisión, puede situarse la falta de interés y de atención de los Estados frente a sus administrados como un Garante que estaría obligado a responder legalmente por su poca o falta de atención para cumplir sus fines supremos, como lo es la búsqueda de los valores vida, libertad, justicia, seguridad, paz y el desarrollo integral de cada uno de sus habitantes, dentro de la figura del tipo de omisión. Es importante mencionar que la distinción entre tipo de acción y de omisión se basa no tanto en su carácter activo o pasivo de conducta, sino la diferencia en su estructura del tipo y su diverso significado normativo como base positiva del injusto.

A partir de aquí partiría la construcción para la teorización de poder hacer responsable al Estado inclusive penal por su falta de atención y desinterés que en las últimas décadas ha demostrado (a partir del deterioro del modelo Estado Social-Democrático de Derecho) sobre estos valores, con lo cual omite impedir resultados disvaliosos que está obligado a impedir inclusive por virtud de un deber jurídico que le es impuesto por la norma, por lo que tal como se verá más adelante, el Estado debe responder como si lo hubiere cometido.

En cuanto a la estructura del delito de Omisión, tenemos que en los delitos de acción se realizan si se efectúa la conducta que describen en la norma prohibitiva, en los de omisión se realizan si tiene lugar una conducta distinta la prevista independientemente de su pasividad o no, ya que este no requiere la pasividad del autor, sino precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta activa distinta de la ordenada.

Por lo que si se afecta el significado normativo, los delitos de acción, consiste en una intervención activa nociva que en principio una norma prohíbe, y el de omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada en principio por una norma preceptiva; ya que en los delitos de acción que quebranta una norma prohibitiva en los delitos de omisión se infringe una norma preceptiva, que obliga una determinada cooperación deseable con una conducta esperada, y sucede que se realiza otra distinta a ésta.

Si bien es cierto, dentro de la ubicación sistemática, el tipo penal de Omisión por su estructura que presenta y de su significado como base de la infracción de una norma preceptiva, provoca que no pueda decidirse la existencia de ésta antes de contemplar el tipo legal, razón por la cual en Derecho Penal se afirma que no hay una omisión que deba precederle **–una omisión pre jurídica –**, de ahí que no pueda tratarse como realidad que la ley presupone, sino sólo en el seno de la teoría del tipo injusto, también lo es que existen omisiones fuera del ámbito del derecho penal, basta la infracción de cualquier norma preceptiva, de carácter moral, social o jurídica no penal e inclusive constitucional, para que concurra una omisión. **“El derecho Penal, no crea el concepto de omisión”, por lo que no es necesario una omisión precedente para la concurrencia de una omisión jurídico penal.** Por el contrario en el tipo penal de acción positiva, la presencia de un comportamiento previo al derecho penal si es requisito de todo tipo penal. Aunque en los tipos de omisión, si existe una realización de acción o conducta, es decir, voluntariedad, lo que ocurre es que se realiza una conducta distinta a la ordenada, por lo que sí es posible de hablar en estos tipos de omisión de causas que excluyen la acción en los tipos de acción.

Por lo que la decisión de si concurre una acción u omisión posee importancia práctica por la razón de que son menos los requisitos necesarios para los delitos de acción que para los delitos de comisión por omisión, y como se verá éstos últimos presuponen el elemento adicional representado por la **“posición de garante del autor”**. “El artículo 2 de la Constitución Política de la República: *Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de*

la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona". Es decir, conforme la Ley Constitucional, al Estado se le asigna una posición de garante incluso por virtud de normativa constitucional, esto para garantizar esos derechos fundamentales y valores, por lo que queda obligado adicionalmente a asegurarlos también a protegerlos en procura del bien común, y en caso de no cumplirlo, los llamados a poder obligarlo por medio de acciones legales, son los propios administrados, dado que el poder proviene del pueblo y éste lo ha delegado en aquél, sujeto al escrutinio colectivo. El artículo 45 de la Constitución, dispone en su último párrafo, que es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de sus derechos y garantías consignados en la Constitución.

C) DELITOS DE OMISIÓN. OMISIÓN SIMPLE Y COMISIÓN POR OMISIÓN (EL ESTADO INCURRE EN RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN IMPROPIA). De la misma manera que los tipos de acción se derivan en tipos de mera actividad y de resultado; los de omisión se dividen en los de omisión simple, que se realizan con el solo "NO HACER ALGO DETERMINADO" y los de omisión impropia, o comisión por omisión, que requieren adicionalmente "LA EVITACIÓN DE UN RESULTADO DETERMINADO POR AQUEL LLAMADO (GARANTE) POR VIRTUD DE IMPERATIVO LEGAL Y EL DEBER JURÍDICO EN IMPEDIRLO ". En Guatemala, el artículo 18 del Código Penal, establece: "*Quien omite impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar, responderá como si lo hubiere producido*".

Para algunos tratadistas de derecho penal, la comisión por omisión u omisión impropia, equivale a la infracción de la norma preceptiva pero también una infracción a una norma prohibitiva, aquella que prohíbe causar el resultado. Por lo que la omisión se calificaba de impropia precisamente porque constituía una forma de causación del resultado prohibido. (Luden, Abhandlungen). En la doctrina actual se rechaza tal construcción, por el argumento de que no puede infringirse por un no hacer una norma que prohíbe actuar. Por lo que la norma preceptiva obliga a evitar el resultado y las normas prohibitivas son las que prohíben el resultado. De ahí la distinción entre omisión pura y comisión por omisión, ésta última puede estar prevista como tal por la ley y puede estar no descrita expresamente por la redacción legal, tal es el caso de Guatemala, como se ha visto, al expresar en su único

apartado normativo, artículo 18: ***“Quien omite impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar, responderá como si lo hubiere producido”***.

En el caso del bien jurídico EXISTENCIA o VIDA, el Estado está obligado a garantizarla a sus habitantes, por lo que al infringirse el artículo 123 del Código Penal, dispone que comete delito de HOMICIDIO, es decir, quien diere muerte a alguna persona será penado por este delito, tendría que responsabilizarse al Estado quien en su condición de Garante, teniendo el deber jurídico de evitarlo al no hacerlo debe responder como si lo hubiere cometido. Lo mismo ocurriría con los demás valores supremos, libertad, justicia, seguridad, paz y desarrollo integral de la persona, es decir, si el Código Penal pena al infractor de los delitos de secuestro que atenta contra la libertad, denegación de justicia en los delitos contra la administración de justicia, puede entenderse que éstos si se realizan por conductas positivas (tipo de acción) también puede responsabilizarse al Estado por la no evitación ni haber impedido tales resultados en ciertas condiciones (tipo de comisión por omisión).

Por lo que en el caso del primer bien jurídico mencionado, si se castiga a quien da muerte a alguien en el tipo penal (tipo de acción) de homicidio, no existe imposibilidad alguna de negar que pueda ser responsabilizado aquel que deja morir a otro si se encontraba respecto del mismo en posición de garante, por lo que si existe fundamento dogmático, jurídico y normativo para poder considerársele como responsable por omisión impropia de esa muerte también, por no haber evitado (pudiéndolo hacer) la producción de esa muerte, o bien de resultados lesivos contra dichos bienes jurídicos; sería equiparable como si lo hubiere causado por vía positiva, por su especial posición en que se encuentra el Estado con respecto a un Garante Constitucional como se ha venido sosteniendo.

De esa cuenta la no evitación del resultado puede equivaler a su causación por vía positiva, al concurrir un requisito no previsto en los tipos legales pero si en alguna norma preceptiva, como lo es la posición de garante, que convierte en autor respecto del bien jurídico a aquél que está obligado y tiene el deber jurídico de protegerlo y garantizar su preservación y no perturbación. Por otra parte la doctrina ha tenido que discutir con profusión acerca de la posibilidad de causalidad en la omisión, al final se ha obtenido una construcción dogmática de la comisión por omisión supra legal, que intenta llenar el vacío de expresa regulación legal. Y si no se tuviera dicha posición especial de Garante, tampoco se podrá dejar impune

tal conducta, pudiendo ser atribuido responsabilidad por omisión pura o simple, es decir, en favor de la víctima.

En Alemania, sobre este punto de licitud del planteamiento doctrinal se regula el tipo de comisión por omisión: *“El que omita evitar un resultado previsto en el tipo de una ley penal, sólo será castigado por la ley si le corresponde jurídicamente garantizar la no producción del resultado y la omisión equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer”*. Por lo que le corresponderá concretar a la doctrina, los supuestos en que el específico deber jurídico de evitar el resultado (posición de garante) y la equivalencia entre la acción y omisión, los casos que tienen lugar. Pero como puede verse en el artículo 18 del Código Penal Guatemalteco, ya está la posibilidad de que un tipo formulado positivamente se realice por omisión, equiparando de ese modo, la acción con la omisión, siempre y cuando exista deber jurídico de evitarlo. La situación no es igual en los códigos que no contienen una disposición general que admita la comisión por omisión de los tipos formulados positivamente, como ocurre en Alemania y en el caso de Guatemala.

En la actualidad la jurisprudencia tienen a reconocer la posibilidad general de comisión por omisión en los delitos dolosos, aunque de hecho la aprecia con mayor facilidad en supuestos de complicidad o cooperación necesaria. (STS 13/12/1988). NO sucede lo mismo en los delitos imprudentes, donde existe cierta resistencia en admitir la comisión por omisión en el tipo imprudente, con cierta amplitud como lo sucede en los delitos dolosos, donde no hay límites definidos. Conforme el Código Penal Español, se dispone al referirse a la comisión por omisión así: *“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga según el sentido del texto de la ley a su causación”*. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción cuando: a) Exista una específica obligación legal o contractual de actuar, el deber jurídico de evitar el resultado disvalioso; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión”.

D) LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL DE OMISIÓN, PERMITE LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ESTADO EN SU POSICIÓN DE GARANTE POR OMISIÓN IMPROPIA FRENTE A SUS HABITANTES.

Como se ha visto, al igual que todo tipo penal de acción cuenta con elementos tanto objetivos como subjetivos, así también sucede en el tipo de omisión, dentro de las peculiaridades específicas del delito de omisión se pueden citar entonces: **a) TIPO OBJETIVO.** Una situación típica, en la que se omite una determinada acción, pese a que el sujeto podía haberla realizado; la ausencia de una acción determinada; capacidad de realizar esa acción y en los delitos de comisión por omisión, se añade la posición de garante. En este caso, la conducta típica sería omitir evitar un resultado previsto en el tipo de una ley penal al que debe entenderse se exige el deber jurídico correspondiente de evitarlo, de ese modo asegurar la no producción del resultado, sin embargo no se cumple dicha obligación de ahí la ausencia de acción determinada o la exigida por la ley, ya que a pesar de estar en poder de realizarla no se realiza, por consecuencia esto equivaldrá a la realización del tipo legal mediante “un hacer” que pudo muy bien haberlo realizado por quien se encontraba obligado a llevarlo a cabo. El no hacer o la capacidad de evitación del resultado, tiene que ser medido a partir del baremo de un hombre mentalmente normal pero situado en la posición del autor, con sus conocimientos anteriores y de la situación como base de la posibilidad de advertir la presencia de la situación típica y del poder actuar externo, con las fuerzas físicas y mentales mayores o menores que pueden concurrir en una persona normal; por lo que en el análisis se debe tener en cuenta las facultades superiores de las que el sujeto pueda disponer voluntariamente respecto a sus facultades inferiores, tomando en cuenta las que son imaginables en un persona mentalmente normal, el hombre promedio.

b) EL TIPO SUBJETIVO. El dolo en el actuar omisivo, para adoptar una resolución o voluntariedad en no sólo no hacer algo, sino no hacer la conducta esperada en un hombre promedio con capacidad para poderlo realizar, con toda la intención de no cambiar dicha actitud. Para algunos tratadistas de derecho penal, en cuanto al tipo subjetivo, han asumido diferentes posturas, así tenemos: Aquellos que niegan la presencia de dolo en estos casos (Lampe); aquellos que operan una adaptación de dolo a la estructura de la pasividad, prescindiendo en él del requisito del “querer” contentándose con el requisito de “conocer” (Jescheck); aquellos que sustituyen la necesidad de verdadero dolo en la omisión por el hecho de que el autor “no haya querido esto”, por lo que dejó de hacer la conducta debida y la esperada, requerida. (Armin Kaufmann y Hans Welzel).

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que en único dolo que requiere una decisión o resolución activa dirigida a realizar el tipo, es el DOLO DIRECTO, ya que en el DOLO INDIRECTO o DE SEGUNDO GRADO, y en el EVENTUAL, sólo se requiere la ACEPTACIÓN de la realización del tipo. Y este se cumple en los delitos de comisión por omisión es decir, la ACEPTACIÓN DEL GARANTE, al momento de CONSENTIR realizar la conducta pero aquella distinta a la esperada y la requerida a realizar, por lo que si es posible sostener la existencia de un DOLO en el comportamiento del tipo de comisión por omisión con el actuar no activo. Bastándole al autor del tipo omisivo en decidir no llevar a cabo la conducta esperada y de realizar otra de la que era la requerida, esto sería suficiente para acarrearle la realización del tipo omisivo con la consecuencia que esto conlleva en los delitos de omisión con dolo indirecto o de segundo grado.

E) COMISIÓN POR OMISIÓN DEL ESTADO EN UNA SOCIEDAD POSMODERNA Y GLOBALIZADA.

Como se ha visto, es posible teorizar la responsabilidad penal del Estado por parte de los administrados de justicia, situando su actuar omisivo frente a la protección eficaz de valores tan elementales como la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de cada habitante, dentro del tipo penal de comisión por omisión, que muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura, una situación típica, ausencia de la acción determinada, capacidad de realizarla, pero completada con la presencia de tres elementos necesarios para la imputación objetiva del hecho, siendo éstos: a) La posición de Garante del Estado; b) La producción de un resultado, o mejor dicho, de cientos de resultados disvaliosos; y la c) Posibilidad incontrovertible de poderlo evitar, si se diera a la tarea de desarrollar políticas públicas acordes en materia de seguridad, educación, salud, entre otras. La posición de garante integra necesariamente la situación típica de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados; la ausencia de acción determinada debe seguir en ellos la producción de un resultado; la capacidad de acción debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado.

La primera concurre cuando el Estado en posición de garante le corresponde una función de “Protección del bien jurídico” afectado o puesto en peligro de afectación, es decir, que resulta ser perturbado; por lo que la posición de garante le es asignado una función personal de control de una fuente de peligro, la “Inseguridad Social”; ambas situaciones, convierten

al Estado en autor en su posición de GARANTE de la indemnidad de los bienes jurídicos correspondientes. Sobre la posición de Garante, la teoría Alemana a través de Kaufmann sostiene la teoría de las funciones, es decir, se fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico, lo que viene a superar la anterior doctrina predominante de la Teoría Formal del Deber Jurídico, que corresponde a la teoría que predomina en nuestra legislación penal guatemalteca, artículo 18 del Código Penal, tal como se ha visto, atendiendo sus fuentes formales, es decir, impuesto por la propia ley, en otros países por el contrato o bien por el actuar precedente.

Según la clásica fundamentación (teoría formal del deber jurídico), se podrá equiparar la omisión a la acción cuando se dé cualquier de los siguientes supuestos: **a)** cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; **b)** cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. La cuestión decisiva seguirá siendo entonces ¿Cuándo se podrá equiparar la omisión con la acción?, es decir, equivalencia material entre ambas acciones, pasiva y activa, es decir, que para poder decidir en estos casos, se habrá que continuar acudiendo a la teoría formal del deber jurídico o bien a la teoría de las funciones. La solución podrá ser quizá, según la forma en que esté regulado en cada legislación penal de cada lugar lo relativo al tipo de omisión impropia. En nuestro país seguirá predominando la teoría formal del deber jurídico que deberá ser interpretado en forma literal, como lo señala el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, que señala que *“Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales”*. Por lo que quien omita impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar, deberá responder como si lo hubiere producido”; se equiparará la omisión con la acción, como un mandato de automática equiparación cuando concurren las fuentes formales a que se alude: omitir impedir un resultado, el deber jurídico de evitarlo, dándose así la equivalencia material.

A mi juicio debiera tomarse en cuenta para complementar la teoría formal del deber jurídico la teoría de las funciones, cuando menos en lo que respecta a la necesidad de deber legal de protección de un bien jurídico y de control de una fuente de peligro, para poder configurar una verdadera posición de garante y no un simple deber genérico de actuar más o menos cualificadamente. Así tendríamos que para decidir acerca de la posición de

garante, dos ideas podrían ser el fundamento resumidamente, siendo éstas: **a)** Creación o aumento en un momento anterior sobre una fuente de peligro atribuible a su autor; y **b)** Que tal peligro determine en el momento del hecho una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante. Lo primero permite afirmar que el omitente no es ajeno al peligro del bien jurídico, sino que es responsable de dicho peligro y está obligado personalmente a evitar que se convierta en lesión. El Estado está asignado por imperativo legal, garantizar a los gobernados la vida, la libertad, justicia, salud, la seguridad, paz, entre otros valores, como determinadas funciones que permiten atribuírselo en caso de que esto no se cumpla y se genere peligro de ser quebrantados tales derechos y valores, por lo que existe indiscutiblemente dependencia de estos derechos y valores (bienes jurídicos) con el Estado, indemnidad con éstos, cuyo peligro de ser dañados o perturbados se ha creado por el propio Estado al no desarrollar y mantener las condiciones necesarias a través de políticas públicas acordes para desarrollarlos, por lo que están bajo su control, para asegurar que éstos se hagan verdaderamente efectivos para sus habitantes.

En ese sentido la creación o aumento de una fuente de peligro en los delitos de omisión, tendrá lugar tanto por originar la fuente del peligro (supuestos de deber de control de una fuente de peligro) así como por crear en los demás expectativas de confianza que les llevan a correr riesgos que de otro modo no se asumiría (supuestos de comunidad de peligro o de ciertas relaciones entre el Estado con sus administrados). De ahí la concurrencia de los requisitos de atribuibilidad del riesgo (por la asunción o previsibilidad) y la concreta dependencia personal entre el autor y la indemnidad del bien jurídico puesto en peligro.

En tal virtud, la posición de garante es precisa para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su propia causación positiva y castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción. Ya se comprende entonces que si de la presencia o no de la posición de garante depende la equiparación de la omisión a la propia causación positiva del resultado, importa mucho precisar en lo posible los casos en que dicha posición específica concurre. Para ello el actual estado de la ciencia jurídico penal, permite distinguir supuestos de posición de garante así:

a) Función de protección de un bien Jurídico; el bien jurídico está sometido por la relación existente a la dependencia del sujeto que lo hace responsable de éste; **b)** La existencia de una estrecha relación próxima que comportan una absoluta dependencia existencial, entre el

sujeto y la indemnidad del bien jurídico del cual se trate; **c)** Que la relación estrecha deberá existir con absoluta dependencia en el caso concreto y darse en la realidad efectivamente; **d)** Asunción o aceptación del riesgo, o la llamada comunidad de peligro, confiere la posición de garante o de protección en aquel que asume el peligro que representa la actividad de la que se trate, siempre y cuando el sujeto lleve un objeto protegido a una situación decisiva de dependencia respecto de él, produciendo la confianza en los deberes de protección, ayuda, custodia y vigilancia por parte del sujeto obligado a hacerlo. “Asunción voluntaria”; **e)** Deber de control de una fuente de peligro: la indemnidad del bien jurídico o bienes jurídicos, pueden depender personalmente también del control de determinadas fuentes de peligro por parte de quien las ha creado o de aquél que se le han atribuido su vigilancia. “El sujeto responsable del control se halla entonces, en posición de garante y su conducta constituirá comisión por omisión”. Así tenemos el actuar precedente, el deber de control de peligro situado en el propio ámbito de dominio y la responsabilidad por conducta de otras personas.

La opinión tradicional es que quien ha provocado por una conducta precedente una situación de peligro para un bien jurídico, está obligado a evitar que el peligro se convierta en lesión, so pena de considerar que la producción de ésta sería tan achacable como su causación positiva. Enrique Bacigalupo, señala: “*Que una cosa es que exista el deber y otra muy distinta que su infracción omisiva realice un tipo de comisión*”. Pero parece razonable que quien ha creado un peligro posea un deber especial de evitar su conversión en lesión. En cuanto al deber de control de la fuente de peligro que operan en el propio ámbito de dominio, consiste en que aquel que posee en su esfera de dominio una fuente de peligro, para bienes jurídicos protegidos, responderá de que tal peligro no se realice, situándose en posición de garante, pues le corresponde el control de que depende la indemnidad de tales bienes jurídicos.

Sobre la responsabilidad por la conducta de otras personas, suele entenderse que en determinadas condiciones, quienes tienen el deber de vigilar a otras personas se hallan en posición de garante respecto de los males que éstas puedan causar; tal sería el caso de la delincuencia organizada desde las cárceles públicas “delincuencia intra-muros” por un sistema penitenciario decadente y en crisis. ¿Pero convierte la posición de garante al encargado de la vigilancia en autor real del delito cometido por otro que está siendo

vigilado? O ¿Sólo en partícipe o cooperador necesario por omisión? Esto requiere adicionalmente al riesgo creado o no disminuido en que se realice efectivamente un examen ex post, para comprobar que el resultado se habría evitado mediante la intervención de la conducta omitida.

Por último, el tipo subjetivo de la comisión por omisión, será el dolo que abarcará no sólo la ausencia de la acción debida, sino también sobre la posibilidad y necesidad de evitar el resultado mediante la acción; adicionado a ello, extenderse el dolo a la posición de garante, en tanto que la consciencia de que la misma da lugar a dicha posición de garante integra únicamente el conocimiento del significado antijurídico del hecho y su ausencia no constituiría error de tipo sino de prohibición. Al tenor de lo antes indicado, puede sustentarse que el Estado sí puede ser responsabilizado penalmente por un caso de “comisión por omisión”, al no cumplir con los fines antes mencionados, considerando que todo aquel que se halle en posición de garante y omite evitar la producción de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiere causado por vía positiva.

EN CONCLUSIÓN

En esta sociedad de riesgo global, donde predomina el presupuesto que a mayor peligro menor protección, donde la tendencia securista tanto interna como externa son atendidas por legislaciones de emergencia que invocan la excepción pero que finalmente resultan ser doctrinas de adorno, el Estado en posición de garante se convierte en autor de una comisión por omisión, ya que no obstante a dicha posición de garante frente a bienes jurídicos como la vida, libertad, justicia, seguridad, paz y desarrollo integral de la persona, no cumple con sus fines de protección, deber de vigilancia, deber de control de fuentes de peligro para evitar resultados nocivos, estando obligado a ello y por lo tanto teniendo el deber jurídico de evitar, bienes jurídicos que como consecuencia de ello, se ven desprotegidos; por lo que no cabe duda que su inactividad, puede ser reprochado penalmente equiparándola a una acción, “respondiendo como si lo hubiere producido”, máxime que por falta de políticas públicas adecuadas ha sido el Estado causante de los más altos índices de violencia que hoy día nos tienen atados de manos.

Por lo tanto, tomando en cuenta que es obligación del Estado y de las autoridades que lo componen mantener a sus habitantes en el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza, y que el poder proviene del pueblo, por lo que la soberanía radica en el pueblo quien la ha delegado para su ejercicio en los poderes del Estado, se puede teorizar la construcción de reproche penal contra el Estado, desde la perspectiva del tipo de comisión por omisión, a fin de que se garanticen los valores citados, lo que generará políticas públicas acordes para atender no sólo la macro-criminalidad organizada, sino atender los valores superiores que han sido relegados hoy en día, de eso modo evitar continuar lesionando bienes jurídicos que está obligado proteger. No escapa a nadie el hecho que la mayor criminalidad que ha causado en las últimas décadas el mayor número de víctimas, es producto de la propia macro-criminalidad que ha permitido y consentido el propio Estado, circunstancia que no puede quedar impune. En consecuencia, dogmática y legalmente existe fundamento serio y preciso para teorizar la responsabilizar penal del Estado frente a sus habitantes por vía de comisión por omisión, en todos aquellos delitos que está obligado a evitar; debiendo los gobernados asumir la responsabilidad real y genuina, para defender a cada una de nuestras sociedades actuales y con ello ayudar a las del futuro, que es víctima constante de este debacle, ya que de no hacerlo también podríamos convertirnos, en sujetos igualmente omitentes.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA PENAL.

Luzón Peña, Diego Manuel. Mir Puig, Santiago. Cuestiones Actuales de la Teoría del Delito. Monografía. Editorial Mc Graw Hill. Madrid, España. 1999.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, parte general. Séptima edición. Editorial Reppertor. Barcelona, España. 2004.

Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, parte general. Sexta edición, revisada y puesta al día. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2004.

Portilla Contreras, Guillermo. Complicidad Omisiva de Garantes en delitos Omisivos. Citando a Armin Kaufmann.

Portilla Contreras, Guillermo. El Derecho Penal entre el Cosmopolitismo Universalista y el Relativismo Posmodernista. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2007.

Silva Sánchez, Jesús-María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. José Ma. Bosch, editor, S. A. Barcelona, España. 1992

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manuel de Derecho Pena, parte general. Segunda reimpresión corregida. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. 2005.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Guatemala.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ratificada mediante Decreto No. 6-78 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Penal Guatemalteco. Decreto No. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial de Guatemala. Decreto No. 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.