

EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA EN LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN

JULIO ORTEGA

COORDINADOR DE DELITOS FRONTERIZOS

JOSÉ GREGORIO MARCANO

ABOGADO ADJUNTO I EN LA DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN Y DISCIPLINA

RESUMEN

Las corrientes modernas tratan la imputación objetiva como el derecho penal de avanzada, planteando desde su perspectiva entre otras cosas que el comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo constituido por la omisión. Y que este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante, así como la conducta que sirve de base a la norma penal y que esta regla puede consistir, tanto en un hacer, como en un no hacer; dentro de estas conductas encontramos los delitos de acción por omisión en los cuales según las legislaciones en derecho comparado ya prevén la conducta omisiva como equivalente de haber realizado la acción, por lo que se considera un gran aporte que permite ampliar la forma de ver las conductas que resultan relevantes para el derecho penal.

PALABRAS CLAVES: Imputación Objetiva - Delitos de Acción por Omisión – Conducta omisiva - Posición de Garante.

ABSTRACT

Modern currents try Causation as advanced criminal law, from their perspective considering inter alia that human behavior is not limited to the active exercise of the purpose, but it also has a passive aspect consists of the omission. And this passive aspect of human action may be relevant criminal and conduct underlying the criminal law and this rule may consist of both a doing, as in not do; behaviors found within these offenses default action in which according to the law and comparative law provide for the omission conduct as equivalent to having performed the action, so it is considered a important contribution that extends the way we see behaviors that are relevant to criminal law.

KEYWORDS: Objective Imputation - Crimes of Omission Action - Conduct omission - Position of Guarantor.

INTRODUCCIÓN

Desde nuestra perspectiva uno de los aspectos que presentan múltiples discusiones y criterios en el estudio de los delitos en la Ley Contra la Corrupción, están referidos de acuerdo con las dinámicas de la cátedra, a los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión. Ello obedece, a que hay comportamientos dentro de la categorías de los delitos contra la corrupción, en los que no puede negarse categóricamente, so pretexto de no estar expresa y taxativamente en la ley penal la omisión impropia o comisión por omisión, y por ende se atentaría contra el Principio de Legalidad Penal, en una de sus vertientes “*NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEX CERTA (TIPICIDAD)*”. Ahora bien, la posibilidad de sancionar penalmente un funcionario público del Estado en el ejercicio de sus funciones bajo esta modalidad, sin que por ello implique una lesión o un quebrantamiento constitucional del principio de tipicidad legal, surge a raíz de lo previsto en el artículo 54 de la nueva Ley contra la Corrupción, sobre el *Delito de Peculado de Uso*, en el análisis de uno de sus *verbos rectores* como lo es que, *el funcionario público que, indebidamente, en beneficio particular o para fines contrarios a los previstos en las leyes, reglamentos, resoluciones u órdenes de servicio, utilice o permita que otra persona utilice bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público, o de empresas del Estado, cuya administración tenencia o custodia se le haya confiado, será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años*, ya que dicho verbo rector o núcleo del tipo del peculado de uso *permite*, en una interpretación teleológica y sistemática, se puede aseverar y afirmar que, tales conductas, que realice un funcionario público en perjuicio al patrimonio del Estado pueden ser tanto de forma comisiva, un hacer positivo (delito de acción) como de manera omisiva, un no hacer (delitos de omisión pura o impropia), tal como se explicará y detallará más adelante en el desarrollo de la presente monografía. Para ello se necesitará

abordar unas nociones generales en apretada síntesis en cuanto a esta figura dogmática penal, y posteriormente desarrollar el punto central que sustenta el planteamiento antes indicado.

Generalidades

El tipo de omisión. Concepto

El interés que suscita la problemática de los delitos de omisión en el espectro del Derecho Penal moderno, sigue actualmente sin decaer. Ello como bien lo indican Gómez de la Torre y Arroyo Zapatero y otros autores⁵⁶, obedece, por una parte, a la aparición de una delincuencia económica que utiliza esta forma de comportamiento típico y del cual la sociedad debe protegerse. Ahora bien, la conducta humana que sirve de base al tipo penal puede consistir en un hacer y en un no hacer. La madre comete homicidio, tanto si ahoga con sus propias manos a su hijo recién nacido, como igualmente si se abstiene de darle el alimento dejándolo morir de hambre. En efecto, en el lenguaje común o coloquial el uso del término omisión es múltiple; sin embargo, el concepto de *omisión* utilizado en el Derecho Penal es más restringido, en el entendido de que solo se refiere a aquellos comportamientos pasivos que producen consecuencias jurídicas⁵⁷. Por tal razón no todo comportamiento humano pa-

56. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis y otros autores. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Editorial Praxis. Barcelona-España, 1.999, pág. 177.

57. En opinión de Novoa: “Desde que RADBRUCH impugnó la posibilidad de incluirla dentro del concepto de acción, por ser una negación de ésta, muchos penalistas han abordado el problema de la omisión desde puntos de vista filosóficos y semánticos, procurando encontrar conceptos y palabras capaces de abarcar conjuntamente el actuar positivo y al no actuar. La dificultad principal para equiparar ambas realidades en una teoría unitaria del delito, ha estado en que no puede hablarse de omisión sino cuando la conducta que no ha sido realizada está exigida por el ordenamiento jurídico; lo cual significa, paradójicamente, que la valoración jurídica debe preceder en el plano lógico a la calificación de un suceso como omisión. Pues solamente es posible imaginar una omisión en los casos en que no se hizo algo que constituía una actividad esperada conforme a las exigencias jurídicas. Para fines teóricos ha de acudir, por ello, no al no actuar en sentido general, sino a una descripción típica concreta que se refiera a la omisión de una acción; ésta descripción podrá completarse normativamente luego, con una valoración del injusto...”. Ver en: NOVOA M., Eduardo. Causalismo y Finalismo en Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá-Colombia, 1.982, págs. 122-123.

sivo consistente en un no hacer equivale a una omisión en sentido penal. Para ello se requiere de algo más: de un juicio normativo negativo.

Pues bien, la cuestión no es tan sencilla, ya que la doctrina penal se ha visto envuelta en una histórica polémica y arduas disensiones, que tienen a su vez que ver con el concepto de acción. Ya que no se puede olvidar, que tanto el hacer como el no hacer son las dos caras de una moneda denominada comportamiento humano. En tal sentido, el debate doctrinal en torno al concepto de omisión se ha desarrollado desde dos perspectivas o tendencias diferentes: una de ellas es la natural (ontológica) y la otra es la normativa (axiológica). Veamos a continuación en qué consisten cada una de ellas.

Concepto natural de la omisión

En esta primera tendencia se agrupan aquellas teorías que consideran a determinadas propiedades naturales como suficientes para dar sentido a la omisión. El contenido de estas propiedades puede provenir de fuentes muy diversas. Por ejemplo, los primeros causalistas identificaban la omisión con un abstenerse de hacer algo, sin hacer ningún gasto de energía, en cambio, los finalistas la identificaban con realizar la acción final. Por lo que, en ambos casos, el concepto de omisión se hace depender de propiedades del comportamiento del ser humano: la pasividad, el no hacer la acción finalmente posible⁵⁸. No obstante, hoy por hoy la mayor parte de la doctrina jurídica penal tiende a concebir a la omisión, como un concepto jurídico penal y no meramente ontológico (naturalístico).

Concepto normativo de la omisión

La omisión no consiste en un comportamiento pasivo, sino en abstenerse de hacer algo que debería haberse hecho. Es decir, la omisión solo puede estar fundamentada externamente según determinadas pautas sociales y jurídicas. Vale decir, al Derecho Penal solo le interesa aquella omisión cuyo marco externo de referencia sea la norma. La acción de-

58. Cabe destacar que estas posturas fueron objeto de diversas críticas. Hacer depender la noción de omisión de la pasividad del sujeto resulta irrelevante, así como también, el concepto final de acción no explica o su definición no comprende a las omisiones por culpa consciente. Véase: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros autores. Ob. Cit. pág. 178.

bida será la que, por tanto concretamente, exija el tipo penal correspondiente. Expresado en otros términos la expectativa de la acción no realizada debe encontrar su punto o marco de referencia en la tipicidad. Lo que en resumen se podría formular de la siguiente manera: *comportamiento consistente en un no hacer, normativamente desvalorado*. En este sentido, sólo serán omisiones aquellas conductas consistentes en no realizar determinada prestación o en no evitar el resultado cuando así lo establezca el legislador.

Clases de omisión

De la misma forma que los delitos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de omisión pura o propia, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de omisión impropia o de comisión por omisión. A continuación veremos en detalle ambas clases de omisión, incluyendo sus elementos tanto objetivos como subjetivos.

Delitos de omisión propios

En los delitos propios de omisión, se castiga la simple infracción de un deber de actuar y equivalen a delitos de mera actividad. Se consuman con la simple omisión del autor. Por ejemplo, nuestro Código Penal establece la omisión del deber de socorro, al que habiéndose encontrado una persona herida o en una situación peligrosa, haya omitido la prestación de su ayuda a dicha persona cuando no lo exponga a daño o peligro personal, (artículo 438, parte in fine), la acción mandada consiste pues en prestar ayuda a la persona herida o en situación peligrosa. La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), establece la omisión de denuncia de los hechos en que son víctima niños y adolescentes, (artículo 275), la acción ordenada consiste en denunciar inmediatamente los hechos de los cuales sean víctimas niños y adolescentes.

Tipo Objetivo

Los elementos que conforman el tipo objetivo de la omisión propia son los siguientes:

- a. Existencia de una situación de hecho: Ex ante el sujeto debe contar con la situación de hecho.
- b. Existencia del deber de actuar: Ex ante el sujeto debe contar con ese deber.
- c. Posibilidad objetiva de actuar: Significa capacidad personal de realizar la acción.

Tipo Subjetivo

Normalmente son dolosos los tipos de omisión propia. La dimensión cognoscitiva del dolo exige que el sujeto sea consciente de que concurren todos los elementos del tipo objetivo. La dimensión volitiva en la expresión de la voluntad de no realizar la acción exigida, como volición del tipo objetivo.

Delitos de omisión impropios o de comisión por omisión

A diferencia de los anteriores, estos requieren un resultado material, no basta el simple no hacer o que el autor sencillamente omita realizar el deber. En estos tipos no hay relación causal desde el punto de vista negativo. Pues bien, determinados sujetos tienen un deber específico de actuar para evitar que se produzca un resultado típico. A estos se les denomina *garantes*⁵⁹, y se dice que han cometido un delito de comisión por omisión si se abstiene de cumplir con el deber específico mencionado.

Tipo Objetivo

La estructura de la tipicidad objetiva de la comisión por omisión se corresponde con las omisiones propias salvo el detalle de completarse, con la presencia de tres elementos más particulares, y en consecuencia, necesarios para la imputación objetiva del hecho: *la posición de garante*,

⁵⁹, Gimbernat indica que: "... la expresión garante, como omitente responsable del resultado, porque garantiza frente a la comunidad la integridad del bien jurídico, fue acuñada por BINDING (1.926) y posteriormente resucitada e introducida definitivamente en el vocabulario jurídico penal por NAGLER (1.938)...". Véase: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ensayos Penales. La Omisión Impropia en la Dogmática Penal Alemana. Una Exposición. Editorial Tecnos. Madrid. 2.002, pág. 265.

la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo. Por lo que, la estructura del tipo objetivo se conforma de la forma siguiente:

- a. Existencia de una situación de hecho: Ex ante el sujeto debe contar con la situación de hecho.
- b. Deber de evitar el resultado: Ex ante el sujeto debe contar con ese deber.
- c. Posibilidad objetiva de evitar el resultado: Significa la capacidad de realizar la acción debida, debe comprender la capacidad de evitar la aparición de un resultado.
- d. Producción del resultado: Debe entenderse como lesión o peligro al bien jurídico.
- e. Existencia de la posición de garante: Se deriva de la imputación del resultado al autor. Es cuando al sujeto activo le corresponde una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de la fuente de peligro, en ciertas condiciones. La posición de garante no implica la sola existencia de un deber, hace falta que el bien jurídico o la fuente de peligro dependan fácticamente de el autor.

Tipo Subjetivo

Igual vale para los delitos de omisión impropia lo dicho respecto al dolo para los delitos de omisión pura. La única particularidad es que, el dolo deberá abarcar la posibilidad y necesidad de evitación del resultado mediante aquella acción esperada, incluyendo además lo que determina la posición de garante.

La Distinción entre los Delitos Impropios y los Delitos Propios de Omisión

Según indica Gimbernat, el problema central de la dogmática de los delitos de omisión es el determinar cuándo el que se abstiene puede ser hecho responsable del resultado, igual que si lo hubiera causado mediante una conducta activa, o de una participación delictiva igual que si hubiera contribuido positivamente al hecho principal (delito impropio de omisión o de comisión por omisión) y cuando no es el caso (delito de omisión propia). No obstante, lo que tienen en común ambas categorías de delitos es

que se cometen mediante la omisión de una acción determinada. Pues bien, siguiendo al autor antes mencionado, de acuerdo con la doctrina dominante, el criterio diferenciador entre la omisión impropia y la propia residiría en que, mientras que en la primera el omitente tiene una posición de garante, porque en virtud de un deber jurídico (extrapenal)⁶⁰ de actuar garantizaría frente a la sociedad la integridad del bien jurídico lesionado, en la segunda el omitente se encontraría desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión⁶¹.

La posición de garante

Cabe destacar, que la posición de garante en nuestra consideración no implica la sola existencia de un deber, y sobre todo extrapenal, hace falta que el bien jurídico o la fuente del peligro y/o riesgo dependa fácticamente del autor. Generalmente, las fuentes de origen de la posición de garante, son valorativas, no están previstas en la ley⁶². La doctrina penal actual, establece que determinada persona está en posición de garante cuando:

- Se tiene un deber de protección de un bien jurídico: Se incluyen en este apartado aquellas situaciones en que una relación familiar o social, o una conducta voluntaria somete a un bien jurídico determinado a la dependencia de un sujeto, en términos en que se hace responsable (garante) del mismo. Se incluyen aquí los supuestos referidos a: a) La existencia de una estrecha vinculación

60. El deber jurídico fundamentador de una posición de garante sería, por consiguiente un deber extrapenal, por ejemplo de origen civil o administrativo, que seleccionaría de entre todos los ciudadanos a uno o a unos pocos como encargados de vigilar la integridad del bien jurídico protegido.

61. Véase: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. cit., págs. 262-265.

62. A excepción en nuestra legislación, de lo previsto en el Artículo 219 de la LOPNNA, el cual prevé que: *“Quien esté en situación de garante de un niño, niña o adolescente, por virtud de la ley, de un contrato o de un riesgo por él creado, responde por el resultado correspondiente a un delito de comisión”*. Tal dispositivo representa un hito en nuestra legislación penal, ya que anteriormente no existía ninguna regulación sobre esta materia. Sin embargo, tal dispositivo se acoge a la teoría formal de las fuentes del deber, lo que trae como consecuencia, deducir en esta materia de menores, que tal dispositivo no da cabida a otra fuente de posición de garante, que no sean las expresamente enumeradas en esta norma.

familiar; b) La comunidad de peligro; c) La asunción voluntaria de una relación de protección.

- Se tiene un deber de control de una fuente de peligro: la indemnidad de los bienes jurídicos puede depender personalmente, también, del control de determinadas fuentes de peligro por parte de quien las ha creado o de aquel a quien se ha atribuido su vigilancia. Tal como precisa Mir Puig, la doctrina penal alemana dominante incluye aquí los tres supuestos siguientes: a) El actuar precedente; b) El deber de control de fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio; c) La responsabilidad por conductas de otras personas⁶³.

Ambas situaciones, pues, convierten al autor en garante de la indemnidad del bien jurídico. Sin embargo, omito referirme y extenderme en ellas por el momento, debido a no desviar el objeto de reflexión sobre planteamiento que más adelante se desarrollará. Pasamos ahora, de manera muy sucinta a examinar las diversas opiniones doctrinarias autorizadas sobre esta importante figura dogmática penal.

El delito de omisión impropia en la doctrina penal moderna

Doctrina española

Entre los autores españoles de referencia que han fijado posición en cuanto a la omisión impropia o comisión por omisión tenemos los siguientes:

- **BACIGALUPO ENRIQUE**

Este autor⁶⁴ considera lo siguiente:

“... Se trata de tener claro que hay delitos de omisión que requieren para su tipicidad sólo la omisión de una acción, mientras que

63. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal-Parte General. Séptima Edición. Editorial B de F. Argentina, 2005, pp. 320-323. Igualmente GIMBERNAT ORDEIG. En su Ob. cit., desarrolla estas clasificaciones desde el punto de vista de la teoría formal de las fuentes del deber y de la teoría de las funciones, págs. 265 y ss.

64. BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá-Colombia, 1.989, pp. 226-229.

en otros la tipicidad requiere que se haya omitido evitar un resultado y que en estos últimos casos la punibilidad puede no estar expresa en la ley.

Los delitos impropios de omisión son la contrapartida de los delitos de comisión de resultado de lesión: Su problemática sustancial consiste en establecer cuándo no evitar el resultado es punible, pues equivale a la producción activa del mismo. (...) Los delitos impropios de omisión son delitos en los que el mandato de acción requiere evitar un resultado que pertenece a un delito de comisión; este mandato y las condiciones que determinan su equivalencia con la acción positiva de producir el resultado prohibido no están expresos en la ley. (Se trata de un caso de, “tipo de interpretación” en la concepción de SCHMIDHUSER...”).

En este orden de ideas, Bacigalupo considera además que:

“... Delitos impropios de omisión son las infracciones no tipificadas del deber de impedir un resultado de un delito de comisión (tipificado) (...) La relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión, por lo tanto, no es un relación de causalidad sino de imputación objetiva. Dicha relación se da, en opinión prácticamente unánime, cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado producido. Sobre estas bases ya no se trata de afirmar la causalidad real de la omisión respecto del resultado, sino la “causalidad potencial” de una acción no llevada a cabo...”.

• BUSTOS RAMÍREZ

El autor Bustos Ramírez⁶⁵ nos hace la consideración siguiente:

“... Ahora bien la característica básica de la omisión es que es un concepto en referencia. No existe una omisión en sí, sino siempre en relación a una determinada acción (Welzel, DPA, 277). Por eso, detrás de la estructura típica de la omisión hay siempre una norma de mandato que obliga a una determinada acción que no es realizada por el sujeto (...) La omisión se define siempre en referencia una determinada acción, de otro modo se vulneraría el principio

65. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉ, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Editorial Trotta. Madrid-España, 2.006, pp. 325-326.

de legalidad (...) La omisión sólo surge en virtud de la vida social y en la medida que ésta configura un sistema que exige en una determinada situación una acción de un sujeto (...) La omisión surge en razón de que el ordenamiento jurídico ha fijado (valorado) de determinada manera las relaciones sociales...”.

Igualmente considera este autor que:

“...como la omisión es un concepto de referencia a una acción determinada y de carácter normativo, en cuanto que le es exigido en una situación social determinada, necesariamente tal referencia y exigencia han de presuponer la capacidad psicofísica y normativa del sujeto para esa acción determinada, de otro modo el mandato no tendría sentido. No se puede mandar procesos causales ni resultados y tampoco se puede mandar una acción a alguien que no tiene capacidad de llevarla a cabo (socorrer a una persona que se ahoga a un tetrapléjico o a un sordomudo que no saber nadar ni puede, como es obvio, dar voces de auxilio)”.

- GIMBERNAT ORDEIG

Por su parte señala este autor⁶⁶ lo siguiente:

“... El criterio diferenciador entre la omisión impropia y la propia residiría en que, mientras que en la primera el omitente tiene una posición de garante, porque en virtud de un deber jurídico (extrapenal) de actuar garantizaría frente a la sociedad la integridad del bien jurídico lesionado, en la segunda el omitente se encontraría desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión...”

- MIR PUIG

Este destacado jurista español⁶⁷, en lo concerniente a la comisión por omisión señala lo siguiente:

“... El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura; a) situación típica; b) ausencia de la acción determinada; c) capacidad para realizarla; pero completada con tres elementos particulares necesarios para la im-

66. GIMBERNAT ORDEIG. Ob. cit., pág. 264.

67. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., pp. 317-318.

putación objetiva del hecho: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo. La posición de garante integra necesariamente la situación típica (a) de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados. A la ausencia de la acción determinada (b) debe seguir la producción de un resultado. Y la capacidad de acción (c) debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado.

Igualmente precisa Mir Puig que en su parte subjetiva la comisión por omisión presenta la siguiente particularidad:

“... como es lógico el dolo deberá abarcar no solo la ausencia de la acción debida, sino también la posibilidad y necesidad de evitación del resultado mediante aquella acción, además, habrá de extenderse a la situación que determina la presencia de posición de garante (...), en tanto que la conciencia de que la misma da lugar a dicha posición de garante integra únicamente el conocimiento del significado anti-jurídico del hecho...”.

- MUÑOZ CONDE

Desde su óptica este autor⁶⁸ opina que:

“...Como ya se ha dicho una problemática especial, dentro de la omisión, presentan los llamados casos de comisión por omisión, o de omisión impropia. En ellos el comportamiento omisivo no se hace mención expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Así por ejemplo, nadie duda en incluir en la acción típica del homicidio el comportamiento de la madre que deja de morir de hambre al recién nacido, el de la enfermera que no conecta el suero al cuerpo del enfermo, o el del secuestrador que no da comida al secuestrado encerrado en una celda aislada. En todos estos casos, in-

68. MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Tercera Edición, Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2004, pp. 51-54.

cluso en el lenguaje coloquial se puede decir que la omisión equivale a la acción y que, por tanto, también constituye una acción de matar el dejar morir a una persona en estas circunstancias...”.

En este sentido, este prenombrado autor en cuanto a la imputación del resultado en la omisión impropia expresa que:

“... Lo que importa en la imputación del resultado a una conducta omisiva o, si se prefiere la terminología clásica, en la comisión por omisión, es la constatación de la causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Si se da por seguro o, por lo menos, muy probable que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada, el resultado no se hubiera producido, entonces se podrá indagar si cabe también la imputación objetiva del resultado al sujeto de la omisión. (...) Habrá que plantearse si la realización de la acción esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado, si su omisión suponía una falta de diligencia, si se incrementaba el riesgo de producción del resultado, etc. La evitabilidad del resultado es, pues, el criterio que, matizado y completado con los derivados de las teorías de la causalidad y de la imputación objetiva, nos permite imputar ese resultado a una conducta omisiva...”.

• JIMÉNEZ DE ASÚA

Ahora bien, desde la concepción del maestro Luis Jiménez de Asúa⁶⁹, quien siguiendo a Edmundo Mezger, afirma sobre los delitos de omisión que:

“... La omisión simple y la comisión responden a la naturaleza de la norma. Si esta es prohibitiva: “no matarás”, su quebrantamiento crea un delito de acción; si es imperativa: “socorrerás”, el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión. Esto es de naturaleza absolutamente meridiana. Pero la claridad cesa cuando queremos discernir el fundamento punible de las omisiones y esclarecer el tema de su causalidad. (...) Edmundo Mezger emprende una nueva construcción que no deja de ser discutible, pero que es muy certera. La clave de su sistema se halla en la acción esperada, cuyo antecedente (si

69. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el Delito*. Editorial Suramericana. Argentina, 1984, pp. 216-217 y 232-233.

bien no extrae de su idea las mismas consecuencias) se encuentra en Guillermo Sauer, que habla de realidad pensada. Mezger dice: “Lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido emprender. Porque no ha emprendido esta acción que de él se esperaba, es por lo que es punible, siempre que esa acción esperada le sea exigible.” Ahora bien: como sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, resulta absolutamente correcto que esta se fundamente absolutamente desde fuera (externa, normativamente), y que, por tanto, no el que omite, sino el que juzga, da existencia a la omisión”. (...)

En efecto, siguiendo el orden de ideas, concluye este doctrinario de forma meridianamente clara que:

... El eje del delito de omisión es la acción esperada; el problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión se plantea exactamente del mismo modo y exactamente en la misma forma que el hacer activo, solo que no en referencia a la omisión como tal, sino en relación a la acción positiva pensada y a su resultado. La pregunta decisiva se formula así: ¿Hubiera sido impedido por la acción esperada el resultado que el derecho desaprueba? Con esta pregunta se responde afirmativamente, la omisión es causal en orden al resultado...

Doctrina alemana

En los autores de la doctrina penal alemana más destacados, que han desarrollado criterios sobre la comisión por omisión (omisión impropia), tenemos a:

- **ARMIN KAUFMAN**

Para quien⁷⁰ la esencia del delito de comisión por omisión radica:
... El delito de omisión impropia posee, pues, un tipo propio, sobre

70. KAUFMANN, Armin. Dogmática de los Delitos de Omisión. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid-Barcelona, 2006, pág. 281. En efecto, para KAUFMAN la denominada omisión impropia se basa en mandato de (evitar un resultado) auténtico, autónomo, y realiza un tipo de mandato auténtico. Su tesis sobre lo esencial en la omisión reside en la acción omitida que le es posible al sujeto cuya responsabilidad se cuestiona (capacidad de acción igual a finalidad potencial); esto es, que la estructura de la omisión sólo puede determinarse a partir de las propiedades de la acción esperada que se ha omitido.

el que se fundan a su vez injusto y reprochabilidad, al igual que ocurre en el delito de omisión propia. Dogmáticamente, esto es, con respecto a su estructura y elementos estructurales, la omisión impropia delictiva no es un caso particular del delito comisivo, ni está constituida según el modelo de éste. El delito de omisión impropio se integra en la dogmática de los delitos de omisión, no en los delitos de comisión. De manera que cabe decir, al estilo conceptista: la omisión impropia (unecht) es un supuesto auténtico (echt) del delito omisivo. (...).

- HANS WELZEL

Para Welzel⁷¹, desde su perspectiva finalista nos proporciona los siguientes razonamientos en cuanto a la omisión impropia:

... Si el mundo estuviera en estado de reposo, sólo podrían cometerse delitos de comisión, a través de un hacer activo, pues entonces solamente por un intervenir positivo podría ser transformado algo bueno en malo. Pero el mundo es un constante devenir, lo que hoy es bueno, puede invertirse mañana, por sí mismo, en malo. La vida activa humana consiste, en gran parte en mantener las series de evolución de la vida en sus cauces normales, P. ej., el criar los niños por los padres es una previsión activa permanente, tendiente a conservar y fomentar lo bueno (la vida, la salud, etc.). En el permanente acontecer de la vida social, el hombre está en gran medida destinado a cuidar la conservación de lo bueno en el porvenir. Él acarrea lo malo si omite conservar en los cauces normales las series de evolución de la vida que le están asignadas y confiadas. La madre que no alimenta a su hijo lo mata en la misma forma que la que lo ahoga. En cuanto a alguien, de acuerdo con los órdenes de la vida social, está puesto como “garante” para conservar lo bueno adecuado al tipo (la vida, la salud, etc.) actúa típicamente, lo mismo que en un delito de comisión, si omite impedir la producción de lo malo (...) ⁷².

71. WELZEL, Hans. Manual de Derecho Penal Parte General. Roque de Palma Editor. Buenos Aires-1.956, pp. 205-206 y 210-212.

72. Precisa enfáticamente que: “...Por cierto, la omisión no puede causar nada en el sentido naturalista; pero la voluntad como factor de una formación finalista del porvenir puede acarrear una formación determinada de realidad a través del dejar acontecer las series de evolución confiadas a él. (...)”. WELZEL, Hans. Ob. cit. p.212.

Concluye además este destacado autor que:

...Si existe un deber de garantía, entonces el omitente actúa conforme al tipo, en el sentido de un delito de comisión, si no evita el resultado. Él concreta el tipo de comisión a través del medio de la omisión. Establecer que alguien no ha evitado el resultado antijurídico por no realizar una acción presupone el juicio de que la realización de la acción hubiera evitado el resultado. Solamente de tal acción que hubiere impedido el resultado. Como la contestación de esta pregunta previa no puede ser un juicio real, sino solamente un juicio de posibilidad (juicio causal hipotético), ella sólo puede aportar valores de probabilidad. Para condenar por un delito de comisión a través de omisión debe exigirse una probabilidad de impedir el resultado prácticamente al borde de la certidumbre. Una omisión puede haber acarreado entonces, el resultado, solamente cuando la realización de la acción lo hubiera evitado con una probabilidad prácticamente al borde de la certidumbre...

Doctrina venezolana

Por su parte, en nuestra doctrina patria, entre los autores que han esgrimido sobre la fisonomía y elementos estructurales de la omisión impropia (comisión por omisión) tenemos a:

- **ARTEAGA SÁNCHEZ**

Dicho autor patrio⁷³ considera que:

... no es suficiente que la omisión cause materialmente el resultado... tal omisión debe constituir la violación de un deber. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de este deber? La mayoría de la doctrina coincide en afirmar que debe tratarse de un deber jurídico y no simplemente moral, esto es, de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico y fijado, precisamente, como señala Antolisei, para impedir resultados como el que se ha verificado, de tal ma-

73. ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. Derecho Penal Venezolano. Décima Edición. Editorial McGraw-Hill, Caracas, 2006, pp. 167-168.

nera que el sujeto haya sido constituido garante para impedir el resultado dañoso concreto. (...).⁷⁴

• FRÍAS CABALLERO

En su obra⁷⁵ este notable autor, de origen boliviano, pero que durante muchos años impartió clases en la Universidad Central de Venezuela nos indica que:

...El delito de comisión por omisión requiere: a) Una situación existente de peligro objetivo para un bien jurídico. b) Deber de intervenir para hacer cesar o precaver el riesgo, c) Incumplimiento del deber de intervenir. A su vez, es importante señalar que el deber de intervenir para hacer cesar la situación de peligro únicamente incumbe a la persona puesta por el derecho para eso (esta persona se denomina garante (...)). El deber de actuar debe ser estrictamente

74. "...Tales son los casos de los deberes que impone el derecho de familia, o de los que derivan de un contrato o de la aceptación de un cargo público (...)". Igualmente expresa Arteaga Sánchez que: "... Yo añadiría que no se trata de un deber simplemente moral, sino que la solidaridad social constituye un derecho y un deber que, entre nosotros, encuentra su fundamento en el artículo 135 de la Constitución, y que, por ello, sirve de base para afirmar la responsabilidad por la omisión de sus legítimas exigencias (...)". ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. Ob. cit. pp.168-169. No obstante, cabe destacar, que es muy poco lo que Alberto Arteaga, aborda sobre esta figura de la comisión por omisión, ya que brevemente señala que se trata de hechos en que no es suficiente que la omisión cause el resultado, sino que es necesario que constituya la violación de un deber. De igual modo, en cuanto a las fuentes de la posición de garante, se limita a indicar las contenidas dentro de la teoría de la fuente formal del deber jurídico, sin hacer ninguna consideraciones en cuanto a las teorías de las funciones, precedente de Armin Kaufmann en la doctrina alemana actual, que fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico protegido, la cual supera a las teorías de las fuentes formales del deber jurídico. Ver MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., pp. 317-318. Igual opinión sostiene el Prof. Yvan Figueroa en cuanto a lo señalado por Arteaga Sánchez: Véase: FIGUEROA ORTEGA, Yván José. Los Delitos de Omisión Impropia en la Legislación Penal Venezolana. Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez. Obras Colectivas. Compiladora Carmen Luisa Borges Vegas. Fondo Editorial. Caracas, 2006, pp. 174-175.

75. FRÍAS CABALLERO, Jorge. Teoría del Delito. Editorial Livrosca. Caracas, 1996, págs. 147-148.

76. De igual modo, Frías Caballero, en cuanto a las fuentes de la posición de garante, se limita a indicar las contenidas dentro de la teoría de la fuente formal del deber jurídico, sin hacer ninguna consideraciones en cuanto a las teorías de las funciones, precedente de Armin Kaufmann, que fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico protegido, la cual supera a las teorías de las fuentes formales del deber jurídico. FRÍAS CABALLERO, Jorge. Ob. cit. p. 148.

jurídico, no siendo suficiente deberes morales o puramente ético sociales, como en cierta medida lo postuló Jiménez de Asúa...⁷⁶

Ahora bien, una vez expuestas de forma lacónica, pero sustancial, las opiniones de los diversos autores escogidos, para la elaboración de la presente monografía, sobre el tema de la omisión impropia, cabe destacar que independientemente de la corriente que cada uno siga, en el sentido tanto causalista, como finalista y/o funcionalista; y que algunos se acogen bien sea a la teoría formal del deber jurídico⁷⁷ de las fuentes de la posición de garante, o, de las teorías de las funciones⁷⁸ de las fuentes de posición de garante. Sin embargo, las variables en común que se observan en cuanto a la concepción si se quiere teórico-dogmática, es que, lo que caracteriza al tipo de *COMISIÓN POR OMISIÓN* en su configuración mayormente es: *La ausencia de la acción esperada, la posición de garante, el deber de evitar el resultado, la producción de un resultado, son pues, los criterios que, matizados y completados con los derivados de las teorías de la causalidad hipotética y de la imputación objetiva, son las que permitirán al intérprete imputar ese resultado a una conducta que se determine como omisiva (de comisión por omisión) en situaciones concretas, en las que determinados ciudadanos están obligados a actuar en la preservación de los bienes jurídicos que le son confiados y que son de alto interés para la sociedad*".

La omisión impropia en la doctrina y jurisprudencia venezolana

El precedente legislativo en la LOPNNA

De modo muy general, la omisión impropia es un tipo penal reconocido hasta hace poco por nuestra legislación penal patria. Aunque el Código Penal venezolano, no contiene ninguna regulación jurídica al respecto, dichos delitos han sido establecidos de forma expresa en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), vigente desde el 1 de abril del año 2.000, y reformada el 10 de diciembre del año de 2.007⁷⁹. En efecto el artículo 219 de la mencionada ley orgánica dispone lo siguiente:

77. Tal es el caso de: Arteaga Sánchez, Frías Caballero, Jiménez de Asúa, entre otros.

78. Verbigracia: Kaufmann, Muñoz Conde, Mir Puig, Bacigalupo.

79. Gaceta Oficial No 5.859 Extraordinaria, del 10 de diciembre de 2.007.

Quien esté en situación de garante de un niño, niña o adolescente por virtud de una la ley, de un contrato o de un riesgo por él creado, responde por el resultado producido correspondiente al delito de comisión.

Este dispositivo antes transcrito, se circunscribe a aquellas situaciones fácticas en que la lesión del bien jurídico se materializa mediante una omisión, siempre y cuando el autor haya tenido una posición de garante, derivada de la ley, de un contrato o en la conducta anterior a la producción de resultado (hacer precedente, injerencia). Por lo que, en tales casos, el incumplimiento del deber de impedir el resultado por parte del agente se equipara normativamente de haber producido el mismo mediante una acción positiva⁸⁰.

Desde el punto de vista de la doctrina, no hay mucha referencia al tema, de modo que literatura jurídica dedicada a este tema en sí de forma específica, y en especial sobre el contexto de los delitos contra el Patrimonio Público, hoy por hoy delitos de corrupción, no existe obra alguna. Por lo que, los manuales y textos de derecho penal venezolanos sólo hacen referencia a la comisión por omisión como una forma de realización del hecho punible, sin más profundizaciones al respecto. Sin embargo, podemos encontrar, de manera general los criterios del Profesor Arteaga Sánchez, en su manual de Derecho Penal Parte General, y más recientemente, pero abordado dentro del ámbito del régimen de protección de niños, niñas y adolescentes, el trabajo monográfico del profesor Figueroa Ortega sobre la omisión impropia, ya expuestos y citados con

80. Al respecto sobre dicho dispositivo el Prof. Figueroa Ortega comenta: "...Este dispositivo de la LOPNNA suscita varias interrogantes, ya que en otros ordenamientos el silencio de la ley en esta materia no es obstáculo para castigar esta clase de delitos. Cabe preguntarse, entre otras cosas si era necesaria tal disposición para penalizar los casos de omisión impropia en el ámbito de protección del menor, o si es necesaria también una disposición el Código Penal para aplicarse a los supuestos no contemplados por la LOPNNA, por ejemplo que el sujeto pasivo sea una persona adulta. A la omisión impropia parte de la doctrina le ha hecho reparos de inconstitucionalidad, considerando que la misma que la misma no puede castigarse sin que exista una regulación expresa en la ley. No obstante, hay quienes opinan que no existe una confrontación directa de la omisión impropia con el principio de legalidad por lo que su castigo no tendría carácter inconstitucional..." Véase: FIGUEROA ORTEGA, Yván José. Los Delitos de Omisión Impropia en la Legislación Penal Venezolana. Ob. cit. pág. 172.

anterioridad. Cabe destacar, que mucho más que lo escrito y desarrollado por ambos autores, no se ha expuesto y desarrollado en la doctrina penal venezolana, obras dedicadas específicamente a esta materia, repetimos, ni sobre los delitos en la ley contra la corrupción⁸¹.

En lo que respecta a la jurisprudencia no conocemos ningún caso de omisión impropia que haya sido sentenciado por nuestros tribunales en el contexto de los delitos contra la corrupción. Tal vez se deba, al conservador y mecánico apego literal de la ley penal que han practicado tradicionalmente los jueces penales venezolanos. No obstante, dicho vacío jurisprudencial no podría justificarse a mi modo de ver, debido al amplio desarrollo de esta figura en la teoría moderna del delito desarrollada en Europa, básicamente en Alemania (Binding, Nagler, Kaufmann, Welzel y otros), y España (Bacigalupo, Bustos, Mir Puig, Muñoz Conde, Jiménez de Asúa, etc.), que ineludiblemente sirve de complemento científico coadyuvante en la labor interpretativa del juzgador ante situaciones fácticas y concretas, que ameritan la intervención del Derecho Penal.

La omisión impropia en los delitos de la ley contra la corrupción, especial referencia al delito de peculado de uso

El Delito de Peculado en la Ley Contra la Corrupción, (G.O. No. 5.637 del 07 de abril de 2.003). Aspectos Generales

Uno de los tipos penales que sufrió modificaciones, en relación con su consagración en la Ley Orgánica de Salvaguarda al Patrimonio Público, es el peculado, dado que ahora exige que el acto esté en directa relación con el patrimonio público que resulta distraído por un tercero, en lo que respecta al peculado de uso. Y por otra parte, la atenuación de

81. Cabe añadir, que la Dirección de Revisión y Doctrina del Ministerio Público, en su interés de compilar y organizar la doctrina de la Fiscalía, la cual es recogida en el Informe Anual del Fiscal General de la República, hace una breve referencia a los Delitos de Comisión por Omisión, al analizar un caso de muerte de un niño, en relación con el artículo 219 de la LOPNNA. Ver Informe Anual del Fiscal General de la República, año 2.002. Tomo I, pp. 439-441. Asimismo, véase en: BUSTILLOS, Lorenzo. Doctrina Penal y Procesal Penal del Ministerio Público. 1987 al 2.006. Editorial Vadell Hermanos. Caracas, 2008, pp. 720-722.

pena prevista en el artículo 55 de la LCC. Pues bien, la autora Eunice León de Visani, expresa que:

(...) la acción material constitutiva del delito de peculado constituye una especie o forma de infidelidad del funcionario público respecto de sus deberes frente a la administración del Estado, consistente en que los bienes del patrimonio público que se hallan en poder de algún organismo estatal, los cuales le han sido confiados por razón de su cargo con una finalidad determinada, han sido empleados o invertidos con fines distintos a los que estaban destinados (...)⁸².

Por su parte, Arteaga Sánchez, define el delito de peculado como:

(...) una forma de apropiación indebida o de abuso de confianza de un funcionario público a quien se le ha encomendado, de alguna manera, la custodia, administración o vigilancia de determinados bienes, y que, traicionando ese mandato o la confianza depositada en él, dispone, *uti dominis*, de esos bienes, con evidente inversión del título por el cual los posee o tiene acceso a ellos, destinándolos a un fin privado, en su provecho personal o en el provecho de un tercero...⁸³.

En la actualidad, tal como lo señala Beltrán Haddad,⁸⁴ la figura del peculado se acomoda al elemento material “apropiar”, expresión rectora, y también se agrega a su elemento material la fórmula “distraer”, para comprender aquella conducta del funcionario cuando da esos bienes una aplicación diferente en beneficio privado, propio o ajeno”.

82. LEÓN DE VISANI, Eunice. Delitos de Salvaguarda. Editorial Livrosca. Caracas, 1.997, pág. 1.

83. ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto; DIAZ CHACON FREDDY JOSE, HADDAD Beltrán, VICENTE HARO José y MORENO BRANDT Carlos. Comentarios a la Ley contra la Corrupción. Vadell Hermanos Editores. Valencia-Caracas, 2004, págs. 92-93.

84. ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto; DÍAZ CHACÓN FREDDY JOSÉ, HADDAD Beltrán, VICENTE HARO José y MORENO BRANDT Carlos. Ob. cit. pág. 109-110.

Ahora bien, entre las formas comisivas o modalidades del delito de peculado en el texto de la Ley contra la Corrupción tenemos las siguientes:

A) Peculado Propio: Art. 52 de LCC.

- Peculado por Apropiación.
- Peculado por Distracción.

Artículo 52. Cualquiera de las personas señaladas en el artículo 3 de la presente Ley que se apropie o distraiga, en provecho propio o de otro, los bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público, cuya recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo, será penado con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa del veinte por ciento (20%) al sesenta por ciento (60%) del valor de los bienes objeto del delito. Se aplicará la misma pena si el agente, aun cuando no tenga en su poder los bienes, se los apropie o distraiga o contribuya para que sean apropiados o distraídos, en beneficio propio o ajeno, valiéndose de la facilidad que le proporciona su condición de funcionario público.

El peculado doloso propio se concreta en la apropiación o distracción de bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público por parte de un funcionario que se ha propuesto o querido disponer de un bien que le ha sido confiado por razón de sus funciones, haciéndolo propio o destinándolo a un fin que redunde en provecho privado.

B) Peculado Impropio. Art. 52 de LCC.

A su vez, en el peculado doloso impropio, a diferencia del anterior, se castiga como tal, esto es, como peculado, el hecho del funcionario que se apropia o distrae bienes públicos o en poder de algún organismo público, aunque no los tenga materialmente en su poder, disponiendo de ellos por una posición fáctica o legal que se le permite, no pudiendo admitirse la exclusión de la responsabilidad a tal título con el simple alegato de que el funcionario no tenía a su cargo la administración de manera directa.

C) Peculado Culposo. Art. 53 de LCC.

Artículo 53. Cualquiera de las personas indicadas en el artículo 3 de esta Ley que teniendo, por razón de su cargo, la recaudación, administración o custodia de bienes del patrimonio público o en poder de algún órgano o ente público, diere ocasión por impru-

dencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones, a que se extravíen, pierdan, deterioren o dañen esos bienes, será penada con prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

El peculado culposo se describe ahora de manera más precisa con la referencia que hace la nueva ley al hecho del funcionario que por razón de su cargo, la recaudación, administración o custodia de bienes de patrimonio público o en poder de algún órgano o ente público, da ocasión, por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones, a que se extravíen, pierdan, deterioren o dañen esos bienes.

Ahora con más propiedad, la nueva ley pura y simplemente sanciona por tal concepto al funcionario que, teniendo a su cargo la administración o custodia de bienes públicos, si bien no se apropia o distrae esos bienes, disponiendo de ello en provecho personal o de un tercero, se comporta, sin embargo de forma ligera, imprudente, descuidada o con manifiesta inobservancia de las normas que están predispuestas para el mantenimiento y preservación de esos bienes, ocasionando su pérdida, extravío, deterioro o menoscabo.

D) Peculado de Uso. Art. 54 de la LCC.

Artículo 54. El funcionario público que, indebidamente, en beneficio particular o para fines contrarios a los previstos en las leyes, reglamentos, resoluciones u órdenes de servicio, utilice o permita que otra persona utilice bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público, o de empresas del Estado cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado, será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años. Con la misma pena será sancionada la persona que, con la anuencia del funcionario público, utilice los trabajadores o bienes referidos.

En lo que respecta al peculado de uso, la LCC introdujo en la fórmula que antes consagraba la LSPP, además de rebajar la pena, el simple uso momentáneo de esos bienes, en beneficio particular indebido o en contravención a las leyes, reglamentos, resoluciones, u órdenes de servicio, etc., que regulan ese uso.

Igualmente se observa la incorporación de un elemento normativo dentro del tipo objetivo representado por la expresión “indebidamente”.

Y en cuanto a la participación, la norma (art.54, LCC), sanciona con la misma pena a la persona que, con la anuencia del funcionario público, utilice los trabajadores o bienes referidos.

En este orden de ideas, otro aspecto que merece atención, en el delito de peculado, es en cuanto al Bien Jurídico Protegido, gran parte de la doctrina indica que: “El delito de peculado tutela el interés político administrativo propio del Estado en el fiel cumplimiento de las funciones por parte de sus representantes, los funcionarios públicos”⁸⁵. El bien jurídico de esta incriminación es el interés del Estado por la probidad y fidelidad del funcionario público⁸⁶. A tales efectos, una vez expuestas de forma sucinta, las diversas formas del delito de peculado, pasamos al punto central que nos interesa, en relación a una de sus modalidades como lo es el DELITO DE PECULADO DE USO (Art. 54, LCC), en lo atinente a la posibilidad o no de su sanción mediante la figura de la omisión impropia (comisión por omisión).

Planteamiento del problema

Uno de los problemas más discutidos con referencia al Omisión Impropia, es sobre su conformidad o no con el principio de legalidad, cuando la misma no se encuentra regulada expresamente en la ley. Debido a que, a la comisión por omisión una gran parte de la doctrina le ha hecho cuestionamientos de inconstitucionalidad, considerándose que la misma no puede castigarse, sin que exista una regulación expresa o taxativa en la ley. Sin embargo, hay quienes consideran que no existe un enfrentamiento o colisión directa de la omisión impropia con el principio de legalidad penal.

El asunto no resulta fácil a principio, ya que si se admite que para que pueda castigarse la comisión por omisión debe la misma estar expresa-

85. García Iturbe citado por Eunice León de Visani. Ob. cit., pág. 6.

86. MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. De los Delitos en Particular. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, año 2.000, p. 161.

mente tipificada en la ley penal, lleva de antemano a concluir que, mientras el Código Penal venezolano y/o en su defecto la Ley contra la Corrupción, no tengan una disposición sobre la comisión por omisión, aquellas conductas o modalidades de no evitación de resultados que lesionaren los bienes jurídicos a cargo del agente en posición de garante, que en efecto, pudieren realizar los funcionarios públicos en desmedro y desatención al deber de cuidado de los bienes del patrimonio público que le son confiados, en razón su cargo, permanezcan impunes completamente, únicamente pudiendo castigarse en aquellos supuestos en que su infracción al deber de cuidado sobre los bienes públicos que le son confiados, sea producto de una acción positiva.

De modo que, el dilema que se plantea, es esclarecer, si en el contexto de los delitos contra la corrupción, para sancionar penalmente a un funcionario público (sujeto cualificado) que infrinja el deber de cuidado mediante la modalidad de un delito en grado de comisión por omisión. ¿Es necesario que en la ley especial sobre esta materia, exista la tipificación expresa de dicha fórmula? O por el contrario, ¿Si no hace falta la misma, ya que en el fondo es un problema de interpretación judicial del juzgador? Por lo que, de aceptar la no necesidad de regulación expresa de la omisión impropia, ¿qué delitos per se admitirían dentro de sus núcleos o verbos rectores, la creación del riesgo, de lesión o puesta en peligro del bien jurídico producto de un no hacer o no evitación de producción de un resultado típico de parte del sujeto en calidad de garante del patrimonio y bienes del Estado?

En efecto, según algunos autores, el castigo de la comisión por omisión comporta el uso de analogía, por tratarse de un hecho que no se encuentran expresamente tipificados. Tal es el caso, por ejemplo: de Mayer, para quien estos delitos eran incompatibles con los principios liberales del Estado de Derecho, bien sea por la introducción de características no escritas en el tipo, como por elementos constitutivos del deber jurídico, debido a que extienden la tipicidad de modo no aceptable, en perjuicio del autor⁸⁷.

87. Mayer citado por Maurach. En MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Quinta Edición, Traducción de Córdova Roda, Juan. Barcelona. 1962, p. 282.

Por su parte, explica Jescheck acerca de las normas jurídicas del Derecho Penal que:

(...) Las normas jurídicas son normas prohibitivas o preceptivas. La norma prohibitiva impide una determinada acción y ordena, pues una omisión; la vulneración del derecho consiste en la realización de la acción prohibida. Mediante la norma preceptiva se ordena una determinada acción y se impone, por consiguiente, un hacer positivo. Todos los delitos de omisión, sean propios e impropios, constituyen la infracción de normas preceptivas⁸⁸.

Acota Jescheck, que en el Derecho Penal predominan las normas prohibitivas, porque en principio la misión de las sanciones penales no puede ser la de obligar a los destinatarios del Derecho a la salvación de los bienes jurídicos en peligro mediante su intervención personal⁸⁹. En efecto, aceptar este postulado, se afirmarí que él que lesiona el patrimonio público mediante una omisión no infringe la norma que prohíbe, verbigracia: En el caso del Peculado de Uso, Artículo 54 de la LCC, a "*El funcionario público que, indebidamente, en beneficio particular o para fines contrarios a los previstos en las leyes, reglamentos, resoluciones u órdenes de servicio, utilice o permita que otra persona utilice bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público, o de empresas del Estado cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado, será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años*". Ya que únicamente podría violarse mediante una acción positiva. Por lo tanto, la conducta del funcionario público, no se ajustaría a este tipo de peculado de uso, salvo que se hiciera una equiparación desde el plano normativo-valorativo entre acción y omisión, desde uno de sus verbos rectores como lo es *permítala*, la cual se encontraría proscrita en el derecho penal por la prohibición de analogía, como garantía derivada de los principios de legalidad y tipicidad del hecho punible. Desde esta óptica ortodoxa, no habría dudas sobre la inconstitucionalidad de la sanción penal a estas conductas, ya que serían omisiones no expresamente basadas en la ley.

88. JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde Editorial Bosch. Barcelona. 1.981, pág. 828.

89. JESCHECK, Hans. Ob. cit., p.828.

La tesis contraria que sostiene o argumenta la constitucionalidad y no afectación del principio de legalidad penal, en su vertiente de la tipicidad y prohibición de analogía, por el castigo y sanción de la omisión impropia, entiendo que dichas conductas puede deducirse de los tipos penales de acción, no siendo necesaria e imprescindible su tipificación expresa. Ya que se considera que desde un plano normativo acción y omisión son modalidades equivalentes de la conducta humana abarcadas por el mismo tipo legal. En este sentido, en lo que respecta a la taxatividad típica del delito de omisión impropia, Armin Kaufmann⁹⁰ considera lo siguiente:

(...) Tal eficacia, al parecer, podría tenerla el resultado de la investigación especialmente el *problema constitucional* del carácter determinado de los tipos, de su taxatividad. Y es que nuestra concepción hace a los delitos de omisión impropia delitos sui generis, situándolos junto a los tipos comisivos, y vinculados con ellos únicamente por la referencia al mismo bien jurídico y por la misma conminación penal. Entonces si los tipos de omisión impropia se separan de los tipos de delitos comisivos, cabría esgrimir la objeción de que una concepción así infringe en mayor medida aún *el principio nulla poena sine lege*. Errónea conclusión. La investigación hasta ahora no ha hecho sino destacar lo que es inherente a todos los demás intentos de solución: que el delito de omisión impropia no realiza el tipo del delito comisivo, sino que, en cuanto a tipo, injusto y culpabilidad, discurre por vías propias, no tipificadas legalmente (...).

Sostiene y agrega además este autor citando a Welzel que: "... Lo que Welzel objeta en particular de la teoría de Hellmuth Mayer rige para cualquier teoría: ninguna construcción dogmática, sea del género que sea, es capaz de colmar la sensible laguna de la formación legal de los tipos".

Por otra parte, el autor español Muñoz Conde nos señala que:

... Lo que importa en la imputación del resultado a una conducta omisiva o, si se prefiere la terminología clásica, en la comisión por

90. KAUFMANN, Armin. Dogmática de los Delitos de Omisión. Ob. cit. pp. 287-288.

omisión, es la constatación de la causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Si se da por seguro o, por lo menos, muy probable que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada, el resultado no se hubiera producido, entonces se podrá indagar si cabe también la imputación objetiva del resultado al sujeto de la omisión. (...) ⁹¹.

Visión personal de la omisión impropia o comisión por omisión en los delitos de la ley contra la corrupción. Especial referencia al delito de peculado de uso, previsto en el artículo 54 de la Ley contra la Corrupción

Ahora bien, mi posición o visión personal sobre la posibilidad de aceptar el castigo de la Omisión Impropia o Comisión por Omisión en los delitos de la Ley contra la Corrupción, y especialmente sobre el Delito de Peculado de Uso, previsto en el Artículo 54 de la Ley Contra la Corrupción, aun sin regulación expresa en la prenombrada ley, se sustenta de modo general, respetando mejores opiniones en los fundamentos siguientes: La conducta del hombre está enmarcada dentro de un contexto social y cultural, no es mecanicista como se pretendió inicialmente en los inicios del causalismo. La omisión sólo surge en virtud de la vida social y en la medida que ésta configura un sistema que exige en una determinada situación una acción de un sujeto. La omisión, surge como bien indica Bustos Ramírez en razón de que el ordenamiento jurídico ha fijado (valorado) de determinada manera las relaciones sociales⁹². Igualmente, debemos tener en cuenta que, la creación de un nuevo riesgo puede ser producto, o, mejor pueden ser a través de una conducta de omisión. La omisión no consiste en un comportamiento pasivo, sino en abstenerse de hacer algo que debería haberse hecho. Es decir, la omisión solo puede estar fundamentada externamente según determinadas pautas sociales y jurídicas. Vale decir, al Derecho Penal sólo le interesa aquella omisión cuyo marco externo de referencia sea la norma.

91. Muñoz Conde. Ob. Cit. págs. 51-54.

92. Bustos Ramírez. Ob. Cit. pág. 326.

El Delito de Peculado de Uso, previsto en el Artículo 54 de la Ley Contra la Corrupción, no cabe duda que constituye un delito de infracción del deber de cuidado, por la cualidad del sujeto llamado a garantizar la incolumidad de los bienes jurídicos (bienes del patrimonio público) que le son confiados al Funcionario Público.

Ahora bien, como dije anteriormente, de aceptarse por ejemplo el criterio de Jescheck, sobre que en el Derecho Penal predominan las normas prohibitivas, porque en principio la misión de las sanciones penales no puede ser la de obligar a los destinatarios del Derecho a la salvación de los bienes jurídicos en peligro mediante su intervención personal⁹³. Se afirmaría en efecto que, el que lesiona el patrimonio público mediante una omisión no infringe la norma que prohíbe. En el caso objeto de estudio el Peculado de Uso, Artículo 54 de la LCC, el cual dispone que repetimos: *“El funcionario público que, indebidamente, en beneficio particular o para fines contrarios a los previstos en las leyes, reglamentos, resoluciones u órdenes de servicio, utilice o permita que otra persona utilice bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público, o de empresas del Estado cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado, será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años”*. Ya que únicamente podría violarse mediante una acción positiva. Por lo tanto, la conducta del funcionario público, no se ajustaría a este tipo de peculado de uso.

Pero si aceptamos, que no es necesaria la tipificación expresa de la fórmula de la comisión por omisión en la ley, ya que ello no implica afectación alguna del principio de tipicidad legal, ya que acción y omisión desde el plano normativo-valorativo son equivalentes, y que desde el ángulo de uno de los verbos rectores del tipo in comento como lo es “permite”, el mismo valorativamente puede comportar en determinados situaciones por parte del Funcionario Público garante del buen uso de los bienes del Estado, *UN DESCONOCIMIENTO AL DEBER DE CUIDADO* sobre dichos bienes que le son confiados por la cualidad especial de su función en el ámbito estatal. De modo que, ese permitir puede tanto constituir un hacer como un no hacer, y dentro de este último, se puede con-

93. JESCHECK, Hans. Ob. cit., p.828.

figura la omisión propia como la impropia o en grado de comisión por omisión. Verbigracia: El funcionario público que dolosamente no cierra debidamente y deja los accesos abiertos a los recintos de los organismos públicos para que terceros entren y utilicen los bienes del patrimonio contrariamente a lo estipulado en los reglamentos. No cabe, la menor duda que, de dicho ejemplo podemos encontrar a grosso modo los elementos comunes requeridos para el tipo penal de comisión por omisión, entre estos: La ausencia de la acción esperada: Que el funcionario público cierre debidamente los puertas y entradas a los recintos públicos. La posición de garante: Deviene de su cualidad de funcionario del Estado. El deber de evitar el resultado: Se origina en virtud del mandato que le es encomendado en aras de preservar la integridad de los bienes que le son confiados bajo su custodia, al no deber permitir que terceros utilicen los bienes públicos. La producción de un resultado: el haber permitido que terceros utilicen indebidamente tales bienes del patrimonio estatal a los fines distintos a los cuales están destinados. De manera que, estos son pues, los criterios que, matizados y completados con los derivados de las teorías de la causalidad hipotética y de la imputación objetiva, al decir de los autores Muñoz Conde, Bustos y Bacigalupo, son las que permitirán al intérprete imputar ese resultado a una conducta que se determine como omisiva (de comisión por omisión) en situaciones concretas, en las que determinados ciudadanos están obligados a actuar en la preservación de los bienes jurídicos que le son confiados y que son de alto interés para la sociedad, como el caso de los funcionarios públicos en el delito de peculado de uso.

Conclusiones

- El hecho de que la omisión impropia no esté expresamente tipificada en la ley penal, no obsta, para que no se sancione penalmente aquellas conductas que puedan desplegar algunos funcionarios públicos en perjuicio de los bienes patrimoniales del estado que le son confiados, bajo la modalidad de la comisión por omisión. En este sentido, que no hay inconstitucionalidad y afectación del principio de legalidad penal, en su vertiente de la tipicidad, por el castigo y sanción de la omisión impropia, sin estar regulado expresamente por la ley. Tal como se desprende del supuesto del delito de Peculado de Uso.
- Debe entenderse, que dichas conductas puede deducirse de los tipos penales de acción, no siendo necesaria e imprescindible su tipificación expresa. Ya que se considera que desde un plano normativo acción y omisión son modalidades equivalentes de la conducta humana abarcadas por el mismo tipo legal.
- El Delito de Peculado de Uso, previsto en el Artículo 54 de la Ley Contra la Corrupción, no cabe duda que constituye un delito de infracción del deber de cuidado, por la cualidad del sujeto llamado a garantizar la incolumidad de los bienes jurídicos (bienes del patrimonio público) que le son confiados al Funcionario Público.
- Que no es necesaria la tipificación expresa de la fórmula de la comisión por omisión en la ley, ya que ello no implica afectación alguna del principio de tipicidad legal, ya que acción y omisión desde el plano normativo-valorativo son equivalentes, y que desde el ángulo de uno de los verbos rectores del tipo in comento como lo es “permita”, el mismo valorativamente puede comportar en determinados situaciones por parte del Funcionario Público garante del buen uso de los bienes del Estado, *UN DESCONOCIMIENTO AL DEBER DE CUIDADO* sobre dichos bienes que le son confiados por la cualidad especial de su función en el ámbito estatal. De modo que, ese permitir puede tanto constituir un hacer como un no hacer, y dentro de este último, se puede configurar la omisión propia como la impropia o en grado de comisión por omisión.

- Que el delito de omisión impropia no realiza el tipo del delito comisivo, sino que, en cuanto a tipo, injusto y culpabilidad, discurre por vías propias, no tipificadas legalmente, sólo es su marco de referencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arteaga Sánchez, A., (2006). Derecho Penal Venezolano. Décima Edición. Editorial McGraw-Hill, Caracas.

Arteaga Sánchez, A.; BREWER-CARÍAS, A.; NJAIM H. y RACHADELL M. Obra Colectiva. (1.983). Ley Orgánica de Salvaguarda al Patrimonio Público. Colección Textos Legislativos No. 2. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

Arteaga Sanchez, A.; DIAZ CHACON F., HADDAD B., VICENTE HARO J. y MORENO BRANDT C. (2004). Comentarios a la Ley contra la Corrupción. Vadell Hermanos Editores. Valencia-Caracas.

Bacigalupo, E. (1.989). Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá-Colombia.

Badell, Grau & Dr Grazia. (2.005). Despacho de Abogados. Comentarios a la Ley contra la Corrupción. Cuadernos Jurídicos, No 11. Imprime Sempres, Caracas.

Berdugo Gómez de La Torre, I., ARROYO ZAPATERO, L. (1.999). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Editorial Praxis. Barcelona-España.

Bustillos, L. (2008). Doctrina Penal y Procesal Penal del Ministerio Público. 1987 al 2.006. Editorial Vadell Hermanos. Caracas.

Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malarée, H. (2.006). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Editorial Trotta. Madrid-España.

Carrasquilla Fernández, J. (1998). Derecho.Penal Fundamental. Tomo II. Teoría General del Delito y Punibilidad. Editorial Temis, Tercera Reimpresión. Santa Fe de Bogotá-Colombia.

Corvo Rivas, E. Comentarios a la Ley contra la Corrupción. Docente de la Facultad de Derecho de Universidad de Carabobo. Colaboración Especial. www.google.com.

Figuroa Ortega, Y. (2006). Los Delitos de Omisión Impropia en la Legislación Penal Venezolana. Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez. Obras Colectivas. Compiladora Carmen Luisa Borges Vegas. Fondo Editorial. Caracas.

Frías Caballero, J. (1996). Teoría del Delito. Editorial Livrosca. Caracas.

Gimbernat Ordeig, E. (2002). Ensayos Penales. La Omisión Impropia en la Dogmática Penal Alemana. Una Exposición. Editorial Tecnos. Madrid.

Gómez Mantellini, J. (2007). Ley contra la Corrupción. Comentada. Ediciones Paredes. Caracas.

Jakobs, G. (1996). La Autoría Mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal. Colombia.

Jescheck, H. (1981). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Editorial Bosch. Barcelona.

Jiménez de Asúa, L. (1984). La Ley y el Delito. Editorial Suramericana. Argentina.

Kaufmann, A. (2006). Dogmática de los Delitos de Omisión. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid-Barcelona.

León de Visani, E. (1997). Delitos de Salvaguarda. Editorial Livrosca. Caracas.

Maggiore, G. (2000). Derecho Penal. De los Delitos en Particular. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá.

Maurach, R. (1962). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Quinta Edición, Traducción de Córdova Roda, Juan. Barcelona.

Mit Puig, S. (2005). Derecho Penal-Parte General. Séptima Edición. Editorial B de F. Argentina.

Muñoz Conde, F. (2004). Teoría General del Delito. Tercera Edición, Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España.

Novoa, M. E. (1982). Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá.

Roxin , C. (1999). Derecho Penal-Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción y Notas: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas. Segunda Edición Alemana. Madrid-España.

Uberhofen, M. (1997). La Corrupción en el Derecho Comparado. Fundación Konrad Adenauer y CIEDLA Centro Disciplinario para el Desarrollo Latinoamericano. Argentina.

Welzel, H. (1956). Manual de Derecho Penal Parte General. Roque de Palma Editor. Buenos Aires.