

## Informe de Investigación

### TÍTULO: RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO EN SITUACIÓN DE GARANTE

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Penal	<b>Descriptor:</b> Delitos por Omisión
<b>Palabras clave:</b> Delito, Omisión, Garante, Empresario, Responsabilidad Penal.	
<b>Fuentes:</b> Doctrina, Normativa y Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 28/04/2011

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN</b> .....	<b>1</b>
<b>2. DOCTRINA</b> .....	<b>1</b>
a) Clasificación de las posiciones de garante.....	1
b) Diferencia entre los delitos de omisión propia e impropia.....	3
<b>3. NORMATIVA</b> .....	<b>6</b>
a) Código Penal.....	6
<b>4. JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>6</b>
a) Análisis de la responsabilidad de las empresas que captan e invierten fondos en su posición de garante respecto a los inversionistas.....	6
b) Elementos del tipo, análisis normativo y doctrinal .....	10

#### 1. RESUMEN

En el siguiente informe se incorpora una somera recopilación doctrinal, normativa y jurisprudencial sobre el tema de la comisión de delitos por omisión. A los efectos se abordan sus elementos configuradores, así como distintas clasificaciones, junto con jurisprudencia que versa sobre la responsabilidad penal que ostentan los empresarios, cuando se encuentran en posición de garantes.

## 2. DOCTRINA

### **a) Clasificación de las posiciones de garante**

[PERDOMO TORRES, Jorge Fernando]<sup>1</sup>

“El desarrollo dogmático de la omisión estuvo impregnado después de los aportes de la teoría del deber jurídico por una época en que la literatura se conoce como la “época causal”. Todas las elaboraciones doctrinales que surgieron en esta época estuvieron caracterizadas por el intento de demostrar la causalidad de la omisión; esta necesidad surgió de la diferenciación que hizo Luden entre delitos propios e impropios de omisión, pues llevó a que se considerara la prueba de que la omisión puede ser causal para el resultado como el requisito que permitiría afirmar la equivalencia del delito de comisión por omisión con el de comisión. Este intento de comprobar la causalidad de la omisión condujo necesariamente a que el tema específico del deber de evitación del resultado y su fundamentación, quedara de una u otra forma "relegado", pues a pesar de que la dogmática penal sufrió en ese tiempo una importante evolución que aportó criterios que hasta esa época no habían sido objeto de valoración, y que el desarrollo doctrinal pasó de buscar la punición de la omisión de la mano de una concepción ontológica (científica) a buscarla en una concepción normativa<sup>27</sup>, la problemática acerca de los fundamentos necesarios para hablar de lo que hoy se conoce como posición de garante, y que ya con Binding había sido en alguna medida vislumbrado, estuvo escondida tras la cortina causal. Por lo anterior y sin desconocer que los aportes dados en ese tiempo corresponden a una rica evolución en la dogmática penal, circunstancia que se reflejaría en trabajos individuales de grandes penalistas, los cuales ya contenían importantes exposiciones que hoy en día son parte esencial de la estructura del derecho penal moderno<sup>28</sup>, resulta importante a nuestro juicio, si se quiere delimitar un poco el desarrollo histórico de la problemática aquí planteada, abordar el estudio del aporte realizado por Kaufmann<sup>29</sup>, quien intenta con ayuda de la teoría de las funciones dar una fundamentación de las posiciones de garante que atiende puntos de vista materiales y funcionales, y, a la vez, reconducir la problemática que habían desencadenado Feuerbach y sus contemporáneos.

El punto de partida del pensamiento de Kaufmann se encuentra en la afirmación de que los delitos de comisión por omisión representan una forma autónoma de delito que debe ser entendida como infracción o violación de un mandato. Para este autor el hecho de que Nagler<sup>30</sup> reconociera que la estructura del delito impropio de omisión difiere en un elemento en relación con el delito de comisión (en el elemento típico adicional "posición de garante") es una muestra clara de que la posición de garante no es un elemento no escrito del tipo del delito de comisión;



en consecuencia, la omisión impropia no cumple los requisitos del tipo del delito de comisión, sino que por el contrario los de un tipo diferente e independiente; es decir, el de los delitos impropios de omisión<sup>31</sup>. Esta interpretación errónea de Nagler puede ser explicada, según Kaufmann, si se considera que todas las construcciones que se esforzaron en entender el delito impropio de omisión como un caso del delito de comisión, partieron de la idea de que la prohibición de causación del resultado abarca también la omisión de evitarlo, lo que según este autor debe ser rechazado ya que las normas deben ser diferenciadas de acuerdo con lo que ellas reclaman: en mandatos y prohibiciones. Por lo anterior, el delito impropio de omisión no se debe entender como la violación de una norma de prohibición, sino por el contrario, como un atentado contra un mandato que tiene como objeto una omisión, circunstancia esta que pone en evidencia a juicio de Kaufmann, que la omisión del garante se encuentra comprendida por un tipo diferente, es decir por el tipo formulado como mandato<sup>32</sup>.

Para poder hacer referencia a un delito impropio de omisión deben cumplirse dos condiciones: primero, debe existir un mandato de evitar el resultado que tenga como contenido específico la evitación de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos (condición que también toman como base algunos delitos propios de omisión<sup>33</sup>), y segundo, "una relación especial y estrecha entre el sujeto obligado por el mandato y el objeto garantizado, una posición del obligado que justifique la equiparación del omitir la evitación del resultado con la causación de éste, y eso según el contenido de injusto y el merecimiento de pena"<sup>34</sup>; es decir, la posición de garante. Como consecuencia de lo anterior, la función social de la posición de garante consiste según este autor, en "la protección de un bien jurídico"<sup>35</sup>, por lo que las posiciones de garante pueden dividirse en aquellas que buscan proteger el bien jurídico en especial y aquellas que tienen como función el control de fuentes de peligro (deberes de protección y deberes de aseguramiento). Como pertenecientes al primer grupo considera Kaufmann aquellos casos en los que la tarea del omitente consiste en la protección de determinados bienes jurídicos contra todos los atentados que estos puedan sufrir, pues el sujeto obligado por el mandato se encuentra aquí colocado en una determinada posición para el cumplimiento de una tarea específica que consiste en la protección de la víctima y sus bienes jurídicos. Por el contrario, el garante que está obligado al control de fuentes de peligro tiene como tarea precisamente el aseguramiento de éstas, independientemente de los bienes jurídicos que puedan ser amenazados por esa fuente."

## **b) Diferencia entre los delitos de omisión propia e impropia**

[MONTEALEGRE TOMÁS, Ana Gabriela]<sup>2</sup>

### **“A) TIPIFICACIÓN EXPRESA**

La primera diferencia en la que coinciden la gran mayoría de los autores es en la tipificación expresa de los delitos de omisión propia versus la falta de tipificación de los delitos de omisión impropia.<sup>235 236</sup>

En cuanto a esta diferencia se refiere, debido a la falta de tipificación que presentan los delitos de omisión impropia, algunos autores los han descrito como "una nueva expresión de responsabilidad objetiva".<sup>2</sup>

Esta descripción se debe al problema que presenta el no estar tipificados ya que esto violentaría el principio de legalidad, al cual se examinará en el siguiente capítulo.

### **B) DEBER DE VIGILANTE O DE GARANTE**

Este constituye la principal diferencia entre ambas figuras, ya que debido a este deber el autor está llamado a evitar el resultado dañoso, no sólo a realizar una acción ordenada como sucede en la omisión propia.

Existe una relación "especial" que vincula al autor con el bien jurídico tutelado para impedir algún daño que pueda sufrir el mismo.<sup>238</sup>

### **C) NORMAS QUE SE VIOLAN**

Algunos autores opinan que con la propia omisión se viola una norma de carácter penal mientras que con la omisión impropia se viola una norma de cualquier rama del derecho.<sup>239</sup>

Otros autores añaden que con la omisión propia lo que se trasgrede es una norma preceptiva o de mandato y con la comisión por omisión lo que se trasgrede es una prohibición. Consideran que se trasgrede una norma prohibitiva en el caso de la comisión por omisión por equipararse la misma a la acción.<sup>240 241</sup>

### **D) EL RESULTADO**

En los delitos de omisión simple se les compara con los delitos de mera actividad en los delitos activos porque no se necesita la producción de un resultado dañoso para sancionarlos, ya que lo que se castiga es la conducta que no se desplegó. En cambio, en los delitos de omisión impropia se trata de establecer una vinculación

directa entre la conducta no realizada con la efectiva producción del resultado.<sup>242</sup>

Si bien es verdad que al realizar la acción ordenada por la norma, se pretende que no se produzca un resultado dañoso, el autor no se encuentra obligado por el legislador a evitar ese resultado, sino a cumplir con el despliegue de la acción requerida y, es por esto, que la producción de un resultado en específico no se incorpora como parte del tipo.<sup>243</sup>

El autor Gómez López afirma que es necesaria la producción del resultado dañoso, el cual el sujeto estaba llamada a evitar por el ordenamiento para salvaguardar el bien jurídico tutelado, en los delitos de omisión impropia.<sup>244</sup>

La posición de garante ha tenido una larga trascendencia en la historia de la teoría general del delito. Se trata de una figura muy controversial por el temor que inspira la imposibilidad de poder abarcar todos los casos en que una persona debe ser sancionada por no ejecutar una conducta requerida por el ordenamiento y que ha ocasionado una lesión a un bien jurídico tutelado.

El temor o recelo que presentan los dogmáticos al referirse a ella es comprensible, ya que la misma consiste en la línea divisoria entre ser sancionado por el delito de homicidio o ser sancionado por una omisión de socorro, donde las consecuencias son totalmente diferentes unas de otras y más graves en el primer caso.

Esta línea divisoria si bien puede parecer teóricamente muy clara y distinta de la omisión propia, la realidad es que en la práctica si no se tiene bien claro los elementos que constituyen la posición de garante, la diferenciación puede ser muy difícil y engañosa.

En cuanto a la omisión propia y la impropia se refieren, al acercarse a la omisión impropia a la acción se está cometiendo un error, ya que la comisión por omisión, como su nombre lo dice, tiene más en común con la omisión que con la acción, esto porque tanto su estructura objetiva como subjetiva son similares y sólo difieren en algunos aspectos.

Aunque me encuentro de acuerdo en que tanto la acción como la omisión se fusionen en un concepto unitario, como ya lo había expresado en el capítulo I, estimo que esa unión es posible no gracias a la forma en que se vulnera la norma, sino en que en las dos se da una afectación a un bien jurídico.

Aquellos que afirman que la separación que se hace de los delitos omisivos propios y los impropios se basa en la relevancia o jerarquía de los bienes jurídicos que afectan, en mi opinión, no cuentan con una razón válida para establecer dicha clasificación, ya que los delitos de acción también afectan distintos bienes jurídicos



de distintas jerarquías e importancia y no por eso se debe crear una clasificación distinta para cada uno de ellos.

Sin embargo, sigue siendo primordial establecer qué personas y bajo qué circunstancias deben ser acreedoras del deber de garantía de los bienes jurídicos tutelados de un tercero. Para lograr esto es imprescindible, antes de recurrir a la creación de nuevas teorías por parte de la doctrina, echar un vistazo a qué política criminal seguirá un país y cuáles relaciones sociales son más importantes para una comunidad.

Es debido a lo anteriormente expuesto que analizaré la función de la política criminal dentro de una sociedad y cómo ha sido abordada la misma dentro de la redacción del futuro Código Penal costarricense en el capítulo V.

Es importante también establecer límites para la interpretación judicial de cualquier tipo penal, ya sea éste de acción o de omisión.

En mi opinión, la figura de la omisión es menos complicada de lo que parece y menos peligrosa también, si es regulada de acuerdo a los parámetros establecidos por la Teoría General del Delito.

En lo que si estoy de acuerdo con la mayoría de los autores consultados es en la necesidad de una clara tipificación de la posición de garante, lo cual no debe constituir motivo de angustias para los legisladores, afirmación que pretendo justificar más adelante al finalizar el presente trabajo de investigación.”

### **3. NORMATIVA**

#### ***a) Código Penal<sup>3</sup>***

##### **Artículo 18.- Forma del hecho punible.**

El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.



#### 4. JURISPRUDENCIA

##### ***a) Análisis de la responsabilidad de las empresas que captan e invierten fondos en su posición de garante respecto a los inversionistas***

[SALA TERCERA]<sup>4</sup>

"VI.- [...]. Por otra parte, y suponiendo que no se hubiere podido establecer actuaciones (acciones positivas) a los encartados, tampoco analizó el Tribunal, como era su deber en un caso como el presente, si los absueltos pudieron haber incurrido en alguna responsabilidad penal por omisión, conforme al párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal, al disponer que "... cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo". Tómese en cuenta que los jefes, administradores, encargados, miembros de la junta directiva y demás personeros de una empresa que se dedica a receptar fondos del público con el fin de invertirlos en actividades supuestamente lucrativas, asumen un clarísimo deber legal frente a aquellos ciudadanos que realizan la inversión, al menos el deber de vigilar de manera responsable que el dinero efectivamente se invierta en la actividad económica prometida, que esa actividad sea cierta, lícita y que no se les defraude. Al eludir ese análisis, el Tribunal de Juicio incumplió el deber de fundamentación que se acusa violado en el recurso del Ministerio Público. Ya esta Sala había indicado, siguiendo la teoría de la omisión impropia acogida en el artículo 18 del Código Penal, que es posible para los representantes legales, personeros o miembros de la Junta Directiva de una empresa delegar las funciones en otras personas para que éstas asuman sus responsabilidades, pero ello es admisible sólo "... tratándose de empresas complejas, con un gran volumen de trabajo, siempre que quien delegue las funciones gire adecuadas instrucciones a sus subalternos para que éstos no realicen hechos lesivos; que eviten cualquier irregularidad de la que puedan percatarse; que seleccionen a personas idóneas para desempeñar las funciones delegadas; que los supervisen y suministren a éstos los medios necesarios para cumplir con sus obligaciones; y, fundamentalmente, que la repartición de funciones responda a exigencias propias, concretas y constantes de la empresa..." (Sentencia N° 10-F de 15 hrs. del 21 de enero de 1988, Sala Tercera). El Tribunal de Juicio no analizó si en efecto hubo una delegación de funciones o si los encartados permitieron que sus nombres se utilizaran para realizar actividades ilícitas, y la responsabilidad penal que en cualquiera de esos supuestos pudieron haber asumido por omisión. Tómese en cuenta que la posibilidad de delegar funciones en otros puede realizarse sólo cumpliéndose con los presupuestos antes apuntados, situación que tampoco se examinó en la



sentencia del Tribunal de Juicio, no obstante que la absolutoria se sustentó en que los encartados no conocían de las actividades de las empresas en que ellos mismos figuraban como personeros. En ese mismo fallo se señalaba que "... el ejercicio de la mayoría de las actividades profesionales y los roles que asumimos, implican a su vez la necesidad de asumir una determinada posición de garante en relación con diferentes bienes jurídicos fundamentales para nuestra comunidad. Así, por ejemplo, se le impone un mínimo deber a un comerciante el conocer la lista oficial de precios para que en su establecimiento no se cometa el delito de especulación en perjuicio de los consumidores, y desde ese punto de vista el comerciante asume la posición de garante frente a la comunidad, lo mismo que el médico en relación con la vida de su paciente; el ingeniero civil en relación con los aspectos técnicos de una construcción, para que no se derrumbe; el conductor de vehículos en relación con los peatones; etc. (Sobre la posición de garante véase WESSELS, Johannes. Derecho Penal. Parte General. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 214 ss.). Los editores de los diarios, en virtud de la norma citada de la Ley de imprenta, asumen una posición de garante frente a la sociedad, en el sentido de que deben controlar que sus publicaciones sean veraces, y no lesionen el honor de los ciudadanos, motivo por el cual se les exige efectuar una tarea muy importante de control. Cuando se falta a ese deber, eventualmente pueden asumir responsabilidad penal por omisión..." (Sentencia de la Sala Tercera últimamente citada). Para tales efectos debe tomarse en consideración, además, que en un caso como el presente referido a las responsabilidades de los personeros y directores de una empresa mercantil dedicada a captar fondos del público para invertir y a vender públicamente valores mercantiles, la posición de garante surge por un lado de la propia ley, como por ejemplo de las normas contenidas en el Capítulo Tercero del Título Iº del Libro Iº (arts. 17 ss.); del Capítulo único del Título IV también del Libro Iº (arts. 398 y ss.); así como los artículos 181, 182, 183, 189, 226, 229, 231, y 233, todos del Código de Comercio, tanto en su redacción actual como la que tenían a la fecha de los hechos, sin hacer referencia a las normas que regulan la Bolsa Nacional de Valores por ser de 1990, y a la Ley de Regulación de la Publicidad de la Oferta Pública de Valores por ser de 1988. Además, por otro lado, esa posición de garante también surge de la costumbre, de las tradiciones, y de las circunstancias, sobre todo en casos referidos al ámbito bursátil, mercantil y empresarial, regido por la tradición, la costumbre y las prácticas, entre las que sobresalen la buena fe, la confidencialidad, la exactitud y la lealtad en la información suministrada entre los distintos sujetos que se interrelacionan, según lo refieren los artículos 2, 3 y 4 del Código de Comercio. Tratándose de empresas, es evidente que la legislación comercial y las regulaciones del mercado bursátil y financiero (tanto del país donde esté operando la sociedad o la empresa, como las regulaciones de los países donde estén ubicados los inversionistas), le imponen una serie de deberes a los directores, con el propósito de que la captación de



dineros del público para invertir en acciones se realice sin afectar los derechos de esos inversionistas y de los ciudadanos en general, ni la economía o la imagen del país, aún cuando se trate de sociedades constituidas en el extranjero, pues de acuerdo con los hechos de la sentencia operaron en Costa Rica y mantuvieron oficinas abiertas, y fue desde aquí donde captaban inversiones de los ofendidos ubicados también en el extranjero. En especial obsérvese que el artículo 229 del Código de Comercio dispone que "las sociedades extranjeras que transfieran su sede social a la República, continuarán rigiéndose por las leyes del país donde fueron creadas en lo que respecta a su pacto social, pero quedarán sujetas a las leyes de orden público de Costa Rica...", como resulta ser la legislación penal y la que la complementa. En igual sentido, el artículo 404 del Código de Comercio establece lo que constituye una "venta pública" de acciones y títulos valores, calificando como tales las que se realicen por medio de "... publicaciones en periódicos u otros medios publicitarios, folletos y revistas, invitando a la suscripción de los valores o acciones...", como ocurrió en el caso de autos, lo cual era a su vez regulado, en aquella época por el artículo 403 del Código de Comercio (hoy sustituido por la Ley Reguladora del Mercado de Valores N° 7201 de 1990), aplicable al caso por ser más favorable que la legislación sustituta, el cual exigía, entre otras cosas, que "... desde el momento en que funcione en el país la primera bolsa de comercio, debidamente autorizada conforme a este capítulo y facultada para tales transacciones, no podrá realizarse la venta pública de acciones y títulos-valores a menos que las respectivas emisiones estén registradas en cualquiera de las bolsas que estén facultadas para ello...". Para tales efectos debe tomarse en consideración que ya para la fecha de los hechos a que se refiere este asunto funcionaba en Costa Rica la Bolsa Nacional de Valores, pues como bien se indica "... con la apertura en 1976 de la Bolsa Nacional de Valores S. A. se empieza a construir en Costa Rica un mercado de valores organizado, el que por razones históricas, se levanta sobre una estructura jurídica débil. Dicho mercado de valores nace bajo la tutela del Título IV del Libro I del Código de Comercio, cuyo contenido es de escasos 13 artículos, que en principio van a regular los requisitos de constitución y funcionamiento de las bolsas de comercio (bolsas de valores, de mercancías, de productos, de metales, etc.) y algunos aspectos de registro de los emisores de títulos y de los agentes que negociarán en las bolsas..." (CHINCHILLA, WILLIAM. Notas sobre la Comisión Nacional de Valores y su estructura administrativa. San José, s. p., 1984, p. 4). Este artículo 403 del Código de Comercio vigente a la fecha de los hechos fue luego sustituido en 1990 por una legislación más rigurosa, que contiene mayores exigencias y controles para las empresas y personas que deseen realizar una "venta pública" de acciones y valores de comercio, por ello resulta aplicable para apreciar la situación que se examina en el caso de autos, por resultar más favorable que la legislación vigente a los intereses de los acusados. En lo que al caso se refiere, de acuerdo con los

documentos incorporados al debate [...] la compañía matriz [...] inscribió su personería, conforme lo ordena el artículo 226 del Código de Comercio, de lo cual se desprende el deseo de abrir sucursal o trasladar la sede al país. Por otra parte, conforme se indicó, es claro que las personas que aparezcan en la propaganda de una empresa y que figuran como directores de la misma, que se dedique a captar fondos del público, asumen una posición de garantes frente a los inversionistas que atendiendo la publicidad envían fondos a la empresa con la esperanza de capitalizar, según las reglas lícitas de la economía de mercado. Se trata de una relación de evidente buena fe, que obliga a esos directores a asumir en forma responsable una serie de deberes, los cuales de ser incumplidos o al menos eludidos podría acarrearles responsabilidad civil, comercial y eventualmente penal. El fallo recurrido no realiza un análisis sobre estos extremos en relación a cada uno de los imputados absueltos, por lo que se vicia la fundamentación conforme lo reclama el Ministerio Público."

#### ***b) Elementos del tipo, análisis normativo y doctrinal***

[SALA TERCERA]<sup>5</sup>

"II.- En su segundo motivo, el abogado defensor de J. invoca fundamentación contradictoria de la sentencia. En su queja, el recurrente interpreta que el Tribunal argumentó en la sentencia, que su defendido se situaba en posición de garante y que por tanto debió haber actuado de una determinada forma a favor de la ofendida J.A., dando a entender que al no hacerlo, incurrió en un delito de homicidio mediante omisión impropia. Por lo anterior, surge la duda si la condena es por una acción o por una omisión, siendo que en cualquiera de los dos supuestos, es insuficiente la fundamentación. No lleva razón el recurrente en su reclamo. En la sentencia oral, tal y como consta en el dvd respectivo, a partir de las 12:04:20, que el a quo procedió a establecer una amplia fundamentación, sobre las razones por las cuales estimó que debía condenarse al imputado JA. Para esos efectos identifican en cuatro eventos, los hechos que estiman demostrados, con base en la requisitoria fiscal. Estos cuatro eventos se identifican como: a) cuando el ofendido J.G. es introducido por J. y J.G. dentro del vehículo, en los alrededores del Hotel El Rey, situación que explican los Jueces (12:08:30 del dvd), es observada por los testigos C., y J. C. observó como un sujeto negro agredía a una persona y el sujeto blanco impedía que la gente se acercara al sitio y entre los dos, introdujeron al vehículo al ofendido. Este testigo explicó que dichos sujetos viajaban en un vehículo Hyundai color verde. Paralelo a esto, J. intentó darle seguimiento a dicho automotor, sin embargo no lo logró por problemas mecánicos. Ambos deponentes dan aviso al 911 de esta situación, brindando las características del vehículo y su número de placa, situación que se corroboró con el informe de folio 11 del expediente; b) los imputados ubican a la



ofendida J.A., situación que exponen los Juzgadores (12:14:35 del dvd), es provocada por la golpiza sufrida por J.G., quien es compelido a decir dónde se encontraba J.A. Este evento es presenciado por el testigo M., quien es vendedor de periódicos y conocía a la víctima J.A. Narra como llegan dos sujetos a bordo de un vehículo color verde del cual desciende el acompañante y diciendo “aquí está la mujer que buscamos”, para luego iniciar un forcejeo, hasta lograr introducirla contra su voluntad dentro del vehículo y marcharse; c) la ofendida es obligada a salir del vehículo herida de muerte, cerca de la Fuente de la Hispanidad. Este acontecimiento debe ser necesariamente relacionado con el primero, ya que en aquél evento, el testigo C. había visto el cuchillo que portaba J.G. cuando abordó al ofendido J.G. Con dicha arma, hieren en al menos nueve ocasiones a J.A. El presente hecho, es observado por la testigo E., quien auxilia a la víctima; d) el último evento, es cuando el ofendido J.G. es obligado a abandonar el vehículo y la detención de los imputados. Razona el a quo, que ese acontecimiento ocurre sobre la misma autopista sobre la que los imputados abandonaron a la ofendida y que la detención de éstos no fue al azar, ya que los testigos mencionados en el primer evento, ya habían dado la información al 911 sobre las características del vehículo y su número de placa. Es así como los oficiales Eladio Cordero Montero y Fernando Bolaños Quesada observan al agraviado J.G., rodando a escasos metros del automóvil en el que se desplazaban los aquí acusados, a quienes detienen, previa resistencia al arresto del coimputado J. Valga mencionar que en el lugar donde se encuentra a la ofendida J.A., son encontrados unos volantes de una casa de préstamos, con la leyenda “con nosotros sí”, siendo que en el interior del vehículo, son decomisados el mismo tipo de volante, junto con el hallazgo del cuchillo ensangrentado en el medio de los asientos delanteros, sangre que, según las pericias de folio 230, pertenece a la ofendida. A lo largo de la explicación que brindan los jueces a través de los cuatro eventos descritos anteriormente, queda en claro que la condena atribuida al acusado J., fue a título de autor de los delitos acusados, al existir un “hilo conductual” entre los cuatro eventos anteriormente mencionados. Para mayor claridad, en el dvd que contiene la sentencia, a las 12:33:30 el Tribunal concluye que: “Vente es la persona que activamente participa en la agresión del ofendido J.G., lo obliga a ingresar al carro, sabía que era lo que estaba pasando, sin su participación, este evento no ocurre en las dimensiones en que se desarrolló y concluyó. Él es el que participa en el levante de la ofendida y posteriormente aduce que él no es la persona que agrede. Existe una co-participación, él no estaba de forma aislada y muestra de ello es su accionar al momento de la detención.” (subrayado se suple) Valga realizar un breve análisis sobre el planteamiento del recurrente, en cuanto a la posición de garante, que según él debió fundamentarse mejor. Los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, poseen características de la comisión y de la omisión y surgen



cuando una persona, estando obligada a actuar, omite un comportamiento y es a través de ese comportamiento que se produce un delito: “En los delitos de omisión impropia, por el contrario se le impone al «garante» un deber de evitar el resultado. La producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que vulnera su deber de evitar el resultado se ve gravado con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico.” ( Jescheck , Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal . Vol II, p. 833). Esa obligación de actuar o posición de garante de un bien jurídico tutelado, puede tener diferentes orígenes, según la teoría que se siga. Así, la teoría tradicional dice que tiene su origen en la ley misma, en un contrato, en una conducta anterior, la asunción de hecho y las relaciones de lealtad. La teoría formal material establece que solo existe una posición de garante si existe una obligación extra penal de evitar el resultado. La teoría de las funciones de Kauffman, que es la concepción dualista material, señala que esa posición de garante deriva de dos tipos de situaciones: a) cuando la persona tiene el deber de proteger los bienes jurídicos de los riesgos que puedan afectarlos, y b) cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgo (ver Velásquez, Fernando. Manuel de Derecho Penal, 2004, p. 331). Acerca de la posición de garante, esta Sala ha asumido una postura en la que se acepta que surge como consecuencia de: “en una primera hipótesis, en aquellos casos que surgen a partir de una situación anterior entre las partes, de donde puede deducirse que uno de los sujetos asume el deber de protección y el otro actúa confiado en la expectativa de que el otro cumplirá con el deber de protección (en cuanto al deber de actuar conforme a la expectativa, cfr. Sánchez Vera y Gómez-Trelles, Javier, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Primera Edición, 1995, pp. 23-25; 30 y ss.). La posición de garante también surge cuando uno de los sujetos de la relación o situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de una fuente de peligro (sobre la posición de garante derivada de la satisfacción de expectativas, cfr Sánchez Vera y Gómez-Trelles, op.cit., pp. 68 y ss.). Un contrato o relación jurídica entre las partes también puede generar obligaciones de actuar y de vigilar que no se produzcan los resultados desaprobados por la norma (véanse los ejemplos sobre estas hipótesis en Bacigalupo, Lineamientos, op. cit., pp. 147 y ss.). La omisión impropia que se genera al encontrarse alguien en posición de garante, obliga, entonces, a que el análisis judicial se concentre en detectar primero si existe un deber de actuar conforme a la norma preceptiva en juego.” (Resolución 00789-99, de las 10:55 horas, del 25 de junio de 1999). En los delitos de omisión impropia, la posición de garante forma parte del tipo penal, de acuerdo a la relación que necesariamente debe hacerse con el artículo 18 de nuestra legislación penal, que funciona como un dispositivo amplificador del tipo penal. Así, en cuanto a la posición de garante



de los padres respecto a los hijos, la doctrina alemana ha referido que “las obligaciones de los padres respecto a los hijos cuando son muy pequeños se refieren a la alimentación, a mantenerlos limpios, etc. Pero en general estas obligaciones son evitar lesiones corporales de los niños, causadas por sí mismos o por un tercero, y, en general, realizar acciones que conserven o preserven la vida del menor.” ( Albrecht , citado por Castillo González, Francisco. El delito de omisión impropia. 2007, p. 170). En el caso concreto, no es posible concebir que el imputado J. se encontrara en posición del garante con respecto a la ofendida J.A., pues tal y como quedó plenamente demostrado, existió por el contrario, un codominio funcional en un hecho realizado activamente, y que por lo tanto, excluye la figura de omisión impropia. Con base en lo anteriormente expuesto, y al existir una debida fundamentación, se declara sin lugar el reproche.”

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 PERDOMO TORRES, Jorge Fernando: *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 31-37.
- 2 MONTEALEGRE TOMÁS, Ana Gabriela: *La Discusión sobre la Posición de Garante en el Proyecto de Código Penal*, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004, pp. 149-155.
- 3 Ley No. 4573, del 4 de mayo de 1970.
- 4 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 339-1994, de las catorce horas con treinta minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 973-2009, de las ocho horas con cuarenta y siete minutos del catorce de agosto de dos mil nueve.