

DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA O DE COMISIÓN POR OMISIÓN

Rama del Derecho: Derecho Penal. Descriptor: Derecho Penal Especial.

Palabras Claves: Delito de Omisión Impropia, Delito de Comisión por Omisión, Sala Tercera Sentencias 973-09, 1253-10, 204-11, 1378-11, 239-12, 716-13, 657-13, 869-13, Trib. Casación Penal de San José Sentencia 812-02 y Trib. Apelación de Sentencia Penal San Ramón Sentencia 587-12.

Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia. Fecha: 30/09/2014.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
Forma de Realizar el Hecho Punible	2
DOCTRINA	3
Oimisión Propia E Impropia	3
Postura Personal sobre la Posición de Garante	4
Antijuridicidad y Culpabilidad en los Delitos Impropios de Omisión	6
JURISPRUDENCIA	7
1. Delitos de Omisión Impropia, Posición de Garante y Síndrome d Agredido	
2. Delito de Comisión por Omisión y Robo Agravado	14
3. Delito de Omisión Impropia y la Posición de Garante	18
4. Características y Análisis Sobre la "Posición de Garante" Elemento del Tipo	Como

5.	Omisión Impropia Y Homicidio Culposo	21
6.	Comisión por Omisión en el Delito de Falsedad Ideológica	24
7.	La Figura del Garante	25
	Delito de Comisión por Omisión, Posición de Garante, Delito sedad Ideológica	
	Delito de Omisión Impropia: Elementos del Tipo, Análisis Normativ	•
10.	Omisión Impropia y Prescripción	32

RESUMEN

El presente documento contiene jurisprudencia y doctrina sobre los **Delitos de Omisión Impropia o de Comisión por Omisión**, considerando los supuestos del artículo 18 del Código Penal, el cual prevé las formas de comisión del delito y entre ellas la omisión.

NORMATIVA

Forma de Realizar el Hecho Punible

[Código Penal]i

Artículo 18. 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.

DOCTRINA

Oimisión Propia E Impropia

[Schünemann, B.]

[P. 74] (1) Una vez que hemos determinado el concepto de omisión, hemos de abordar brevemente la distinción tradicional entre delitos omisivos *propios* e *impropios*, que puede formularse también —si se cambia la mirada de la norma al sustrato de la norma— como distinción entre omitir propio e impropio.

- a) La doctrina dominante sitúa la distinción en que el delito de omisión impropia se corresponde con el delito de resultado y el de omisión propia con el delito de mera actividad¹. Bien es verdad que cabe sustentar este paralelismo en tanto que acuerdo terminológico, pero carece de sentido con vistas a nuestros fines. Para nuestra tarea de buscar los «delitos omisivos no expresos» resulta desde el principio indiferente el que busquemos correlatos de los delitos de resultado o de mera actividad; la indicación de lo que buscamos, por tanto, no puede facilitarla la terminología dominante.
- b) Los principios de la formación de conceptos que tiene presente su objetivo requieren, pues, que sinteticemos los «delitos omisivos no expresos» buscados en un término, para lo cual se ofrece el criterio de la *impropiedad*. Parece en principio plausible la terminología de Armin Kaufmann, Welzel y Schröder², quienes denominan propios a los delitos omisivos mencionados expresamente en la propia ley, e impropios a los no mencionados en ella. Con esta delimitación positivista habríamos encontrado un concepto básico, pero al mismo tiempo habríamos dificultado bastante nuestra labor: no es improbable que algunos de los delitos omisivos regulados expresamente en la ley presenten la misma estructura que los que buscamos; en vista de lo cual no sería razonable creamos dificultades para percibir lo común utilizando conceptos distintos.
- c) El contenido conceptual de la «omisión impropia» se desprende, de manera más eficaz, del objetivo de nuestra obra. Dado que los «delitos de omisión no expresos», como se reconoce en general, han de ser equiparables a los delitos comisivos, definimos a la omisión impropia como la no realización, equivalente a la comisión, de una acción individualmente posible; las omisiones propias serían entonces todas las demás. Bien es verdad que de este modo hemos de asumir que sólo después de resolver la problemática de la equiparación, y no antes, sabremos lo que ha

¹ Antes, p. ej.: Geoegakis, Hilfspflicht, pp. 15 s.; M. E. Mayer, Lehrbuch, p. 190; hoy, entre otros, Mezger-Blet, AT, pp. 8^ss.; I.K, introd., pp. 33 ss.; Jescheck, Lehrbuch, p. 402.

² Kaufmann, Dogmatik, pp. 206 ss., 275 ss.; JuS 1961, 174; Welzel, Strafrecht, pp. 202 s.; Schonke-Schróder, núm. marg. 79 ante § 1.

de entenderse en concreto con este concepto; pero así tiene que ser, pues llevaría a incurrir en una estéril jurisprudencia de conceptos el pretender efectuar una definición dotada de contenido antes de haber resuelto el problema material.

- d) Así pues, el concepto de la «equivalencia a la comisión» sólo podemos analizarlo paso a paso. En este lugar no resulta ni siquiera posible una
- **[P. 75]** explicación de teoría de las normas, pues la concepción antigua de que los delitos de omisión impropia, a diferencia de los de omisión propia, no vulneran normas de mandato, sino de prohibición³, no cabe sustentarla, estrictamente hablando, en teoría de las normas, como ha demostrado Armin Kauf-mann⁴, y si uno se basa en un concepto algo más impreciso de norma de prohibición, incurre en la distinción que procede por analogía con los delitos de mera actividad y de resultado, ya rechazada *supra*.

De nuestra determinación conceptual se deduce en seguida que sobre el *concepto concreto* de omisión impropia desarrollado por Androulakis⁵ no podemos resolver ya en este capítulo dedicado a los fundamentos conceptuales y metodológicos, sino sólo más adelante en relación con el examen de cuestiones materiales que vamos a abordar a continuación.

Postura Personal sobre la Posición de Garante

[Castillo González, F.]iii

- **[P. 158] # 115.** Dice Jakobs⁶ que la determinación de la posición de garante es una difícil tarea de la dogmática de la Parte General, pero que es indispensable, porque la ley misma es indetermina-
- [P. 159] da, de modo que es prioritario establecer el lugar de la posición de garante dentro del sistema de imputación penal y los límites de la responsabilidad penal.

Podemos dividir las posiciones de garante en dos grandes grupos:

- (1) Posiciones de garante *de protección o custodia*, que involucra las siguientes:
 - Relaciones familiares (naturales)
 - Relaciones estrechas de comunidad de vida y participación en una comunidad de peligro

³ Cfr. v. Hippel, II, pp. 153 ss.; v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch, p. 173; hoy asimismo Baumann, Strafrecht, p. 226; Maurach, AT, p. 492.

⁴ Dogmatik, pp. 257 ss.

⁵ Studien, pp. 140 ss., 158 ss.

⁶ Asi, *Jakobs*, A.T., 29/26.

- Efectiva asunción voluntaria de una posición de garante
- Posición de garante de órganos y de funcionarios públicos.
- (2) Posiciones de garante de seguridad o vigilancia.
 - Dominio fáctico y jurídico sobre cosas peligrosas
 - Responsabilidad por el comportamiento antijurídico de un tercero
 - Hecho precedente peligro (injerencia)
 - Responsabilidad por el producto.

A la hora de elaborar este esquema hemos seguido a Kühl⁷, a Roxin⁸ y a Wessels/Beulke⁹, con la diferencia de que estos últimos autores acuerdan un lugar independiente a los casos de responsabilidad por el producto, mientras que Kühl lo considera como caso de injerencia. Creemos que la temática de responsabilidad por el producto requiere un análisis independiente del análisis de la responsabilidad por injerencia.

En nuestra opinión los criterios formales,- ley, contrato, hecho previo peligroso y las estrechas relaciones de vida-, no abarcan todas las obligaciones que fundamentan una posición de garante. Tampoco convence la teoría formal-materlal, que no per-

[P. 160] mite fundar una posición de garante en situaciones tácticas. Pero las teorías materiales tampoco dan una respuesta satisfactoria al fundamento de la posición de garante. Sin embargo, sí hay un fundamento general de todas las posiciones de garante: es la situación de desprotección de la víctima con relación al autor, tomada en consideración por la ley o causada por el omitente al realizar acciones precedentes o tener bajo su dominio cosas que elevan el peligro para el bien jurídico. Esta desprotección de la víctima obliga al omitente a realizar la acción esperada para evitar el resultado conforme a requerimientos jurídicos sociales. Por esa relación de dependencia fácitica y jurídica, la víctima confía en la acción esperada, que impedirá el resultado que amenaza su bien jurídico. La relación de dependencia de la víctima considerada por la ley, el aumento del peligro para el bien jurídico por acciones del omitente, y la confianza en que el causante evitará el peligro creado son fundamentos generales de la posición de garante. Aparte de este fundamento general, cada posición de garante tiene particularidades que serán estudiadas a la hora de examinar cada una en concreto.

⁷ Así, *Kühl*, A.T. ,§18, Rdn. 46 a).

⁸ Así, *Roxin,* A.T., Bd. II, § 32, Rdn. 107.

⁹ Así, *Wessels/Beulke*, A.T. Rdn. 716.

Antijuridicidad y Culpabilidad en los Delitos Impropios de Omisión [Bacigalupo, E.]^{iv}

- **[P. 154]** 1. La *antijuridicidad* de un comportamiento típico se define como la realización del tipo no amparada por causas de justificación: todo comportamiento típico será antijurídico, a menos que esté autorizado por una causa de justificación. Esto rige tanto para un delito de comisión como para uno impropio
- **[P. 155]** de omisión. Si no hubieran otras razones, esta afirmación se deduciría, indudablemente, ya de que los delitos impropios de omisión constituyen una variedad de los de comisión y son por lo tanto una forma de realización de un tipo penal formulado en forma activa. En la práctica se presentarán con mayor frecuencia casos de estado de necesidad por colisión de deberes: el deber de garante (que impone la realización de la acción tendente a evitar el resultado) y otro deber que en el mismo momento imponga al autor otro comportamiento excluyente de este. A este respecto solo cabe apuntar al margen que la teoría más moderna admite la existencia de un estado de necesidad justificante en los casos de colisión de deberes de igual jerarquía, pues, se afirma con razón, quien de todos modos cumple con un deber no obra antijurídicamente. Este punto de vista es válido inclusive en aquellos códigos penales que regulan el estado de necesidad por colisión de bienes atribuyéndole efecto justificante solo a la acción que sacrifica el bien menor para salvar al mayor. La diferencia de soluciones radica en la naturaleza de la colisión de deberes¹⁰.
- 2. Tampoco la culpabilidad del delito impropio de omisión coincide sustancialmente con la de los delitos de comisión. En la teoría domina el punto de vista de que la gravedad de la culpabilidad de una comisión por omisión es menor que la de la realización activa del tipo. Esto tiene naturalmente incidencia en la graduación de la pena. El nuevo texto del Código Penal alemán prevé la posibilidad de una atenuación de la pena (§ 13, ii).

En el nivel de los presupuestos de la pena (es decir en la teoría del delito), no hay ninguna diferencia sustancial.

-

¹⁰ Cfr. Stratenwerth, loe. cit., pág. 145; otra opinión, Jescheck, *Lehrbuch*, pág. 293.

JURISPRUDENCIA

Delitos de Omisión Impropia, Posición de Garante y Síndrome de Niño Agredido

[Sala Tercera]^v Voto de mayoría:

"I. [...] De previo y a fin de una mejor comprensión de lo resuelto, resulta fundamental referir los hechos que el Ministerio Público le atribuyó al encartado E: "1. Para antes de las fechas que se dirán los encartados **E y M** establecieron una unión de hecho. [...] 8. En fecha 10 de enero del 2010 en el Hospital de Heredia, nació la menor ofendida R (se suprime el nombre y en su lugar se ponen sus iniciales, en atención a que se trata de una menor de edad, en el original se muestra el nombre completo), producto de la unión de la señora M y un sujeto de calidades desconocidas en autos. En virtud del nacimiento de la menor y según previamente lo habían pactado, en fecha 19 de enero del 2010 la señora B y la encartada M se presentaron ante la oficina Local de Heredia Sur del Patronato Nacional de la Infancia con la finalidad de solicitar la intervención de esta entidad para formalizar la entrega de la menor agraviada. Una vez en el lugar, la señora Barrantes y la encartada M son atendidas por la imputada MN, Trabajadora Social, quien las entrevistó con el objetivo de valorar a la acusada M como recurso idóneo para la ubicación de R (se suprime el nombre y en su lugar se pone su inicial, en atención a que se trata de una menor de edad, en el original se muestra el nombre completo). 9. Luego de valorada la situación socio- económica de la encartada M, en fecha 5 de febrero del 2010 la acusada MN emitió un Informe Social mediante el cual recomendó que la menor R (se suprime el nombre y en su lugar se ponen sus iniciales, en atención a que se trata de una menor de edad, en el original se muestra el nombre completo), fuera ubicada bajo la responsabilidad de la imputada M. Acogiendo la recomendación emitida por la encartada MN, la Licenciada Marcela Ramírez Ulate en su condición de Representante Legal de la Oficina Local de Heredia Sur, emitió la resolución de las 9:00 horas del 8 de febrero del 2010 mediante la cual ordenó como medida cautelar el cuido provisional de la niña R (se suprime el nombre y en su lugar se ponen sus iniciales, en atención a que se trata de una menor de edad, en el original se muestra el nombre completo), en el hogar de la encartada M por el término de tres meses, medida que vencería el 8 de mayo del 2010. En esa misma fecha – 8 de febrero del 2010- al ser las 12:20 horas la encartada M aceptó el cargo de cuidadora provisional de la menor ofendida y juró cumplirlo fielmente. 10. Una vez entregada la menor agraviada R (se suprime el nombre y en su lugar se ponen sus iniciales, en atención a que se trata de una menor de edad, en el original se muestra el nombre completo), en custodia provisional, la encartada M la trasladó hasta su domicilio común con el encartado E – sito en ese momento en Barrio San José de Alajuela,

Urbanización Mirasol-. A partir de este momento ambos encartados asumieron la posición de garantes con relación a la menor ofendida; la imputada M en virtud de la custodia provisional que administrativamente le había otorgado el Patronato Nacional de la Infancia y el encartado E en razón de creer que se trataba de su hija biológica, como consecuencia del engaño en que lo indujo la co-imputada M. 11. En el periodo (sic) comprendido entre el 8 de febrero del 2010 y el 15 de mayo del 2010, los encartados **M y E**, actuando ambos con pleno dominio funcional del hecho y aprovechando la vulnerabilidad de la menor ofendida R(se suprime el nombre y en su lugar se ponen sus iniciales, en atención a que se trata de una menor de edad, en el original se muestra el nombre completo), – quien a penas (sic) contaba con meses de nacida- así como la posición de quardadores que mantenían con relación a la misma, ejecutaron constantes agresiones físicas y psicológicas en contra de la agraviada en total y evidente menosprecio a su integridad física y emocional. Como parte de las constantes agresiones, los encartados M y E actuando como garantes de la menor ofendida, le infligieron golpes en diversas partes de su cuerpo así como sacudidas con violencia, al tiempo que externaban su desprecio hacia la niña con manifestaciones tales como; "jueputa mocosa llorona", "me dan ganas de tirarla a un basurero". 12 . De forma simultánea, los encartados M y E, pese a conocer la posición de garantes que ostentaban con relación a la menor ofendida y tener ambos la posibilidad de ejecutar la conducta que tal condición les exigía, omitieron brindarle a la menor agraviada todos los cuidados que la misma requería para preservar su vida. De esta forma, los encartados M y E, con la clara intención de procurar la muerte de la menor ofendida actuando para ello con ensañamiento al aumentar deliberada e inhumanamente su dolor, omitieron suministrarle alimento, incumpliendo con el mandato que su posición de garantes les exigía. 13. En fecha 25 de marzo del 2010, la encartada M se presentó al Área de Salud de Santa Bárbara de Heredia en compañía de la menor ofendida **R** (se suprime el nombre y en su lugar se ponen sus iniciales, en atención a que se trata de una menor de edad, en el original se muestra el nombre completo). Una vez en el sitio, y como parte de las agresiones físicas proferidas a la agraviada, la acusada M sacudió con violencia a la niña dado que la misma estaba llorando muy fuerte. Esta situación fue puesta en conocimiento por varios usuarios del lugar a la Doctora Ana Morales Granados, médico tratante de dicho centro, quien inmediatamente se comunicó con la encartada MN en su condición de Trabajadora Social del Patronato Nacional de la Infancia encargada de darle seguimiento a la custodia de R (se suprime el nombre y en su lugar se ponen sus iniciales, en atención a que se trata de una menor de edad, en el original se muestra el nombre completo), y le informó sobre la agresión sufrida por la menor ofendida. [...] 15. Producto de la agresión física sufrida, la menor ofendida sufrió de un trauma cráneo encefálico con excoriación en región parietal izquierda con infiltrado hemorrágico del cuero cabelludo en regiones frontal – parietal – temporal y occipital derechas y en región parietal izquierda y fractura lineal parietal derecha, un traumatismo torácico con fractura con callo óseo en el tercio posterior de la sétima

costilla derecha y un traumatismo en antebrazo izquierdo con fractura del radio con formación inicial de callo óseo, lesiones que sanaron sin atención médica prologando el dolor de la niña por varias semanas. Producto de la **omisión** dolosa de alimentación por parte de los acusados M y E, la menor agraviada sufrió una desnutrición proteico calórica que la llevó a un estado de indefensión ante los múltiples microorganismos ambientales que le causaron una infección pulmonar que finalmente le provocó la muerte el día 15 de mayo del 2010 al promediar las 5:50 horas." (folios 195 al 199, tomo I). El Tribunal del Primer Circuito Judicial de Alajuela, mediante fallo escrito número 128-2012, de las 14:00 horas, del 29 de febrero de 2012, en lo que interesa, declaró al endilgado autor responsable de un delito de Homicidio Calificado, cometido en perjuicio de la menor de edad R. imponiéndole el tanto de veinte años de prisión por dicha delincuencia. El Tribunal del Primer Circuito Judicial de Alajuela, mediante fallo escrito número 128-2012, de las 14:00 horas, del 29 de febrero de 2012, en lo que interesa, declaró al endilgado autor responsable de un delito de Homicidio Calificado, cometido en perjuicio de la menor de edad R. imponiéndole el tanto de veinte años de prisión por dicha delincuencia. El Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, mediante fallo escrito número 587-2012, declaró con lugar el recurso de apelación presentado por la Defensora Pública del acriminado y en su lugar, lo absolvió de toda pena y responsabilidad por los hechos relativos al Homicidio Calificado en perjuicio de R. En primer orden debe decirse que, los jueces de alzada, consideraron que la sentenciada M engañó a su compañero sentimental, el señor E, haciéndole creer que era el padre biológico de la menor ofendida y ella era su madre, cuando en realidad, la niña era hija de su prima M y de un masculino no identificado en autos; menor que le fue entregada a M por las autoridades del Patronato Nacional de la Infancia en custodia provisional. Ahora bien, sobre el fondo del asunto, el *ad* quem absolvió al acusado al estimar que, de las probanzas evacuadas, no era posible derivar que tuviera un dominio funcional en los hechos que provocaron el deceso de la menor de edad. Así dijeron: "Si se observan cada uno de los testimonios recibidos en debate, ninguno de ellos apunta haber visto o siquiera escuchado que el acusado E hubiese maltratado a la menor, siendo que por el contrario se apunta directamente de estos maltratos a la señora M." (Folio 1001 vuelto, tomo II). Líneas más adelante reiteraron que: "Se observa como de la deposición de la principal testigo de los maltratos a la menor R. (en referencia a la señora Ana Yancy Zúñiga Parajeles), no se puede intuir que el imputado hubiese realizado acto alguno en contra de la menor, siendo que por el contrario deja en claro que la señora M engaña sistemáticamente a ella y al imputado y concentra en sí misma "la atención y cuido de la niña". (Folio 1002 vuelto). Añadieron que, del examen de la prueba testimonial se podía advertir que el cuido de la menor, correspondía a la sentenciada M, fungiendo el acusado como un mero "observador", ajeno a la crianza, cuido y custodia de la bebé de cuatro meses de edad, así dijeron: "[...] podemos empezar a ver que el cuido de la menor correspondía a la imputada, siendo relegado el imputado a ser un observador. Continuó exponiendo la

testigo: "Un domingo había un acto cívico, entonces E tenía que cuidar la chiquita para que ella fuera al acto civico (sic), bajé porque M me dijo bajara y encontré a la bebé llorando y entonces me dijo que viera lo que la bebé tenía en la mano y entonces le dije que le diera el agua caliente y le dije que me enseñara donde la bañó, a la bebtia (sic) se le veía como una yaga y con un pellejito abajo y entonces le dije que llevaramos (sic) a la chiquita al hospital, entonces llamé a M, le dije que la bebé tenía una quemadura en la mano, le dije que se viniera porque lloraba mucho, al rato llegó para que la llevaramos (sic) al hospital, llegó se metieron a la casa y no la llevaron, llegó mik (sic) esposo y le comenté y luego le pregunté a M porqué no lo hicieron y él me dijo que M no quiso." (sic) (ver folio 791). Este aspecto de trascendental importancia no es valorado por el a quo, derivándose de nuevo un control de M hacia la menor en detrimento de lo que pudiese hacer o decir E, quien confiaba en ella toda la atención de la menor." (Folio 1002 frente y vuelto). En esa misma línea se advierte que, el Tribunal de alzada adicionó a sus argumentos que el a quo dejó de analizar una serie de alegatos esbozados por la defensa del justiciable, pudiéndose estarse en principio, ante un vicio de fundamentación en la sentencia, así se lee: "[...] las doctoras Ana Cecilia Morales Granados, cuya declaración consta a partir del folio 773 vuelto del expediente y S (ver folio 786 en adelante), son claras en relatar que la persona que lleva a la citas a la menor R. es la imputada, sin que esté presente en ninguno de los casos el imputado E, aspecto que de nuevo deja de analizar el a quo a la hora de emitir la sentencia." (Folio 1002 vuelto al 1003 frente). Por ello, consideraron que no se había valorado el comportamiento del acusado E "pues el Tribunal nunca indica cuál es la relación de causalidad entre las lesiones y la desnutrición de la menor con el comportamiento de éste, o dicho de otra forma cuál fue la falta al deber de cuidado que cometió el sujeto activo. Cómo se llegó a la conclusión de que el imputado E hubiese ocasionado maltratos a la menor o de una u otra forma le hubiese dejado de alimentar, si ninguno de los testigos así lo hizo ver y tampoco el Tribunal lo puede inferir. Los juzgadores mediante citas de jurisprudencia y doctrina nos señalan las características de los delitos de omisión impropia o también conocidas como comisión por omisión, pero de nuevo no concatenan las mismas con la acción dejada de hacer por el imputado, de ahí que veamos que de ninguna forma se puede asegurar que el encartado no alimentaba a la menor, más si no se analiza lo señalado por él, en el sentido de que la madre le daba de amamantar y que él le preparaba los chupones. De la misma forma la carencia de alimentación podía realizarse en horas en que el imputado no estuviese con la menor, prácticamente en todas las horas del día y hasta las siete de la noche, aspecto que se deja de lado." (Folio 1004 frente y vuelto). De ese modo, concluyeron que no se logró demostrar que el justiciable hubiera: "actuado en forma dolosa, ejerciendo un dominio o poder sobre la niña fallecida, en el tanto **era su** compañera la que ejercía ese control que la constituía como única garante de su vida, puesto que al encartado no se le dejaba realizar nada en relación con la atención médica o básica de la infante. Por último, otro aspecto que el Tribunal no

toma en cuenta es que durante la declaración del acusado, este manifestó que por lo menos en dos ocasiones, en horas de la noche pretendió llevar a la menor ofendida al Hospital, el día en que presentaba la manita como quemada y la noche previa a su fallecimiento, siendo que es "la madre", en la que él había delegado el cuido y la consecución de las citas médicas, la que señala que no hace falta y por ello es que no acuden al nosocomio. Para esta Cámara es obvio que no basta con poseer la posición de garante para interpretar que se asume la responsabilidad de todo aquello que le compete, en el caso particular del cuido de la niña, aun (sic) a título de dolo eventual, si no se procede a demostrar que efectivamente se incumplió con esas normas que le atribuía la relación particular de familiaridad. Es así como en lo concerniente al encartado E, la sentencia no indica cuál era la acción dejada de cumplir por él, por cuanto los hechos acreditan que existía una distribución de roles, conforme a los cuales el cuidado de la menor quedaba en manos de la acusada, de allí que la obligación que como garante tenía el imputado se refería a impedir el resultado o sea la muerte de la menor por inanición y ello a su vez implicaba que éste conociere que la encartada no estaba alimentándola y que por ende resulta necesario que él realizara dicha acción, pero al no indicarse tal aspecto, ni existir prueba sobre ello no puede surgir la obligación como garante del imputado, pues careciéndose de tal aspecto subjetivo ello implicaría un caso de responsabilidad objetiva, fundamentado exclusivamente en la relación que había asumido el imputado como presunto padre de la occisa. Considera el Tribunal que ante la imposibilidad de incorporar prueba nueva en un juicio de reenvío y por economía procesal se debe de absolver de toda pena y responsabilidad al imputado E." (Folio 1005 frente y vuelto, la negrita ha sido suplida). Según se deriva de la sentencia impugnada, el ad quem razonó que no habían pruebas que evidenciaran que el acusado ejecutó agresiones y maltratos contra la recién nacida o bien que la dejara de alimentar. Más bien, fueron del criterio que, los jueces de juicio no especificaron cuál fue su falta al deber de cuidado, en otras palabras, las acciones que dejó de realizar; máxime que en este caso se determinó fehacientemente que la sentenciada M era la única garante de la vida de la menor, ya que a ella le correspondía su cuido y alimentación. Esta Cámara considera que los fundamentos ofrecidos para absolver al endilgado, por parte de los Juzgadores de alzada resultan ilegítimos y violentan las reglas de la sana crítica, generándose un problema en la fundamentación del fallo, amén de que, las conclusiones arribadas resultan abiertamente contradictorias con los precedentes de esta Sala de Casación, respecto a la naturaleza y alcance de la posición de garante en los delitos de omisión por comisión, en relación con los casos del síndrome del niño agredido. Esta Cámara, en la resolución número 1214-2007, de las 09:10 horas, del 29 de octubre de 2007 -citada por los jueces de apelación en el fallo impugnado-, precisó que dichos delitos surgen cuando una persona que, tiene el deber de evitar un resultado, de acuerdo a una posición de garante, omite un comportamiento y, es a través de esa conducta que se produce un delito, así se explicó: "La omisión impropia que se genera al encontrarse

alquien 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. Específicamente, y para ir concatenando estos aspectos teóricos con el acaso que nos ocupa, 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 este caso en particular, los jueces partieron del presupuesto errado de que el imputado carecía de obligación legal alguna sobre el cuido y la alimentación de la niña, ya que la presunta madre –la sentenciada M- se encargaba de ello, mientras él trabajaba; en otras palabras, estimaron que había una distribución de roles entre la pareja y, por ello, no era responsable de sus lesiones ni de la grave desnutrición, que facilitó un proceso infeccioso que, provocó su muerte. Primeramente debe decirse que dicho postulado, evidencia por completo la ausencia de un análisis de los hechos, no solo a la luz de una perspectiva de género sino del mismo marco jurídico, según el cual ambos progenitores, por igual, asumen y gozan de todos los derechos y obligaciones legales, éticas y morales, referentes a la guarda, crianza, cuido y custodia de los hijos. La circunstancia que alguno de ellos trabaje, mientras el otro se encarga de atender a los niños, bajo ninguna circunstancia lo releva ni exonera de sus obligaciones parentales, entre las cuales se puede citar la prestación oportuna de alimentos, medicinas, ropa, educación, cuido, cariño, afecto, entre muchos otros que se pueden citar. Véase que, en este caso en específico el endilgado creía ser el padre biológico de la menor fallecida -gracias al engaño trazado por la sentenciada M, dándose cuenta de la realidad, días después de la sepultura de la menor, momento en que se percató que era hija de una prima de su compañera sentimental- por lo cual tenía una obligación legal, en virtud de la posición de garante que ostentaba, de evitar que el resultado muerte se produjera. El ad quem sustentó su decisión al amparo de que no habían pruebas de que el endilgado maltratara a la menor (agresión activa), no obstante, dejaron de analizar un aspecto fundamental como lo era las múltiples y evidentes lesiones que presentaba la niña de cuatro meses (trauma cráneo encefálico con excoriación en la región parietal izquierda con infiltrado hemorrágico del cuero cabelludo en regiones frontal-parietal temporal y occipital derechas, en región parietal izquierda y fractura lineal parietal derecha, traumatismo torácico con fractura con callo óseo en el tercio posterior de la sétima costilla derecha y traumatismo en antebrazo izquierdo con facturadle radio), así como la actitud y el

comportamiento que tuvo el imputado respecto de la niña que creía su hija biológica, claro está al amparo de la posición de garante que tenía, no solo de evitar las agresiones, sino de ejecutar una serie de acciones mínimas, a fin de preservar la vida e integridad de la menor. Nótese que en la sentencia se indica expresamente que el acriminado reconoció haberle observado a la bebe una llaga en su cuerpo, pese a lo cual omitió trasladarla a un centro médico, a fin de que le brindaran atención especializada, a pesar de que tenía pocos meses de nacida e inclusive tuvo que ser hospitalizada en su alumbramiento. Esta misma situación se reiteró la noche previa al deceso de la agraviada, oportunidad en la que estuvo llorando por varias horas, sin que el justiciable efectuara alguna acción tendiente a preservar su salud e integridad física. Todos los anteriores elementos requerían un análisis riguroso de parte del Tribunal de Apelación, no obstante, sin mayor fundamentación, se concluyó que el cuidado de la víctima le correspondía de manera exclusiva a la sentenciada M, porque era la que permanecía más tiempo con ella en la casa. Con respecto a la posición de garante y su relación con los casos de Síndrome del Niño Agredido, esta Cámara en sendos precedentes ha indicado que: "Esta posición de garante del bien jurídico, que es a su vez un complemento adicional delimitador de la tipicidad omisiva impropia... se produce, 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."[...] 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." (Sala Tercera, resolución 789-99, de las 10:55 horas, del 25 de junio de 1999, posición que es reiterada en resolución 1695-09, Sala Tercera, 14:20 horas del 9 de diciembre del 2009). Observa esta Cámara que los encartados en todo momento tuvieron el dominio del hecho, al no haber intervenido en defensa de la niña, porque tan solo con el ejercicio de esa posición de garantes hubieran evitado el resultado muerte. Sin duda alguna, las lesiones que sufrió la menor de edad, de escaso un mes de nacida, demuestran que ambos justiciables tuvieron participación activa, ya sea por no evitar las lesiones o por contribuir a causarlas, bien porque realizaron la sacudida de la bebé, o porque la menor de edad era sacudida y ellos omitieron ejercer su posición de garantes para que la niña no perdiera la vida, es decir, su conducta es dolosa por un

hacer o un no hacer, que provocó la muerte a su hija. A lo anterior, se suma que esta Sala en antecedentes jurisprudenciales sobre la prueba en delitos como el que nos ocupa ha indicado lo siguiente: "...en este tipo de casos (síndrome del niño agredido) la prueba resulta escasa, pues se trata de abusos físicos perpetrados en el seno familiar, donde los agresores tienen a buen recaudo el exponerse a la mirada de terceros. Aunado a lo anterior, la situación se complica porque el delito no se consuma a partir de un acto preciso y determinado, sino que ello se consigue a consecuencia de una serie de acciones que se van ejecutando y prolongando en cierto espacio de tiempo, todas las cuales pueden progresivamente ir dejando lesiones y secuelas que al final de cuentas contribuyen (unas en mayor grado que otras) a la producción del resultado." (Citado en el voto 00395-2011, de las 16:45 horas, del 12 de abril de 2011.) El proceder del ad quem ineludiblemente impone declarar la ineficacia parcial del fallo, ya que el mismo presenta un grave defecto en su fundamentación, por cuanto al dictar la absolutoria dejaron de analizar una serie de elementos relevantes, mismos que debieron merecer algún examen crítico por parte de los juzgadores, lo cual impide a esta Sala controlar si su ponderación fue correcta o no, por lo cual la sentencia presenta un defecto en su fundamentación. Así las cosas, se anula parcialmente la sentencia recurrida, únicamente en cuanto dispuso la absolutoria del imputado E por la comisión de un delito de Homicidio Calificado, cometido en perjuicio de R. Se ordena remitir el expediente al Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón para que, con una nueva integración, procedan a la mayor brevedad a conocer la impugnación planteada contra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio."

2. Delito de Comisión por Omisión y Robo Agravado

[Sala Tercera]^{vi} Voto de mayoría

"ÚNICO. Esta Sala admitió para su conocimiento de fondo, el procedimiento de revisión incoado por la defensa técnica de D. (fs. 192-194), contra el fallo número 264-2007, dictado por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, a las 13:30 horas, del 5 de octubre de 2007. Mediante dicha sentencia, se condenó a D. a cinco años de prisión, por un delito de robo agravado. Como primer motivo, reclama el licenciado Poyser Watson, violación al debido proceso por falta de fundamentación jurídica del fallo. En específico, sostiene el defensor que dejó de analizarse la tipicidad de la conducta desplegada por D., pues se tiene por acreditado que no realizó conducta alguna en la fase ejecutiva del robo y sin embargo, se le sanciona por un delito de acción, como lo es el robo. En el segundo motivo de la revisión formulada, alega violación al debido proceso, por falta de correlación entre acusación de sentencia, precisamente porque "...se acusa una participación activa del

imputado D. y en los hechos probados se tiene que no desplegó actividad alguna que favoreciera la perpetración del ilícito..." (f. 193 vto.). En su contenido, ambos alegatos convergen señalar que conforme en sentencia se tiene por acreditado, que D. se limitó a "no tratar de evitar" el acometimiento contra la víctima, así como "no denunciar" posteriormente lo acontecido (f. 192 vto.). En cambio – alega la defensa – el tipo penal aplicado exige que el sujeto activo realice una acción encaminada al apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, es decir, "...no establece que evitar que alguien se apodere de manera ilegítima de cosa mueble, en sí misma sea constitutiva del delito de robo agravado..." (ibid). Indica que tampoco es aplicable la teoría del dominio del hecho, pues no existe aporte causal del sentenciado, que permita aseverar que contribuyó de alguna forma a la realización del delito. Agrega que, de conformidad con la pieza acusatoria, se le atribuye a D. lo siguiente: "...en tanto al (sic) coencartado D. procede a sacar parte de su cuerpo del carro, encañonando al agraviado H. con un arma de fuego, al mismo tiempo que los encausados le manifestaban "Plata maldito, la plata", momento en que el afectado H. les manifiesta que no tenían dinero..." (f. 193 vto.). En cambio, se tuvo por acreditado en sentencia: "...en tanto al (sic) co encartado D. permanece sentado en el asiento trasero del automotor, al mismo tiempo que los encausados le manifestaban "Plata maldito, la plata", momento en el que el afectado H. les manifiesta que no tenía dinero..." (f. 194 fte.). Al comparar los hechos acusados y los probados, es claro para el defensor particular del sindicado, que no existió participación activa de D. en el robo, sino que su representado se limitó a permanecer "...sentado en el asiento trasero del automotor, sin desplegar conducta alguna que favoreciera la perpetración del robo..." (ibid). La queja es de recibo: En efecto, tal y como con acierto lo hace ver la representante del Ministerio Público en su escrito de contestación (fs. 208-212), pese a que se acusó inicialmente que D. había sacado su cuerpo del automotor, amenazando con un arma al ofendido, para que entregara sus bienes (ver hecho acusado número dos, fs. 111-112), en el cuadro fáctico probado y en el razonamiento intelectivo del fallo, se acredita que no cumplió ningún rol en la ejecución del robo, y que su condena se sustenta en que no impidió a los sujetos que viajaban con él en el mismo vehículo, la comisión del delito. Se tuvo por probado en sentencia, lo siguiente: que el día del evento, los co-encartados A., J., D. y otro sujeto no identificado, viajaban a bordo de un automóvil conducido por J., por las inmediaciones de la escuela de Cuba Creek. Que al observar al ofendido, H., quien viajaba en bicicleta, lo siguieron, le atravesaron el vehículo, "...acto seguido, A. desciende del carro y encañona al afectado, en tanto al (sic) co encartado D. permanece sentado en el asiento trasero del automotor, al mismo tiempo que los encausados le manifiestan "plata, maldito, la plata" (...) acto seguido los enjuiciados lo despojan de un teléfono celular, marca Samsum (sic) ...la suma de diez mil colones en dinero efectivo; un radio de comunicaciones...un reloj...así como una cadena de oro...Que una vez con los bienes del agraviado en su poder, emprenden la huída a bordo del vehículo automotor citado, no sin antes desprender las válvulas de la

bicicleta del agraviado..." (f. 113. El resaltado es suplido). Como puede apreciarse, de los hechos probados no deriva alguna contribución activa de D. en la ejecución del robo. No obstante por el estilo de redacción de los mismos, podría entenderse que 1) la acción de atravesar el automóvil al ofendido, para que tuviera que detenerse; 2) el despojo de los bienes y 3) la huída, corresponde a una acción conjunta de la totalidad de sujetos allí mencionados, el contenido de la prueba y el posterior desarrollo intelectivo el Tribunal respecto a los eventos acreditados, no dan lugar a tal interpretación, en lo que respecta a D.. En este orden de ideas, al referirse a la actuación de D., el ofendido indicó lo siguiente: "...él solo observaba, sólo estaba detrás del chofer, no hizo nada, yo lo reconocí por la cara..." (f. 116). Entonces, no sólo no existe fundamento para sostener que las acciones atribuidas a los co-encartados A., J. y al sujeto no identificado, las hayan cometido éstos en común acuerdo con D.. También en forma expresa, al ponderar los elementos de convicción, el a quo hizo ver que: "... aunque la participación del co encartado D., se pudiere tener como meramente pasiva, no hay pruebas de que tratara de evitar el acometimiento (sic) del delito dicho, ni que posteriormente lo denunciara ante las autoridades correspondientes, acción misma (que) es sin duda constitutiva del delito de Robo Agravado (sic)..." (f. 120). Esta última apreciación, que resulta acorde con el dicho de la víctima, evidencia un yerro en lo que toca a la aplicación del Derecho. El robo es un delito de acción, y si bien el artículo 18 del Código Penal, prevé un dispositivo amplificador de los tipos de acción, su lectura acorde con el principio de legalidad, obliga a fundamentar fehacientemente la posición de garante del sujeto que omite, a fin de establecer la equivalencia entre su infracción al deber de actuar, y las exigencias de tipo, en este caso, la figura del robo agravado. Nótese incluso que en este caso, las conductas exigidas por los juzgadores a D. (impedir, denunciar), ni siquiera resultan compatibles con la figura del robo agravado. En el mencionado artículo 18 del Código Penal, se dispone que: "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". Sobre los peligros de una interpretación muy laxa en cuanto a la equivalencia entre el delito de acción y la comisión por omisión, se pronuncia Bernd Schünemann: "...El único reproche que con razón cabe hacer a la jurisprudencia es que ésta ha actuado sin barreras, igual que un legislador, al castigar como delito de omisión impropia no sólo los casos de omitir igual a la comisión, sino todas las omisiones de algún modo antisociales. El extravío fundamental de la jurisprudencia ha de considerarse el de haberse colocado en el lugar del legislador y colmado autónomamente las lagunas sin respetar la vinculación del omitir a la equivalencia a la acción, impuesta por el principio de legalidad..." (Schünemann: Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 238). La exigencia de determinar claramente la posición de garante que ostentaba el sujeto, se erige entonces como límite objetivo para paliar dicho riesgo. Con respecto a las fuentes generadoras de posición de garante, se ha dicho que "...En la doctrina penal, en general, con base en pautas de índole mixta, se acepta que la posición de garante se deriva de dos tipos de situaciones básicamente: En primer lugar cuando la persona tiene el deber de proteger los bienes jurídicos frente a los riesgos que puedan afectarlos, vgr. deberes de cuidado surgidos de la defensa y salvaguardia de personas necesitadas (niñera, salvavidas, profesor de natación, enfermera, etc.), asimismo, los deberes de protección surgidos de relaciones familiares o de ámbitos de convivencia (el padre con relación al niño, el hijo en relación con su padre anciano, la esposa en relación con el esposo, etc.). En segundo lugar cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgo, que también se le llama el deber de vigilancia de fuentes de peligros (vgr. posesión de animales domésticos, sustancias explosivas o inflamables). Entran aquí en consideración los peligros provenientes de las propias acciones y por lo tanto la conocida situación en la que un hecho anterior del propio sujeto genera el peligro del bien jurídico. Como sucede con los deberes surgidos de comportamientos precedentes suyos (el que embriaga a otro tiene la obligación de protegerlo, el que conduciendo correctamente atropella al peatón tiene el deber de asistirlo, etc) o con los deberes surgidos de los riesgos creados por otras personas que se encuentran dentro del ámbito de influencia de quien omite (los funcionarios públicos en relación con sus subordinados, el padre con respecto a los hechos dañosos de sus hijos menores, el director del colegio en relación con los comportamientos contrarios a la ley penal en que puedan incurrir los estudiantes dentro del establecimiento, el director de la prisión con respecto a los actos delictivos cometidos por los detenidos, etc.). Y finalmente los deberes de garante surgidos del control de fuentes de riesgo (el controlador aéreo, el cuidador de una planta de energía atómica o de sustancias radiactivas, el conductor encargado de transportar sustancias químicas peligrosas, el jefe de seguridad de la empresa obligado a mantener las máquinas en perfecto estado de funcionamiento para evitar accidentes de trabajo, etc.)..." (Dall'Anesse, Fernández y Gatgens: Omisión Impropia, Editorial Jurídica Continental, San José, 2001, pp 33-34). Retornando a la situación bajo examen, de la lectura integral del fallo, se colige que no existió la menor preocupación de los juzgadores, de motivar por qué, pese a que se estaba ante un tipo penal de acción, como lo es el robo, era aplicable al encartado D., el dispositivo amplificador previsto en el artículo 18 del Código Penal. Más concretamente: no se determinó que, conforme al cuadro fáctico probado, D. tuviese la obligación de evitar el robo cometido por sus compañeros, lo que era exigible desde que no se acreditó ninguna contribución suya en la consecución del fin de despojar de sus bienes al ofendido (incluidas la vigilancia, o el papel de conductor del vehículo, que tampoco se atribuyen a él). De conformidad con la estructura del tipo contenido en el artículo 213 del Código Penal, no es posible equiparar la "omisión de evitar el robo", o el hecho de "no haber interpuesto denuncia posteriormente", con una participación de coautor en la modalidad de comisión por omisión. Por todo lo dicho, son de recibo los reparos. En el caso

particular, no corresponde el reenvío de la causa para corregir el vicio apuntado en cuanto a la fundamentación intelectiva y la aplicación de la ley sustantiva. Más bien, partiendo de la correcta lectura de los hechos probados en relación con el sentenciado D., procede acoger la revisión, anular el fallo únicamente en lo que a dicho sentenciado respecta, y disponer la absolutoria a su favor, así como su libertad inmediata, si otra causa no lo impide."

3. Delito de Omisión Impropia y la Posición de Garante

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]^{vii}

Voto de mayoría

VI. [...] En relación con los delitos de comisión por omisión, la jurisprudencia de la Sala Tercera ha establecido: "Estos tipos penales tienen 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 agravado con la responsabilidad jurídicopenal 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 (sic) 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. Específicamente, y para ir concatenando estos aspectos teóricos con el acaso (sic) que nos ocupa, 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)." (Resolución 1214-07, de las 9:10 horas, del 29 de octubre del 2007)." (sic) (Voto 802-2011)"

4. Características y Análisis Sobre la "Posición de Garante" Como Elemento del Tipo

[Sala Tercera de la Corte]^{viii} Voto de mayoría

"IX. [...] Asimismo, pretende el accionante que la conducta desplegada por los imputados, sea atribuida a título de culpa y no de dolo, pues según el recurso, pudo haber ocurrido que los justiciables en su desesperación de verlo enfermo o "malito" y llorar día tras día, le generaran algún tipo de lesión culposa, lo que considera esta Sala de Casación no tiene asidero probatorio, ya que resulta manifiestamente probado que ambos justiciables por sus acciones u omisiones y con pleno dominio del hecho dieron muerte a su hijo, al menor T. de escasos meses de nacido, pues tuvieron una participación esencial, con conocimiento y voluntad en las acciones que terminaron con la vida del menor, conforme a los numerales 111 y 112 inciso a) del Código Penal. Lo que encuentra fundamento, del mismo modo, en el artículo 18 del mencionado código, siendo que el actuar delictivo doloso, 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.". En el caso de la omisión, se ha establecido que aquella se realiza cuando el agente activo ocupa una posición de garante y se logra comprobar la existencia de un nexo de evitación, que en el caso en concreto se refiere al deber genérico de protección de un bien jurídico de actuar en defensa de la vida de un hijo, deber jurídico que tenían ambos encartados para evitar la muerte de su hijo recién nacido, en las condiciones en que aquel falleció. Según el antecedente jurisprudencial de esta Sala Tercera en el voto 1695-09, de las catorce horas veinte minutos del nueve de diciembre del dos mil nueve, la posición de garante del bien jurídico en los casos de padres de familia con respecto a sus hijos, es un "complemento adicional delimitador de la tipicidad omisiva impropia... se produce, 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."[...] La omisión impropia que se genera al encontrarse alquien 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..." (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 789-99, de las 10:55 horas, del 25 de junio de 1999, posición que es reiterada en resolución 1695-09, Sala Tercera, 14:20 horas del 9 de diciembre del 2009). Observando esta Sala de Casación que para el caso concreto, los encartados T. y F., en todo momento tuvieron el dominio del hecho, primero al no haber intervenido en defensa de su hijo, porque tan solo con el ejercicio de esa posición de garantes hubieran evitado el resultado muerte. Segundo, porque sin lugar a dudas, las lesiones que sufrió el menor T., de apenas mes y dieciocho días de nacido, muestran que los justiciables tuvieron participación activa, ya fuera por no impedir las lesiones que agravaron la condición de salud del menor y que posteriormente le causaron la muerte, ya por contribuir a causarlas, bien porque no ejercieron adecuadamente su posición de garantes para que el niño no perdiera la vida o bien porque realizaron la sacudida del menor T., siendo que sus acciones u omisiones dieron al traste con una conducta dolosa en forma directa, por un hacer o un no hacer, que provocó finalmente el deceso del menor T. Para esta Sala Tercera, no cabe duda que el Tribunal Penal de Juicio de Sarapiquí, consideró no solo el material probatorio consistente en la prueba documental, testimonial y pericial evacuada, sino que la confrontó debidamente con las declaraciones que ambos imputados dieron en el debate, realizando finalmente un

examen intelectivo e íntegro de los temas cuestionados, siendo que bajo esa actuación conforme a derecho se logró determinar la responsabilidad de ambos encartados, en los hechos acusados. Por todo lo anterior, se declara sin lugar el único motivo por el fondo."

5. Omisión Impropia Y Homicidio Culposo

[Sala Tercera]^{ix} Voto de mayoría

"I. Primer motivo de casación. Falta de fundamentación. Aduce que los Juzgadores no sustentaron por qué comparten la jurisprudencia de la Sala Tercera, cuando informa los requisitos que debe tener la figura de la omisión impropia (Voto 789-1999). Agrega que los Jueces no explicaron cuando se origina una figura típica producto de la posición de garante, sino que se limitan a compartir la jurisprudencia de la Sala sin aludir al caso concreto. El reclamo no es de recibo. Una vez revisado el fallo, no se logra constatar el vicio aludido por el recurrente. De ninguna forma acontece que los Jueces se limitaran a sustentar la falta de tipicidad de la conducta del encartado, aludiendo a un precedente de esta Sala, por el contrario, el aporte del extracto utilizado por los Jueces, trata únicamente sobre el alcance legal requerido para configurar un delito por omisión. No entiende esta Cámara, cuál es el inconveniente que se presenta en que los Jueces compartan una posición jurisprudencial, si el punto de interés sobre el cual hicieron reseña los Juzgadores, es el resultado del análisis de la misma ley. Propiamente, se indicó: "...resolución que este Tribunal ha valorado, comparte y tomado en cuenta en esta decisión, de allí lo que sigue; se ha considerado que la omisión impropia, tal y como está contemplada en el artículo 18 del Código Penal, se genera a partir de la constatación de que una conducta negativa (no hacer, o hacer algo distinto) que produce un resultado que coincide con un tipo activo doloso..." (Ver folio 501 frente y vuelto). Lo anterior no requiere mayor fundamentación, pues acotar lo que se dijo en dicho voto, resulta tan sólo una parte de los argumentos que esboza el Tribunal, para posteriormente indicar que en el caso concreto no se da un delito por omisión tal y como lo sugirió la parte querellante. De igual forma, cuando los Jueces desarrollan la explicación sobre "la posición de garante" en nuestra normativa penal, debe ser comprendido como la base sobre la cual el Tribunal valora si el caso en particular configura o no los requerimientos exigidos para imputar el delito omisivo al encartado, concluyendo al respecto que: "...En la hipótesis acusatoria de la querella y acción civil resarcitoria se establecieron, como posibles omisiones del encartado, al ser el conductor del autobús donde viajaba como pasajero el menor ofendido, segundos antes de bajarse y ser atropellado, las siguientes: 1. El imputado no impidió que el menor descendiera del autobús 2. El imputado no ayudó al menor a cruzar la calle. 3. El imputado no se aseguró de que el menor no cruzara la carretera

solo.- Sin embargo, este Tribunal considera que ninguno de estos argumentos ni ningún otro que se haya discutido en el juicio, en realidad eran deber del encartado..." (Ver folio 501 vuelto y 502 frente). Es importante indicar, que la culpa se define como: "...la falta a un deber objetivo de cuidado que causa directamente un resultado dañoso previsible y evitable..." (GOESSEL, Karl-Heinz. Dos estudios sobre la teoría del delito. TEMIS, Bogotá, 1984, p. 14. En igual sentido TERRAGNI, Marco Antonio. El delito culposo. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1984, p. 20). Frente a tal definición, los Jueces deben determinar en cada caso concreto, en qué consiste dicha falta al deber de cuidado; de igual manera debe existir un resultado lesivo que debió ser previsible y evitable y; un nexo de causalidad que permita constatar que dicho resultado en consecuencia directa de la falta al deber de cuidado, lo cual se hace a través de la teoría de la imputación objetiva. La jurisprudencia de esta Cámara, sobre este último punto ha indicado que: "...la "imputación objetiva" como método de examen de la causalidad, entendiendo por la misma no sólo la constatación del nexo causal, sino también de la existencia de tal citada intención o previsibilidad, en tanto las normas sólo prohíben resultados evitables (BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Parte General, Akal, 2a. ed. Madrid, 1990, p.p. 121 ss; "Lineamiento de la Teoría del Delito", Juricentro, 2a. ed., San José, 1985, p. 42), y para ser evitables, deben ser previsibles..." (Sala Tercera. Voto 273-98, de las 10:55 horas del 13 de marzo de 1998). En este orden de ideas, bien comprende el a quo que la obligación del chofer del autobús que presta el servicio público de transporte, tiene un ámbito bien definido que inicia cuando un pasajero ingresa al autobús y cesa cuando el pasajero baja del autobús, tiempo durante el cual, no se presentó el percance, sino que el atropello se produjo al momento en que el menor cruzó la calle sin fijarse que venía otro autobús en ese instante. Exigirle al encartado que vaya a dejar a cada pasajero menor de edad hasta su hogar so pena de que se le impute cualquier percance que les ocurra durante tal trayecto, trasciende de las obligaciones y responsabilidades propias del cargo que desempeña, siendo en último caso, la protección y tutela del menor fuera del autobús propia de sus padres o encargados, quienes decidieron dejarlo viajar solo, no lo recibieron al bajar del autobús, ni tampoco lo advirtieron o guiaron al cruzar la calle. Doctrinalmente, se ha señalado 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 si mismos o por un tercero y, en general, realizar acciones que conserven o preserven la vida del menor. Dentro de estas medidas están evitar que realicen acciones peligrosas, tales como deportes peligrosos, que se expongan al peligro..." (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco (2007). "El delito de omisión impropia". Primera Edición. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica. Pág. 170). Lo anterior, se hace resaltar porque la parte querellante considera que el chofer del autobús omitió realizar una acción que le era exigible, cual era, acompañar al menor para que cruzara la calle, situación inversa, el chofer del autobús esperaría que el padre de familia o

encargado que permitió que un niño de siete años viaje sólo en autobús, lo recoja en el sitio justo donde éste desciende, tomando en cuenta la peligrosidad que aducen tenía tal carretera. En el caso concreto, la causa eficiente del resultado lesivo no fue producto de un incumplimiento de deber por parte del encartado, siendo que no existe inconveniente alguno en que los Jueces excluyan la responsabilidad penal del imputado F, y dictaran una sentencia absolutoria a su favor, ante la falta de tipicidad de la supuesta **omisión** del deber de cuidado exigida. En consecuencia, se declara sin lugar el presente motivo de casación.

II. Segundo y tercer motivo de casación. Violación a las reglas de la sana crítica y falta de fundamentación. Aduce que el fallo no valoró todos los elementos de prueba, puesto que descartó que el chofer del autobús tuviera la obligación de ayudarle al menor a cruzar la calle, sin tomar en cuenta que toda la prueba testimonial refirió haber escuchado al conductor cuando le dijo al menor al bajarse que "tuviera cuidado", tal y como se respalda el informe policial número 274-05, del 24 de noviembre de 2005, cuyo análisis se extraña en el fallo. Agrega que los Jueces no explicaron cuál es la diferencia entre un servicio de transporte público y privado en lo que se refiere a la responsabilidad del conductor, para aducir que el conductor público no tenía la posición de garante sobre el niño que se bajó del autobús de servicio público y el del servicio privado sí. El reclamo no es de recibo. Tal y como se indicó en el considerando anterior, esta Sala comparte la posición del a quo cuando descarta la responsabilidad penal del encartado, tomando en cuenta que la posición de garante que corresponde a un chofer del servicio público de transporte respecto a un pasajero menor de edad, inicia desde el momento en que éste aborda el autobús hasta que desciende del mismo. Resulta indistinto si toda la prueba testimonial afirma que el chofer le haya indicado al agraviado que "tuviera cuidado" cuando se iba a bajar, pues ello no implica indicio alguno que permita afirmar un yerro en la valoración de los Jueces, ya que se desprende con claridad que el menor no murió por culpa de una omisión del encartado, sino por una acción descuidada de la propia víctima al cruzar la calle. De igual forma, los Jueces llevan razón al indicar que un servicio de transporte privado es distinto al público, en el tanto las condiciones se pactan conforme conveniencia de las partes, con la posibilidad de estipular entre las cláusulas contractuales el ámbito y alcance de las responsabilidades de los conductores, incluyendo entre ellas, el dejar a los pasajeros hasta que sean recibidos por otras personas, o bien; hasta asegurarse que hayan ingresado a sus casas o lugar de destino. Propiamente, señalo el Tribunal "...pensar en obligaciones adicionales del conductor del autobús no sólo resulta irrazonable, por la naturaleza del servicio que se presta e infundado pues de la misma prueba evacuada se demostró que no se había pactado obligaciones adicionales entre la madre del menor y el conductor del autobús que lo obligaran..." (Ver folio 502 vuelto). El ámbito de responsabilidad que acontece para quien brinda un servicio de transporte privado resulta distinto al de un conductor de vehículo de servicio público, pues éste último limita su deber, únicamente a velar por la integridad de las personas mientras estén utilizando el servicio en cuestión, nunca antes ni después, tal y como se indicó en el considerando anterior. En consecuencia, se declara sin lugar el presente motivo de casación."

6. Comisión por Omisión en el Delito de Falsedad Ideológica

[Sala Tercera]^x Voto de mayoría

"II. [...] En este punto, y antes de proseguir con el desarrollo de esta sentencia, conviene aclarar a la representación fiscal que no es cierta su afirmación de que el delito de falsedad ideológica admite la forma de comisión por omisión, como lo sostiene en su libelo impugnaticio. El artículo 360 del Código Penal a la letra señala, "las penas previstas en el artículo anterior son aplicables al que insertare o hiciere insertar en un documento público o auténtico declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio". Acorde con su estructura salta a la vista la presencia de los verbos "insertare" o "hacer insertar", mismos que implican la ejecución de un acto específico. En ese sentido, la falsedad ideológica constituye una categoría particular de falsificación de documento público, en el que de modo expreso y categórico se habla de información falsa que se introduce en el documento, y que son las que precisamente se deben probar. No es posible aceptar como hipótesis válida que este ilícito específico también se cometa "omitiendo insertar" aquello que justamente debe probarse como falso, lo que evidentemente sería un contrasentido. Desde esta perspectiva, su contenido no tiene características de la omisión y de la comisión al mismo tiempo, como parece entenderlo el quejoso, sino solamente de acción, tal y como se desprende del contenido del mismo pronunciamiento jurisprudencial de esta Sala que erróneamente invoca el recurrente en sustento de su reproche. En atención a su estructura semántica y el telos que persigue, la falsedad ideológica no es posible subsumirla en la cláusula del párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal, que equipara la acción y la omisión bajo determinados supuestos, que no son de aplicación a esta figura, toda vez que lo que se busca sancionar es la falsedad de las declaraciones que se insertan en un documento, sea público o auténtico, no las que se omitan insertar, pues no se puede argüir de falso lo que no se consigna, por la sencilla razón de que no existe y por ende, no se puede determinar su veracidad."

7. La Figura del Garante

[Sala Tercera]^{xi} Voto de mayoría:

IV. [...] Sobre los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, se ha indicado que: "...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,... 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 jur ídico-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 ese sentido, resolución de esta Sala Nº 2009-973, de las 8:47 horas, del 14 de agosto de 2009). Sin que esta Sala emita criterio acerca de la responsabilidad de C., pues esto corresponde determinarlo al Tribunal de instancia conforme a la prueba que evacuará en el nuevo juicio y basado en el principio de independencia judicial, sí considera oportuno aclarar que resultaba necesario un análisis de los aspectos antes mencionados, por incidir de manera directa en la aplicación de las máximas de derivación. En virtud de lo anterior, se declara con lugar el recurso presentado por el fiscal Julián Martínez Madriz. Se anula la absolutoria dictada a favor de C., para que en un nuevo juicio se ponderen conforme a Derecho los aspectos indicados, así como las consecuencias de los mismos."

8. Delito de Comisión por Omisión, Posición de Garante, Delito de Falsedad Ideológica

[Sala Tercera]^{xii} Voto de mayoría

"I. El representante del Ministerio Público presentó casación contra la sentencia número 170, dictada por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Guanacaste, sede Liberia, a las 16 horas del 23 de octubre del 2009, en la que se sobreseyó por extinción de la acción penal a raíz de su fallecimiento, a L, y se absolvió de cuatro delitos de falsificación de sellos y dos de falsedad ideológica a J. El recurso se dirige contra la absolutoria de los delitos de falsedad ideológica, dictada a favor de J. Argumenta el quejoso que, a pesar de que en la sentencia se tuvo por demostrado que en las dos situaciones acusadas en que ese endilgado tuvo bajo su custodia diversos cabezales que transitaban por el territorio nacional, fue desviado uno cada vez, no se pudo establecer si fue él quien hizo insertar los datos falsos; pero, si el imputado era el responsable de esa custodia y de que se insertaran los datos correctos, tenía que tener conocimiento de la falsedad que se estaba consignando en los documentos públicos en que se certificaba el arribo de esos transportes. De modo que es irrelevante si engañó o no al aforador que los elaboró. Lleva razón el impugnante. Recapitulando los hechos, es preciso tener presente que para el año

1993, J. se desempeñaba como técnico de aduanas del puesto fronterizo de Paso Canoas. El día 8 de febrero de ese año ingresaron al país tres cabezales con sus respectivos furgones, cargados de mercancías varias, los cuales cruzarían Costa Rica con destino a Guatemala. El justiciable fue asignado como su custodio, a fin de que los supervisara hasta su arribo a Peñas Blancas. Sin embargo, en un lugar desconocido y posterior al puesto de El Brujo, en Buenos Aires, el cabezal C319572, su furgón y respectivo cargamento, se desviaron, sin que el imputado denunciara la situación. Antes bien, en el registro respectivo se consignó que habían llegado a Peñas Blancas. Algo similar aconteció el día 4 de agosto de ese mismo año, cuando también fue asignado como custodio de dos cabezales, cuyas placas eran [...] y [...], desviándose el primero con su furg ón y su carga, pese a lo cual J. se presentó a la aduana con los documentos respectivos para que se certificara la llegada de los dos camiones. El Tribunal, a pesar de tener por acreditado lo anterior y que el enjuiciado ten ía conocimiento de que los dos camiones se habían desviado en territorio nacional, procedió a absolverlo, argumentando que no había prueba suficiente para tener por cierto que él hubiera impreso o falsificado los sellos de los documentos y que hubiera engañado al aforador que certificó la llegada a su destino de los cinco camiones en mención. El a quo señaló que, en cuanto a los sellos, no se hizo ni hay prueba para asegurar categóricamente que los sellos fueran falsos; en cuanto a la falsedad ideológica, no se incorporó la versión de los hechos del aforador correspondiente, señor R . Acerca de la falsificación de sellos que se le atribuyó, debe aclararse que la misma no está en discusión, pues en vista de la ausencia de prueba al respecto, el Ministerio Público solicitó en el juicio la absolutoria y en su recurso no está haciendo ningún reclamo sobre esas presuntas acciones. No obstante, en cuanto a los dos posibles delitos de falsedad ideológica, estima esta Sala que se equivocó el Tribunal. Es cierto que el transcurso de los años entre 1993 y el 2009 pudo haber tenido consecuencias en la memoria de los testigos, como es el caso del testigo B, quien fue la persona que planteó las denuncias y hoy no recuerda lo sucedido. Pero, existe prueba documental, como son los informes del Ministerio de Hacienda que cita el mismo Tribunal en el fallo (folio 1218 vuelto), en los que consta la desviación de los camiones. Argüir que no es posible endilgarle a J. las falsedades consignadas en el Libro de Control de la aduana en Peñas Blancas, porque no se pudo probar que fuera él precisamente quien insertara esas falsedades o que las hiciera insertar (a través del engaño, por ejemplo), es buscar o exigir algo innecesario. Al ser designado como custodio aduanero, J. asumía un deber de garante y estaba tanto en la obligación como en la posibilidad de impedir el resultado ilícito, independientemente de quien cometiera esas acciones. Es decir, era responsable por los ilícitos que no impidiera, como lo establece el párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal. En consecuencia, era irrelevante si fue él directamente quien consignó falsamente que todos los camiones habían llegado a su destino, si engañó a alguien para que así lo hiciera o simplemente permitió que sucediera.

II. En efecto, esa modalidad de concreción del delito, está previsto como regla general en nuestro ordenamiento penal como un dispositivo de extensión de las figuras típicas creadas por el legislador. A través del mismo, se puede reprimir un resultado en casos en que no hay una acción positiva o activa por parte del agente, sino una omisión que lleva al mismo, pero que en consideración a la posición del sujeto, debe serle atribuida y sancionada. Para decirlo en otros términos, debe recordarse que en nuestro ordenamiento penal las conductas pueden ser activas u omisivas. Estas, a su vez, se subdividen en dos géneros o clases de omisión: las propias y las impropias. Aquellas, están constituidas por las omisiones comúnmente conocidas en el catálogo de las conductas típicas y están explícitamente establecidas; a saber, la retención indebida, la omisión de auxilio, algunas variables del abandono de incapaces o del incumplimiento de la patria potestad, por ejemplo. A diferencia de ellas, las omisiones impropias no están individualmente establecidas por el legislador, sino que son una extensión de todas las conductas activas tipificadas, que en cualquier caso resultarían impunes, salvo en aquellos en que, por la condición del sujeto, se estima que este es responsable de las mismas tanto si procede activa como omisivamente; esto es, cuando el sujeto tiene el deber jurídico de evitar el resultado, pues en tales circunstancias debe responder por el mismo al no haberlo evitado (artículo 18 del Código Penal). En consecuencia, en esas hipótesis excepcionales de ampliación de la responsabilidad, en que el sujeto está en posición de garante para evitar ese resultado típico, el hecho puede ser cometido tanto de manera activa como de manera omisiva. De ahí el nombre de comisión por omisión. Esa es la razón de que sea importante determinar si el sospechoso se encontraba en tal posición de garante y si esta le fue debidamente atribuida en la requisitoria.

III. Revisada la acusación planteada contra J , se concluye que en los dos casos en que se dice que fueron ejecutados los posibles delitos que dieron pie a esta causa, aparece claramente que el endilgado actuaba como custodio fiscal de los vehículos y las mercaderías, para impedir cualquier irregularidad hasta que estos fueran registrados como ingresados al patio fiscal de salida del país, esto en el puesto de Peñas Blancas. Así consta en los hechos 3 y 14 de la requisitoria, a folios 856 y 861. Asimismo, respecto a los dos casos, consta que induciendo a error al funcionario encargado de hacer constar el arribo correcto de los furgones, hizo que insertara datos falsos al respecto (hechos acusados 6 y 17, visibles a folio 857 y 853). Como también es de conocimiento común, la inducción a error puede ser activa u omisiva. Es decir, se puede engañar a alguien llevándolo a creer algo falso o bien manteniéndolo en ese engaño. De modo que también la posibilidad de una inducción a error, manteniendo al otro funcionario público en el equívoco de que los camiones habían llegado sin novedad alguna al patio fiscal (lo cual era falso, pues en cada uno de los casos se había desviado un camión), estaba contemplada en la acusación. El error del Tribunal, consiste en que razona la prueba buscando únicamente una autoría activa, siendo que

en este asunto, al estarse ante una posición de garante, cabe buscar y aplicar también la de comisión por omisión. Si, como lo reconoce la sentencia impugnada, J. estaba al tanto de que en ambas ocasiones, se había desviado un camión con su mercancía en el tránsito hacia Peñas Blancas, pese a lo cual en el Libro de Control se consignó que todos habían llegado (folios 1217 frente y 1218 y 1219, ambos vuelto), debía analizarse en el fallo si proced ía atribuirle dos delitos de falsedad ideológica por no haber impedido tal anomalía, dado que por su calidad de funcionario aduanero y de custodio de los dos grupos de transportes, era el llamado a impedir que, manteniéndose en el error a quien certificaba la salida del país de los furgones en tránsito, como si no hubiera habido la desviación ilegal, se insertara una falsedad y se defraudara el fisco nacional. De no haberlo hecho, estando en las posibilidades físicas y jurídicas para ello, habría infringido su condición de garante e incurrido eventualmente en las delincuencias atribuidas por comisión omisiva. Por ende, debe declararse con lugar el reparo interpuesto por el Ministerio Público, ordenando el reenvío de la causa, para que con diversa integración, de acuerdo con los principios de inmediatez de la prueba e independencia judicial, el a quo resuelva nuevamente las imputaciones de falsedad ideológica formuladas contra J."

9. Delito de Omisión Impropia: Elementos del Tipo, Análisis Normativo y Doctrinal

[Sala Tercera]^{xiii} Voto de mayoría

"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 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. L os 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."

10. Omisión Impropia y Prescripción

[Tribunal de Casación Penal de San José]xiv Voto de mayoría

[...] Al contrario de lo que argumente la recurrente, los delitos de desobediencia a la autoridad e incumplimiento de deberes no son delitos permanentes, sino tipos omisivos, de mera actividad, donde estrictamente no correspondería aplicar la clasificación que se hace con respecto a los tipos de acción, y de resultado, en instantáneos y permanentes. Siendo que la consumación se da en el momento en el que se desobedece la orden, en el primer caso, o en el momento en el que se incumpla el deber, se rehúse o se retarde, tratándose del delito de incumplimiento de deberes. El error de considerar delito permanente a la desobediencia a la autoridad, probablemente proviene de confundir la conducta del tipo penal con la naturaleza de la orden de que se trata en el caso en concreto, lo que ha llevado a algunos autores (entre ellos, Juan Mestre López, El Delito de Desobediencia a la Autoridad o a sus Agentes. Librería Bosh, Barcelona, reimpresión 1988, p. 23; Juan Córdoba Roda. Comentarios al Código Penal, T.III, Editorial Ariel, Barcelona, 1978, p. 527. Carmen Juanatey Dorado. El Delito de Desobediencia a la Autoridad, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pgs. 43 a 47. Asimismo, Rodríguez Devesa, citado por Francisco Javier Alvarez García. El Delito de Desobediencia de los Funcionarios Públicos. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona1987, p. 182), a considerar que este delito es de acción o de omisión, dependiendo de si la orden implica un hacer, o un no hacer, con lo que se hace depender del tipo de orden para afirmar que la norma es preceptiva o prohibitiva, según la crítica que hace a Rodríguez Devesa, creemos que acertadamente, Francisco Javier Alvarez García, quien señala que se confunde así "un elemento del tipo -la orden- con la conducta que la norma espera del sujeto al cual va dirigido el mandato." (op., cit. p.182). Expone este autor: "...lo que se exige es la observación de un determinado comportamiento: dar el debido cumplimiento a las órdenes, etcétera; el

movimiento corporal o la inhibición del mismo que haya de realizar el sujeto para atender el mandato, es indiferente para la calificación de la norma como preceptiva o prohibitiva. Lo esencial no es el contenido de la orden, sino el deber jurídico de acatarla, de obedecerla. Lo que sucede en determinados tipos delictivos- y el contenido en el artículo 369 CP constituye un paradigma de ello- [se refiere el autor a la legislación española] es que el verdadero contenido de la voluntad del sujeto activo es susceptible de ponerse de relieve únicamente mediante una conducta activa (en el caso de las órdenes de no hacer), pero esto no significa que estemos ante un delito de acción, sino que únicamente mediante una acción es posible poner de relieve la voluntad del sujeto de omitir la conducta esperada por el ordenamiento. En realidad, la expectativa del ordenamiento sólo es una: que el sujeto ejecute las órdenes del superior. El que para satisfacer las órdenes sea necesario que el sujeto haga o no haga algo, sólo serviría para comprobar si el agente ha cumplido el mandado de la norma consistente en dar el debido cumplimiento a las órdenes del superior. La referencia, pues, debe hacerse a si se ha dado o no (se ha negado a dar o no) el debido cumplimiento a lo ordenado, omitiendo el deber jurídico de cumplir las órdenes." P. 183. Como señala Alvarez García, en la desobediencia a la autoridad nos encontramos que la conducta que se exige por la norma es la de obedecer el mandato, que en el caso nuestro, a diferencia de la legislación española a la que se refiere el autor, no se restringe a la orden dirigida por el superior, sino a la emitida por cualquier funcionario público en el ejercicio de sus funciones, conforme al artículo 307 del C.P. Según este autor, y gran parte de la doctrina, se trata de un delito de omisión propia, que no requiere de la producción de ningún resultado, consumándose con la negativa de acatamiento de la orden. (Así, Alvarez García, op. cit. p. 186; Carlos Vásquez Iruzubieta, Código Penal Comentado. Editorial PLUS ULTRA S.A.I. y C., Buenos Aires, 1971, p. 367). Precisamente este último autor comenta el texto del Código Penal de Argentina, art. 240, idéntico al artículo 307 del Código Penal costarricense, excepto en cuanto al monto de la pena, señalando al respecto "Acción delictiva. Consiste en desobedecer, o sea que es menester que medie una orden previa; se trata de una falta de acatamiento sin empleo de fuerza, circunstancia ésta que diferencia a la desobediencia de la resistencia. Se trata de una conducta omisiva, a diferencia del atentado que requiere una actitud contraria.", op. cit. 367. En relación a ello, Alvarez García, expresa: "La conducta típica, en este caso, consistiría en un no prestar la obediencia requerida. Estamos, pues, ante un delito de omisión. Se trata, además, de un delito de omisión propia que se consuma con la mera negativa abierta, sin requerir además la producción de resultado alguno", op. cit. p. 186. Por otra parte, los autores coinciden en que se trata de un delito instantáneo y no permanente, aunque esta clasificación, conforme a Muir Puig, es propia de los delitos de acción, que se clasifican en delitos: a) de mera actividad (equivalente en los delitos de omisión a la omisión pura o propia), b) de resultado (que en tratándose de la omisión serían los delitos de comisión por omisión, u omisión impropia), siendo que estos, sea los delitos de acción,

y de resultado, se clasifican a su vez en instantáneos, permanentes y de estado, (ver MUIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, Edita PPU. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 3ª. Edición, Barcelona 1990, páginas 215 a 223, y 324). Lo considera instantáneo Fontán Balestra, al decir: "El hecho se consuma en el momento en que vence el plazo fijado para el cumplimiento de la orden, de manera que su frustración no es necesaria y queda fuera del tipo. Es un delito instantáneo (En contra, C.C.C., L.L., T.14, p. 28)" [Se refiere el autor a la posición en contra de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, y a la Revista Jurídica Argentina La Ley], (FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 815. En igual sentido Soler (SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. T. V. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, p. 109). También Manigot lo considera un delito instantáneo, al señalar, " El delito es de consumación instantánea y se perfecciona con la negativa a acatar la orden legítimamente impartida...", (MANIGOT, Marcelo. Código Penal Comentado y Anotado. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4º edición, 1979, p.834. A efecto de determinar que se entiende por delito permanente, es ilustrativo el concepto que expresa Mir Puig, al decir: "Los delitos de resultado pueden dividirse en delitos instantáneos, permanentes y de estado. Ejemplo de los primeros sería el homicidio: se consuma en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera. Mayor dificultad encierra la distinción de las otras dos clases de delitos. El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (por ejemplo, detenciones ilegales, art. 480 CP); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio, en el delito de estado, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la duración cesa desde la aparición de este, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento (ejemplos: falsificación de documento, arts. 302 y ss., matrimonios ilegales, arts. 471 y ss.)" (op. cit., p. 216). Este mismo autor señala la importancia de tal distinción a los efectos que la ley le acuerda a la consumación, atinente a la participación, la legítima defensa, la prescripción, etc., "En particular, por lo que se refiere a la prescripción, sólo en el delito permanente empieza a correr el plazo al cesar el mantenimiento del estado antijurídico, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de estado. Ejemplo; En la bigamia, delito de estado, el plazo de la prescripción se computará a partir de la celebración del matrimonio ulterior, sin que deba esperarse a que cese el estado antijurídico por él creado y representado por la subsistencia del matrimonio bígamo." (op. cit., páginas 216 y 217). Nuestra legislación pretendió regular la prescripción considerando la diferencias apuntadas, aunque su redacción, como lo critica el Dr. Llobet Rodríguez, no es precisamente la más acertada. Dice el art. 32 c.p.p. "Cómputo de la prescripción. Los plazos de la prescripción se regirán por la pena principal prevista en la ley y comenzarán a correr, para las infracciones consumadas, desde el día de la consumación; para las tentativas, desde el

día en que se efectuó el último acto de ejecución y, para los delitos continuados o de efectos permanentes, desde el día en que cesó su continuación o permanencia..." Al comentar este artículo expresa el Dr. Llobet: "Se confunde en el artículo el delito continuado (art. 77 C.P de 1970), con el delito continuo o permanente, puesto que a lo que realmente se quiere hacer referencia es a este último. En nuestra legislación el delito continuado no supone un solo delito, sino una forma privilegiada de concurso material. Se caracteriza el delito continuo porque la violación al bien jurídico tutelado se prolonga en el tiempo, no cesando así el delito mientras se mantenga dicha violación... Ejemplo de delito continuo es la privación de libertad (Art. 191 C.P. de 1970). -Con respecto a la referencia que hace el art. 32 expresa- "Por ejemplo el delito de usurpación. El delito de efectos permanentes es una clase de delito instantáneo, en el que si bien la ofensa al bien jurídica cesa inmediatamente después de producirse la acción, ésta produce como efectos una situación que se prolonga en el tiempo." (LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado. 1ª. edición Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, San José. C.R., p. 201). Sobre esto mismo ha dicho el Tribunal de Casación: " ... El proyecto de Código Procesal Penal en su versión publicada en diciembre de 1995 hacía mención, al igual que el Código Penal de 1970, a los delitos permanentes, mientras que sin ninguna razón en el texto aprobado del Código de hizo referencia a los delitos de efectos permanentes, aparentemente con la intención de comprender los delitos de usurpación, los que habían suscitado discusión en cuanto a la prescripción en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal. La interpretación del concepto de delitos de efectos permanentes, utilizada en el Código Procesal Penal, debe tener relación con el instituto mismo de la prescripción. Por ello mismo no podría estimarse que delitos como el homicidio, las lesiones, el hurto y el robo no iniciaran el conteo de la prescripción sino hasta que cese la permanencia, ya que ello implicaría que dicha prescripción nunca empezaría a correr en el homicidio consumado, ni en las lesiones gravísimas ("incapacidad permanente", "pérdida") y en principio tampoco en las lesiones graves consumadas ("debilitación persistente"). Lo mismo cabría afirmar con respecto a los delitos de hurto o robo en que no se haya recuperado el objeto sustraído... Es claro que ese no es el sentido del Código, ya que con ello se convirtiría en imprescriptibles dichos delitos, en contra de los plazos de prescripción que se contemplan. A ello se agrega que la doctrina ha negado que pueda catalogarse a los delitos de lesiones (y a los de homicidio) en la equívoca categoría de los delitos de efectos permanentes, puesto que la característica de éstos es la subsistencia del daño como un efecto injusto, lo que no se presenta en las lesiones..." (Tribunal de Casación Voto 436-2000). Conforme con lo expuesto hay que concluir que tratándose del delito de desobediencia, lo mismo que del de incumplimiento de deberes, al que luego nos referiremos con mayor detalle, que son delitos omisivos propios, de mera actividad, aún cuando les aplicáramos los criterios de clasificación confeccionados en relación a los delitos de acción, y entre estos de los de resultado, en: instantáneos permanentes o de estado, (estos últimos, según los conceptos que expresa Mir Puig y que transcribimos antes, parecen asimilables a los delitos de "efectos permanentes" a los que alude el artículo 32 del c.p.p.), tenemos que concluir que no se trata de delitos permanentes, o "de efectos permanentes", dado que no es la naturaleza de la orden la que le imprime ese carácter al delito, sino la naturaleza de la conducta típica, de modo que la misma se consuma desde el momento en que se desobedece la orden (en el caso de la desobediencia), o no se cumple con el deber (supuesto del incumplimiento de deberes), es claro que los efectos de esa desobediencia pueden prolongarse en el tiempo, como los efectos de las lesiones, y del robo, pero la conducta propiamente dicha no se prolonga, pues se desobedece en el momento en el que había que obedecer, consumándose ahí el tipo penal. Lo contrario llevaría al absurdo de que se pudiera condenar a un sujeto por dicho delito, en múltiples ocasiones, a partir de una misma orden, tantas veces, hasta obligarle "a obedecer la orden para no ser más condenado", cuando precisamente el delito consiste en no obedecer, lo que equivaldría a exigir "resucitar al muerto" tratándose de un homicidio. Con respecto al incumplimiento de deberes, el art. 332 del c.p.p, con anterioridad a la reforma de 21 de diciembre de 2000, publicada en la Gaceta №10 del 5 de enero de 2001, disponía: "Será reprimido con veinte a sesenta días multa, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función." Conforme con la resolución impugnada, en la caso en examen, se trata de que los imputados no emitieron decisiones en acatamiento de la orden emanada del Tribunal Contencioso Administrativo, a efecto de modificar el acuerdo en cuanto al aumento en el cobro de la matrícula a los demandantes, lo que hizo que se les cobrara en contra de lo dispuesto en la orden dicha. Lo que claramente nos sitúa ante un concurso aparente, pues conforme al principio de especialidad el tipo penal aplicable sería el de desobediencia, y no ambos, art. 23 C.P. y por otra parte, nos lleva a concluir en que se trata, al igual que la desobediencia, de un tipo omisivo propio, de mera actividad, que se consuma igualmente en el momento en que se omite realizar el acto propio de la función, sea, en el que se incumple con el acto, la orden en este caso. En este sentido FONTAN BALESTRA, al comentar el mismo tipo penal del Código Argentino, nominado como omisión de deberes, expresa: "La acción consiste en omitir, rehusar o retardar alguna acto propio de las funciones. Los verbos empleados para definir el hecho denotan claramente que se trata de un delito de pura omisión. Omitir es no hacer; rehusar a hacer es, además, negarse, de modo que para este supuesto es necesario que haya habido una interpelación legítima en determinado sentido. El delito consiste, también, en retardar el acto. Retardar es no hacer a su tiempo. La consumación tiene lugar con el acto omisivo, sin necesidad de que se produzca consecuencia alguna..." (FONTAN BALESTRA, Carlos, op., cit., p. 848). Igualmente le considera SOLER, al indicar: "Debiendo referirse la omisión a alguno o algunos de los actos que el funcionario deberá ejecutar, el delito queda consumado cuando en consideración a es acto debido pueda afirmarse que ha sido dolosamente omitido, retardado o que habiendo mediado pedido o interpretación el funcionario ha rehusado cumplirlo. La tentativa no

es posible." (SOLER, Sebastián, op. cit. pág. 144). De manera similar, expresa CREUS: "Es un delito de simple actividad que se consuma con la omisión, el retardo o el rehusamiento, sin que necesite la producción de resultado dañoso alguno." (CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo 2, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 262). También MANZINI, al comentar un texto similar del Código Penal de Italia, nominado de negativa, omisión o retardo de actos de oficio, que dispone: "El oficial público o el encargado de un servicio público que indebidamente rehusa, omite o retarda un acto de oficio o del servicio...", expresa: "La tentativa tratándose de un delito omisivo, no es configurable. Puesto que el puro y simple retardo es suficiente para consumar el delito, éste no puede asumir carácter permanente. En general, la consumación del delito no se verifica mientras hay todavía tiempo útil para el eficaz cumplimiento del acto, o, si no hay límite de tiempo, mientras la inercia no constituya violación del deber de oficio. Correlativamente, el delito habrá de considerarse cuando el oficial público o en el cargado de servicio público se haya decidido sin duda a realizar el acto, pero intempestivamente; o bien, cuando el acto, tardíamente realizado por él, no pueda sanar la infracción del deber de servicio. Y esto es así, aunque dicho acto sea no obstante susceptible en todo o en parte su finalidad: porque no son los efectos dañosos de la negativa de la omisión o del retardo, los que vienen en consideración para la represión del hecho, sino la violación del deber de oficio o de servicio, que es dañosa por sí misma." (MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo 8, Vol. III. Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1961, páginas 364, 379, 378). Habiendo concluido que no se trata, ni la desobediencia a la autoridad ni el incumplimiento de deberes de delitos permanentes o de "efectos permanentes", procede examinar la prescripción aducida. "III. RESPECTO AL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES. Conforme al texto original del art. 332 del Código Penal, antes de la reforma publicada en enero de 2001, al mismo únicamente se le acordaba pena de multa, lo que conlleva que el término de prescripción fuera de dos años, inc. b) del art. 31 del c.p.p., restringido a un año en el momento en que se iniciara el procedimiento, según la normativa anterior a la reforma del art. 33 del c.p.p., (el art. 33 fue reformado por Ley № 8148, de 30-10-01, publicada en Gaceta Nº 227 del 26 de noviembre de 2001) [...] En realidad el recurrente basa su reclamo en la naturaleza del delito de desobediencia, que ya fue examinada al conocer el recurso del Ministerio Público, por lo que se le remite a lo ahí resuelto. Se agrega, que la naturaleza de permanente de un delito no se la da la prolongación del perjuicio, como parece entenderlo el recurrente, pues todo delito debe afectar bienes jurídicos, y por ende, producir un perjuicio que se puede prolongar en el tiempo, como el homicidio, donde el perjuicio ocasionado con la muerte será prolongado, así mismo las lesiones, que hasta pueden dejar incapacidades permanentes, y sin embargo ambos son delitos de acción instantánea. Por lo que si el criterio distintivo de los delitos permanentes fuera el que dice el recurrente, el perjuicio prolongado, tendríamos que los típicos delitos instantáneos serían permanentes. Lo que, como se indicó anteriormente, con base en lo que expresa el Dr.

Llobet, no resulta admisible. Con el fin de dejar claro el alcance de este recurso, hay que señalar que el recurrente solo combate la resolución en cuanto declara prescrita la acción penal correspondiente al delito de desobediencia, sin que individualice a los imputados, por lo que refiriéndose la resolución impugnada solo a la desobediencia imputada a Macaya y a Pérez, no se examina la prescripción de ese delito con relación a los otros imputados, a quienes se sobreseyó por incumplimiento de deberes, sin que el recurrente impugne ello [...] Como se examinó anteriormente, al resolver los recursos de casación planteados contra el sobreseimiento. Tanto el delito de desobediencia como el incumplimiento de deberes, son delitos omisivos propios, que se consuman en el momento en que se desobedece la orden, caso de la desobediencia, o se incumple el deber. De modo que no nos encontramos ante varios delitos de desobediencia, aunque fuesen múltiples y diversos los momentos en los que se realiza el cobro de la matrícula a los estudiantes de posgrado, pues tal es el carácter o naturaleza de la orden, pero no la acción típica, que consiste, en el caso que nos ocupa, conforme a lo imputado, en desobedecer lo ordenado por el Tribunal Contencioso Administrativo, dándose la consumación del delito de desobediencia en el momento en que debe cumplirse lo ordenado, y no se hace."

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 Nº 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 Nº 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 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 4573 del cuatro de mayo de 1970. *Código Penal*. Vigente desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 45 de 45 del 13/03/2014. Publicada en: Gaceta N° 257 del 15/11/1970. Alcance: 120 A.

- ^{III} CASTILLO GONZÁLEZ. Dr. Francisco. (2007). *El Delito de Omisión Impropia.* Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. Pp 158-160.
- ^{iv} BACIGALUPO, Dr. Enrique. (1983). *Delitos Impropios de Omisión.* Editorial Temis, Bogotá, Colombia. Pp 154-155.
- ^v SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 869 de las nueve horas con dieciocho minutos del doce de julio de dos mil trece. Expediente: 10-001925-0057-PE.
- vi SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 657 de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del cuatro de junio de dos mil trece. Expediente: 11-000227-0006-PE.
- vii TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA SAN RAMÓN. Sentencia 587 de las quince horas del veintisiete de julio de dos mil doce. Expediente: 10-001925-0057-PE.
- SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 716 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veinte de abril de dos mil doce. Expediente: 05-020578-0042-PE.
- ^{ix} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 239 de las diez horas con veintisiete minutos del diecisiete de febrero de dos mil doce. Expediente: 07-000726-0414-PE.
- ^x SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1378 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del once de noviembre de dos mil once. Expediente: 03-200642-0485-PE.
- xi SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 204 de las nueve horas con veinticuatro minutos del cuatro de marzo de dos mil once. Expediente: 04-000030-0058-PE.
- xii SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1253 de las diez horas con cuarenta y tres minutos del cuatro de noviembre de dos mil diez. Expediente: 94-000007-0392-PE.
- xiii SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 973 de las ocho horas con cuarenta y siete minutos del catorce de agosto de dos mil nueve. Expediente: 07-016113-0042-PE.
- xiv TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 812 de las diez horas con cincuenta minutos del tres de octubre de dos mil dos. Expediente: 99-000792-0175-PE.

ⁱⁱ SCHÜNEMANN, Bernd. (2009). *Fundamento y Límites de los Delitos de Omisión Impropia: Con una Aportación a la Metodología del Derecho Penal.* Editorial Marcial Pons. Madrid, España. Pp 74 y 75.