

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN**



**ESCUELA DE POSGRADO**

**TESIS**

**LOS DELITOS DE OMISIÓN EN LA  
LEY PENAL PERUANA: EL  
PROBLEMA DE LA PRUEBA**

**PRESENTADO POR:**

**José Santos Litano León**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO, CON  
MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS**

**ASESOR:**

**Félix Antonio Domínguez Ruiz**

**HUACHO - 2020**

**LOS DELITOS DE OMISIÓN EN LA LEY PENAL PERUANA: EL  
PROBLEMA DE LA PRUEBA**

**José Santos Litano León**

**TESIS DE MAESTRÍA**

**ASESOR: Felix Antonio Dominguez Ruiz**

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN  
ESCUELA DE POSGRADO**

**MAESTRO EN DERECHO, CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES Y  
CRIMINOLÓGICAS**

**HUACHO**

**2020**



## **DEDICATORIA**

A mis padres, hermanos y abuelos que siempre significaron mi mayor motivación al momento de escalar en mi vida profesional.

*José Santos Litano León*

## AGRADECIMIENTO

Por la orientación, amistades y apoyo brindado a lo largo de todo el desarrollo de la tesis y su posterior sustentación agradecer al Dr. Dominguez Ruiz.



# ÍNDICE

<b>DEDICATORIA</b>	<b>iii</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b>	<b>iv</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>vii</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>ix</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	<b>1</b>
<b>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	<b>1</b>
<b>1.1 Descripción de la realidad problemática</b>	<b>1</b>
<b>1.2 Formulación del problema</b>	<b>4</b>
<b>1.2.1 Problema general</b>	<b>4</b>
<b>1.2.2 Problemas específicos</b>	<b>4</b>
<b>1.3 Objetivos de la investigación</b>	<b>5</b>
<b>1.3.1 Objetivo general</b>	<b>5</b>
<b>1.3.2 Objetivos específicos</b>	<b>5</b>
<b>1.4 Justificación de la investigación</b>	<b>5</b>
<b>1.4.1. Justificación Teórica</b>	<b>5</b>
<b>1.4.2. Justificación Metodológica</b>	<b>6</b>
<b>1.4.3. Justificación Práctica</b>	<b>6</b>
<b>1.5 Delimitaciones del estudio</b>	<b>6</b>
<b>1.6 Viabilidad del estudio</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>8</b>
<b>MARCO TEÓRICO</b>	<b>8</b>
<b>2.1 Antecedentes de la investigación</b>	<b>8</b>
<b>2.1.1 Investigaciones internacionales</b>	<b>8</b>
<b>2.1.2 Investigaciones nacionales</b>	<b>9</b>
<b>2.2 Bases teóricas</b>	<b>9</b>
<b>2.2.1. La Omisión</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>2.2.1.2. El Concepto de Omisión</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>2.2.2. El Dolo</b>	<b>9</b>
<b>2.2.2.1. Concepto del dolo</b>	<b>9</b>
<b>2.2.2.2. Elementos del Dolo.</b>	<b>10</b>
<b>2.2.2.3. Clases de Dolo</b>	<b>10</b>
<b>2.2.3. El Delito de Omisión de Actos Funcionales en la Legislación Peruana</b>	<b>46</b>
<b>2.2.3.1. La norma penal</b>	<b>46</b>

2.2.3.2.	<b>Sujeto Pasivo.</b>	46
2.2.3.3.	<b>Sujeto Activo.</b>	47
2.2.4.5.	<b>Clases de Omisión.</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
2.3	<b>Definición de términos básicos</b>	48
2.4	<b>Hipótesis de investigación</b>	49
2.4.1	<b>Hipótesis general</b>	49
2.4.2	<b>Hipótesis específicas</b>	49
2.5	<b>Operacionalización de las variables</b>	50
<b>CAPÍTULO III</b>		<b>51</b>
<b>METODOLOGÍA</b>		<b>51</b>
3.1	<b>Diseño metodológico</b>	51
3.2	<b>Población y muestra</b>	51
3.2.1	<b>Población</b>	51
3.2.2	<b>Muestra</b>	52
3.3	<b>Técnicas de recolección de datos</b>	52
3.4	<b>Técnicas para el procesamiento de la información</b>	52
<b>CAPÍTULO IV</b>		<b>54</b>
<b>RESULTADOS</b>		<b>54</b>
4.1	<b>Análisis de resultados</b>	54
<b>CAPÍTULO V</b>		<b>62</b>
<b>DISCUSIÓN</b>		<b>62</b>
5.1	<b>Discusión de resultados</b>	62
<b>CAPÍTULO VI</b>		<b>64</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>		<b>64</b>
6.1	<b>Conclusiones</b>	64
6.2	<b>Recomendaciones</b>	66
<b>REFERENCIAS</b>		<b>67</b>
7.1	<b>Fuentes documentales</b>	67
7.2	<b>Fuentes bibliográficas</b>	67
7.3	<b>Fuentes hemerográficas</b>	69
7.4	<b>Fuentes electrónicas</b>	69
<b>ANEXOS</b>		<b>71</b>

## RESUMEN

La presente investigación denominada “LOS DELITOS DE OMISIÓN EN LA LEY PENAL PERUANA: EL PROBLEMA DE LA PRUEBA” tiene como problema general investigar respecto a: ¿Cuál es la relación que existe entre la concepción normativa del dolo y la actividad probatoria en los Delitos de Omisión de Actos Funcionales?.

La investigación es de tipo aplicada porque se realiza asumiendo conocimientos y teorías de nivel analítico para contrastarlo con la norma penal. En este caso se trata de establecer si es viable la aplicación de la concepción normativa del dolo en el Delito de Omisión de Actos Funcionales.

El enfoque de la investigación es mixto (cuantitativo y cualitativo) debido a que se utilizará la recolección y análisis de datos para la demostración del establecimiento de los objetivos tanto general como los específicos y la mediación numérica, el uso de la estadística para en caso de describir los niveles de comprensión e interpretación de categorías y conceptos del objeto de estudio entre los jueces penales del distrito judicial de Huaura.

Para el procesamiento de datos se utilizaron los medios técnicos adecuados que permitieron captar la real dimensión de la problemática planteada; entre las técnicas de recopilación de datos tenemos: encuestas, análisis documental y bibliográfico, entrevistas, fichaje, entre otras.

El enfoque de la investigación es mixto (cuantitativo y cualitativo), debido a que se utilizará la recolección y análisis de datos para la demostración del establecimiento de los objetivos tanto general como los específicos y la mediación numérica, el conteo y frecuentemente el uso de la estadística para establecer que la concepción psicológica debe ser complementada por los postulados establecidos por la concepción normativa del dolo en el delito de Omisión de Actos Funcionales.

Finalmente, luego de la aplicación de la estadística se obtuvo como resultado que si es aplicable la concepción normativa del dolo en los Delitos de Omisión de Actos Funcionales (Art. 377 CP), ya que brinda una base dogmática que sustenta la imputación del actuar doloso del acusado, así como la actividad probatoria que sirva de sustento a la acusación formulada por el Ministerio Público.

Palabras clave: OMISIÓN, LA PRUEBA, DELITOS





## ABSTRACT

The present investigation work entitled "THE CRIMES OF OMISSION IN THE PERUVIAN CRIMINAL LAW: THE PROBLEM OF THE PROOF" has as a general problem the investigation about: What is the relationship that exists between the normative conception of the fraud and the probative activity in the Offenses of Omission of Functional Acts?

The research is of the applied type because it acquires knowledge and theories of analytical level to contrast it with the criminal norm. In this case, it is about establishing whether the application of the normative conception of fraud in the Crime of Omission of Functional Acts is viable.

The mixed research approach (quantitative and qualitative) because it can use data collection and analysis to demonstrate the establishment of general objectives such as specific and numerical mediation, the use of statistics to describe the levels of understanding and interpretation of the categories and concepts of the study among the criminal judges of the judicial district of Huaura.

For the processing of data, the technical means used were used to capture the real dimension of the problem posed; Among the techniques of data collection we have: surveys, documentary and bibliographic analysis, interviews, signing, among others.

The mixed research approach (quantitative and qualitative), because it can use data collection and analysis to demonstrate the establishment of general objectives such as specific and numerical mediation, content and use of the same statistics to establish that the psychological conception must be completed by the postulates by the norm of the crime in the Omission of Functional Acts.

Finally, the application of statistics was obtained as a result of the normative conception of fraud in the Offenses of Omission of Functional Acts (Article 377 of the Criminal Code), which provides a dogmatic basis that supports the imputation of the criminal act of the

accused, as well as the probative activity that serves as a support to the accusation made by the Public Ministry.xx

Keywords: OMISSION, THE PROOF, THE CRIMES



# CAPÍTULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1 Descripción de la realidad problemática

La consumación de un delito puede tomar dos variantes: la realización de una conducta u omitir su realización (o bien un hacer o bien un no hacer). En ambos casos, se exige que el sujeto posea intención y conocimiento al momento de actuar u omitir una acción, con la exigencia probatoria correspondiente.

Sin embargo, en los delitos de omisión, que se materializa a través de un NO HACER, la intención o el conocimiento de su antijuricidad queda sujeta a los rigores de la probanza. Pero ¿podemos conocer la verdadera intención de una persona?

Como debemos suponer, el derecho, no reconstruye la verdad real si no la verdad jurídica, en el caso de los delitos, la intención del sujeto se deduce a través de la acción que realiza y las pruebas que de dicha acción puedan recabarse. Llevando lo dicho a un punto práctico, si disparamos a una persona en el cráneo a una distancia en la cual es imposible errar el tiro, nuestra acción (disparar) y las circunstancias que la rodean, permite a terceros inferir cual fue nuestra intención, y que grado de conocimiento teníamos al momento de atentar contra la vida del otro.

Pero, en los delitos de omisión, no tenemos una acción propiamente dicha, entonces ¿es posible probar la existencia del delito?, ¿podemos vincular al imputado con el delito?, ¿se puede determinar que existió dolo al momento de cometer el delito?

Esta inquietud modesta no ha comprometido en la inquietud de realizar un completo análisis del aspecto subjetivo del tipo doloso en los delitos de omisión, con especiales referencias a los tipos penales relacionados con los delitos de Omisión de Actos funcionales. Siendo así la perspectiva de nuestra inicial inquietud, nos orientaremos en la opinión de destacados estudiosos nacionales. La prueba de la intención del sujeto. ¿Cómo lo hacemos?

En los delitos por Omisión de Actos funcionales, la prueba directa por excelencia, vendría a ser la confesión del imputado, pero reflexionemos un poco, estamos ante un delito cualificado, es decir solo puede ser cometido por un sujeto activo que reúna ciertas cualidades en este caso ser un servidor o funcionario público. Persona cuyo conocimiento debe tener ciertas características y estar por encima del que posee una persona común, es más se entiende que el conocimiento de servidor público, es más especializado que el de cualquier administrado y ciudadano común, desde luego el conocimiento que ostenta esta persona no es necesariamente jurídico en el más estricto sentido, pero si el suficiente, para saber cuáles son las funciones que debe ejercer de acuerdo a su cargo y que la comisión de un delito significa la imposición de un castigo.

Tomamos a la prueba indiciaria como sucedánea de la prueba directa, hasta este momento, tenemos identificado al sujeto activo, ósea al servidor público que ha transgredido la norma, se ha resuelto el problema de la prueba, porque ahora, buscaremos los indicios que ayuden a probar la existencia del delito, sin embargo, tenemos los dos extremos más no la parte central, ya que probamos la existencia del delito, identificamos al actor del mismo, pero ¿cómo probamos la intención?, ¿cómo demostramos la existencia del dolo?, ¿cómo demostramos que los indicios obtenidos, reflejan la intención de cometer el delito? En resumidas cuentas y sintetizando todas las preguntas, nos quedamos finalmente con solo una: ¿cómo probamos el dolo en los delitos de omisión?, tomando en cuenta que el dolo, es entendido desde una concepción psicológica, y en estos delitos en particular, no tenemos forma de deducir cual fue la intención del sujeto.

No obstante, el delito no es solo un hacer, también es la omisión de una acción, también es un no hacer, por tanto, la manera en la que entendemos el dolo

debe de ser más flexible, entender el dolo solamente desde una concepción psicológica, en la cual prima la averiguación de fenómenos psicológicos, nos atrevemos a decir, termina limitándonos al momento que estamos frente a un delito de omisión.

Ya que si bien, de manera teórica y dogmática, no enfrentamos mayores problemas al mantener solo una manera predominante de entender dicho concepto, tal y como hemos tratado de explicar líneas arriba, los problemas e interrogantes surgen en la práctica, al momento de intentar demostrar que la omisión fue dolosa. A fin de poder verificar lo manifestado, se analizarán la jurisprudencia nacional, elementalmente casaciones.

Se debe tomar en cuenta, que de no complementar a nivel dogmático el concepto y la manera de entender el dolo, como elemento determinante al momento de demostrar que se está frente a una conducta delictiva, corremos el riesgo de restar efectividad a las disposiciones legales que tienen por objetivo sancionar el accionar delictivo de funcionarios y servidores públicos.

A nivel procesal, si no logramos probar que existe dolo al momento de cometer el delito, la conducta queda impune, con mayor razón en el delito de Omisión de Actos Funcionales. Nos damos cuenta que, sin una base dogmática, que respalde la teoría del caso y los indicios en los que se sustenta, ante la comisión de un delito de omisión de funciones, no es posible que este sea reprimido y que por tanto los dispositivos legales sean efectivos.

Llegados a este momento, hablaremos del concepto de la prueba del dolo. Es decir, el dolo también debe ser entendido desde una perspectiva normativa, en cuanto estemos ante a la comisión de un delito de omisión. El conocimiento y su exteriorización, serían un claro indicador de la intención.

En tal sentido, la presente investigación parte de la idea que cuando se trata de delitos de omisión, la definición y prueba del dolo deben partir desde una concepción normativa, en donde el conocimiento es un indicador determinante de intención. Y que la exteriorización del conocimiento interpretado a través del

sentido social de la función, reforzaría no solo el accionar doloso, si no también sería sustento dogmático a la prueba indiciaria y por tanto a la teoría del caso.

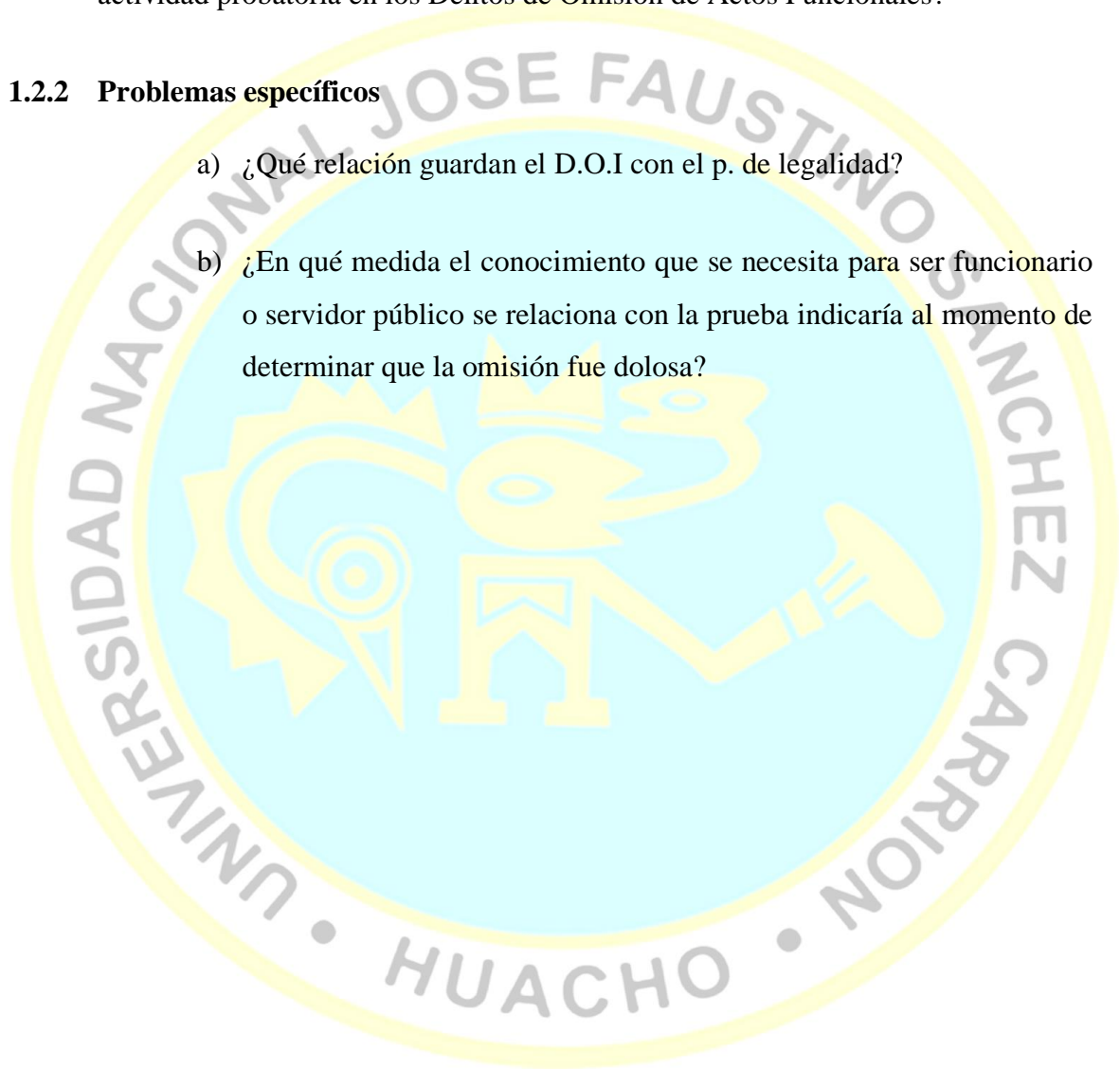
## **1.2 Formulación del problema**

### **1.2.1 Problema general**

¿Cuál es la relación que existe entre la concepción normativa del dolo y la actividad probatoria en los Delitos de Omisión de Actos Funcionales?

### **1.2.2 Problemas específicos**

- a) ¿Qué relación guardan el D.O.I con el p. de legalidad?
- b) ¿En qué medida el conocimiento que se necesita para ser funcionario o servidor público se relaciona con la prueba indiciaria al momento de determinar que la omisión fue dolosa?



### **1.3 Objetivos de la investigación**

#### **1.3.1 Objetivo general**

Analizar la relación que existe entre la concepción normativa del dolo y la actividad probatoria en los delitos de Omisión de Actos Funcionales

#### **1.3.2 Objetivos específicos**

- a) Analizar la relación del delito de omisión impropia con el principio de legalidad
- b) Determinar la relación que existe entre la prueba indiciaria y el conocimiento que se exige para ser funcionario público, al momento de determinar que la omisión fue dolosa.

### **1.4 Justificación de la investigación**

#### **1.4.1. Justificación Teórica**

La presente tesis pretende analizar el tema de los D.O, de manera general y poner énfasis en los D.O.I. Se pretende fundamentar que la concepción psicológica, actualmente utilizada al momento de determinar si la acción u omisión es dolosa o no, debe ser complementada por la concepción normativa del dolo, en los delitos omisivos, con el fin de salvar, los problemas que a nivel de probatorio, genera la aplicación de la concepción psicológica. Concepción del dolo que se fundamenta en dos supuestos, que el dolo es un fenómeno psicológico e interno del sujeto, y que dicho fenómeno se averigua con posterioridad a la comisión del delito, durante el desarrollo del proceso. Sin embargo, ni el legislador ni el Juez, cuentan con los mecanismos necesarios, para determinar de manera exacta, cual es la intención (entendida como fenómeno psicológico) al momento de infringir la norma penal, y en caso no pueda determinarse de manera fehaciente la intención del imputado, no podríamos estar frente a un accionar doloso.

El particular problema que se presenta en el ilícito de Omisión de Actos Funcionales viene dado por el hecho de que no existe una acción, propiamente dicha, de la cual pueda deducirse la intención del sujeto, es por eso que con la presente investigación, pretendemos, brindar una base dogmática, que no dependa

de la averiguación de fenómenos psicológicos, de los que no se tiene plena certeza, al momento de determinar si una omisión fue o no dolosa.

#### **1.4.2. Justificación Metodológica**

La presente investigación aplicará métodos de investigación jurídica que permitirán llegar a conclusiones certeras y confiables; la metodología a utilizar será válida para futuras investigaciones similares, constituyendo un aporte a las mismas.

#### **1.4.3. Justificación Práctica**

Como se advierte, el tema de la omisión en general abarca diversos problemas que se pretenden aclarar en el presente desarrollo del trabajo. En respecto comisión por omisión o D.O.I será analizado los problemas a nivel de nuestra jurisprudencia nacional, particularmente revisaremos el estado de la cuestión en los delitos de omisión de actos funcionales.

#### **1.5 Delimitaciones del estudio**

La temática y objeto de la investigación que nos hemos propuesto consiste en verificar si es aplicable la concepción normativa del dolo en los Delitos de Omisión de Actos Funcionales. Aspecto que será abordado desde la teoría del dolo, contrastado con la percepción de los operadores del Derecho, de forma específica magistrados de la especialidad y académicos de la misma especialidad.

#### **1.6 Viabilidad del estudio**

La investigación tiene un costo aproximado de S/ 5,121.00 monto garantizado con recursos propios disponibles. De otro lado se ha previsto el apoyo de personal auxiliar elementalmente para el trabajo administrativo, y que ha sido considerado dentro del presupuesto y cronograma de actividades. Y finalmente, por la cercanía a la capital de la República es viable el acceso a las bibliotecas de las más prestigiosas universidades del país. Precisamente, se ha previsto solicitar días libres en el centro de labores durante la ejecución del proyecto, que deberá culminar en el segundo trimestre del año 2018. No obstante, se ha previsto eventuales contingencias de orden metodológicos por lo que la respecto, se contara con un metodólogo especializado en investigaciones jurídicas





## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 Antecedentes de la investigación

##### 2.1.1 Investigaciones internacionales

(Ragues, 1998) En su trabajo de investigación titulado “*LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN DOLOSA*”, realizada en la Universidad Pompeu Fabra – España. Para optar por el Grado de Doctor en Derecho, llego a las siguientes conclusiones El trabajo de investigación se desarrolló en base a tres ejes temáticos: primero el estudio del concepto del dolo, haciendo una recapitulación histórica de cómo ha ido evolucionando hasta nuestros días, el segundo eje temático, se refiere a la determinación procesal del dolo respecto principalmente a dos concepciones: concepción psicológica y concepción normativa, finalmente el tercer eje temático se refiere a criterios que determinaran el dolo y que permitan ...” Se plantea como objetivo demostrar que cuando se trata de acreditar la efectiva existencia de determinados fenómenos psicológicos, las anteriores exigencias jurisprudenciales no garantizan que la convicción final del juez necesariamente vaya a corresponderse con la auténtica realidad psicológica del acusado, sino única y exclusivamente, que la fundamentación que sirve para llegar a tal convicción y ésta van a depender de cierta racionalidad.”

Cordón Aguilar Julio César (2011). En su trabajo de investigación denominado “*PRUEBA INDICIARIA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL*”, realizada en la Universidad de Salamanca – España, para optar el Grado de Doctor en Derecho, llegó a las siguientes conclusiones “En el caso específico del proceso penal, la actividad probatoria que se desarrolle ha de dirigirse a formar en el juez el convencimiento acerca de la destrucción el estado

de inocencia que rige a favor del acusado, pues éste, por disposición constitucional, se presume inocente del ilícito que se le atribuya, correspondiendo a la parte acusadora demostrar que han concurrido los elementos objetivos y subjetivos contenidos en el tipo penal de que se trate.” (Cordón, 2011)

### **2.1.2 Investigaciones nacionales**

Samuell María Fernanda (S/F) en su artículo: La acreditación en el proceso penal, señala que: Es fundamental no perder de vista que los métodos que se utilicen para la constatación de conocimiento deben aportar certeza, interpretado esto como una plena coincidencia entre los hechos probados y los realmente acaecidos, por ello el postulado de la concepción normativa de la determinación del dolo es ofrecer, desechando que pueda comprobarse empíricamente la realidad psíquica del sujeto, criterios objetivos aplicables, que habiliten igual tratamiento en todos los casos y que sean previsibles para el destinatario de la norma.

De Miranda Vásquez Carlos (2011, Julio) en su artículo: Indicios para la prueba del dolo en el proceso penal, señala que: La prueba del dolo en el proceso penal se sustenta esencialmente, sobre la prueba indiciaria. Los “hechos avisadores” son indicios ante fácticos anteriores a la representación mental que, de ser probados, permiten inferir por vía de atribución el conocimiento del sujeto sobre el contenido del sujeto sobre el contenido típico de la acción que va a iniciar o de su resultado último, tales hechos, forman parte de las máximas de experiencia en las que estas circunstancias fácticas, aparecen como antecedente lógico de procesos de pensamiento, consciente o inconsciente. Estos hechos pueden ser probados tanto por vía directa como vía indirecta.

## **2.2 Bases teóricas**

### **El Dolo**

#### **Concepto del dolo**

Para Buntinza (2014), nos manifiesta que desde el punto de vista semántico el dolo es un reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma privilegiada el apartamiento de una norma o directiva de conducta.

Feijoo, citado por Elmelaj (2012), establece que solo existe dolo si el autor llega a darse cuenta de que su actividad coloca en peligro concreto a otra persona o sus bienes y; a pesar de ello, decide seguir adelante. Esa persona ya conoce el riesgo típico (conjunto de condiciones idóneas para producir un resultado) y, por tanto, prevé el resultado.

### **Elementos del Dolo.**

El dolo es entendido como conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito (*dolus naturalis*). Son por tanto dos los elementos que integran el dolo, el elemento intelectual o cognoscitivo y el elemento volitivo.

### **Clases de Dolo**

Las distintas formas del dolo se desprenden de las variaciones del elemento intelectual (cognitivo) y del elemento voluntario (volitivo) en sus respectivos grados de intensidad. La escala de las variaciones que satisfacen el concepto de dolo se extiende, en el elemento cognitivo, desde el conocimiento efectivo grado más intenso del elemento cognitivo hasta el mero considerar como posible (grado más escaso de elemento cognitivo) y, en el elemento volitivo, desde el querer dirigido a un fin (grado más intenso del elemento volitivo) hasta el simple conformarse con ello (grado más escaso del elemento volitivo), UDO (2005).

### **Concepción psicológica del dolo**

Tomando las palabras de (Ragues, 1998). La concepción psicológica del dolo entiende que la afirmación según la cual una persona ha actuado dolosamente depende de que pueda acreditarse de modo fehaciente que está ha realizado una conducta objetivamente típica contando con determinados conocimientos (y según los autores, intenciones). Esta perspectiva parte de dos grandes ideas: en primer lugar, concibe tales conocimientos como un concreto proceso efectivamente acontecido en la mente de un sujeto, es decir, como un fenómeno de naturaleza psicológica. En segundo lugar, entiende que la existencia de tal fenómeno es algo que puede averiguarse a posteriori, esto es, en el momento del proceso penal. De los resultados de tal averiguación se hace depender el que alguien pueda ser legítimamente condenado por una realización delictiva dolosa. (Ragues, 1998)

En consecuencia, cuando no consiga constatarse la concurrencia de los procesos psíquicos en que se basa el dolo, solo se podrá castigar al sujeto si la ley lo permite, por delito imprudente. De acuerdo a estas ideas, el conocimiento en que se fundamenta el dolo se concibe como una realidad pretérita: lo que importa son determinados datos psicológicos existentes en el momento en que el hecho se llevó a cabo, un instante que se ubica siempre en un pasado más o menos lejano en relación con el proceso penal. En este sentido, la tarea del Juez exige plena reconstrucción de tales datos. En palabras de English: “el jurista procede ni más ni menos que como el historiador cuando aporta y aprecia pruebas para averiguar de qué manera sucedió algo. La llamada libre valoración de la prueba no supone, como alguna vez se ha dicho, el ejercicio de un criterio judicial-lo que querría decir que tras la práctica de la prueba serían defendibles diversas opiniones sobre el resultado- sino la vinculación a reglas legales de prueba para aproximarse a la inequívoca verdad misma. (Ragues, 1998)

Para estas teorías, el conocimiento es un fenómeno psicológico cuya concurrencia en el momento de la realización delictiva debe ser constatada efectivamente en el proceso penal, y siendo ello sería de difícil aplicabilidad debido a que se tendría determinar cuáles son los medios que permiten demostrar la realidad psíquica del autor del delito en cada caso en concreto (Hassemer, 1990). El conocimiento se configura como un fenómeno psicológico cuya concurrencia en el momento de la realización delictiva debe ser efectivamente constatada en el proceso penal (Ragues, 1998).

### **La Teoría Normativa**

El término “normativas”, se explica por qué en estas teorías se admite abiertamente que, en la determinación del dolo, atribuye o imputa un determinado conocimiento (o voluntad) a un sujeto, empleándose para tal atribución criterios distintos a la verificación empírica de procesos de naturaleza psicológica (Ragues, 1998).

Ragues, citado por (Elmenaj, 2012), indica que la denominación genérica de concepción normativa se encuentra integrada por los autores que niegan la posibilidad de entender que la afirmación del dolo dependa de la averiguación de

una determinada realidad psicológica. Y agregan que cuando el juez afirma que “alguien ha conocido algo” lo que hace es atribuir ese conocimiento al sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni siquiera pretenden, constatar cuál fue el estado real de la subjetividad en el momento de la realización del hecho típico. Es decir que esa afirmación del dolo no se caracteriza por un juicio descriptivo sino más bien un juicio adscriptivo de atribución de un determinado contenido de subjetividad al acusado, prescindiendo de una plena constatación empírica. Con la denominación genérica de concepciones normativas van a englobarse en este trabajo todos aquellos planteamientos sobre la “determinación del dolo” que, por diversos motivos rechazan el pilar teórico fundamental en que se sustenta la concepción psicológica, esto es, la idea de que la afirmación del dolo depende de la averiguación de ciertos fenómenos psicológicos. Este rechazo puede ser atribuido a dos grandes causas: en primer lugar, algunos autores entienden que la concepción psicológica padece el terrible defecto de que no puede ser llevada a la práctica, por lo que proponen criterios distintos para hacer aplicable el concepto de dolo. Por su parte otros autores consideran que, por principio, al Derecho Penal no le interesa la realidad psicológica, si no otras realidades que le permiten cumplir de un modo más efectivo con su función en la sociedad. Que tales planteamientos sean calificados de “normativos” se explica por qué en ellos se administra abiertamente que en la “determinación del dolo” se atribuye o imputa un determinado conocimiento (o voluntad) a un sujeto, empleándose para tal atribución criterios distintos a la verificación empírica de procesos de naturaleza psicológica. En resumidas cuentas, se sostiene que las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter - descriptivo si no siempre adscriptivo. (Ragues, 1998)

Según Wolfgang Schild, citado por (Ragues, 1998), la definición tradicional de dolo como “conocer y querer” se ha ido desvirtuando de tal modo con el transcurrir de los años, que ya difícilmente puede seguir afirmándose que dichos datos se buscan como realidades psíquicas en la cabeza del autor, si no que han devenido un constructo normativo que se decide “en la cabeza de los juristas”. Según este autor, la posibilidad de mantenimiento de la formula pasa por abandonar la idea de que con ella se debe “encontrar” o “deducir indirectamente” un determinado dato psíquico; en realidad de lo que se trata es de trabajar las diversas

formas y estrategias de atribución de responsabilidad. Mas explicito resulta el punto de vista de Joachin Hruska, uno de los autores que acoge de modo más entusiasta la idea de que cuando se afirma por parte de los tribunales que un determinado hecho se ha cometido dolosamente no se constata realidad psíquica alguna. Es evidente que en estos casos el hecho puramente interno “conocimiento” se deduce por completo de circunstancias externas. (Ragues, 1998)

## **La prueba**

### **El conocimiento como indicador de intención.**

Según (Ragues, 1998) Las personas en tanto que miembros de una misma sociedad en constante proceso de comunicación, comparten una serie de valoraciones de acuerdo con las cuales, entienden que, dadas determinadas realidades objetivas, otro sujeto cuenta de forma inequívoca con ciertos conocimientos. Estas valoraciones concretadas en reglas de atribución, deben ser también el criterio a utilizar en el proceso por el Juez para resolver la cuestión relativa a la determinación de los conocimientos en los que se basa una condena por delito doloso. Solo de este modo es posible garantizar que los resultados de la reconstrucción judicial de los hechos vayan a coincidir con las valoraciones de la sociedad (Ragues, 1998).

El autor debe ser consciente de realizar el acto delictuoso, de producir el resultado, de crear una relación de causalidad entre ambos y de conocer todos los otros elementos esenciales al tipo, por ejemplo, la calidad de la víctima, la naturaleza del objeto sobre el que se ejecuta la acción o los medios a emplear, así como las circunstancias del acto típico (Hurtado Pozo, 2005).

Una conducta objetivamente típica solo puede considerarse dolosa cuando, desde el punto de vista social, se entiende que ha sido llevada a cabo por el autor de modo inequívocamente consciente. La exigencia de que la afirmación final sobre el conocimiento tenga un significado indiscutido requiere que reúnan estas características, tanto las conclusiones parciales aportadas por las distintas reglas que llevan a constatar el conocimiento de realidades diversas por parte de un sujeto, como la vigencia social de tales criterios. Por este motivo, deben rechazarse en el ámbito de la imputación del conocimiento, si se quiere captar sentidos sociales

inequívocos, las reglas que responden a la estructura “dada una determinada realidad X el sujeto tal vez, posiblemente o probablemente conoce Y”. De acuerdo con tal afirmación, únicamente tienen cabida en este ámbito los enunciados del tipo “dada una determinada realidad X, el sujeto necesariamente conoce Y”, cuando, además, estos tengan una plena e inequívoca vigencia social. Solo si se satisface esta doble exigencia, es posible garantizar que el juicio definitivo cumpla con las condiciones en que resulta legítima una condena por delito doloso (Ragues, 1998).

El dolo es, en su indiscutible núcleo conceptual, el conocimiento que tiene el sujeto de determinadas realidades. La concurrencia de dicho conocimiento en un caso concreto se determina acudiendo a reglas que permiten establecer cuando, a partir de un determinado sustrato fáctico, se entiende que un sujeto es conocedor de ciertas circunstancias. Estas últimas reglas tienen como presupuesto aplicativo hechos objetivos anteriores, coetáneos y posteriores al momento de realización del comportamiento respecto al cual debe determinarse la realización consciente (Ragues, 1998).

Si el propio sujeto exterioriza que conoce algo, sea a través de declaraciones explícitas o por medio de actos concluyentes, se le atribuye poseer dicho conocimiento. Con respecto al hecho objetivamente típico, las exteriorizaciones de conocimientos pueden situarse en tres momentos distintos: antes, durante y después de la realización del hecho (Elmenaj, 2012).

#### 2.2.3.1.1. Conocimientos mínimos.

Es el conjunto de conocimiento que una persona “normal” debe poseer en determinada situación, sin embargo, este es un concepto relativo, ya que no puede manifestarse de manera específica hasta donde abarca la definición de conocimientos mínimos, el estudio de este concepto, debe llevarse a cabo en cada caso, pensando si socialmente podría considerarse igual a una persona que desconociera determinadas realidades, por ello debe tenerse en cuenta lo manifestado por (Elmenaj, 2012):

##### a) Conocimientos mínimos en sentido estricto



Son aquellos que son comunes a cualquier miembro de la raza humana mayor de edad e imputable y cuya ausencia solamente se entiende en aquellas personas que padecen algún tipo de perturbación psíquica o sensorial que dan pie a la inimputabilidad o en los menores de cierta edad.

b) Conocimientos mínimos en sentido amplio

Son aquellos atribuibles a las personas que han sido “normalmente socializadas” y cuya ausencia en personas imputables solo se concibe en el caso de que el sujeto apenas haya mantenido contacto con la sociedad que le juzga.

Que conocimientos deben considerarse mínimos y cuáles no, es algo que, evidentemente, no se puede desarrollar hasta el más minucioso de los detalles, y desde luego, no puede aportarse una lista de conocimientos que se consideran mínimos en la actual sociedad. La concreción deberá llevarse a cabo pensando encada caso concreto si socialmente puede considerarse como igual a una persona que desconoce determinadas realidades. Lo afirmado hasta ahora puede parecer obvio e incluso superfluo. Sin embargo, dando realce a la figura de los conocimientos mínimos se obtiene un instrumento especialmente útil para acometer un análisis crítico de determinadas afirmaciones judiciales que con relativa frecuencia pueden encontrarse en el ámbito de la determinación procesal de dolo (Ragues, 1998).

### **La prueba indiciaria**

San Martín, citado por (Rosas, 2004) manifiesta que por prueba indiciaria se debe entender a aquella que se dirige a demostrar la certeza de los hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; señala, además, que ha de motivarse en conjunción de un nexo causal y coherente de los hechos probados-indicios- y lo que se trate de probar- delito.

La conclusión a la que se arriba a partir de una prueba indiciaria debe someterse a ciertos requisitos para su validez. Así la afirmación o enlace entre el hecho-base y el hecho- consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia. Debe primar la racionalidad y coherencia del proceso mental asumido en cada caso por el órgano jurisdiccional, siendo de rechazar por tanto la irrazonabilidad, la arbitrariedad, la incoherencia y el capricho del juzgador, que en todo caso constituyen un límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba. Dos datos son, pues, imprescindibles: a) racionalidad de la inducción o inferencia, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada; y, b) que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; todo ello, en aras de afirmar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (Calderón y Choclan, 2002).

Rives citado por (Rosas, 2004), precisa que la prueba indiciaria, también llamada indirecta, circunstancial o conjetural, es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados- indicios- y el que se trate de probar-delito.

El indicio es un dato real, una huella concreta, un fenómeno, que es indubitablemente probado “inequívoco e indivisible” y con aptitud significativa para conducir el proceso cognitivo hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el objeto del proceso penal, los conceptos indicio y prueba indiciaria están vinculados necesariamente, puesto que resulta imposible una prueba indiciaria sin el indicio que es el núcleo fáctico y punto de partida, (Mixán, 2003).

El indicio conceptualmente no es otra cosa que lo que modernamente se considera “elemento de prueba”, es decir, todo dato o circunstancia debidamente comprobada en la causa por vía de un “medio de prueba”. El dato surgirá así de los dichos del testigo, del contenido de una declaración del imputado, de un dictamen pericial, de una inspección judicial o cualquier otro medio. Luego, dicho dato constituye un elemento probatorio del cual el juzgador mediante un razonamiento

lógico, puede inferir otro hecho desconocido; es la operación mental por medio de la cual se toma conocimiento de un hecho desconocido por inferencia que sugiere el conocimiento de un elemento comprobado. Este elemento comprobado es un “indicio”, no un medio de prueba en el sentido técnico de este último, (Jauchen, 2002).

Decía Carnelutti que la “fuente de prueba” es el hecho de que se sirve el juez para alcanzar la propia verdad y “medio de prueba” la actividad del Juez desarrollada en el proceso. Más claramente se puede decir que fuente de prueba es un concepto meta jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad extraña al proceso; mientras que el medio es un concepto procesal. La fuente existirá, aunque no haya proceso (así un documento que pre existe a cualquier proceso pero fuera de ellos); para que sea “prueba” debemos aportarlo al proceso como “medio” y a través de los “medios admitidos por el proceso”. El testigo conoce los hechos aún antes de producirse un proceso-la fuente-pero solo repercutirá en el proceso si lo introducimos como medio (Fairen, 1992).

Mixán citado por (Rosas, 2004) argumenta que la diferencia entre indicio y prueba indiciaria es ineludible. En efecto, prueba indiciaria (o prueba por indicios) es un concepto jurídico-procesal compuesto y, como tal, incluye como componentes varios sub conceptos: indicio (dato indiciario), inferencia aplicable y la conclusión inferida (llamada, aun por muchos, presunción del juez o presunción del hombre), que conducen al descubrimiento razonado de aquello que es indicado por el indicio (el conocimiento que se adquiere sobre lo que tradicionalmente se conoce como hecho indicado o dato indicado).

Si la conclusión obtenida del razonamiento correcto es además conducente, pertinente y útil, se convertirá en argumento probatorio; de manera que como se verá, el indicio es únicamente el primer sub concepto, el primer componente de la prueba indiciaria. Ello, lógicamente no descarta la vinculación que existe entre ambos conceptos (Rosas, 2004).

### **Elementos del Indicio.**

El indicio tiene la forma de un silogismo, al respecto Dellepiane citado por Arias (2006):

a) Premisa Mayor

Esta premisa, está formada por el conocimiento que adquirimos por la experiencia común, a la regla general de experiencia (premis mayor), llegamos por medio de un proceso inductivo, ya que partimos de la observación de los casos particulares que se nos presentan en el mundo físico, psíquico y moral. Pero esta regla de experiencia que le sirve de fundamento, constituye la premisa mayor del silogismo correspondiente, no es siempre una ley científicamente comprobada y de un carácter necesario, sino que es una ley empírica, una generalización suministrada por la experiencia, un principio de sentido cuyo carácter es contingente.

b) Premisa Menor

La premisa menor está constituida por el hecho o hecho indicadores. Tenemos entonces que entrar a hacer claridad sobre lo que se puede entender por hecho indicador, pudiéndose afirmar que es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general, todo hecho conocido o mejor dicho comprobado, el cual es capaz de conducirnos al conocimiento de un hecho desconocido. Esta premisa está formada por un hecho particular al cual se le pretende atribuir determinada causa, se trata siempre de afirmar que se ha verificado cierto efecto particular y es evidente para todos que la menor no puede omitirse en este caso. No solamente es preciso enunciar la menor, es más; hay necesidad de probarla es menester probar que ese determinado hecho en particular, que se considera como efecto y que constituye lo material del indicio, ha existido.

### **Clasificación de los indicios.**

En la doctrina procesalista existen varias clasificaciones de los indicios. Así tenemos los indicios de carácter general, válidos para cualquier delito, de los

indicios particulares circunscriptos a específicos delitos. Los indicios también pueden observarse según su fuerza conviccional, como tal, distinguirlos entre indicios necesarios y contingentes, según se requiera de uno o varios para formar la convicción del juzgador. Empero, la clasificación más utilizada es aquella que toma en cuenta, el momento de la producción de los indicios, en cuya virtud los indicios pueden ser antecedentes, concomitantes y subsiguientes, esto es, según se trate de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores al delito (San Martín, 2003). De acuerdo a lo manifestado por Talavera (2009) los indicios se clasifican de acuerdo con la incidencia que tenga el hecho indicado:

2.2.3.4.1. Por la convicción que pueden generar en el juzgador

a) Indicio necesario

Es el que irremediamente conduce a una determinada consecuencia. En otros términos, como lo observa Martínez Rave (citado por el autor), cuando el hecho deducido no puede tener por causa si no el hecho probado. La relación de causa a efecto es absoluta. Se funda esencialmente en leyes científicas inalterables en las cuales los efectos corresponden a una determinada causa. Si hay ceniza, hubo fuego.

b) Indicio contingente

Es el que puede conducir a deducir varios hechos. Así por ejemplo, si una persona sale del sitio donde se cometió un delito, puede deducirse que sea el autor del mismo o simplemente que se encontraba en ese lugar realizando otro tipo de gestión.

Existen indicios necesarios e indicios contingentes, en función a las causalidades que emergen de ellos. Los indicios necesarios prueban por sí solos plenamente la veracidad del “dato indicado” al que conducen, por lo que están extensos del requisito de pluralidad; el dato cierto resulta de una relación causal unívoca. Los indicios contingentes, que son los más numerosos, por el contrario, para generar convicción o consolidar ésta sobre algún aspecto del tema probandum

o de ésta como totalidad, deben ser mínimo dos; uno solo representa apenas un argumento de probabilidad; de la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga, que no descarga generalmente el peligro del azar o de la causalidad (San Martín, 2003).

La clasificación más utilizada, es la que clasifica a los indicios según su relación fáctica con el delito, como puede verse de la Ejecutoria Suprema de fecha 25 de junio de 1998 Exp. 1827-98, Ejecutoria Suprema de fecha 02 de julio de 1998, Exp. 1787- 98, y Ejecutoria Suprema de fecha 06 de setiembre de 2005 Exp. 1912-2005, entre otros.

#### 2.2.3.4.2. Por su relación fáctica con el delito

##### a) Indicios Antecedentes

Son los anteriores al delito. Están referidos a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para la comisión de un delito, tales como tenencia de instrumentos, amenazas previas, ofensas, enemistades, interés en la desaparición de una persona. Los tres últimos son los denominados indicios de móvil delictivo, que son indicios psicológicos de suma importancia, en el entendido que toda acción humana, y, especialmente la delictiva, que implica sanciones y molestias, tiene una razón, un motivo que la impulsa, (Martínez, 1994).

##### b) Indicios Concomitantes

Son los indicios que resultan de la ejecución del delito se presentan simultáneamente con el delito, a este rubro pertenecen los indicios de presencia y los indicios de participación en el delito, los primeros según Gorphe, también llamados de “oportunidad física”, están dirigidos a establecer la presencia física del imputado en el lugar de los hechos (V. Gr. Hallazgo de huellas dactilares en el lugar de los hechos, haber sido la última persona vista en compañía de la víctima, etc.). Los segundos tienden a señalar una participación más concreta del imputado en el lugar de los hechos (V. Gr. Manchas de sangre en los objetos sustraídos o que sirvieron para cometer el delito, objetos de propiedad del imputado dejados en el

lugar de los hechos). En este rubro también se encuentran los indicios vinculados a la actitud subjetiva y psicológica del autor, al respecto la Corte Suprema ha establecido que "... la intención delictiva debe apreciarse siguiendo las reglas de la presunción del dolo, o sea teniendo en cuenta los medios empleados, la forma y las circunstancias de hecho, la zona vulnerada, la posibilidad de resultado...", Ejecutoria Suprema del 09 de junio de 1972, Exp.389-72.

c) Indicios Subsiguientes

Son los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito, se trata de los indicios de actitud sospechosa, pueden ser acciones o palabras, las manifestaciones hechas posteriormente a amigos, cambio de residencia sin motivo aparente, el alejarse del lugar donde se cometió el ilícito, fugarse después de estar detenido, alejar, borrar o destruir las marcas o vestigios resultantes de un delito, o toda cosa que pueda servir a hacerlo descubrir o probarlo. La preparación de falsas pruebas sobre su inocencia, la consecución de testigos falsos (Martínez, 1994).

### **Interpretación de la Prueba Indiciaria**

En el artículo 158 del C.P.P. referente a la valoración de las pruebas, se establece en el inciso 1° que en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

Stein citado por (Fairen, 1992), definió a las máximas de la experiencia como juicios hipotéticos de cualquier contenido, independientes del caso que se examina en el proceso concreto y de los hechos que lo componen, obtenidos de la experiencia o de la ciencia, pero no vinculados a los casos singulares de cuya observación se inducen y por ello con validez para otros.

En la prueba indiciaria actúa, más que en ninguna otra, la inteligencia y la lógica del Juez y, en general, del investigador. Ambas potencias operan en momentos distintos. En primer término, en el hecho-indicio es la inteligencia que

lo asocia a la regla de la ciencia o máxima de experiencia. En un momento posterior, la lógica, a través de la que, en su valoración, otorgaremos a la inferencia, mayor o menor eficacia probatoria. La prueba indiciaria es, por otra parte, una prueba de probabilidades. Cada indicio permite varias inferencias probables, la inteligencia de quien la opera hará que sucesivamente se vayan eligiendo aquellas que por su concurrencia permitan procurar la certeza sobre un hecho. La suma de las probabilidades determinara la certeza Martínez (1993).

En el inciso 3° del artículo precedente, establece que la prueba de indicios requiere: a) que el indicio sea probado b) que la inferencia este basada en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia; y, c) que cuando se trate de indicios contingentes, sean plurales, concordantes y convergentes, así como no se presenten contra-indicios consistentes.

La Ejecutoria Suprema evaluada en el Recurso de Nulidad N° 192-2005 de fecha 06 de setiembre del 2005, se precisa que “Que, respecto al indicio, (a) éste hecho base ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar, los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia, no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí.

Todo indicio que permite mediante la lógica y la experiencia una inferencia con relación al hecho delictivo, tanto más relevante será cuando mayor sea la aproximación que permita tener con el mismo. Dentro de la amplia gama de circunstancias que es menester acreditar, para poder efectuar una acusación y luego la certeza para una condena, en relación a la existencia de un delito y a la participación en el del imputado, su intervención en el hecho es naturalmente la más importante y necesaria. Sin perjuicio, de todos los medios probatorios, este extremo también puede acreditarse mediante elementos indiciarios, aun cuando desde ya cabe poner el acento en que en este caso será preciso: un celo y exigencia



mayor que respecto a otras circunstancias, debiendo los indicios ser necesariamente infalibles e irrefutables para sustentar una certeza al respecto (Jauchen, 2002).

A ello debemos agregar, lo manifestado por Jaén (2000), quien sintetiza los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Español, cabe indicar que los criterios, para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas, son:

1.- La Prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados;

2.- Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria [...]. La falta de concordancia con las reglas del criterio humano-la irrazonabilidad-se produce tanto por la falta de lógica o de coherencia de la inferencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o conduzcan naturalmente por excesivamente abierto, débil o indeterminado.

De allí que la doctrina haya precisado que enlace entre el hecho-base y el hecho- consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia. Debe primar la racionalidad y coherencia del proceso mental asumido en cada caso por el órgano jurisdiccional, siendo de rechazar por tanto la irrazonabilidad, la arbitrariedad, la incoherencia y el capricho del juzgador, que en todo caso constituyen un límite y topo de la admisibilidad de la presunción como prueba. Dos datos son, pues, imprescindibles: a) racionalidad de la inducción o inferencia, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada; y, b) que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; todo ello, en aras de afirmar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (Calderón y Choclán, 2002).

## **La Omisión**

### **El Concepto de Omisión.**

Muñoz Francisco & García Mercedes citados por Rodríguez Mario, Ugaz Ángel, Gamero Lorena, & Schonbohm Horst (2009), mencionan “que una conducta no se concentra únicamente en un actuar, sino también en un dejar de actuar, ya que no solo existe en el Derecho Penal conductas prohibidas sino también normas imperativas”, configurando el quebrantamiento de estas la base de las conductas omisivas.

La doctrina penal ha definido a la omisión como una modalidad de comportamiento humano que podemos llamar de silencio conativo para el alcance de determinada meta o propósito debidamente anticipada por el agente, o para mantenerse en dicho estado (de silencio) por el motivo que sea pero debiendo y pudiendo actuar, Villa Javier (2008). Se presenta cuando el agente no está determinado a cometer la conducta, pero por descuido o falta de cuidado, al abstenerse de realizar algún movimiento al que se encuentra obligado, ya sea por la ley o en ejercicio de un derecho, el resultado es materialmente contrario a derecho, Lopez (2012).

En la evolución del concepto de omisión es posible distinguir diversas concepciones empezando por:

“...aquellas que definen la omisión atendiendo solamente a su carácter negativo como un mero no hacer hasta aquellas que estiman que omitir no solo consiste en un no hacer una acción indeterminada y concluyen que la omisión se caracteriza por un no hacer una acción exigida o esperada. Esta evolución ha sido larga y compleja y corresponderá estudiarla a continuación” (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, págs. 47, 48)

a) Concepciones negativas de la omisión.

“Para estas concepciones, la “omisión” consiste en un “no-hacer”, como único elemento de la definición de omisión y para otros autores es el primer elemento de la definición al cual agregarán la idea de “posibilidad”. Para Beling, Lehrevom, Verbrechen, la “omisión en sí”

es inactividad corporal voluntaria, contención de los nervios motores que es dominada por la voluntad. El rasgo característico de la omisión es el no hacer nada, motivado por la voluntad de omitir.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 48)

Posteriormente, la doctrina complementa este concepto de omisión agregando

“El requisito de la “posibilidad” y es así que se dice que la omisión es “no hacer algo (posible)”. Para Welzel, y en general para los finalistas, la omisión consiste en un no hacer referido necesariamente a una acción y así este autor señala que “no existe una omisión en sí, sino sólo la omisión de una acción determinada” y mas adelante señala que “Omisión no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 49)

b) Concepciones positivas

Según este autor nos dice que:

“Puede señalarse que para estas posiciones la omisión no consiste en un mero no hacer algo, sino que lo esencial en ésta es que se le atribuye a la omisión un “contenido de sentido trascendente al mero no hacer algo.” Pero esta positividad de la omisión ha sido concebida de diferente forma por la doctrina y esto permite distinguir 2 grandes grupos de autores: aquellos para los cuales la “positividad” de la omisión radicaría en un “ser de otro modo”, es decir, “por una forma diferente del ser, por una forma distinta de objetivación de la voluntad, con independencia de expectativa y de juicios de terceros.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 54)

### **El concepto de la Acción**

“Para iniciar el estudio de la omisión, es preciso revisar sucintamente los más importantes conceptos de acción sustentados por diferentes corrientes

doctrinarias para así comprender las semejanzas y diferencias entre acción y omisión; y, además, analizar la posibilidad, tan anhelada por algunos autores, de establecer un supra concepto de ACCIÓN que englobe tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión. En la actualidad coexisten 3 concepciones principales de acción, origen de profundas divergencias en la ciencia jurídico-penal: el concepto causal, el concepto final y el concepto social de acción. Además de éstas 3 concepciones se analizarán la concepción negativa de la acción (Behrendt, Herzberg) por la gran relación que tiene con el tema en estudio y la posición de Roxin.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 12)

a) El concepto natural de acción del sistema clásico

Fundado por Von Liszt y Beling los cuales sostienen que acción es “la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación del mundo exterior”, según la definición por primera vez Liszt. (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 13)

Para Von Liszt, por tanto, la acción (positiva) consistía en:

- un movimiento corporal;
- causado por un impulso de la voluntad, movimiento que era;
- causa de una modificación del mundo exterior.

“Por tanto, el núcleo esencial de éste concepto era la “causalidad”. Este “impulso de voluntad” solo importaba en cuanto causa de la conducta externa por lo que, para éstos autores, era indiferente cual era el contenido de la voluntad y si se dirigía o no a realizar el hecho producido, por lo cual solo bastaba que ese contenido de voluntad hubiera causado el movimiento corporal externo. Así Mir Puig señala que “La dirección final de la voluntad no se toma en cuenta por el concepto causal de acción.” Por tanto, sólo basta que exista un acto voluntario que da origen a un hecho típico, sin importar si la voluntad

se dirigía a ese fin o a otro completamente diferente. Con mayor asertividad Jakobs señala que para el causalismo “la voluntad humana se toma, pues, como hecho, sin consideración a su contenido y, por lo mismo, sin consideración a su sentido”. Por tanto, lo único que interesa comprobar para el causalismo naturalista es que la acción “voluntaria” ha producido un resultado y la existencia de la relación de causalidad entre el resultado y la acción.” (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, pág. 14)

“Se puede apreciar que éste concepto de acción (causal-naturalístico) es incapaz de dar una explicación satisfactoria de la “omisión” que no causa nada, que no es un movimiento corporal que cause una modificación en el mundo exterior”. (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, pág. 14)

“Otra crítica que se realiza al causalismo se refiere al contenido de voluntad del comportamiento. “Resulta hoy claro que una conducta es algo distinto de un movimiento con voluntad de hacer el movimiento, porque la “voluntad de hacer el movimiento” no existe por sí, sino que se integra en forma inseparable con la finalidad del movimiento. Así cuando muevo un dedo, no tengo una “voluntad de mover un dedo”, sino una voluntad de jugar, tocar, sentir, matar, rascar, etc. La voluntad sin contenido (finalidad) no es voluntad y la acción humana sin voluntad queda reducida a un simple proceso causal.” (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, pág. 31)

Con posterioridad Mezger intentará otorgar un supra concepto de acción señalando que el que actúa siempre “hace algo” mientras que el que omite no es que “no haga nada”, sino que “deja de hacer algo”,

“...por lo que dirá que detrás de toda omisión hay siempre una acción esperada, concluyendo que, entre acción y omisión hay un elemento en común que consiste en que ambos conceptos están referidos a un valor (influencia del neokantismo para el cual no bastaba con observar

y describir hechos, sino que exigían el comprender y el valorar el sentido de los hechos), pero con esta referencia a la “acción esperada” y a “valores”, Mezger “está extrapolando el tema al terreno de la antijuridicidad” con lo cual, el pretendido supra concepto de acción pierde su función como “elemento de enlace o unión” entre las diversas categorías del delito, y que debe ser neutral frente al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad, por lo cual el concepto de acción no podrá ser el concepto base del sistema.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 20)

En la moderna dogmática del Derecho Penal se señala que el concepto de acción debe cumplir las siguientes funciones: (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 21)

“Ser el “elemento básico” del derecho penal otorgando un supra concepto para todas las formas de manifestarse la conducta punible tanto dolosas como imprudentes e incluso omisivas al cual se puedan reconducir todas las manifestaciones especiales de conducta punible. Además debe servir como elemento de “enlace o unión” entre las concretas categorías del delito a la cual se le aplicarán las valoraciones propias de cada una de esas categorías (acción “típica”, “antijurídica” y “culpable”), para lo cual debe ser neutral frente a cada una de esas categorías y debe expresar un contenido suficientemente completo como para poder soportar los predicados de los siguientes elementos valorativos. Por último, se señala que debe cumplir una función de elemento límite, excluyendo de antemano todo aquello que no se toma en cuenta para un enjuiciamiento jurídico-penal como serían los meros pensamientos, actitudes internas, sucesos causados por animales e incluso actos no sometidos al control y dirección de la psiquis como son los delirios o actos reflejos.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 21)

Es claro que cuando Mezger habla de “acción esperada” debemos entender que se refiere a la acción que es exigida por el ordenamiento jurídico, por

tanto, que no sea contraria a Derecho, lo que nos lleva indudablemente al plano de la antijuridicidad. (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 21)

b) El concepto de acción del finalismo

Para Welzel (fundador del finalismo) la acción es

“el ejercicio de la actividad final.” Según Hartmann “la acción – conducta humana en contraste tanto al producir objetivo causal, como a la reacción instintiva del animal- está constituida por la dirección del “suceder real” hacia lo “deseado”, hacia la meta, por interposición de propias determinantes.” Puede apreciarse a simple vista que para el finalismo la finalidad es el elemento esencial de su concepto de acción y esta finalidad reside en que “el hombre sobre la base de su saber causal, puede prever, en cierta medida, los posibles efectos de su actividad, proponerse metas de diferente naturaleza, y encausar conforme a un plan su actividad a ésta consecución de la meta.” El acontecimiento causal externo se encuentra determinado por la finalidad y podemos afirmar que nos encontramos con una acción que el sujeto voluntariamente dirige a la obtención de una meta y, en la cual, la ausencia de este elemento final implica que la acción queda destruida en su estructura y reducida a un ciego proceso causal.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, págs. 24, 25)

“Esta dirección final de la acción se realiza en tres fases: comienza con la representación mental de la meta buscada, sigue con la elección de los medios precisos para alcanzarla y termina con la realización de la acción en el mundo del acaecer real, todo lo cual se grafica claramente en un ejemplo propuesto por Jescheck que señala que “en el supuesto de un disparo mortal, primero el autor elige su víctima, luego selecciona el arma, apunta con ella y, a continuación, apretando el gatillo, realiza su voluntad homicida.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 25)

En ese sentido el autor continua:

“Como ya se dijo, la teoría de la acción causal estima que la acción es sólo un proceso en el cual existe una simple “voluntariedad” del agente que actúa, es decir, existe una provocación de determinados efectos en el mundo exterior a través del querer y que significa una producción causal de esos efectos sin importar si fue o no “querida”. Para el causalismo, el contenido de la voluntad no pertenece a la acción, sino a la culpabilidad y ese es el motivo por el cual se habla de voluntariedad y no de voluntad. Welzel estima, por el contrario, que la acción no se agota en el solo elemento causal (que si bien reconoce como integrante de la acción) pero lo que caracteriza a la acción es que es una actividad humana, en la cual la finalidad es inherente a ésta y sin la cual no se puede comprender y diferenciar de un mero proceso físico. La acción es un suceso dirigido finalmente y no un proceso ciego en el cual prime la causalidad natural. Es cierto que Welzel reconoce que en la acción existe un proceso causal, pero a su juicio, lo que caracteriza “per se” a la acción, es que el hombre con conciencia de ese proceso causal, dirige su actividad desde el fin elegido. El penalista chileno Juan Bustos señala que el “elemento esencial de la acción es la finalidad que comprende el conocimiento causal, es decir, el conocimiento del hombre sobre las posibles consecuencias de su actividad y la voluntad de realización basada sobre este conocimiento.” Queda en evidencia, pues, las grandes diferencias existentes entre las doctrinas causalistas y finalistas de la acción.” (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, págs. 25, 26)

Al introducir Welzel

“la finalidad en el concepto de acción, le permite incluir al dolo como elemento del tipo, sacándolo de la culpabilidad donde era situado por los causalistas. El dolo ya no es valoración del objeto, sino que parte integrante del objeto valorado. En conclusión, el dolo pertenece al tipo



por cuanto representa el aspecto subjetivo de la acción.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 26)

“Por otra parte, el finalismo intentó otorgar un concepto unitario de acción (que abarque a la acción en sentido estricto y a la omisión) como piedra angular de la teoría jurídica del delito. Así, para Armin Kaufmann el término omisión alude a una negación que está ineludiblemente relacionada con una acción, por lo cual, concluye que omitir es “no realizar una determinada acción que ha sido pensada” y, para el citado autor, esa acción omitida es casi siempre final, además de ser posible de realizarse por el sujeto. “Con esta exigencia de que el omitente pueda llevar a cabo la acción con la que se relaciona la omisión introduce Kaufmann un nuevo elemento en su concepto de omisión: la capacidad de acción.” (Con la introducción de este nuevo elemento Kaufmann evita incurrir en el error que se ha cometido desde los orígenes de la búsqueda del supra concepto de acción, que consistía en encontrar en la omisión los elementos de la acción, el que fuera advertido correctamente por Radbruch.). Esta capacidad de acción debe ser entendida, no en el sentido de capacidad física, sino en el de la capacidad de conocer la finalidad de la acción posible, por tanto, es capacidad de acción final. Quien no sabe que cerca de su casa una persona se ha accidentado, no puede prestar ayuda y, por tanto, no omite; a esta capacidad de acción pertenecen todos aquellos requisitos de carácter intelectual que permitan planificar la realización de un acto. En la omisión esta finalidad es potencial. Así, este autor concluye que el elemento común a la acción y la omisión no puede ser otro que la capacidad de acción, por lo cual estima que se encuentra en posición de otorgar un supra concepto de acción para lo cual recurre al término “conducta” que define como “actividad o pasividad corporal comprendidas en la capacidad de dirección finalista de la voluntad.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, págs. 28, 29)

“Las críticas principales que se han formulado a la teoría finalista en relación al supra concepto de acción se refieren a que la finalidad

presente en la omisión es de carácter potencial, y así Silva Sánchez señala que “la capacidad de acción, en todo caso, es un presupuesto de la conducta humana, pero no su propia esencia, que viene constituida por “el ejercicio de actividad final”. Por el contrario, en la finalidad potencial solo la potencialidad es real; la finalidad es irreal. Y es la existencia real de esta última lo decisivo, según el finalismo, para la existencia de la conducta.” Puede, por tanto, concluirse que en la omisión falta la dirección del proceso causal mediante impulsos voluntarios, elemento que como hemos visto resulta esencial para el desarrollo de la acción final y, además en la omisión es indiferente el compromiso emocional del sujeto con el proceso que se desarrolla ante él, por cuanto el hecho de que el resultado le resulte complaciente no implica que exista la finalidad exigida por el finalismo.” (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, pág. 31)

c) El concepto social de acción

Para este punto el autor nos dice que:

“Para esta escuela “acción” es comportamiento socialmente relevante, es la realización de un resultado relevante socialmente. Es el propio Eb. Schmidt el que en su reelaboración del tratado de Liszt define la acción como “conducta voluntaria hacia el mundo externo social.” De modo similar, Engisch define el actuar como “la producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes”. Se puede apreciar que en las diferentes plasmaciones del concepto de acción subyace un elemento base que consiste en lo social que permite incluir dentro de él todas las manifestaciones de la conducta delictiva, por cuanto todas ellas pueden ser caracterizadas “sin violencia alguna como fenómeno social” y “en cuanto elemento de enlace o unión también parece mucho más adecuado que el concepto natural y que el final de acción, ya que las valoraciones jurídico penales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente en cada caso que a los movimientos musculares o a la finalidad,

inexistente en las omisiones e irrelevante en los hechos imprudentes.”  
(Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, págs. 32, 33)

“Al decirse que se trata de comportamiento “humano” se excluye de reproche jurídico penal los actos, por ejemplo, de las personas colectivas pues solo se consideran las exteriorizaciones de la actividad del hombre individual.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 33)

“Por último, cabe referirse a que se refieren estos autores al hablar de “socialmente relevante”, y estos autores dirán que un comportamiento cumple ese requisito si “atañe a la relación del individuo con el mundo que le rodea y afecta en sus consecuencias.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 33)

“Este concepto de acción al recurrir al criterio de la relevancia social no permite delimitar el concepto de acción del elemento valorativo del tipo ya que valoración social y jurídica están íntimamente relacionadas. Así, no puede determinarse si una acción realizada por una persona es o no relevante socialmente mientras no se recurra a la tipicidad del delito que al parecer sería lo único que fundamentaría la relevancia de una conducta y que en otros casos influiría decisivamente.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 35)

“La crítica formulada a la teoría social de la acción en cuanto a que su concepto de acción como “comportamiento (activo u omisivo) dotado de significación social” y su concepto de omisión como “no hacer algo determinado” dotado también de significación social y desvinculado de la idea de una acción esperada, es totalmente vacío, en el sentido de que el sólo “no hacer algo determinado” carece de sentido y de significación social en tanto no se precise que es ese algo determinado que se omite hacer, es decir, debe recurrirse a un sistema normativo para precisar la acción esperada con lo cual el concepto de omisión no

tiene una naturaleza pre jurídica como pretende esta teoría ni una neutralidad valorativa.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, págs. 35, 36)

d) El concepto personal de acción de Roxin

Para este autor la acción es:

“.. ante todo una “manifestación de la personalidad” con lo cual quiere señalar que toda actuación del sujeto para que pueda ser considerada acción para efectos penales debe ser gobernada por la voluntad y la conciencia y debe poder atribuirse al sujeto como centro anímico-espiritual. En el actuar humano, el sujeto no hace otra cosa que demostrar su “posición” ante el mundo como expresión de su personalidad sometido al control del “yo”. (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 45)

Por otro lado, puede descartarse a los meros pensamientos y los deseos

“como una “acción” por cuanto ellos permanecen en la esfera interna del sujeto, en su esfera espiritual-anímica y mientras no se pongan en relación con el mundo exterior no puede decirse que sean una “manifestación” de la personalidad del sujeto. Según Roxin, su posición sobre el concepto de acción le permite incluir dentro de ésta al olvido como una manifestación de personalidad.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, págs. 45, 46)

El autor en estudio considera que el concepto antes reseñado sobre la acción

“...le permite servir de elemento básico en el estudio de la teoría del delito por cuanto puede abarcar “todas las formas de manifestación de la conducta delictiva” ya sean las acciones dolosas como imprudentes y también la omisión, con lo cual nos encontramos nuevamente con un intento de establecer un supra concepto de acción que englobe tanto

a la acción en sentido estricto como a la omisión.” (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, pág. 46)

Por último el autor en estudio considera que su concepto de acción

“...sirve para los fines de delimitación entre acción y falta de acción descartando, en primer lugar, los hechos de los animales en que no existe nunca una manifestación de personalidad. Luego descarta los actos de personas jurídicas basándose en el hecho de que a éstas les falta “una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas.” (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, pág. 46)

Respecto de la omisión, Roxin estima que su concepto de la manifestación de personalidad, no es completamente neutral frente al tipo, por cuanto en ella se requiere acudir a una valoración jurídica para determinar cuando nos encontramos frente a una omisión y, por tanto, “una omisión sólo llega a ser una manifestación de personalidad a través de una expectativa de acción” (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, pág. 46)

## **El Delito de Omisión de Actos Funcionales en la Legislación Peruana**

### **Omisión y perspectiva Jurídica**

Ahora bien:

“Corresponde ahora el análisis de las corrientes que señalan que la expectativa defraudada por la omisión tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico. Como antes se señaló encontramos dos variantes: aquellos que estiman que esa expectativa jurídica es previa a la tipicidad y los que estiman que la omisión es un injusto típico.” (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, pág. 66)

“Los primeros dirán que omisión es un concepto jurídico en el sentido de que consiste en la defraudación de una expectativa jurídica de acción. Para otros, la omisión “es siempre un no hacer en contra de la

exigido por alguna norma: esta norma es la jurídico penal cuando de lo que se trata es de la omisión delictiva (de la penada por la ley).” Esta teoría es la que goza de mayor aceptación por la doctrina, en la cual omisión consiste en “no hacer algo” que se hubiera debido ejecutar y que se encuentra exigido por una expectativa de carácter jurídico y ese algo, esa acción que se debía realizar, que se determina con anterioridad al tipo mismo, se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico lo que permite adherir a la idea de Cousiño en cuanto se debe aceptar que la omisión tiene una “naturaleza tan solo deontológica o, dicho en otros términos, que su única realidad es la que ellas tienen ante el Derecho.” Por tanto, puede decirse que para todas las teorías que conciben a la omisión como no hacer una acción determinada y exigida jurídicamente, la característica básica de ésta es que es un concepto en referencia y no existe, por tanto, una omisión en sí, sino siempre en relación a una determinada acción exigida. Específicamente, respecto de la teoría que analizo, se puede señalar que detrás de la estructura típica de la omisión siempre se encuentra una norma de mandato que obliga a la realización de una determinada acción y ésta exigencia de actuar nace de un sistema de relaciones sociales que precisa la acción a realizar por el sujeto y en este caso ese sistema de relaciones sociales es el ordenamiento jurídico en su conjunto, del cual nace la expectativa de acción que determinará que su no realización de nacimiento a una omisión en sentido jurídico penal.” (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, págs. 66, 67)

Mezger señala que

“lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es la acción esperada que el autor ha omitido realizar; porque no ha realizado esta acción que se esperaba de él es por lo que es punible...” Este autor intentará otorgar un supra concepto de acción comprensivo de la acción en sentido estricto y de la omisión, para lo cual señala que el que actúa siempre “hace algo” mientras que el que omite deja de hacer algo por lo cual detrás de cada omisión hay siempre una acción

esperada. Luego concluirá que el punto común entre ese “hacer algo” y el “no hacer algo” será su referencia a valores.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, págs. 67, 68)

“El hecho de que la acción esperada se encuentre fuera del tipo, en forma previa a éste, no ofrece dudas respecto de aquellas expectativas fundadas en otras ramas del ordenamiento jurídico no penal (civil, comercial por ejemplo) pero siguiendo la lógica de esta propuesta, deberíamos concluir que sólo aquellas expectativas no penales permitirán constituir o conformar el concepto de omisión y nunca aquellas de origen penal. Ante esto se ha señalado que el propio ordenamiento jurídico penal puede crear expectativas que no tienen un símil en el resto del ordenamiento jurídico con lo cual crea omisiones propias (en el sentido de que ella no nace de otra rama del ordenamiento jurídico, es decir se trataría de una expectativa exclusivamente penal) y se cita por la doctrina como ejemplo de esto la omisión de denuncia.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 68)

“Se critica esta teoría en el sentido de que no puede prescindir del concreto contenido del tipo legal para la determinación de lo que constituye la omisión, por cuanto sólo el tipo permite precisar la acción que se exige y así dar sentido a la omisión de esa “acción” exigida.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 68)

Por último, respecto de aquellos que establecen lo “típico” como elemento de referencia del concepto de omisión es preciso señalar que

“...esta teoría estima que el injusto típico omisivo no debe estimarse condicionado por una previa antisocialidad de la omisión con anterioridad al tipo legal. Esta concepción estima que el concepto de omisión se constituye como tal, por referencia a la tipicidad, es decir, a una noción normativa y típica. Así el concepto de omisión surge en

base a un juicio de naturaleza penal desde el tipo.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 69)

A manera de conclusión

“Después de haber analizado los diferentes conceptos de acción y omisión que ha elaborado la doctrina y su evolución durante más de un siglo es preciso establecer cuál de ellos me parece más acertado y que servirá de base al análisis posterior que se realizará del delito de omisión impropia.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 72)

“En primer lugar considero necesario prescindir de los conceptos causales tanto de acción como de omisión. También debe reconocerse que si bien el finalismo realizó aportes importantes a la ciencia penal, su concepto de acción en sentido amplio basado en la finalidad ha sido criticado intensamente y se reconoce la incapacidad de ésta corriente de otorgar un concepto satisfactorio de la acción imprudente y asimismo de la omisión por cuanto la finalidad potencial que Welzel y sus seguidores creen ver en esas formas delictivas no son más que una irrealidad.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, págs. 72, 73)

En mi opinión creo que debe reconocerse que el intento de establecer elementos comunes a acción y omisión fracasa por cuanto como dijo Radbruch éstas 2 formas delictivas se comportan como A y No-A.

*“Es decir, son conceptos que se contraponen y carecen de elementos en común.”* (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 73)

“Si bien es cierto el concepto de acción de Roxin es bastante sugerente, considero que no nos sirve para otorgar un concepto propio y específico de omisión por cuanto decir que omisión es manifestación de personalidad puede servir para un primer acercamiento al tema,



pero deja sin abordar lo que realmente conforma a la omisión, por lo cual considero más adecuado definir la omisión por sus elementos característicos como son el dejar de actuar una posibilidad de evitación.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 73)

“En la vida diaria dejamos de realizar una multitud de acciones para realizar otras, así vemos que al leer un libro dejamos de ver televisión o ir al teatro pero, a mi juicio, esas posibilidades de actuación no constituyen una omisión sino que solo un “dejar hacer” que para efectos penales carecen de toda trascendencia y es más, en el desarrollo de la vida diaria también carecen de importancia por cuanto no se valora la vida de una persona por lo que deja de hacer a cada momento para realizar otra cosa. Pero si a ese “dejar hacer” agregamos la existencia de una exigencia dirigida a la persona de que se comporte de una determinada manera podemos apreciar que lo no realizado cobra un valor en sí mismo, es decir, en la medida de que exista una obligación de actuar nuestro mero dejar de hacer se transforma en omisión de aquello a lo que estamos obligados.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, págs. 73, 74)

“En un ejemplo, si permanecemos en la piscina tomando sol en un plácido descanso no se puede predicar que estemos omitiendo prestar atención a la piscina en que juegan unos niños, pero si agregamos una expectativa o un deber de actuación por parte de una persona, que en nuestro ejemplo será el salvavidas que se encuentra en su horario de trabajo podemos concluir que ese salvavidas que descansa plácidamente ha omitido prestar el auxilio necesario a un menor que se ahogó en la piscina y de lo cual nacerá una responsabilidad penal por un homicidio imprudente por omisión.” (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 74)

“Podemos decir, entonces que la omisión es dejar de hacer algo que la persona se encuentra obligada a hacer, es decir, dejar de hacer una

acción exigida por el ordenamiento jurídico y que además es posible de realizar.” (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, pág. 74)

### **Clases de Omisión.**

En cuanto a las clases de omisión, la doctrina reconoce a la omisión propia y omisión impropia, las cuales se desarrollan a continuación:

#### a) Omisión Propia

Chaparro (2011) señala que la conducta típica consiste en un no hacer lo que la norma penal ordena o manda, siempre que el agente tenga la posibilidad de actuar y no lo hace. En los casos en que por actuar coloque en peligro su vida, la exigencia penal desaparecerá, dado que también desaparece la capacidad jurídica para hacerlo. Esta clase de omisión implica previamente, en la norma penal, una orden de realizar una acción. La omisión propia consta de tres elementos: a) Una situación típica; b) la ausencia de una acción determinada; y, c) la capacidad de realizar esa acción (Rodríguez Hurtado, Ugaz Zegarra, Gamero Calero y Schonbohm Horst, 2012). La Omisión Propia no ha generado mayores problemas en cuanto a su interpretación, siendo definida como la acción, en la que el agente rehúsa y omite cumplir una norma imperativa, los delitos de omisión están señalados expresamente en el Código Penal Peruano, dentro de la cual se encuentra el Delito de Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales (Art. 377).

#### b) Omisión Impropia

El fundamento de la omisión impropia se halla, en que el sujeto, si bien no ha causado ese resultado, se considera que sí lo ha hecho, por no haberlo evitado, pudiendo, dada la posición en que se encontraba. Lo que se castiga entonces, la infracción de un deber de evitación de un resultado. Chaparro (2011).

Rodriguez Hurtado (2012) señalan que en el tipo de omisión impropia, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, por lo que

utilizando el sentido común se considera como equivalente al hacer desde el punto de vista valorativo. La estructura de la omisión impropia implica: a. La relación causal entre omisión y resultado producido. b. El deber de evitar un resultado que incumbe al sujeto de la omisión (la llamada posición de garante). A diferencia de los delitos de simple omisión, en este caso la represión penal encuentra su fundamento en la realización de un resultado socialmente dañino y no, solamente, en la omisión de la acción ordenada por la ley. El autor infringe una norma preceptiva y da lugar por este hecho a un resultado prohibido, (...) el deber de actuar del agente para evitar que se produzca el resultado prohibido es un deber especial.

Tradicionalmente, se ha afirmado que este deber tendría que proceder de la ley, de un contrato, de una regla de derecho consuetudinario o de una situación de hecho peligrosa, creada por la acción precedente del autor (Hurtado, 1987).

#### **Una nueva clasificación de los delitos de omisión.**

El jurista español Jesús María Silva Sánchez en su obra “El delito de omisión. Concepto y Sistema” propone una nueva sistematización de los delitos de omisión, la cual ha sido acogida por algunos autores españoles (entre ellos María Ángeles Cuadrado Ruiz) señalando, luego de realizar un análisis de los diferentes criterios sustentados por otros autores para la clasificación de la omisión, que debe recurrirse a un sistema que relacione estos diferentes criterios para otorgar una correcta división del tema que nos ocupa, en base a una mezcla de los diversos criterios señalados por otros autores. (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, pág. 84)

A continuación se presenta un cuadro explicativo de la clasificación señalada:

a) Omisión pura o simple:

- Omisión pura general
- Omisión pura de garante:

- Omisión expresamente tipificada

- Omisión No expresamente tipificada

b) Omisiones referidas a resultados:

- Omisión referida a resultado sin equivalencia comisiva
- Legalmente determinados
- Comisión por omisión (no se contemplan en precepto legal con descripción típica negativa) (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 84)

En Chile, por ejemplo, la doctrina mayoritaria recurre como criterio de distinción entre omisión propia e impropia a la de sí se encuentran o no establecidas por la ley. Así, el delito de omisión propia tendría una regulación legal (omisión de socorro) y el impropio carecería de tal descripción legal y debe “construirse” sobre la base de un tipo legal de acción establecido en la ley y para el cual se recurre a la “posición de garante” para asimilar el omitir a la causación activa del resultado lesivo al bien jurídico que se trate. Así, Don Mario Garrido Montt señala que “la distinción entre una y otra especie dice relación con la circunstancia de estar o no descrito el respectivo tipo penal. BUSTOS, Juan: “La imputación objetiva.”, en Teorías actuales en el derecho penal, 1998, editorial Ad-Hoc. (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 85)

Para Jesús Silva Sánchez, las clasificaciones bipartitas del tema no son lo suficientemente precisas para otorgar una caracterización completa de las realizaciones típicas omisivas, y señala que “una exposición integral de las diversas clases de omisiones únicamente puede resultar de la apreciación conjunta de las múltiples perspectivas – político-criminales, axiológicas, jurídico positivas, estructurales – desde las que cabe clasificarlas, como nos ilustra Silva Sánchez. Sólo mediante el entrelazamiento de los diferentes criterios de distinción propuestos por los diversos autores que han estudiado

el tema es que se puede obtener una sistematización de las clases de omisiones que presenten perfectamente un número de propiedades y características comunes suficientes que permita establecer los rasgos conceptuales comunes y las diferencias de cada una de ellas respecto de las demás, con el objetivo de otorgar a la comunidad un concepto preciso de cada omisión que cumpla con los requisitos de “seguridad jurídica” necesaria en un Estado Democrático de Derecho que respete, en el caso de la omisión impropia referida a resultado con equivalencia comisiva no regulada legalmente, el principio de legalidad, en especial en lo referido a la prohibición de la analogía en el Derecho Penal y al mandato de determinación de la conducta prohibida por la ley. “También es verdad que la seguridad jurídica sufre un serio menoscabo con la admisión de los tipos omisivos impropios que no están escritos. Da la impresión de que el principio de legalidad sale sufriendo una muy seria excepción, aunque, por otro lado, también se tiene la impresión de que la admisión de los tipos omisivos impropios no escritos no hacen más que agotar el contenido prohibitivo del tipo activo...”. El autor antes señalado comienza su análisis formulando una crítica a las posiciones que recurren al criterio de la naturaleza de la norma infringida en los delitos de omisión, y es así (como ya dijimos) que, encontramos omisiones que vulneran un mandato y aquellas otras que infringen una prohibición. (Gomez, El delito de Omisión Impropia, 2009, págs. 85, 86)

Así, “Luden ideó la designación de omisión impropia para la comisión por omisión por entender que a través de la infracción de la norma preceptiva la misma infringía, además, otra norma prohibitiva: la que prohíbe causar el resultado. La comisión por omisión era omisión impropia porque en realidad constituía una forma de causación del resultado prohibido.” Concluye gran parte de la doctrina que este criterio de distinción no es de recibo por cuanto si se define a la omisión como “no realización de una prestación positiva”, resulta claro que la característica esencial de ésta reside en infringir una norma que, independientemente de su concreta formulación, expresa un contenido prescriptivo de mandato, y es así que Jescheck señala que en los delitos impropios de omisión “el garante que omite la acción esperada, sólo infringe asimismo el mandato de actuar, y no simultáneamente la prohibición

de la causación del resultado.” Según la doctrina, no puede infringirse por un no hacer una norma que prohíbe actuar. (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 87)

Un segundo criterio, que también conduce a una clasificación bipartita de las omisiones es aquel que se basa en la descripción legal de la omisión, llamado criterio formal o positivista, para el cual el delito de omisión no se clasifica en base a un criterio material, sino de naturaleza jurídico-positiva. Este criterio, como ya se señaló, fue propuesto por Armin Kaufmann y seguido después por un buen número de autores, para los cuales es criterio decisivo el de la tipificación legal expresa de la realización omisiva, o por el contrario, su vinculación al marco penal de un tipo comisivo. En el primer caso nos encontraremos, según éstos autores, ante una omisión propia, y en el segundo caso se trataría de una omisión impropia. Dicho de otra forma, los delitos propios de omisión han encontrado su regulación en la ley, mientras que los impropios han sido creados al margen de la ley por la jurisprudencia y la doctrina, y es preciso que ésta se castigue por el marco penal de un tipo comisivo. Se reconoce por la doctrina que el criterio que propone Kaufmann goza de cierta claridad y, por tanto, no se puede prescindir de él (Silva Sánchez recurre a él en su sistematización de las omisiones), pero por sí solo resulta insuficiente para una detallada clasificación de las realizaciones típicas omisivas. “Particularmente se muestra incorrecto si con él se trata de negar la existencia de diferencias dogmáticas y materiales entre los delitos de omisión” y de la misma opinión es Jescheck, que además prescinde del dato de que la propia ley ha regulado delitos impropios de omisión que deben tratarse de forma diferente a los delitos propios de omisión. (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, págs. 87, 88)

Otro grupo de corrientes doctrinarias recurre al criterio de la asimilación de las omisiones con los delitos de actividad, y es así que distinguen entre omisiones propias, como las correspondientes a los delitos activos de mera actividad, y las omisiones impropias, como aquellas equivalentes a los delitos de resultado. En ambos casos de omisión existe un deber de actuar de idéntica naturaleza y en ambos casos de omisión este deber se impone para la evitación

de un resultado trascendente al mero no actuar, pero entre las dos clases de omisión existe una diferencia sustancial, que consiste en que en el delito impropio de omisión la producción del resultado es un elemento del tipo del delito consumado (el cual deberá ser imputado objetivamente a la omisión), mientras que en el delito propio de omisión no se requiere la producción de un resultado trascendente al mero no actuar, es decir “La evitación del resultado, aunque pueda ser en muchos casos ratio del precepto, no tiene reflejo en la formulación típica. (Gomez, El delito de Omision Impropia, 2009, pág. 89)

Así, por ejemplo, se incurre en la omisión de socorro sólo por no realizar la acción esperada y exigida por la ley, aun cuando no se produzca ningún resultado lesivo para la vida o integridad física de la persona en peligro. La primera crítica que se formula contra éste criterio consiste en que ciertamente en la mayoría de los casos de omisión propia la actividad que se manda lo es para evitar un resultado cuya producción, sin embargo, no viene exigida por el tipo de delito consumado, pero en algunos supuestos sí se incluye el mencionado resultado como elemento de la realización típica. Por tanto, no toda omisión propia es similar a los delitos de mera actividad. Algunos autores sostienen la crítica de que existirían algunos delitos de omisión impropios cuyo paralelo serían los delitos de mera actividad, es decir, nos encontraríamos, entonces, ante el caso de la posibilidad de realización de delitos de mera actividad en comisión por omisión, lo que de antemano debe ser rechazado. (Gomez, 2009, págs. 89, 90)

Se sostiene como fundamento para negar la comisión por omisión de delitos de mera actividad el que por razones de garantía de la ley penal los delitos de mera actividad al no requerir un resultado trascendente a la mera realización de una conducta concreta, ésta no se halla descrita por referencia a aquel, sino mediante una configuración más o menos clara de su contenido y por lo cual parece imposible que la no evitación de la lesión del bien jurídico por un garante cualificado pueda ser equiparable a la realización activa del mismo. Como fundamento de este postulado se recurre por los autores al principio

lógico de no contradicción el que determina que la no realización de una acción no pueda ser equivalente a su realización. (Gomez, 2009, pág. 90)

La primera división que realiza Silva Sánchez en éste tema conduce a una bipartición de la materia en estudio, distinguiendo entre “omisiones puras” o “simples” y “omisiones referidas a resultados”, siendo las primeras aquellas a las que no cabe imputar el resultado lesivo trascendente a la omisión, cuya no evitación ha venido dada por la no realización de la acción indicada, es decir, se agotan en la sola no realización. Las segundas se caracterizan por la posibilidad de imputárseles el resultado lesivo que, al no realizarse la conducta indicada, no ha sido evitado. (Gomez, 2009, pág. 90)

## **El Delito de Omisión de Actos Funcionales en la Legislación Peruana**

### **La norma penal**

Art. 377 del Código Penal Peruano: “El Funcionario público que ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días multa”.

### **Sujeto Pasivo.**

La Administración Pública.

La administración pública, en cuanto estructura orgánica, es una creación del Estado, regulada por el Derecho Positivo, y como actividad constituye una función pública establecida por el ordenamiento jurídico nacional. Pero tanto la organización como la función o actividad reúnen, además caracteres técnico políticos, correspondientes a otros campos de estudio no jurídicos, (Moreno, 1980).

Gabino Fraga citado por Moreno (1980), acepta la conocida definición de Molitor (Administración Pública, UNESCO, 1958), quien la concibe en los siguientes términos:



“La administración pública desde el punto de vista formal, es el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales. Y desde el punto de vista material, es la actividad de este organismo considerado es sus problemas de gestión y de existencia propia, tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de sumisión”. Gabino Fraga citado por Moreno (1980)

### **Sujeto Activo.**

El art. 25 del Código Penal establece, que se consideran Funcionarios o Servidores Públicos:

Los que están comprendidos en la carrera administrativa

Los que desempeña cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular

Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos

Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares

Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional

Los demás indicados por la Constitución Política y la ley

“La fórmula utilizada por nuestro codificador no es restrictiva pues tiene por funcionario o servidor público a los indicados por la Constitución Política y la Ley. Asimismo, permite añadir en este concepto a los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. En conclusión nuestro sistema jurídico penal

acepta una definición amplia respecto al concepto de Funcionario y Servidor Público, en el que se incluye tanto a trabajadores interinos como eventuales, ampliando de esa manera, los sujetos comprendidos dentro de la definición de ambos conceptos” (Frisancho y Peña, 1999).

A ello, debe agregarse, lo dispuesto por la Novena Disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República-Ley N° 27785, cuando define al Servidor o Funcionario Público como todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades.

#### Funcionario Público.

De acuerdo a Rodríguez (2012) se consideran como elementos del concepto de funcionario:

“ Incorporación heterónoma a la función pública: El sujeto debe ser incorporado a la función pública a través de un acto de selección, designación o elección. Dichos actos comparten el hecho de que la incorporación a la función pública está sujeta a un poder externo o ajeno (norma o autoridad) al sujeto que pretende ser funcionario público. En otras palabras, el sujeto es incorporado a través de una selección (a través de concurso público), elección (funcionarios electos a través de sufragio) y/o designación.” Rodríguez (2012)

Según el maestro Rodríguez (2012)

“Posibilidad efectiva de ejercicio de la función: El sujeto debe tener una posición de cercanía con el bien jurídico. En tal sentido, el sujeto deberá tener la posibilidad concreta y no abstracta o irreal de ejercitar el poder otorgado al momento de su incorporación a la función pública. En otras palabras, el sujeto deberá vincular al Estado con sus actos.” (p.71)

### 2.3 Definición de términos básicos

- **Delito:** Comportamiento atípico que se considera ya sea por propia voluntad o por incidencia, vulneraron lo establecido en una determinada ley.
- **Delito Especial:** Es aquel que requiere, para poder ser autor, una específica cualificación en el agente.
- **Indicio:** Son aquellas circunstancias concomitantes y subsiguientes al hecho punible que estando plenamente probadas en el proceso tienen una estrecha relación con el delito que se trata de probar, relación que se deduce mediante una inferencia lógica.
- **Sentido Social:** Sentido de pertenencia de un grupo o que tiene su origen en la familia ya que es primer grupo al que pertenece.

## 2.4 Hipótesis de investigación

### 2.4.1 Hipótesis general

Existe relación significativa entre la concepción normativa del dolo y la actividad probatoria en los Delitos de Omisión de Actos Funcionales.

### 2.4.2 Hipótesis específicas

a) Existe una relación significativa entre el delito de omisión impropia y el principio de legalidad.

b) Existe relación significativa entre la prueba indiciaria y el conocimiento que se exige para ser funcionario público.

## 2.5 Operacionalización de las variables

VARIABLES	DIMENSIONES
El dolo	El dolo
	La prueba del dolo
La prueba	Directa
	Indirecta
Delitos de omisión	Delito de omisión propia
	Delito de omisión impropia

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **3.1 Diseño metodológico**

El Método analítico es aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho o categoría particular. Es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. En nuestro caso, analizamos la prueba del dolo en el delito de omisión.

#### **3.2 Población y muestra**

##### **3.2.1 Población**

- a) Personas conocedoras del derecho, especialistas en el área.
- b) Es por ello que la población a estudiar está conformada por magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huaura.
- c) La primera muestra a encuestar es de quince (25) magistrados del ámbito de la Corte Superior de Justicia de Huaura.
- d) Asimismo, la segunda muestra a encuestar es de quince (5) entre docentes de la especialidad que laboran en el ámbito de la Corte superior de Justicia de Huaura.

e) La tercera muestra está conformada por quince (10) docentes universitarios de la carrera profesional de Derecho y Ciencias Políticas, de las distintas universidades que tienen sede en la Ciudad de Huacho.

f) Por último, la cuarta muestra a encuestar es de treinta (50) estudiantes universitarios de la carrera profesional de Derecho y Ciencias Políticas, de las distintas universidades que tienen sede en la Ciudad de Huacho.

### **3.2.2 Muestra**

- 25 magistrados del ámbito de la Corte Superior de Justicia de Huaura.
- 5 entre docentes de la especialidad que laboran en el ámbito de la Corte superior de Justicia de Huaura.
- 10 docentes universitarios de la carrera profesional de Derecho y Ciencias Políticas, de las distintas universidades que tienen sede en la Ciudad de Huacho.
- 50 estudiantes universitarios de la carrera profesional de Derecho y Ciencias Políticas, de las distintas universidades que tienen sede en la Ciudad de Huacho.

### **3.3 Técnicas de recolección de datos**

Los instrumentos a emplear en la presente investigación son los siguientes:

- Observación
- Encuestas
- Acopio Documental
- Fuentes bibliográficas

### **3.4 Técnicas para el procesamiento de la información**

Las técnicas será de Estadística Descriptiva, todos los resultados que obtendremos serán tabulados en Excel, lo cual permitirá porcentuar los diversas resultados y su posterior interpretación.



## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS

#### 4.1 Análisis de resultados

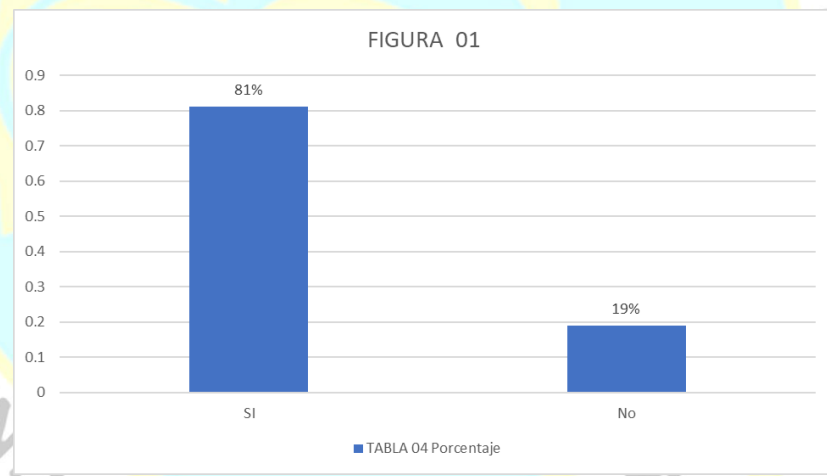
TABLA 01

PREGUNTA

¿Considera que la aplicación de la concepción normativa en el delito de omisión de actos funcionales ayudaría a reducir la brecha de impunidad en este delito?	Frecuencia	Porcentaje
SI	73	81%
No	17	19%
Total	90	100%

Fuente: Elaboración propia del autor.

Resultados representados en esta gráfica:



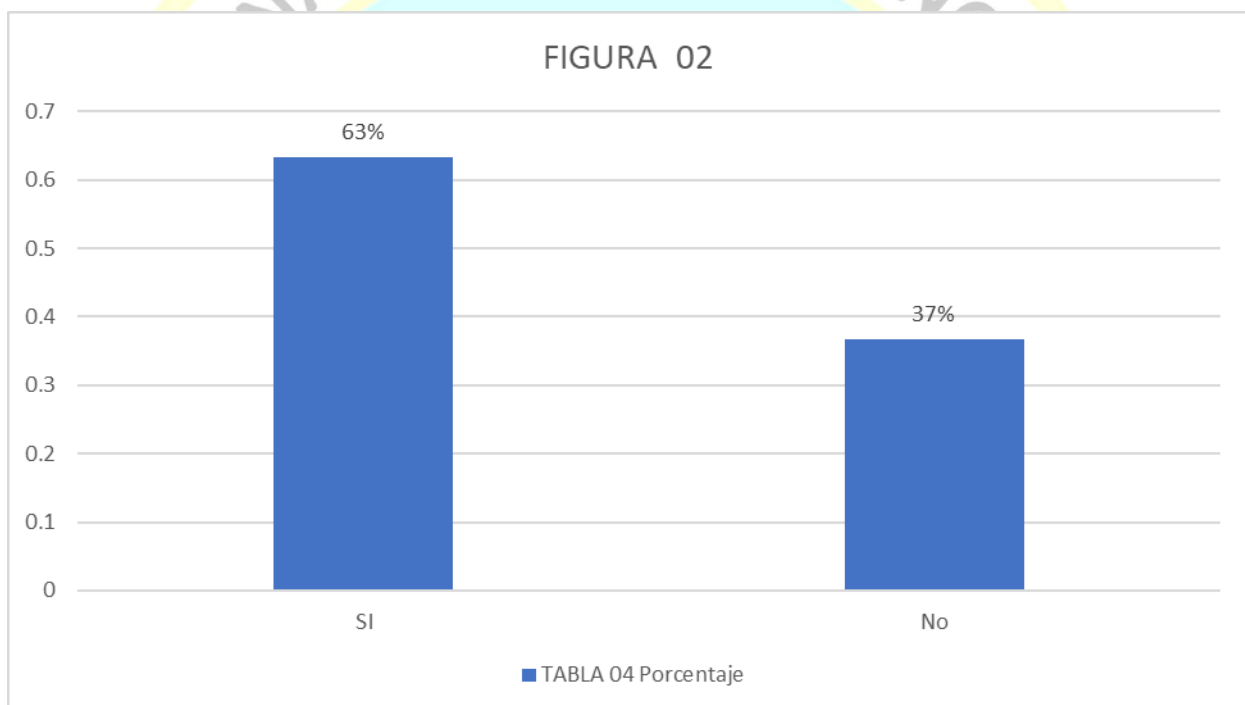
Interpretación de gráfico estadístico: De la figura 01, se determina: SI 81 % - NO 19%, lo que demuestra que las personas encuestadas consideran que la aplicación de la concepción normativa en el delito de omisión de actos funcionales ayudará a reducir la brecha de impunidad en este delito con lo cual se puede determinar de qué forma la norma penal puede inferir sobre el incide de imputabilidad.



TABLA 02			
PREGUNTA			
En relación a la prueba del dolo en los delitos de omisión: ¿Considera viable la admisión de la prueba indiciaria?	Frecuencia	Porcentaje	
SI	57	63%	
No	33	37%	
Total	90	100%	

Fuente: Elaboración propia del autor.

Resultados representados en esta grafica:

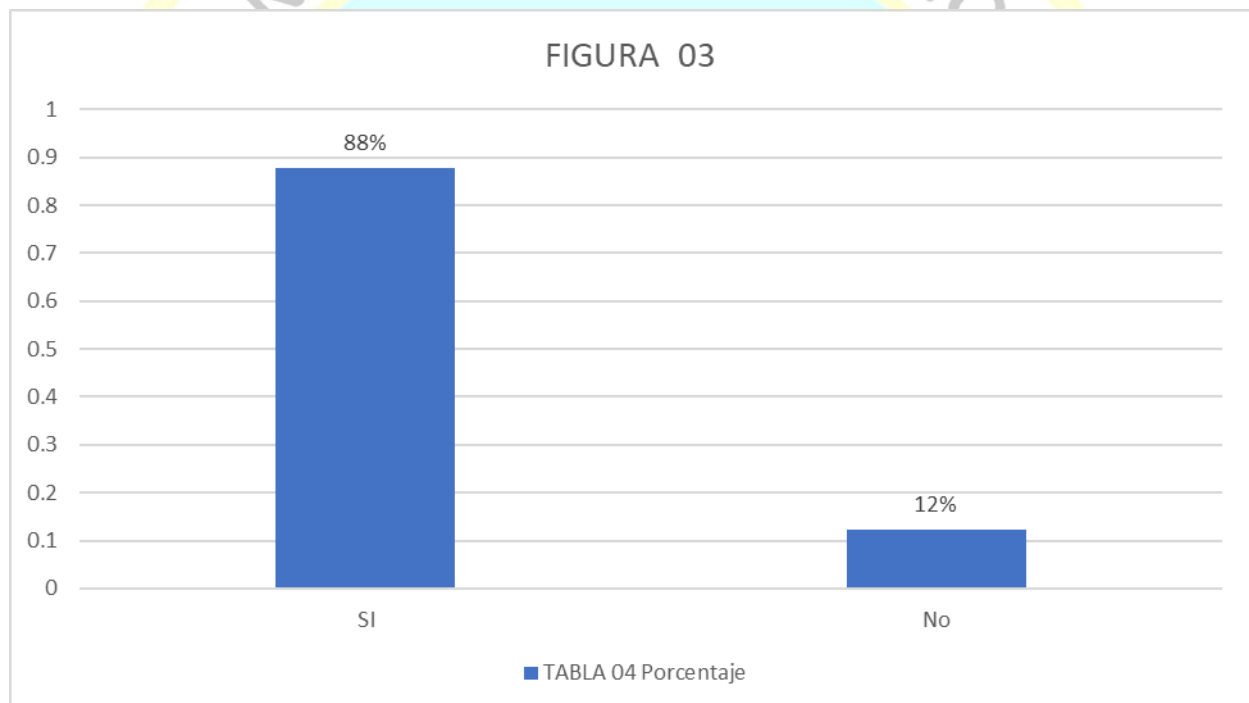


Interpretación de gráfico estadístico: De la figura 02, se determina: SI 63 % - NO 37%, lo que significa que un porcentaje mayoritario si considera que se debe admitir la prueba indiciaria mientras que un 37% considera que no se podría admitir a la prueba indiciaria. Con lo cual se debería reforzar los presupuestos de admisión de dicha prueba.

TABLA 03		
PREGUNTA		
¿Considera suficiente el marco normativo peruano para la subsunción del dolo en los delitos de omisión?	Frecuencia	Porcentaje
SI	79	88%
No	11	12%
Total	90	100%

Fuente: elaboración propia del autor.

Resultados representados en esta grafica:

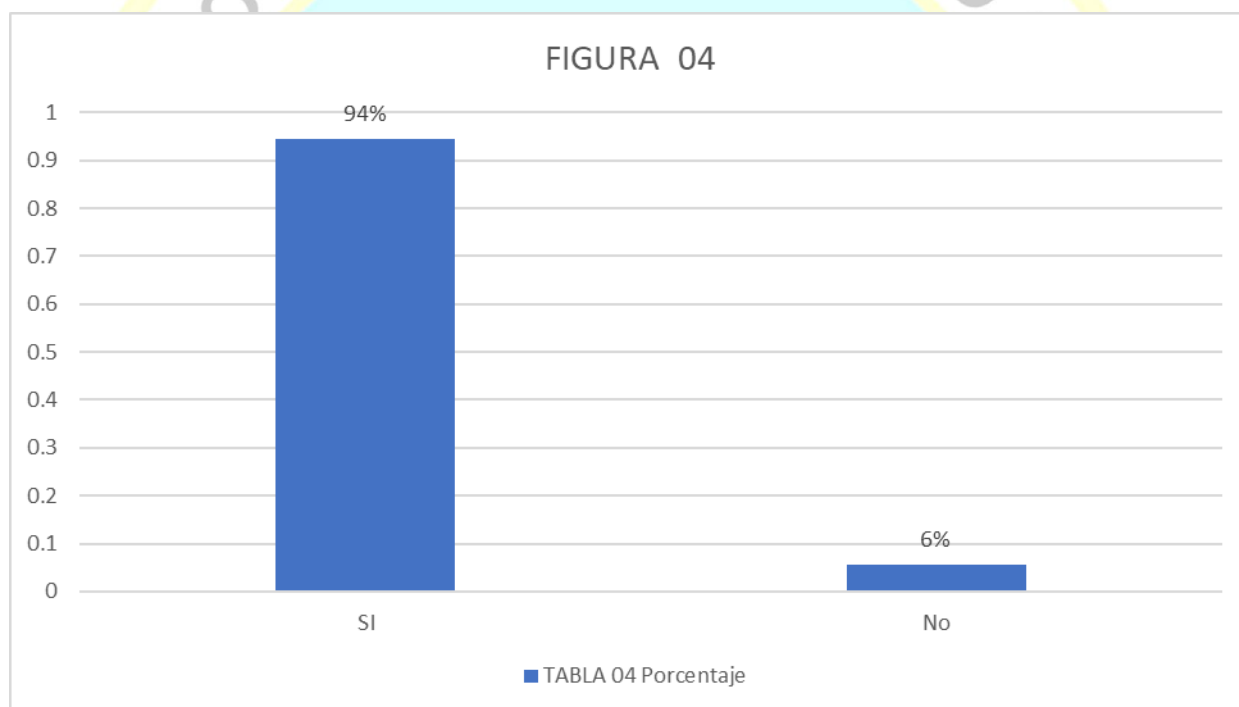


Interpretación de gráfico estadístico: De la figura 03, se determina: SI 88 % - NO 12%, los resultados antes obtenidos son reflejo de la realidad de la población encuestada y se podrá definir como aquel sentir de la población jurídica que considera el cuerpo normativo suficiente para que dentro de el se subsuma el dolo.

TABLA 04		
PREGUNTA		
Considera usted que es necesario innovar en el marco normativo en relación al dolo en los delitos de omisión de funciones?	Frecuencia	Porcentaje
SI	85	94%
No	5	6%
<b>Total</b>	<b>90</b>	<b>100%</b>

Fuente: elaboración propia del autor

Resultados representados en esta grafica:



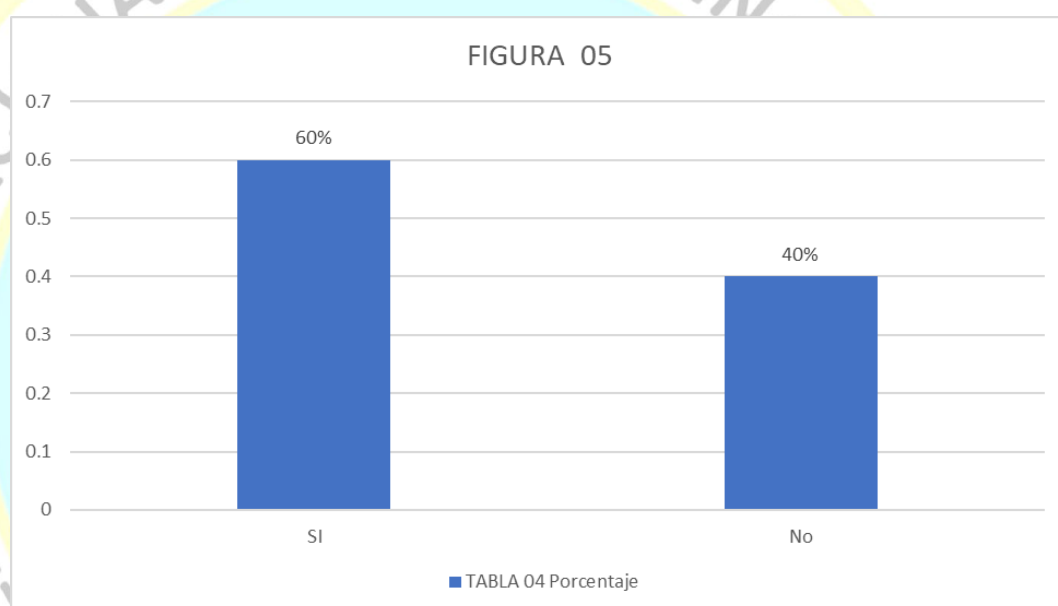
Interpretación de gráfico estadístico: De la figura 04, se determina: SI 94% y la otra alternativa NO 6%, en gran medida los encuestados manifiestan que innovando el marco normativo que existe con relación al dolo en los delitos de omisión de funcionarios lo que conlleva con un sentir de la población jurídica que considera insuficiente el marco normativo actual y que necesita una actualización.

**TABLA N° 5**

¿Considera Ud. que la determinación de la existencia del dolo desde una concepción normativa ayudaría a brindar una mayor protección al bien jurídico tutelado?	Frecuencia	Porcentaje
SI	54	60 %
NO	56	40 %
TOTAL	90	100%

Fuente: elaboración propia del autor

Resultados representados en esta grafica:



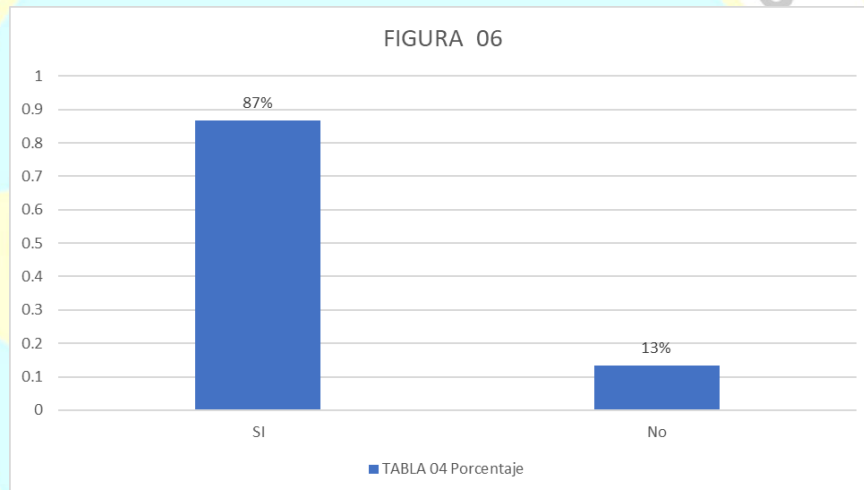
Interpretación de gráfico estadístico: De la figura 08, se determina que : SI 60% -NO 40%, ello debido a que la concepción normativa parte de la determinación del conocimiento que tiene el sujeto que comete la omisión, y en el caso de los delitos de omisión de actos funcionales este conocimiento es posible demostrar a través de los documentos de gestión institucional, nivel académico que se necesita para ser miembro del aparato estatal, y demás normas propias de la actividad pública, lo que se complementa con las pruebas indiciarias que se puedan recabar. Sucediendo lo contrario si partimos de la determinación de la intención del sujeto, toda vez que en el delito de omisión es difícil encontrar pruebas directas y las pruebas indiciarias rara vez reflejan fehacientemente la intención del delito, estando vinculadas más a la comisión del mismo que a la intención como fenómeno interno de la persona.

**TABLA N° 06**

	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
¿Considera Ud. que el servidor o funcionario público posee mejor comprensión sobre las leyes de Derecho Administrativo y Derecho Penal, por lo cual no puede alegar desconocimiento frente a un delito de omisión (Sentido Social)?		
SI	65	86.6 %
NO	10	13.3 %
<b>TOTAL</b>	<b>75</b>	<b>100.00%</b>

Fuente: elaboración propia del autor

Resultados representados en esta grafica:



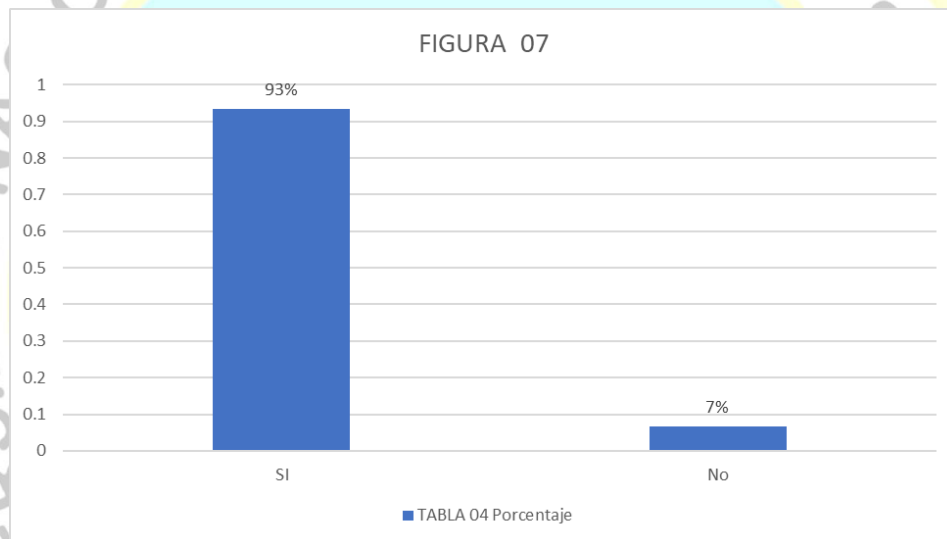
Interpretación de gráfico estadístico: De la figura 10, se obtiene que: SI 86.6% - NO 13.3%, lo que se relaciona con nuestro trabajo y nos ayuda a comprobar que el Funcionario o Servidor público, por la misma función que realiza, posee mayor conocimiento que el promedio de los ciudadano, lo que también es percibido por las personas encuestadas, lo que refuerza nuestra tesis de que la determinación del dolo debe partir de una concepción normativa, que tome al conocimiento como principal indicador de intención y por tanto de una intención dolosa al momento de cometer la omisión, toda vez que el conocimiento, es un aspecto que puede ser comprobado, y que dicha posesión refuerza el valor probatorio de las pruebas indiciarias, que durante la actividad probatoria puedan haberse recabado.

**TABLA N° 7**

¿Puede Ud. identificar que actos consuman el delito de omisión de actos funcionales (art. 377)?	Frecuencia	Porcentaje
Si	70	93.3 %
NO	5	6.6 %
TOTAL	75	100.00%

Fuente: elaboración propia del autor

Resultados representados en esta grafica:

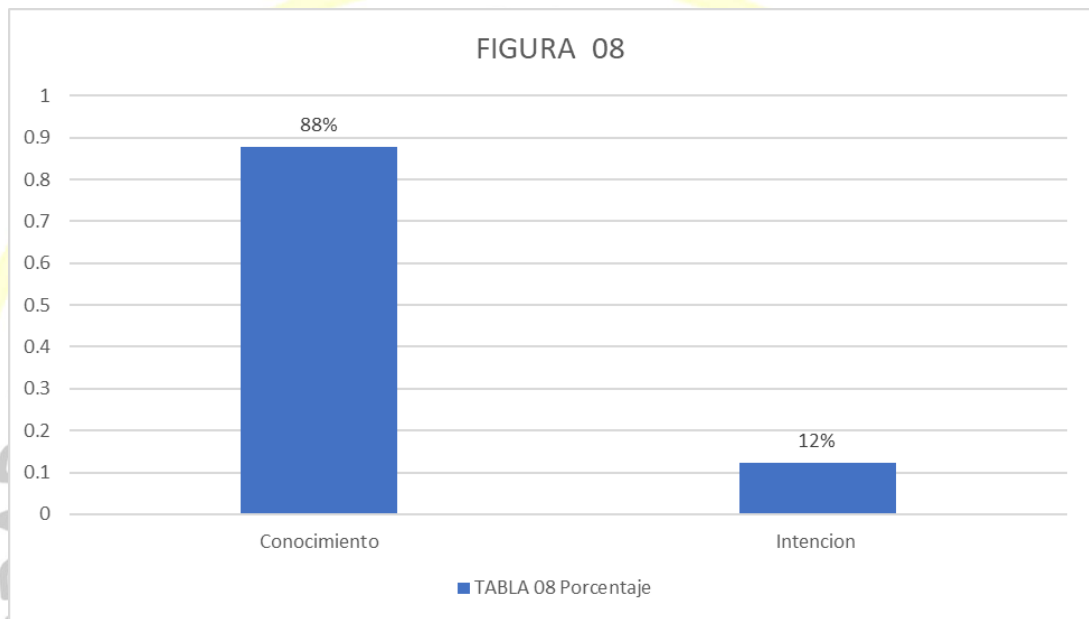


Interpretación de gráfico estadístico: De la figura 11, se determina que: SI 93.3 % - NO 6.6%, lo que nos permite concluir que los encuestados, tienen conocimiento de los actos que configuran el delito de Omisión de Actos Funcionales, por tanto se puede manifestar que manifiestan conocimiento respecto de que se trata de un delito omisivo. Es decir, las personas encuestadas, tiene conocimiento sobre los aspectos básicos del Delito de Omisión de Actos Funcionales, como son identificar al sujeto activo y pasivo del delito, así como los actos que son necesario para su comisión, así como el hecho de que se trata de un delito omisivo, es decir se configura en un no hacer determinada acción, que se espera sea realizada.

TABLA 08

PREGUNTA

En relación a la prueba del dolo en los delitos de omisión cuál de los elementos es más difícil de probar	Frecuencia	Porcentaje
Conocimiento	79	88%
Intencion	11	12%
Total	90	100%



## CAPÍTULO V

### DISCUSIÓN

#### 5.1 Discusión de resultados

Cuando hablamos del dolo nos referimos no solo a la definición conceptual que debería entenderse, si no también debemos entenderla como la intención del sujeto, la manera de cometer el ilícito y los demás factores que configuran la tipicidad del cuerpo normativo. En los delitos de omisión de actos funcionales se deberá tener en cuenta también del conocimiento y la intención, el conocimiento del marco legal y la intención de omitir el accionar funcional.

El código sustancial conceptúa al dolo entendiéndolo como un factor psicológico que se basa en postulados como un fenómeno psíquico, como mecanismo del pensamiento humano, con el cual el derecho pierde acceso y dominio pues no acarrea consecuencias jurídicas, por lo contrario, cuando esta se exterioriza se judicializa y se deberá averiguar posterior a la comisión de cualquier ilícito. Con lo antes mencionado, el derecho no tiene conocimiento y certeza de la intención del accionar del sujeto, estas deberán ser acreditadas en un proceso penal que se desarrollara en el marco de la investigación penal.

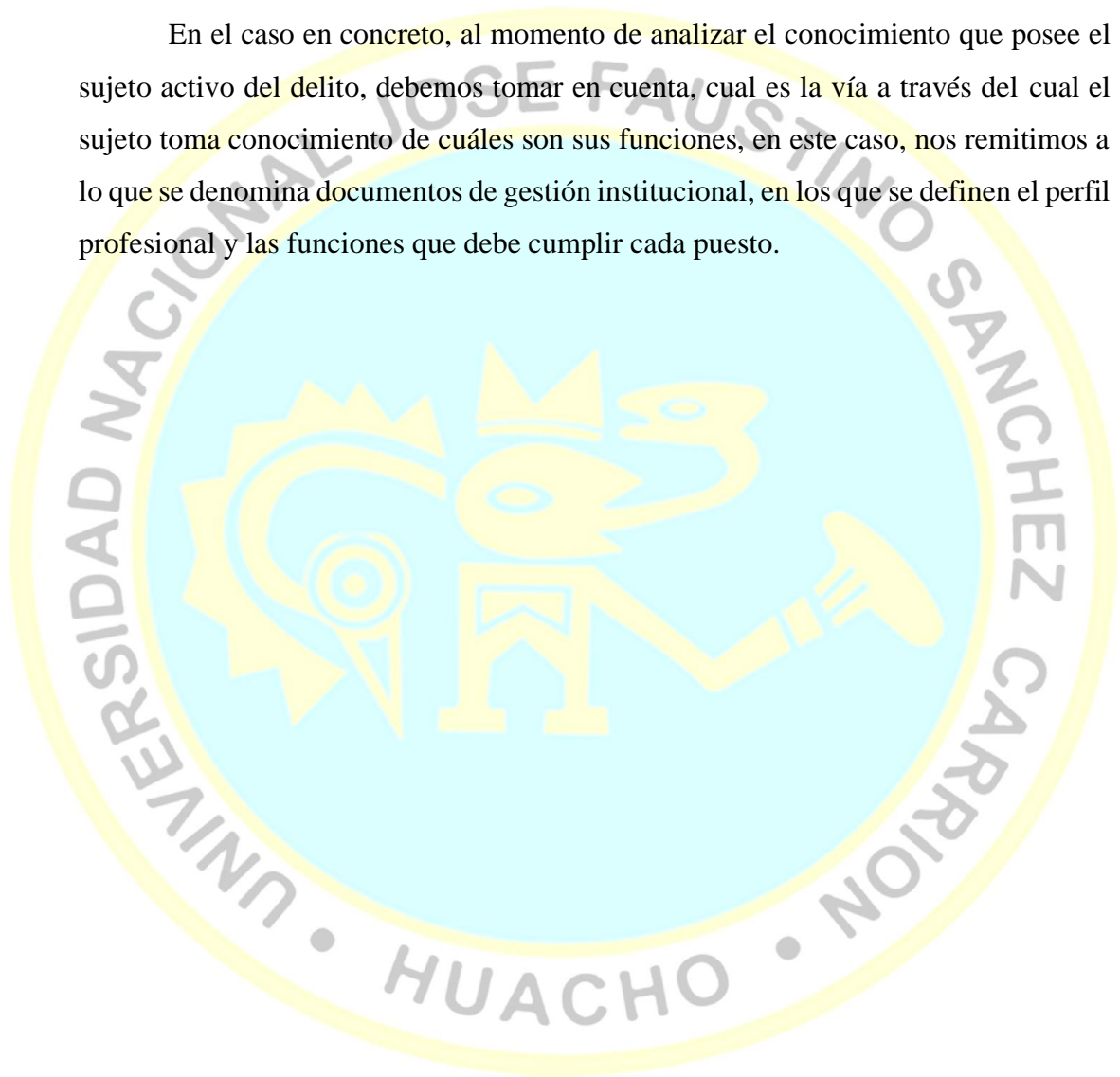
Es en esta etapa donde las pruebas se ofrecen donde las pruebas directas o indirectas se consideran importantes para una valoración correcta del magistrado al momento de emitir su pronunciamiento.

Lo dicho lo trasladamos al delito de omisión de actos funcionales (art. 377 CP), en donde el sujeto activo, es un miembro de la administración pública, en cuyo caso, resulta casi imposible, la obtención de una confesión, a ello debemos añadir el hecho de que los indicios que puedan recabarse, no demuestran la intención del sujeto si no que permiten deducir la comisión de la omisión que constituye el ilícito penal.



El perfil profesional del puesto, establece parámetros de estudios, experiencia y cualidades personales, que debe cumplir el funcionario público, los cuales, por regla general son mayores a los de un ciudadano común, esto analizado a través de los criterios establecido por el sentido social, permite concluir que el funcionario público conoce cuáles son sus funciones, como cumplirlas, así como las sanciones que acarrea su incumplimiento o retardo.

En el caso en concreto, al momento de analizar el conocimiento que posee el sujeto activo del delito, debemos tomar en cuenta, cual es la vía a través del cual el sujeto toma conocimiento de cuáles son sus funciones, en este caso, nos remitimos a lo que se denomina documentos de gestión institucional, en los que se definen el perfil profesional y las funciones que debe cumplir cada puesto.



## **CAPÍTULO VI**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **6.1 Conclusiones**

A manera de conclusión podremos decir que considerando el dolo como una acción psicológica es muy difícil ser probada, por razones que se debe comprobar la intención, el conocimiento de la norma y la voluntad de querer omitir una norma que esta implica una acusación de tipo psicológica, comenzando por el análisis de de persona, su personalidad y su forma de pensar.

De manera que, para hacer más fácil probar un ilícito se requiere una acción factible, tangible la cual pueda ser valorada, probada y de la cual se desprenda que existió un dolo, una acción que acarreo la tipificación de un delito, que se vulnero un bien jurídicamente tutelado. Pasa algo contrario con el delito de omisión, como sabremos y su propio nombre lo dice al omitir una acción ya sea voluntaria o no esta se convierte en una manera muy difícil de comprobar, la manera de comprobarla mas común es cuando se piden declaraciones de testigos, o del presunto autor y es ahí donde existen mecanismos para salvaguardar el derecho al silencio que comprenderá entonces que el imputado pueda de alguna u otra manera desviar la investigación o poder volverla tardada.

La concepción normativa del dolo, establece que la determinación del carácter doloso de una acción, no está basado en la averiguación de fenómenos psicológicos, si no en la atribución de determinados conocimientos al momento de la realización del delito, sin embargo la atribución de dichos conocimientos, debe pasar previamente por filtros, en este caso, los establecido por el sentido social, en los que dada una determinada realidad el sujeto necesariamente deba poseer determinados conocimientos, en el caso en concreto, un funcionario público (sujeto), como miembro

de la administración pública (realidad) tiene conocimiento de cuáles son sus funciones (conocimiento que se le atribuye), ya que como miembro de un entidad pública, tiene la obligación de manejar los instrumentos de gestión institucional, que establecen las funciones de su cargo y las facultades con las que cuenta, asimismo debe cumplir con el perfil profesional necesario para desempeñar el cargo que desempeña. Esto es, que si el funcionario aun contando con el conocimiento de sus funciones y forma de ejercerlas omite su realización, estaríamos frente a la intención de omitir sus funciones, y por tanto de cometer el delito.

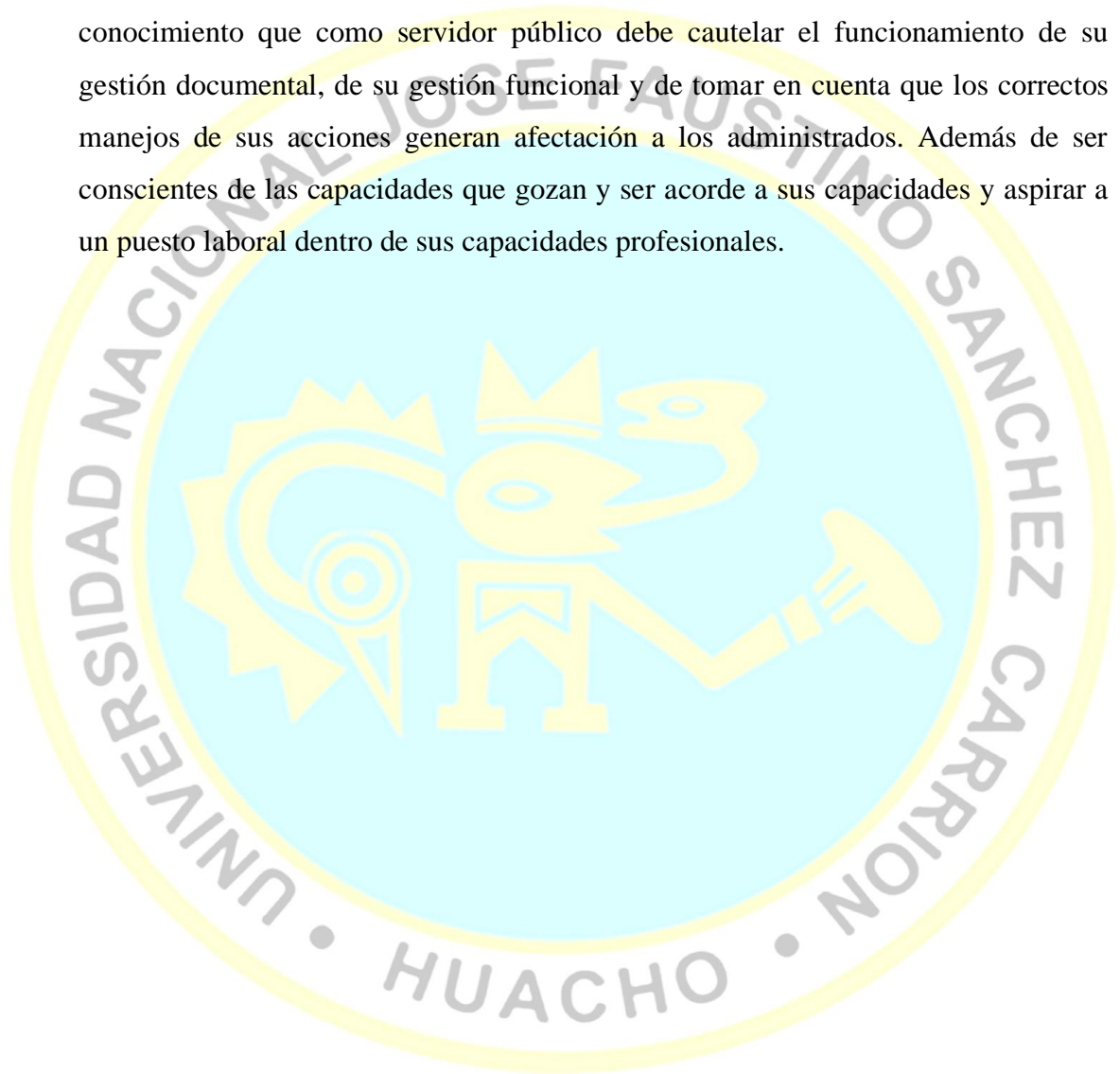
El sentido social exige que para que un funcionario público acceda a un puesto laboral deberá conocer el cargo, las funciones y labores que deberá realizar por lo tanto se comprende que la omisión acarrearía una vulneración de derechos del administrado, de ser el caso que el funcionario no comprenda la situación u omita la acción dolosamente este no sería un funcionario competente, gozaría de inimputabilidad y sufriría deficiencia física o mental.

La aplicación de la concepción normativa del dolo, en aquellos casos en los que los indicios, permiten deducir la comisión del delito de omisión de actos funcionales, así como que no concurre ningún supuesto de inimputabilidad, nos permite sostener, que la omisión ha sido dolosa, toda vez que el funcionario contaba con los conocimientos necesarios de que se estaba apartando del correcto ejercicio de sus funciones, es decir nos brinda la base dogmática para sostener que la omisión en la que incurrió fue intencional, desde el momento en que contando con los conocimientos necesarios decidió apartarse de los mismos, es decir decidió no actuar conforme a lo esperado en su calidad de funcionario público.

## 6.2 Recomendaciones

Se recomienda a los diversos grupos de gestión local o nacional gestionar cursos de capacitación a sus funcionarios y concientización de lo que la omisión de una acción pueda ocasionar, este es el caso del que no tenga un conocimiento concreto del puesto o conocimiento de la gestión documental que debe cumplir.

También se recomienda a los funcionarios o servidores públicos tener conocimiento que como servidor público debe cautelar el funcionamiento de su gestión documental, de su gestión funcional y de tomar en cuenta que los correctos manejos de sus acciones generan afectación a los administrados. Además de ser conscientes de las capacidades que gozan y ser acorde a sus capacidades y aspirar a un puesto laboral dentro de sus capacidades profesionales.



## REFERENCIAS

### 7.1 Fuentes documentales

Directiva N° 001-95-INAP/DNR “Normas para la formulación del Manual de Organización y funciones”, aprobada por Resolución Jefatural N° 095-95-INAP/DNR. (1995). Diario Oficial El Peruano.

Directiva N° 003-2015-SERVIR/GPGSC. (2016). Diario Oficial El Peruano.

Directiva N° 001-2016-SERVIR/GDSRH. (2016). Diario Oficial El Peruano.

### 7.2 Fuentes bibliográficas

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. (1998). Principios Del Derecho Penal. Editorial Temis. España.

BUSTINZA SIU, Marco. (2014). Delimitación entre el Dolo Eventual e Imprudencia. (Tesis inédita de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú.

BUSTOS, Flisfish y Politoff: “Omisión de socorro y homicidio por omisión.”, en Revista de ciencias penales, año 1996.

BUSTOS, Juan: “El delito culposo.”, editorial jurídica de Chile, 1997. 10.

BUSTOS, Juan: “Culpa y finalidad”, 1966.

BUSTOS, Juan: “La imputación objetiva.”, en Teorías actuales en el derecho penal, 1998, editorial Ad-Hoc.

CHAPARRO GUERRA, Ayar. (2011). Fundamentos de la Teoría del Delito. Editorial Grijley. Perú.

CORDÓN AGUILAR, Julio Cesar. (2011). Prueba Indiciaria y Presunción de inocencia en el Proceso Penal. (Tesis inédita de Doctorado). Universidad de Salamanca. España.

CUADRADO Ruiz, María Angeles: “La comisión por omisión como problema dogmático.” en ADPCP enero-diciembre 1997, tomo L.

DONNA EDGARDO, Alberto. (2000). Delitos contra la Administración Pública. Editorial Rubinzal Culzoni. Argentina.

ELMELAJ BERTONA, María Cecilia (2012). La Frontera entre el Dolo Eventual y la Imprudencia Consciente. (Tesis inédita de maestría). Universidad de Sevilla. España.

FAIRÉN GUILLEN, Víctor. (1992). Teoría General del Derecho Procesal. Editorial Fondo Editorial Universidad Autónoma de México. México.

GIMBERNAT Ordeig, Enrique: “Causalidad, omisión e imprudencia.”, en “El derecho penal hoy.”, libro homenaje al profesor David Baigún.

GIMBERNAT Ordeig, Enrique: “La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión.”, en ADPCP, tomo LIII, año 2000.

GIMBERNAT Ordeig, Enrique: “La omisión impropia en la dogmática alemana. Una exposición.”, en ADPCP, enero-diciembre, 1997.

SÁENZ, Ricardo: “Algunas cuestiones relativas a los delitos de omisión.”, en “Doctrina penal. Teoría y práctica en las ciencias penales.”, abril-septiembre, 1989.

SCHÜNEMANN, Bernd: “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania.”, en Revista del Poder Judicial, 1998, tercer trimestre.

ZAFFARONI, Aliaga, Slokar: “Derecho Penal. Parte general.”, 2ª edición, editorial Ediar, 2002.

### 7.3 Fuentes hemerográficas

DE MIRANDA, Carlos. (2011). Indicios para la Prueba del Dolo en el Proceso Penal. Revista Iuris. Julio-Agosto. España.

LAURA ORTIZ, Luis Neiser. (2010). Los Funcionarios o Servidores Públicos en el Código Penal. Revista Electrónica del Poder Judicial. Julio. Perú.

RODRIGUEZ VASQUEZ, Julio. (2013). Caso Aliaga Jacinto locador de servicios DEVIDA – concepto de Funcionario Público. Boletín N° 31 Proyecto Anticorrupción IDEHPUCP. Noviembre. Perú.

SANTA CABRERA, Luiggi. (2015). La responsabilidad administrativa funcional y la responsabilidad penal de los Funcionarios y Servidores públicos. Revista Actualidad Gubernamental N° 75. Enero. Perú.

### 7.4 Fuentes electrónicas

ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro. (2005). El tratamiento penal de los delitos contra la Administración Pública. XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología GUAYAQUIL. Consultado el 12 de diciembre del 2016. Disponible en: [www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos\\_aa.doc](http://www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos_aa.doc)

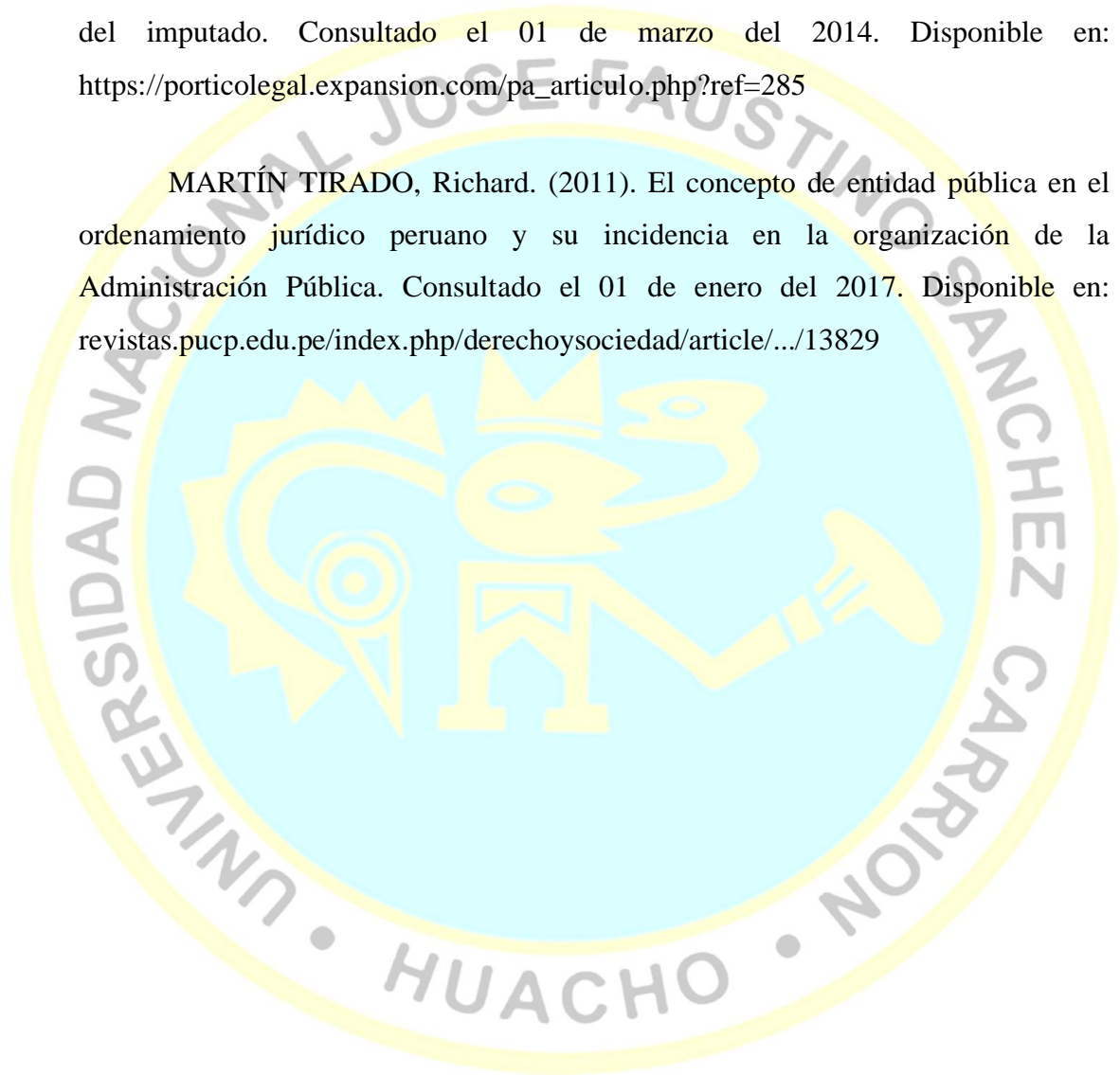
GUERRERO OROZCO, Omar. (1990). *Teoría Administrativa del Estado*. Consultado el 03 de diciembre del 2016. Disponible en: <http://www.omarguerrero.org/libros/TAE.pdf>

ISASI, Juan Felipe. (S.F.). *En busca del dracma perdida: acerca del objeto del Derecho Administrativo*. Consultado el 02 de enero del 2017. Disponible en : <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19948-19949-1-PB.pdf>

RODRIGUEZ MORENO, Rodrigo. (1980). *La Administración Pública Federal en México*. Consultado en 17 de febrero del 2017. Disponible en: <http://www.iapqroo.org.mx/website/biblioteca/LA%20%20ADMINISTRACION%20PUBLICA%20FEDERAL%20EN%20MEXICO.pdf>

ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio. (s/f). Algunas consideraciones sobre la Teoría de la Prueba Indiciaria en el Proceso Penal y los Derechos Fundamentales del imputado. Consultado el 01 de marzo del 2014. Disponible en: [https://porticolegal.expansion.com/pa\\_articulo.php?ref=285](https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=285)

MARTÍN TIRADO, Richard. (2011). El concepto de entidad pública en el ordenamiento jurídico peruano y su incidencia en la organización de la Administración Pública. Consultado el 01 de enero del 2017. Disponible en: [revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/.../13829](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/.../13829)





## ANEXOS

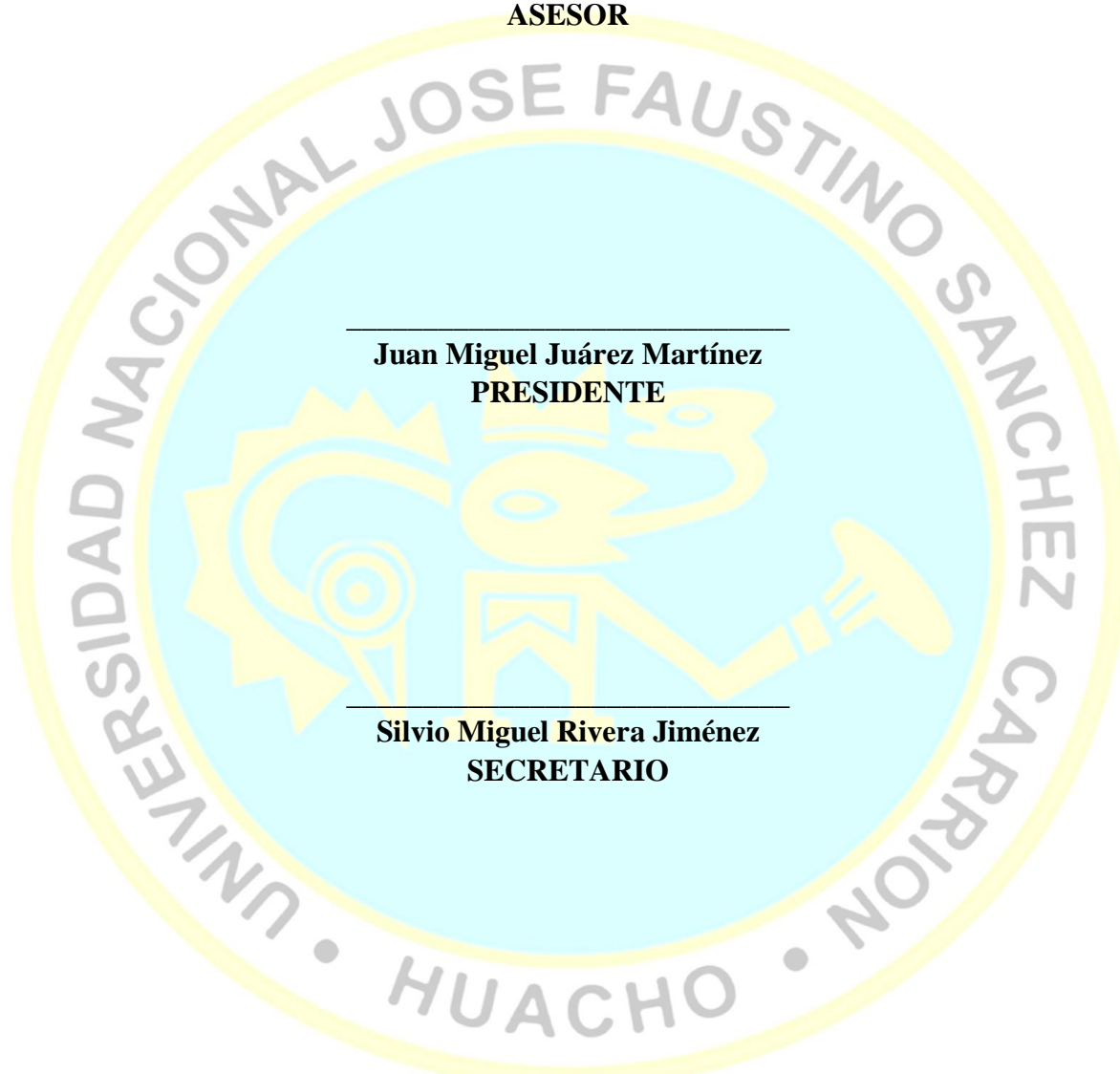


Matriz de consistencia

<b>Problemas</b>	<b>Objetivos</b>	<b>Hipótesis</b>	<b>Métodos y técnicas</b>
<b>Problema general</b>	<b>Objetivo General</b>	<b>Hipótesis general</b>	
¿Cuál es la relación que existe entre la concepción normativa del dolo y la actividad probatoria en los Delitos de Omisión de Actos Funcionales?	Analizar la relación que existe entre la concepción normativa del dolo y la actividad probatoria en los delitos de Omisión de Actos Funcionales?	Existe relación significativa entre a concepción normativa del dolo y la actividad probatoria en los Delitos de Omisión de Actos Funcionales.	Poblacion = Muestra= Metodo= Ecnicas para el acopio de datos: Observacion Encuesta Instrumentos de recolección de datos: Cuestionario de encuesta Analisis del contenido y fichas Procesamiento de datos: Tabulacion de datos Analisis e interpretación de datos: Pqt. Estadistico SPSS 18.0 Estadistica descriptiva para cada variable Representacion de datos: Cuadros graficos y figuras estadísticas Tipo de investigación: Basica Diseño de investigación: Descriptiva Analitica
<b>Problemas específicos</b>	<b>Objetivos específicos</b>	<b>Hipótesis específicas</b>	
¿Cómo se relaciona el delito de omisión impropia con el principio de legalidad?  ¿En qué medida el conocimiento que se necesita para ser funcionario o servidor público se relaciona con la prueba indicaría al momento de determinar que la omisión fue dolosa?	Analizar la relación del delito de omisión impropia con el principio de legalidad  Determinar la relación que existe entre la prueba indiciaria y el conocimiento que se exige para ser funcionario público, al momento de determinar que la omisión fue dolosa	Existe una relación significativa entre el delito de omisión impropia y el principio de legalidad  Existe relación significativa entre la prueba indiciaria y el conocimiento que se exige para ser funcionario público.	

---

**Félix Antonio Domínguez Ruiz**  
**ASESOR**



---

**Juan Miguel Juárez Martínez**  
**PRESIDENTE**

---

**Silvio Miguel Rivera Jiménez**  
**SECRETARIO**

---

**Carlos Humberto Conde Salinas**  
**VOCAL**