



389  
207

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

---

---

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ACATLAN".**

**"LOS DELITOS DE OMISION A LOS QUE SE  
ATRIBUYE UN RESULTADO MATERIAL  
(LA COMISION POR OMISION)."**

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A :**  
**JORGE VAZQUEZ AGUILERA**

**ASESOR DE TESIS: LIC. FERNANDO LABARDINI MENDEZ.**



**ACATLAN, EDO. DE MEXICO.**

**JUNIO DE 1997**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**El hombre agradecido reconoce la virtud ajena que le ha beneficiado y ansía corresponder con igual favor, en la inteligencia de que existen obras que jamás podremos compensar a sus autores, pero que por azares del destino pagamos a diversas personas con igual o mejor moneda.**

**Jorge Vázquez Aguilera.**

**A ti CARMEN, dulce compañera de mi vida y  
fiel colega de las causas nobles. Con amor  
infinito.**

**A ti JORGE, esperanza de vida hecha  
realidad. Con el eterno compromiso de ser  
para ti un buen padre y con el enorme deseo  
de que seas para mí un mejor hijo.**

**A mis padres, Don PEDRO VÁZQUEZ  
MENDOZA y Doña AMELIA AGUILERA  
DE VÁZQUEZ, luces resplandecientes que  
alumbran mi camino como virtuosos guías que  
no sólo me dieron la vida, sino que me  
enseñaron a vivirla dignamente.**

**A mis hermanos JOSÉ ALEJANDRO, GRACIELA y ADRIANA, deseándoles una vida llena de salud y felicidad. Los quiero mucho.**

**A la Familia CHÁVEZ GÓMEZ, como muestra de mi aprecio y gratitud.**

**Al Licenciado FERNANDO LABARDINI MENDEZ, a quien agradezco sus valiosas enseñanzas, su tiempo y dedicación en la dirección de la presente Tesis. Además, le doy las gracias por haber despertado en mí la inquietud de incursionar en el estudio de la Ciencia del Derecho Penal por el interesante camino del finalismo.**

**A los profesores de la Licenciatura en Derecho de la ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES, CAMPUS "ACATLÁN", por cumplir cabalmente la honrosa tarea de formar valientes apologetas de la justicia y la equidad.**

**A la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, en reconocimiento a su loable y humanística labor.**

**A todos aquéllos que de alguna forma han contribuido a mi realización como ser humano, especialmente A DIOS, por quien fui, soy y seré. Gracias.**

**"El Delito es al hombre, lo que la sombra al cuerpo"**

**Dr. Sergio García Ramírez**

## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN

#### CAPÍTULO I. NOCIONES FUNDAMENTALES.

1.1 EL DERECHO COMO UN MEDIO DE CONTROL SOCIAL.....	1
1.2 CONCEPTO GENERAL DE DERECHO PENAL.....	3
1.2.1 Derecho Penal Objetivo.....	4
1.2.2 Derecho Penal Subjetivo.....	6
1.2.3 Ciencia del Derecho Penal.....	6
1.3 DENOMINACIÓN.....	7
1.3.1 Derecho Penal.....	7
1.3.2 Derecho Criminal.....	7
1.3.3 Derecho de Defensa Social.....	8
1.3.4 Derecho Sancionatorio.....	8
1.4 MISIÓN DEL DERECHO PENAL.....	9
1.4.1 El Derecho Penal como protector de bienes jurídicos.....	10
1.4.2 El Derecho Penal como protector de valores ético-sociales.....	10
1.5 EL DELITO.....	12
1.5.1 Cuestión terminológica.....	12
1.5.2 Definición.....	13
a) Noción jurídico formal.....	13
b) Noción jurídico sustancial.....	14
1.5.3 Teoría analítica del delito.....	16

#### CAPÍTULO II. EL COMPORTAMIENTO HUMANO EN EL DERECHO PENAL MODERNO.

2.1 EL PRINCIPIO "NULUM CRIMEN SINE CONDUCTA".....	19
--	----



<b>2.2 EL COMPORTAMIENTO HUMANO JURÍDICO-PENALMENTE</b>	
<b>RELEVANTE: EL TIPO PENAL</b> .....	21
<b>2.2.1 El tipo penal</b> .....	21
a) Tipo sistemático y tipo garantía individual.....	22
b) Tipo objetivo y tipo subjetivo.....	23
<b>2.3 LA MAL LLAMADA ACCIÓN EN SENTIDO AMPLIO</b> .....	24
<b>2.3.1 Evolución histórico-dogmática del concepto genérico de acción</b> .....	27
a) El concepto causal de acción.....	27
b) El concepto final de acción.....	28
c) El concepto social de acción.....	31
<b>2.3.2 Rechazo al concepto genérico de acción</b> .....	32
a) Tesis de Gustavo Radbruch.....	32
b) Nuestra opinión.....	33
<b>2.4 LA OMISIÓN PUNIBLE</b> .....	36
<b>2.4.1 Esencia normativa</b> .....	37
<b>2.4.2 Bases jurídicas</b> .....	38
<b>2.4.3 Concepto</b> .....	39
<b>2.4.4 Elementos de la omisión punible</b> .....	40
a) El deber de hacer determinado.....	40
b) La capacidad de acción.....	41
c) La no realización de la acción mandada.....	42
d) Descripción típica.....	42

## **CAPÍTULO III. LOS DELITOS DE OMISIÓN Y SU CLASIFICACIÓN.**

<b>3.1 EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO</b> .....	44
<b>3.2 CLASIFICACIÓN</b> .....	46
<b>3.2.1 Criterios de clasificación</b> .....	46
A) Soluciones bipartitas.....	47
B) Soluciones tripartitas.....	50

3.3 LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN: UNA BREVE REFERENCIA.....	52
---	----

#### **CAPÍTULO IV. LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN.**

4.1 BREVE REFERENCIA CONCEPTUAL.....	56
4.2 EL TIPO SISTEMÁTICO DE LOS IMPROPIOS DELITOS OMISIVOS.....	57
4.2.1 Tipo objetivo.....	58
A) Situación típica.....	58
B) La no realización de una acción y la capacidad de realizarla.....	59
C) Resultado material e imputación normativa de éste.....	59
C.1) Teorías que defienden la causalidad.....	62
C.2) Teorías híbridas sobre la causalidad.....	64
C.3) Teorías que niegan la causalidad.....	65
D) La Posición de Garante.....	67
D.1) Concepto.....	68
D.2) Posición de garante y deber de garantía.....	69
D.3) Relación entre el conocimiento de la posición de garante y el deber de evitación.....	70
D.4) Fuentes del deber de garantía.....	71
a) Teoría formal de las fuentes.....	72
- La Ley.	
- El contrato.	
- El actuar precedente.	
- Comunidad de vida o de peligro.	
b) Teoría de las funciones.....	75
- Función de protección de un bien jurídico.	
- Control de una fuente de peligro.	
4.2.2 El tipo subjetivo.....	77
A) El dolo.....	78
B) La culpa.....	79

C) Los delitos cometidos por olvido.....	80
<b>4.3 LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS</b>	
<b>IMPROPIOS DE OMISIÓN.....</b>	<b>81</b>
4.3.1 La antijuridicidad.....	81
4.3.2 La culpabilidad.....	82
4.3.3 La Colisión de Deberes.....	83
4.3.4 Error de Tipo y Error de Prohibición.....	85
A) Error de tipo.....	85
B) Error de prohibición.....	86
C) Consecuencias legales del error.....	86

**CAPÍTULO V. LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

5.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: ORIGEN Y SENTIDO.....	87
5.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO MEXICANO.....	89
5.3 GARANTÍAS QUE CONTIENE.....	91
5.4 REQUISITOS DE LA LEY PENAL.....	92
5.5 LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN FRENTE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	94
A) Platicamiento del problema.....	94
B) Ubicación del delito impropio de omisión en el tipo del delito comisivo de resultado material: La subsunción de tipos.....	94
C) Soluciones de <i>lege ferenda</i> .....	96
a) Creación de una cláusula general en la Parte General de los Códigos Penales.....	97
b) Creación de tipos en la Parte Especial de los Códigos Penales.....	97
D) Conclusión.....	98

## **CAPÍTULO VI. LOS IMPROPIOS DELITOS DE OMISIÓN EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.**

<b>6.1 ANTECEDENTES.....</b>	<b>99</b>
6.1.1 Antecedentes en el Derecho interno.....	100
A) Código Penal Federal de 1871.....	100
B) Código Penal Federal de 1929.....	101
C) Código Penal de Guanajuato de 1977.....	103
D) Código Penal de Veracruz-Llave de 1980.....	104
6.1.2 Antecedentes de Derecho Externo.....	105
A) Código Penal Tipo para Latinoamérica.....	106
B) Código Penal Alemán de 1975.....	107
<b>6.2 CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1931.....</b>	<b>109</b>
6.2.1 Análisis dogmático del párrafo segundo del art. 7°.....	109
A) Texto original.....	109
B) Reforma Penal publicada el 10 de enero de 1994.....	110
a) Exposición de motivos.....	112
b) Crítica a la reforma.....	113
<b>6.3 LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN REGULADOS EN EL CAPÍTULO VII DEL TÍTULO DÉCIMONOVENO DEL CÓDIGO PENAL: "ABANDONO DE PERSONAS".....</b>	<b>115</b>
<b>6.4 EL ARTÍCULO 321 BIS: UN CASO DE IMPUNIDAD.....</b>	<b>117</b>
<b>6.5 BASES PARA UNA NUEVA SOLUCIÓN LEGISLATIVA.....</b>	<b>119</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>122</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>129</b>

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal constituye un medio de control social que a través de la amenaza o del castigo procura proteger a los valores jurídicos fundamentales de cualquier peligro o lesión que puedan sufrir con motivo de una acción o de la omisión de ella. En el primer caso el Derecho Penal prohíbe conductas, mientras que en el segundo las ordena. De cualquier forma, lo importante es salvaguardar la vida gregaria, en el entendido de que los seres humanos, gracias a su saber causal, pueden poner en marcha cadenas causales para lesionar un bien jurídico o permitir que éstas continúen libremente su curso una vez que han sido iniciadas. En la segunda hipótesis, el ornitente no produce mecánicamente el resultado material no deseado, pero puede llegársele a atribuir normativamente si conforme a derecho debía y podía evitarlo.

Generalmente los individuos piensan que el Derecho Penal se constituye exclusivamente de prohibiciones, ignorando que también forman parte de él algunos mandatos que de incumplirse dan lugar a la aplicación de sanciones penales a su infractor. Lógicamente la prohibición ocupa un lugar preponderante en el derecho punitivo, pero lo cierto es que no es la única vía que utiliza el legislador para proteger a los valores sociales fundamentales, tal y como lo demuestra la importancia que hoy en día ha cobrado la omisión punible, caracterizada por ser la no realización de una acción concreta descrita en un tipo a la que se asocia como legítima consecuencia una sanción penal.

La evolución de las ideas penales produjo un cambio doctrinal en la conceptualización de la "acción", dejando de ser ésta aquel elemento totalizador que en un sentido amplio abarcaba dentro de sí a dos entes de esencia contradictoria, como lo es la acción y la omisión de ella. De esta forma, fue necesario crear un sistema penal bipartito y una doctrina propia para la omisión, la que desde luego ya no sería la simple inversión de argumentos o de principios como hasta entonces había sido.

Así es como arribamos a una nueva conceptualización de la omisión y de los delitos omisivos, ocupando un lugar preferente las mal llamadas "impropias omisiones", las cuales como tendremos oportunidad de ver, envuelven una serie de tópicos que hacen sumamente interesante su estudio. En realidad, no existen "propias" o "impropias" omisiones, sino "propios" o "impropios" delitos omisivos, ya que la diferencia entre éstos se determina por su estructura típica y no por la omisión, ya que en ambos casos ésta es idéntica.

Los tópicos a los que nos enfrentamos en este estudio son los que generalmente han sido catalogados como clásicos por la doctrina, como lo son el supuesto nexo causal en la omisión y la específica calidad que el autor debe tener para poder atribuírsele el resultado material no evitado. Además, al caracterizarse indebidamente a los impropios delitos de omisión como ilícitos carentes de una descripción típica expresa, resulta imprescindible abordar su dudosa constitucionalidad a la luz del principio de legalidad contemplado en el párrafo tercero del artículo 14 de nuestra Constitución Federal.

Ahora bien, en cuanto al contenido de esta investigación debemos advertir que en ella no se hace un derroche de erudición que permita decir que los problemas a los que nos referimos han quedado absolutamente resueltos en ella, pero si nos atrevemos a afirmar que hemos hecho un gran esfuerzo para encontrar respuestas aceptables.

Como nuestro trabajo está encaminado al estudio de los impropios delitos de omisión de conformidad con los planteamientos anotados, hemos dividido el desarrollo de la investigación en seis capítulos que se entrelazan mutuamente, abusando en algunos de ellos del método sintético para permitir en otros una mayor extensión en el análisis. Respecto de la bibliografía empleada, debemos advertir que ésta es mayoritariamente de autores extranjeros, pero no porque tengamos espíritu de malinchistas, sino debido a que la bibliografía nacional sobre este tema es escasa.

Considerando que no siempre nuestra concepción del Derecho es uniforme, creímos pertinente comenzar nuestro trabajo definiendo algunos términos que sirven de soporte a

nuestras afirmaciones posteriores en torno al delito impropio de omisión, los cuales constituyen una especie de "Nociones Fundamentales" en las que se incluye el concepto de Derecho Penal en sus distintas acepciones; su denominación y objetivos, así como el concepto formal y substancial del delito.

En el Capítulo Segundo evidenciamos la importancia del comportamiento humano en el Derecho Penal moderno; la función del "tipo" como elemento discriminatorio de la conducta punible; el concepto amplio de acción y su evolución histórico-dogmática exponiendo las razones por las cuales rechazamos su empleo, y por último, señalamos las características de la omisión punible destacando su indiscutible esencia normativa.

Una vez comprendidas las características básicas de la omisión, en el Capítulo Tercero emprendemos el estudio de los delitos omisivos abordando la diversa terminología utilizada para designarlos; exponemos su clasificación doctrinal desde muy variados enfoques, y sin que sea materia central de nuestra investigación, también hacemos una sencilla referencia a los propios delitos de omisión dando algunos ejemplos de su descripción típica contenida en nuestro actual Código Penal.

El Capítulo Cuarto, dedicado al estudio específico de los impropios delitos de omisión, por su naturaleza y contenido es el más extenso. En él se tocan temas de difícil tratamiento como lo es el papel de la causalidad en la atribución del resultado material no evitado y lo consiguiente a la calidad especial que debe tener el autor de esta clase de delitos comunmente conocida como "calidad o posición de garante". Asimismo, en este apartado estudiamos el deber de evitación y sus fuentes, resumiendo las diversas posturas doctrinales al respecto y exponiendo en cada caso nuestras propias ideas y las razones en las cuales nos apoyamos para verirlas. De igual forma, hacemos algunos comentarios en torno a la antijuridicidad y culpabilidad en la omisión que pueden ser de gran interés en la vida real, como lo es el caso del error en el deber de evitación y la llamada colisión de deberes.

Debido a que el problema constitucional de los delitos de omisión a los que se atribuye un resultado material representa un tema de nuestro particular interés, decidimos dedicar en forma especial el Capítulo Quinto para su tratamiento, lugar en donde analizamos el origen y alcance del principio de legalidad y su repercusión teórico-práctica frente a los impropios delitos omisivos, concluyendo que la única forma de regularlos adecuadamente es a través de su correcta descripción típica en la Parte Especial de los Códigos Penales.

En el Capítulo Sexto emprendemos el estudio de los impropios delitos de omisión a la luz del Derecho Positivo Mexicano, analizando la reforma penal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, mediante la cual se incluyó una solución que de *lege ferenda* trata de resolver su evidente inconstitucionalidad, consistente en la adición de una cláusula general contenida en el actual párrafo segundo del artículo 7º de nuestro Código Penal. En este apartado también estudiamos los casos de "comisión por omisión" que ya se encontraban regulados en los artículos 335 y 336 en relación al 339 del mencionado ordenamiento punitivo, así como la excusa absolutoria contenida en el nuevo artículo 321 Bis.

Finalmente, exponemos nuestras propias ideas acerca de los delitos de omisión a los que se atribuye normativamente un resultado material en unas breves conclusiones que reflejan los resultados teórico-prácticos de nuestra investigación, las cuales obviamente ponemos a consideración del lector, a quien desde luego solicitamos su constructiva crítica reiterándole el compromiso que asumimos de continuar el estudio de las ciencias penales con el afán de servir de mejor manera a nuestra comunidad con las armas del Derecho, la Justicia y la Equidad.



**CAPÍTULO I**  
**NOCIONES FUNDAMENTALES**

## **CAPÍTULO I**

### **NOCIONES FUNDAMENTALES.**

Para dar inicio a nuestro estudio hemos considerado pertinente elaborar, como cuestión previa, un capítulo cuyo objetivo sea establecer una breve introducción a las nociones básicas que conforman y orientan a la llamada "Parte General" del Derecho Penal. En ello no se ha hecho derroche de erudición debido a que no nos consideramos expertos en el tema, pero además, porque la meta que pretendemos consiste en prefijar algunas ideas que apoyen nuestros comentarios futuros en torno al delito de omisión al que se atribuye normativamente un resultado material.

Conocer qué debe entenderse por Derecho Penal, qué es un delito y qué clase de sanciones a éste se asocian como su legítima consecuencia, constituye la piedra angular de cualquier investigación seria que sobre un delito en particular se formule. Valga pues esta consideración para justificar este primer capítulo denominado "Nociones Fundamentales".

#### **1.1 EL DERECHO COMO UN MEDIO DE CONTROL SOCIAL.**

Es importante, por no decir imprescindible, que partamos de la afirmación de la naturaleza social del hombre. El ser humano siempre aparece interactuando con sus semejantes, resultando por tanto imposible su existencia en forma aislada. Podemos aseverar, siguiendo el pensamiento de Jorge Sánchez Azcona<sup>1</sup>, que el ser humano no puede sustraerse de su propia circunstancia colectiva, la cual lo acompaña durante toda su vida.

---

<sup>1</sup> Jorge Sánchez Azcona. Normatividad Social. Edit. UNAM. México, 1983, pág. 12.

Quizá el anterior razonamiento sea considerado infructuoso y simplista, pero dado nuestro ritmo y tipo de vida actual, hoy más que nunca debemos reafirmar nuestra propia esencia comunitaria, pues la gran mayoría de las veces nos olvidamos de ella causando graves males por nuestro absurdo individualismo.

Desde que el hombre apareció en la Tierra tuvo que reunirse en grupos más o menos pequeños, antes que con el paso del tiempo se convirtieron en verdaderos conglomerados sedientos de reglas que protegieran su existencia y desarrollo. Esto se logró mediante la implementación de cauces socialmente aprobados, de los cuales algunos requieren de una amenaza para su cumplimiento. Así surgieron las llamadas estructuras de poder que dictan las reglas que todo integrante del cuerpo social debe respetar, ya que de lo contrario, se hará acreedor de una sanción que puede ir desde las más leves hasta las más graves, como la muerte<sup>2</sup>.

A estos mecanismos de persuasión se les conoce como "medios de control social", los cuales en ocasiones y según su propia naturaleza, podrán ser o no evidentes<sup>3</sup>. De entre los medios de control social evidentes tenemos al Derecho, caracterizado por su nota aflictiva y porque a través de él nuestra conducta deja de ser optativa para convertirse en obligatoria<sup>4</sup>.

Precisamente el Derecho, entendido como un medio de control social, opera como un regulador de conducta que obedece a una estructura de poder reconocida y aceptada; se basa en la amenaza de una sanción a quien ejecuta actos u omisiones que violan las prohibiciones o

<sup>2</sup> En algunas sociedades la pena capital sigue aplicándose bajo la justificación de que se prefiere sacrificar una vida que poner en riesgo muchas de ellas. En realidad, el debate sobre la aplicación de la pena de muerte sigue vigente, sin que hasta el momento exista una tendencia que denote ser la triunfante.

<sup>3</sup> Tal es el caso de los medios masivos de comunicación, la familia, la religión, los partidos políticos, etc.

<sup>4</sup> Cfr. Rolando Tamayo y Salmerón. El Derecho y la Ciencia del Derecho. Edit. UNAM. México, 1986, pág. 25.

mandatos que prescribe. En él, el castigo es el elemento persuasivo que anula o altera las motivaciones del comportamiento, logrando con ello orientar la conducta a través de la simple amenaza y no siempre por conducto de su ejecución.

Ahora bien, cuando un medio de control social utiliza la amenaza o el castigo para persuadir, su aplicación debe sujetarse al cumplimiento de determinadas reglas. En este orden de ideas, el aparato sancionador también tiene sus propias limitaciones, las cuales llegan a ser de estricta observancia, distinguiéndose así el Derecho de otros mecanismos reguladores del comportamiento, máxime cuando se trata de la rama del Derecho que ahora nos ocupa. Sobre ello nos dice Enrique Bacigalupo: "En este sentido, el derecho penal es un instrumento de control social que opera junto con otros instrumentos de idéntica finalidad. Se diferencia de los otros instrumentos de control social que tienen como medio la sanción o el castigo, por la manera formal en que se aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma. Otras sanciones (éticas, por ejemplo) se manifiestan de una manera casi informal y espontánea; las del derecho penal, por el contrario, se ajustan a un procedimiento determinado para su aplicación, duración, derechos que afecta, etc"<sup>5</sup>.

## 1.2 CONCEPTO GENERAL DE DERECHO PENAL.

Por la expresión "Derecho Penal" se pueden designar tres entidades diferentes:

- a) Un conjunto de normas penales o legislación penal (*Derecho Penal Objetivo*);
- b) Un derecho subjetivo que corresponde al Estado para sancionar o aplicar el Derecho Penal Objetivo (*derecho Penal subjetivo o ius puniendi*); y

---

<sup>5</sup> Enrique Bacigalupo. Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. TEMIS. Bogotá, Colombia, 1989, pág. 1.

e) El estudio sistematizado de esa legislación (Ciencia del Derecho Penal).

**1.2.1 Derecho Penal Objetivo.**

Cuando se intenta dar un concepto del Derecho Penal entendido como conjunto de leyes, generalmente se parte del que propuso Franz Von Liszt a fines del siglo pasado: "Derecho Penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia"<sup>6</sup>.

En principio dicha definición nos parece tentadora, pues comprende en ella un claro sentido ilustrativo de lo que hace tiempo comprendía todo ordenamiento jurídico punitivo; más sin embargo, hoy en día resulta insuficiente. La principal crítica que hacemos se refiere a la estrechez de la legítima consecuencia que se asocia al delito, ya que en la actualidad la sanción penal no sólo comprende a la pena sino también a las llamadas medidas de seguridad, las cuales no tienen como esencia el ser retributivas.

En ese sentido, nos parece acertada la aclaración formulada por Mezger cuando nos dá su concepto de Derecho Penal, indicando que también forman parte de él una serie de consecuencias jurídicas "de otra naturaleza" diversas a la pena en sentido estricto y que se asocian al hecho delictivo. Este autor afirma que "Derecho Penal es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido... Pero, derecho penal es también el conjunto de aquellas normas jurídicas que, en conexión con el derecho penal antes definido, vinculan al hecho cometido consecuencias jurídicas de otra naturaleza, para el castigo del hecho o para la prevención de delitos futuros"<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Edit. REUS, S.A., 3ª edición. Madrid, España, s/f, pág. 5.

<sup>7</sup> Edmundo Mezger. Derecho Penal, Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor, 2ª edición. México, 1990, pág. 27.

Para Fernández Carrasquilla, Derecho Penal objetivo es el "conjunto de normas jurídicas positivas que determinan las infracciones penales y las sanciones criminales que a ellos deben aplicarse"<sup>8</sup>, no haciendo distinción alguna este autor sobre cuáles son dichas sanciones criminales.

Nos parece de mayor exactitud el concepto dado por Carlos Creus, quien incluye dentro del Derecho Penal no sólo las normas que establecen delitos y sanciones, sino también aquellas que determinan los criterios generales para su aplicación, conocidas comúnmente como Derecho Penal en su Parte General. Este autor establece: "el derecho penal está constituido por el conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los constituye, o la sustituye en ciertos casos por una medida de seguridad, estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas"<sup>9</sup>.

En efecto, el conjunto de normas penales estatuidas por el Estado también comprende una relación de disposiciones generales que posibilitan el entendimiento del delito y su consecuencia legal, mejor conocidas como legislación penal en su Parte General. Luego entonces, el Derecho Penal Objetivo no sólo es delito y sanción, sino también forman parte de él las reglas básicas que posibilitan su conexión, es decir, las normas que reglamentan la vinculación entre el hecho delictivo como supuesto fáctico y la sanción, *lato sensu*, como su legítima consecuencia.

Por otro lado, no sólo el Código Penal es el ordenamiento legal punitivo, ya que de conformidad con el artículo 6° del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, existen leyes especiales que establecen delitos y sanciones.

---

<sup>8</sup> Juan Fernández Carrasquilla. Derecho Penal Fundamental. Tomo I. Edit. TEMIS, 2ª edición. Bogotá, Colombia, 1989, pág. 14.

<sup>9</sup> Carlos Creus. Derecho Penal. Parte General. Edit. ASTREA, 2ª edición. Buenos Aires, Argentina, 1990, pág. 4.

Con ello queremos indicar que el Derecho Penal Objetivo no se agota en un código único, ya que existen múltiples delitos y sanciones penales comprendidas en diversas leyes cuya materia fundamental no es precisamente la punitiva, a las que se les conoce como "leyes especiales", concluyendo por ello que el Código Penal no representa el límite del delito, pero sí su idea por antonomasia.

### **1.1.3 Derecho Penal Subjetivo.**

Es conocido como "*ius puniendi*" o derecho estatal para castigar. Durante mucho tiempo fue entendido como la facultad sancionadora del Estado, poder que le permitía imponer y ejecutar las penas por él dictadas. En la actualidad este Derecho Penal Subjetivo ya no se identifica exclusivamente como un poder sancionador, sino como una obligación estatal de aplicar la ley penal al infractor de una norma punitiva<sup>10</sup>, recordando que el Estado es el principal obligado a respetar el orden jurídico establecido, debiendo en todo momento observar la legalidad so pena de su propia destrucción.

De esta forma, el "*ius puniendi*" tiene una naturaleza compuesta que bien puede entenderse como una facultad estatal de uso obligatorio condicionada siempre a la legalidad.

### **1.2.3 Ciencia del Derecho Penal.**

Es la disciplina que empleando el método jurídico (interpretación, sistematización y crítica) se encarga del estudio del Derecho Penal y de los principios que lo rigen.

---

<sup>10</sup> Julio Klein afirma que la sanción penal no es un derecho, sino un deber del Estado; el único deber ser que se contiene en la norma primaria penal. Cit. por Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Edit. Porrúa, S.A., 27ª edición. México, 1989, pág. 22.

### 1.3 DENOMINACIÓN.

El vocablo "Derecho Penal" no es la única expresión con la cual se designa a esta rama del derecho, aunque sí puede decirse que es la más usada<sup>11</sup>. De entre las denominaciones más comunes que suelen emplearse tenemos las siguientes: "Derecho Criminal", "Derecho de Defensa Social" y "Derecho Sancionatorio".

#### 1.3.1 Derecho Penal.

La denominación "Derecho Penal" no es perfecta. Su punto de partida es la consecuencia jurídica, es decir, la sanción penal es la que dá lugar al nombre de esta rama del derecho. Así lo explica Alfonso Reyes Echandía al afirmar: "El derecho penal es, así, una rama del ordenamiento jurídico estatal que se caracteriza porque la consecuencia derivada de la violación de sus preceptos es la pena; de allí proviene su denominación"<sup>12</sup>.

El empleo de la expresión "Derecho Penal" se ha generalizado, al grado de que su aceptación es prácticamente autónoma.

#### 1.3.2 Derecho Criminal.

La expresión "Derecho Criminal" toma como punto de referencia al suceso o hecho que motiva la aplicación de la consecuencia jurídica, o sea al hecho antijurídico (delito o crimen).

<sup>11</sup> Según refiere Mezger, el término *ius poenale* fue empleado por vez primera a mediados del siglo XVIII y comienza a regir a principios del siglo XIX. Cfr., Op. cit., pág. 27.

<sup>12</sup> Alfonso Reyes Echandía. Derecho Penal. Parte General. Edit. TEMIS, 11ª edición. Bogotá Colombia, 1990, pág. 2.



Esta denominación ha caído en desuso, aunque Heinrich Jescheck<sup>13</sup> comenta que en países como Francia actualmente se emplea indistintamente "*Droit Pénal*" o "*Droit Criminel*", debido a que no se atribuye significación alguna a una o a otra expresión. En México esta denominación no tiene validez, ya que en nuestro orden jurídico no existen "crímenes".

### 1.3.3 Derecho de Defensa Social.

Muy criticada ha sido la expresión "Derecho de Defensa Social" debido a que no sólo el Derecho Penal tiene como misión proteger a la colectividad, ya que tal función le es común a toda rama del derecho. De tal suerte, al Derecho Civil también se le podría designar correctamente "Derecho de Defensa Social" sin que haya algún obstáculo teórico-práctico para ello. Por esta razón rechazamos su empleo<sup>14</sup>.

### 1.3.4 Derecho Sancionatorio.

Tampoco nos parece correcto llamar a esta rama jurídica "Derecho Sancionatorio", pues todo el orden jurídico y no sólo el penal lo es. La única diferencia entre las sanciones comunes y las penales radica en su gravedad, caracterizándose éstas últimas por ser las más graves del sistema jurídico<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I. Edit. Bosch, 3ª edición. Barcelona, España, 1981, pág. 15.

<sup>14</sup> En el año de 1936, José Agustín Martínez, quien fuera parte de la Comisión Redactora de un nuevo Ordenamiento Penal para Cuba, utilizó por vez primera en la historia del Derecho Penal la expresión Código de Defensa Social.

<sup>15</sup> Las normas jurídicas imperfectas, identificadas como aquéllas que no establecen sanción alguna por Eduardo García Máynez, no representan una excepción a nuestra idea, ya que en ellas la consencuencia jurídica es el "no castigo". Cfr. Eduardo García Máynez. Introducción al Estudio del Derecho. Edit. Porrúa, S.A., 39ª edición. México, 1988, pág. 90.

Dijimos que la denominación "Derecho Penal" es la de mayor aceptación, aun cuando en estricto sentido su uso es incorrecto. Si bien es cierto que la pena es la consecuencia jurídico-penal más significativa dentro del orden punitivo, hoy en día no es la única aplicable, ya que junto a ella cada día cobran mayor importancia las llamadas medidas de seguridad, que son sanciones no retributivas que se aplican para proteger a la sociedad de posibles ataques provenientes de los sujetos catalogados como "peligrosos". Por ello el *nomen iuris* del Derecho Penal resulta actualmente restringido, reconociendo sin embargo que no se ha encontrado otro que pueda sustituirlo con éxito.

Los intentos por alcanzar un mejor vocablo para designar a esta rama jurídica deben tomar en cuenta la evolución que ha sufrido el delito, la sanción y el delincuente, principales actores en la escena punitiva, así como el hecho de que la fundamentación de una denominación en torno a cualquiera de los elementos antes mencionados con independencia de los otros, sería tanto como negar la íntima conexión que guardan éstos entre sí.

#### 1.4 MISIÓN DEL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal tiene como misión o finalidad última el salvaguardar la convivencia humana en sociedad, introduciendo un orden coactivo que hace más o menos previsible la conducta humana, tratando de impedir la lesión o puesta en peligro de bienes socialmente valiosos. Zaffaroni nos dice que para contestar la interrogante acerca de cuál es la misión del Derecho Penal se dan dos diferentes respuestas: "...para unos, el derecho penal tiene por meta la seguridad jurídica; para otros, su objetivo es la protección de la sociedad"<sup>16</sup>.

Entendidas esencialmente, la seguridad jurídica y la defensa social son expresiones equiparables, por lo que cualquiera de ellas constituye la meta del derecho punitivo. Pero esta

<sup>16</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal*. Edit. Ediar, S.A., 6ª edición. Buenos Aires, Argentina, 1988, pág. 48.

protección de la sociedad también incumbe a las otras ramas del ordenamiento jurídico, por lo que se hace necesario decir que el Derecho Penal solamente debe intervenir en aquellos casos en donde exista un ataque muy grave a los valores sociales aceptados, y siempre y cuando, los demás medios protectores previstos por el Derecho en general sean insuficientes para su defensa (Principio de la intervención mínima)<sup>17</sup>.

Ahora bien, el Derecho Penal lleva a cabo su misión de protección social a través de dos funciones que se entrelazan mutuamente: La función de protección de bienes jurídicos y la función de protección de valores ético-sociales.

#### **1.4.1 El Derecho Penal como protector de bienes jurídicos.**

Como protector de bienes jurídicos, el Derecho Penal sanciona aquellas conductas que producen un resultado dañino, poniendo especial interés en el bien social afectado (v.gr. la vida humana, la libertad, el patrimonio, etc.). De esta forma, el orden jurídico otorga protección a un determinado valor social al incorporarlo a su esfera, quedando la gama de bienes jurídicos circunscrita por el sentir social en un tiempo y lugar determinado<sup>18</sup>.

#### **1.4.2 El Derecho Penal como protector de valores ético-sociales.**

Como protector de valores ético-sociales el Derecho Penal se convierte en orientador de la conciencia ciudadana, pues castiga todas aquellas conductas reprobadas socialmente.

---

<sup>17</sup> Cfr. Jescheck, *Op. cit.*, págs. 73 y 74. A través de este principio, la sanción penal se constituye como el último recurso estatal para evitar los ataques a la comunidad.

<sup>18</sup> Esto explica el fenómeno de la penalización y despenalización en el Derecho Penal vigente, labor que requiere sumo cuidado y estricto apego a los fines sociales por parte del legislador.

independientemente del daño producido. Para Jescheck<sup>19</sup> existen juicios de valor subyacentes en las normas jurídico-penales que no sólo se refieren a bienes jurídicos, sino que su esfera también alcanza a la cualidad de las acciones humanas que, de forma reprochable, desprecian esos bienes jurídicos. Por ello debemos concluir que el delito es a la vez lesión de un bien jurídico y lesión de un deber.

La relevancia dada al desvalor de la acción hizo surgir una nueva corriente ideológica llamada "ético-social", cuya aportación consiste en poner al descubierto la razón inspiradora de toda regla de conducta: la formación ética. Asimismo, centra la atención del ciudadano en la intención que alimenta su actuar o su omitir, siendo reprochable su conducta con independencia del resultado que provoque. Sin embargo, aceptar incondicionalmente esta idea significaría reconocer una facultad punitiva estatal peligrosa, pues bajo el pretexto de sancionar acciones desviadas se podrían punir actos que de ninguna manera lesionan bienes protegidos (v.gr. punir como homicida a quien intenta matar a otro mediante conjuros).

En vista de lo expresado, debemos buscar un justo medio entre la pretendida preeminencia del desvalor del resultado y el desvalor de la acción, ya que la norma penal tiene a la vez una función protectora de bienes jurídicos y una función motivadora de conductas humanas que no deben desconocerse: No se puede prohibir una conducta sin referirse al resultado, ni prohibir un resultado sin hacer alusión a una conducta.

Al respecto nos dice Welzel<sup>20</sup> que toda acción está sujeta a una doble valoración, ya que por un lado se aprecia el resultado (valor de resultado o material) y por el otro, se analiza el sentido de la actividad como tal (valor de acto). En el mismo sentido Zaffaroni expresa: "Aunque en la actualidad la mayoría de la doctrina comparte la opinión de que el derecho penal tutela bienes y valores conjuntamente, la discusión continua como una cuestión acerca

<sup>19</sup> Heinrich, Jescheck. *Op. cit.*, pág. 10.

<sup>20</sup> Hans, Welzel. Derecho Penal Alemán. Parte General. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Edit. Jurídica de Chile, 11ª edición. Santiago de Chile, 1987, pág. 11.

del rango prioritario de una u otra tutela. Para los que acentúan la importancia de la protección al bien jurídico, resulta prioritaria la consideración de los aspectos objetivos del delito, fundamentalmente el resultado. Para los que acentúan el desvalor ético de la acción, lo prioritario es el aspecto subjetivo, que puede llegar a dar una transcendencia decisiva a la disposición del ánimo del agente (derecho penal de ánimo)<sup>21</sup>.

Tanto el desvalor del resultado como el desvalor de la acción son matices de un todo llamado misión del Derecho Penal, por lo que no pueden desligarse sin alterar su esencia. El rango prioritario de uno o de otro no debe entenderse como sacrificio de una idea para que subsista la otra.

## 1.5 EL DELITO.

Para todo estudioso del Derecho Penal, la delimitación del concepto de delito constituye uno de los tópicos esenciales a resolver. En primer término se deberá encontrar, terminológicamente hablando, una expresión adecuada para designarlo, y en segundo, definirlo jurídicamente. A esas dos tareas nos abocaremos a continuación.

### 1.5.1 Cuestión terminológica.

En el Derecho Romano para denominar al ilícito penal se empleaban, entre otras expresiones, las de *maleficium*, *peccatum*, *delictum* y *crimen*, siendo las dos últimas las de mayor aceptación<sup>22</sup>. Con el paso del tiempo, las expresiones *delictum* y *crimen* se diferenciaron por la autoridad llamada a sancionar las conductas que los generaban,

<sup>21</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. *Op. cit.*, pág. 53.

<sup>22</sup> Cfr. Alfonso Arroyo de las Heras. *Manual de Derecho Penal. El Delito*. Edit. Aranzadi. Pamplona, España, 1985, pág. 29.

designándose crímenes a los castigados por el Estado (*crimen publicum*) y delitos los que daban lugar a un simple juicio pretorio (*delicta privata*). En el período justineano cesa la antítesis indicada, dando lugar a la unión conceptual de los términos *crimen* y *delictum*<sup>23</sup>. Es a partir de la Edad Media cuando estas expresiones suelen diferenciarse sólo en orden a la gravedad de los sucesos, considerando crímenes únicamente a los más graves.

### 1.5.2 Definición.

Ignacio Villalobos<sup>24</sup> afirma que la palabra "delito" deriva del supino *delictum* del verbo *delinquere*, a su vez compuesto de *linquere*, dejar, y el prefijo *de*. En la connotación peyorativa se toma como *delinquere viam* o *rectum viam*: dejar o abandonar el buen camino.

Existen dos formas de definir al ilícito penal: Una inspirada exclusivamente en el contexto legal vigente y otra basada en su aspecto sustancial o material. Nosotros abordaremos los dos métodos, señalando en cada caso las virtudes o deficiencias de cada uno de ellos.

#### a) Noción jurídica formal del delito.

La concepción formal del delito es la que nos suministra la ley positiva, por lo que adquiere la categoría de "oficial". Generalmente se dice que delito es la conducta punible por la ley, convirtiéndose por ello el legislador en el principal protagonista del problema. Se

---

<sup>23</sup> Cfr. Edmundo Mezger. *Op. cit.*, pág. 33.

<sup>24</sup> Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa, S.A., 3ª edición. México, 1975, pág. 202.

crítica esta noción debido a que tal idea sobre el delito nada explica acerca del por qué una conducta se castiga y, mucho menos, cuáles son los elementos que lo integran<sup>25</sup>.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, en su artículo 7° primer párrafo, nos da una definición formal del delito en los siguientes términos: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

#### b) Noción jurídica sustancial del delito.

En vista de que la definición formal del delito resulta insuficiente para explicar la verdadera esencia del hecho punible, se ha creado una concepción que partiendo de su contenido explica qué es materialmente un delito.

Los creadores de la doctrina jurídico-penal han formulado diversas definiciones sustanciales tratando de determinar a través de los elementos materiales del ilícito penal una estructura general que pueda delimitar conceptualmente al hecho delictivo en cualquier época y lugar. Como ejemplo de nociones jurídico sustanciales tenemos, entre otras, las siguientes:

- Delito es "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" (CARRARA)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Maggiore, haciendo un juego de palabras, nos dice que la definición formal resulta tautológica e insuficiente. Como fundamento de su afirmación expresa: "Cuáles son las acciones punibles? Las que son castigadas conforme a la ley. Y si se preguntare cuáles son las acciones castigadas, se respondería: las acciones punibles". Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal, Volumen I*. Edit. TEMIS, 5ª edición. Bogotá, Colombia, 1971. pág. 252.

- Delito es "la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una sanción penal adecuada y suficiente para las condiciones objetivas de punibilidad" (BELING)<sup>27</sup>.

- "Delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable" (ERNESTO MAYER)<sup>28</sup>.

- "Es delito la acción típicamente antijurídica y personalmente imputable y conminada con pena" (EDMUNDO MEZGER)<sup>29</sup>.

- "Delito es la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible" (MUÑOZ CONDE)<sup>30</sup>.

Conviene decir que el delito, sustancialmente considerado, es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, cuya consecuencia es la aplicación de una sanción penal a su autor. El número de elementos del delito, así como la idea que de éstos se tenga, depende de las consideraciones dogmáticas de cada jurista en lo particular, por lo que indudablemente debemos conocer la ideología de cada uno de ellos para analizar su concepto sustancial del hecho delictivo.

<sup>26</sup> Francesco Carrara. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Vol. I. Edit. TENIS. Bogotá, Colombia, 1978, pág. 43.

<sup>27</sup> Ernest Von Belling. Die Lehre Vom Verbrechen, pág. 7. Cit. por Carlos Fontán Balestra. Derecho Penal. Introducción y Parte General. Edit. Abeledo-Perrot, 12ª edición. Buenos Aires, Argentina, 1989, pág. 168.

<sup>28</sup> Ernesto Mayer. Das Allgemeine Teil. pág. 185. Cit. por Carlos Fontán Balestra, *Ibid.*, pág. 172.

<sup>29</sup> Edmundo Mezger. *Op. cit.*, pág. 82.

<sup>30</sup> Francisco Muñoz Conde. Teoría General del Delito. Edit. TENIS. Bogotá, Colombia, 1990, pág. 5.



### 1.5.3 Teoría analítica del delito.

Doctrinalmente suele estudiarse al hecho delictivo de dos maneras: Como una unidad indivisible (sistema unitario) o como un todo susceptible de ser dividido en sus elementos (sistema analítico o atomizador). Nosotros consideramos al sistema analítico como el correcto, aclarando que no porque al delito se le descomponga para su estudio, éste deja de ser un todo<sup>31</sup>.

El método analítico suele dividir a los componentes del hecho delictivo en positivos y negativos, siguiendo un principio de oposición entre lo que es y lo que no es. Este método de estudio nos permite identificar claramente todos y cada uno de los componentes del ilícito penal, estableciendo en cada caso cuáles son las excluyentes del delito y qué elemento afecta.

Cabe mencionar que no existe uniformidad sobre el número de elementos positivos y negativos que integran al ilícito penal, lo que ha generado la aparición de definiciones bitómicas, tritómicas, tetraatómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etc. Según las ideas más representativas, pero que no por ello las más acertadas, se dice que los elementos positivos y negativos del delito son siete, a los cuales corresponde igual número de circunstancias excluyentes del mismo.

De conformidad con lo anterior y una vez que hemos hecho la advertencia correspondiente, anotamos en el siguiente cuadro sinóptico los tradicionales elementos delictivos, adicionando en la columna de la derecha el aspecto negativo correspondiente:

<sup>31</sup> Para Fernando Castellanos Tena, el delito es un todo que para su mejor estudio suele ser dividido en los elementos que lo conforman, dando vigencia a la clásica expresión de Carrara: "El delito es una disonancia armónica". Op. cit., pág. 129.

## ELEMENTOS DEL DELITO

### POSITIVOS.

1. Acción u omisión
2. Tipicidad.
3. Antijuridicidad.
4. Imputabilidad.
5. Culpabilidad.
6. Condiciones Objetivas de Punibilidad.
7. Punibilidad.

### NEGATIVOS.

1. Ausencia de acción u omisión.
2. Atipicidad.
3. Causas de Justificación.
4. Causas de Inimputabilidad.
5. Causas de Inculpabilidad.
6. Falta de Condición Objetiva.
7. Excusas Absolutorias.

Para nosotros, la punibilidad y las condiciones objetivas que determinan su aplicación no son elementos del delito. Nos parece claro que la sanción penal representa una consecuencia del ilícito y por ello no puede formar parte de éste. En relación a las llamadas "condiciones objetivas de punibilidad" podemos decir que son características no siempre presentes en la integración del delito y que por lo tanto, tampoco son parte esencial de él. Por otra parte y de acuerdo a nuestro muy personal criterio, consideramos que tampoco la imputabilidad puede ser considerada como un elemento autónomo del ilícito penal, ya que de

conformidad con la teoría normativa de la culpabilidad que acepta la teoría final del delito, aquella forma parte integrante de ésta.

El análisis de cada componente del delito no puede hacerse a través de un simple capítulo relativo a las "Nociones Fundamentales" como éste, por lo que su estudio y comprensión lo dejamos para un mejor momento.

**CAPÍTULO II**  
**EL COMPORTAMIENTO HUMANO EN EL DERECHO**  
**PENAL MODERNO**

## CAPÍTULO II

### EL COMPORTAMIENTO HUMANO EN EL DERECHO PENAL MODERNO.

#### 2.1 EL PRINCIPIO "*NULLUM CRIMEN SINE CONDUCTA*".

Hoy en día el Derecho Penal sólo puede concebirse a través de entender al comportamiento humano como base fundamental para la imposición de sanciones, por lo que la sanción penal, entendida como consecuencia de derecho, exclusivamente podrá ligarse a un comportamiento que opere como su supuesto normativo.

Sobre la anterior afirmación no creemos que exista mayor polémica al haber sido universalmente adoptado el principio "*nullum crimen sine conducta*", el cual lógicamente viene a significar la imposibilidad del Estado para sancionar penalmente algún hecho que no provenga de un comportamiento humano<sup>32</sup>. Sin embargo, en donde sí se suscita controversia es en relación a qué debe entenderse por comportamiento humano y qué elementos le son característicos<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Antaño se castigó por igual a cosas, animales o personas, al grado de incurrir en absurdos y exageraciones, como lo fueron los casos del papegayo que fue condenado a muerte por gritar ¡Viva el Rey! en pleno triunfo de la Revolución Francesa, y el del elefante absuelto por los tribunales ingleses al considerar que dió muerte a una niña en legítima defensa. Cfr. Ignacio Villalobos. Op. cit., pág. 232.

<sup>33</sup> Prueba de ello son los innumerables vocablos que se han empleado para designarlo y las distintas teorías que sobre el mismo se han forjado durante la evolución de la ciencia punitiva. Entre los términos de mayor uso tenemos los siguientes: "conducta", "acto", "hecho", "acción", "acontecimiento", etc. Cfr. Alfonso Arroyo de las Heras. Op. cit., págs. 53 y 54.

Para nosotros, la conceptualización del comportamiento humano dentro del Derecho Penal moderno se traduce en un problema de discriminación, ya que a través de él se dejan fuera del ámbito jurídico-penal todos aquéllos hechos que no tienen como antecedente una manifestación de la voluntad humana dirigida, pudiendo válidamente afirmarse que el comportamiento humano en el ámbito penal opera como un cuello de botella que sirve para limitar el ejercicio del *ius puniendi* o facultad sancionadora del Estado.

De conformidad con lo anterior, el comportamiento humano es la manifestación de una voluntad dirigida, definición que entendida desde un punto de vista negativo, permite dejar fuera del mundo jurídico-penal a toda transformación del mundo externo que no provenga de un supuesto que reúna los siguientes elementos:

- a) **Una voluntad dirigida.**- Elemento interno que encierra un coeficiente psíquico orientado, es decir, bajo una clara noción de un fin.
  
- b) **La manifestación externa de esa voluntad.**- No basta la voluntad para que el Derecho Penal intervenga en la esfera jurídica del individuo, sino que es menester que ese coeficiente psíquico cobre forma en el mundo real para que sea valorado punitivamente: Una voluntad por más mala que sea, si no se manifiesta en el exterior, no puede ser castigada penalmente.

Se ha cuestionado si la omisión forma parte del comportamiento entendido en los términos antes apuntados, es decir, si ella reúne las características identificadas con los incisos a) y b). En principio debemos reconocer que la omisión no existe en el mundo del ser y que por lo tanto su análisis y comprensión parten de tal razonamiento.

## **2.2 EL COMPORTAMIENTO HUMANO JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE: EL TIPO PENAL.**

Pero no todo comportamiento humano es trascendente para el ordenamiento punitivo, pues aun cuando la transformación del mundo externo derive de una manifestación de voluntad dirigida, puede ser que la misma sea considerada jurídico-penalmente irrelevante para la imposición de una pena o una medida de seguridad para su autor. Es decir, no basta la existencia de un comportamiento humano para convalidar la aplicación de una sanción penal, ya que se requiere además como elemento fundamental de la estructura delictiva, la tipicidad de la conducta, que no es otra cosa que la adecuación exacta del comportamiento realizado con la previa descripción legal de éste.

De esta forma, el legislador es quien a través de la interpretación del sentir social configura para cada tiempo y lugar el catálogo de comportamientos humanos que, reuniendo determinados elementos, se reputarán como delitos que deberán ser sancionados por una autoridad judicial, describiendo en forma abstracta dichas conductas en normas penales llamadas "tipos".

### **2.2.1 El tipo penal.**

En principio debemos advertir que "tipo" y "tipicidad" son dos expresiones que de ninguna manera se equiparan: El tipo penal es "la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible"<sup>34</sup>; mientras que la tipicidad es "la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto"<sup>35</sup>. Así concluimos que no puede existir tipicidad sin tipo y si es posible concebir al tipo sin tipicidad.

---

<sup>34</sup> Alfonso Reyes Echandía. *Op. cit.*, pág. 96.

<sup>35</sup> Fernando Castellanos Tena. *Op. cit.*, pág. 167.

A fin de comprender mejor esta distinción, proponemos los siguientes ejemplos en los que identificamos plenamente al tipo y a la tipicidad:

- El artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, establece el tipo penal (descripción legal) del delito de homicidio simple, precepto que para su debida integración debe relacionarse con los artículos 9º y 307 del mencionado ordenamiento legal.

- Cuando Juan dispara sobre Pedro un arma de fuego quitándole la vida, se realiza el hecho real que debe ser analizado para efectos de su subsunción o no en la descripción legal.

- Si el hecho encuadra en la descripción legal, entonces habrá tipicidad, por lo que indudablemente que el disparar un arma de fuego privando de la vida a otro resulta jurídico-penalmente relevante.

**a) Tipo sistemático y tipo garantía individual.**

Doctrinalmente es posible distinguir dos conceptos de tipo según su contenido:

- **Tipo garantía individual o tipo en sentido amplio.**- Es el que contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de una sanción penal, comprendiendo entre sus elementos a:

**I.- Al tipo sistemático o tipo en sentido estricto.**



- 2.- Antijuricidad.
- 3.- Culpabilidad.
- 4.- Condiciones Objetivas de Punibilidad (Si las hay).

- **Tipo sistemático o tipo en sentido estricto:** Identificado como aquél que describe la conducta prohibida por la norma, comprende dentro de sí tanto elementos objetivos como subjetivos<sup>36</sup>.

**b) Tipo objetivo y tipo subjetivo.**

La peculiar composición del tipo sistemático hizo que los estudiosos del Derecho Penal idearan una subclasificación que explicara los elementos integrantes del tipo restringido, llamando *tipo objetivo* al grupo de elementos de naturaleza objetiva y *tipo subjetivo* al conjunto de elementos internos que lo estructuran<sup>37</sup>. Forman parte del tipo subjetivo el dolo y los elementos subjetivos del injusto en tratándose de los delitos dolosos, mientras que en los culposos, el tipo subjetivo se integra con la culpa.

De esta forma tenemos que para la aplicación de las sanciones penales sólo resulta relevante el comportamiento típico, es decir, aquél que encaja exactamente en la descripción abstracta de la ley penal, recordando que no basta la simple adecuación típica de un

---

<sup>36</sup> Este tipo restringido constituye la materia de la prohibición definiendo al delito en la ley penal, sin que importe que su descripción no sea gramatical, pues ésta se puede obtener mediante la interpretación.

<sup>37</sup> Un correcto estudio del tipo sistemático en su parte objetiva requiere el conocimiento de elementos típicos descriptivos y elementos típicos normativos, que en su conjunto bien se puedan denominar "modalidades del tipo objetivo".

Los elementos normativos para su comprensión requieren de una especial valoración, ya sea jurídica o cultural. Los elementos descriptivos son aquéllos que se aprecian por los sentidos.

comportamiento para que éste sea punible, ya que para ello se requiere además su contradicción formal y material con el orden jurídico establecido (carácter indiciario de la tipicidad)<sup>38</sup>.

### 2.3 LA MAL LLAMADA ACCIÓN EN SENTIDO AMPLIO.

Comunmente se afirma, equivocadamente, que para el Derecho Penal el comportamiento humano es "acción", un vocablo amplio capaz de comprender en sí mismo tanto al hacer como al omitir. Como un primer comentario diremos que la acción en sentido amplio (*lato sensu*) encierra una contradicción, ya que con ella se quiere comprender en un mismo concepto dos conductas totalmente opuestas, como lo son la acción y la omisión de ella.

A pesar de la contradicción que percibimos, el concepto general de acción es de frecuente empleo, lo que puede deberse a un uso mecánico, ordinario o repetitivo. A este respecto nos indica Antolisei: "Ordinariamente se enseña que la acción puede asumir dos formas diversas: una positiva y una negativa; puede consistir en un hacer o en un no-hacer. En el primer caso tenemos la acción en sentido estricto (llamada también acción positiva), en el segundo, la omisión (llamada también acción negativa)"<sup>39</sup>.

Con el propósito de demostrar el error incurrido por quienes adoptan el vocablo genérico de "acción", haremos un poco de historia. Los alemanes, forjadores de la dogmática penal, se vieron en la imperiosa necesidad a fines del siglo XIX, de crear un concepto general o amplio de acción que contemplara toda forma de comportamiento humano que fuera capaz de generar un delito, pues en caso contrario deberían resignarse a dejar impunes una infinidad

<sup>38</sup> Nos dice Enrique Bacigalupo que si un comportamiento es "típico", entonces surge el problema de su "antijuricidad". Op. cit., pág. 79.

<sup>39</sup> Francesco Antolisei. La Acción y el Resultado en el Delito. Edit. Jurídica Mexicana, México, 1959, pág. 27.

de conductas por ser éstas atípicas. Este equivocado esfuerzo se debió a que el legislador en el artículo 1º del Código Penal Alemán de 1871 empleó el término "acción" sin hacer distinción alguna entre los diversos comportamientos humanos para definir a las infracciones penales, lo que significó que forzosamente se entendiera que todo crimen, delito o contravención tuviese como origen una "acción", so pena de quedar impune. El citado artículo 1o. del Código Penal Alemán de 1871 textualmente estableció que:

"Una acción amenazada con muerte, reclusión o arresto en fortaleza por más de cinco años, es un crimen.

Una acción amenazada con arresto en fortaleza hasta de cinco años, o multa únicamente, es un delito.

Una acción amenazada con arresto o con multa hasta de ciento cincuenta marcos es una contravención".

Debido a la redacción del artículo antes transcrito, los intérpretes de la ley tuvieron que contemplar como "acción" toda conducta humana que pudiese generar un delito, creando así un concepto amplio que desde sus raíces resultó contradictorio y polémico. Asimismo, a dicho concepto global de acción se le asignaron diversas funciones que nunca pudo exitosamente cumplir, como son, al decir de Cobo del Rosal<sup>40</sup>, las siguientes:

a) Función limitadora o negativa, según la cual el concepto de acción tiene en el sistema del delito la tarea de fijar el límite para la consideración de los acontecimientos que importan al derecho penal, excluyendo de antemano todos aquéllos que no reúnan las

---

<sup>40</sup> Cobo del Rosal M. y T.S Vivés Antón. Derecho Penal. Parte General. Edic. Tirant lo Blanch, 2ª edición. Valencia, España, 1987, pág. 278.

características de voluntariedad y exterioridad (*principio nullum crimen sine conducta*).

**b) Función coordinadora**, debido a que la acción ha de representar un lazo de unión entre todos los elementos del delito, sin anticipar, en ningún caso, el contenido de los mismos.

**c) Función definitiva**, en el sentido de que la acción ha de estar dotada de contenido material suficiente para servir de sustrato a los demás elementos del delito.

**d) Función clasificadora**, constituida por el amplio contenido del concepto general de acción, pues este puede aplicarse a todas las hipótesis en que el comportamiento humano se presenta: Acción en sentido estricto y omisión, ya sean dolosas o culposas.

Según lo expresado, los defensores del concepto genérico de acción imaginaron a ésta como un elemento supremo e independiente, una especie de sustantivo al que como adjetivos se le añadirían las restantes características delictivas, tales como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, convirtiendo, claro está, a la acción en el elemento primario de su sistema<sup>41</sup>.

Afortunadamente tales ideas han sido superadas, pues no es posible aceptar un concepto tan amplio de "acción" que conlleve tantas vicisitudes, como lo son su contradicción intrínseca y el desgastante choque doctrinal que tuvo que elaborarse para justificarlo. Quizás sea esa la verdadera razón por la que los penalistas de vanguardia prefieren hacer a un lado al

---

<sup>41</sup> Así surgió la estructura delictiva apoyada en un primer elemento de carácter unitario. Cfr. Francisco Muñoz Conde. *Op. cit.*, pág. 9.

concepto genérico de acción para descubrir en el tipo al elemento idóneo para edificar su estructura delictiva<sup>42</sup>.

### **2.3.1 Evolución histórico-dogmática del concepto genérico de "acción".**

En la actualidad coexisten tres concepciones genéricas de la "acción" entendida como comportamiento humano, puntos de vista que sin duda han dado pauta a una de las polémicas más significativas para la Ciencia Penal, pero que hoy en día constituye para muchos una discusión de naturaleza bizantina. Estos criterios pueden agruparse en tres ideas que son: El concepto causal, el concepto final y el concepto social de acción.

#### **a) El concepto causal de acción.**

Se reconoce como un concepto tradicional que logra su plenitud a fines del siglo pasado e inicios del actual. Suele dividirse en dos vertientes derivadas de su propia evolución: El concepto natural de acción y el concepto valorativo de la misma.

Creado a partir de una metodología positivista, el concepto causal-naturalista constituye en la dogmática penal el punto de arranque para la teoría clásica del delito. Sus principales exponentes fueron Von Liszt y Beling, para quienes la acción es un proceso causal ciego en donde sólo importa para su existencia la presencia de un movimiento corporal determinado por un impulso voluntario, movimiento causante a su vez de una modificación

---

<sup>42</sup> Como ejemplos podemos citar a Kaufman y a Juan Bustos, quienes han negado la importancia de la acción como piedra angular de la estructura delictiva, utilizando mejor al tipo de injusto para delimitar el estudio del delito. Cit. por José Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español. Edit. TECNOS, S.A., 3ª edición. Madrid, España, 1990, págs. 275 y 276.

en el mundo. Así tenemos que para Von Liszt, acto es "la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediende de un cambio en el mundo externo"<sup>43</sup>.

Como podemos observar, a la teoría causal-naturalista de la acción no le importa el contenido o fin de la voluntad, ya que simplemente requiere de un "impulso volitivo" (ciego) causante de un resultado material para su existencia. La dirección final de la voluntad es un aspecto que no le interesa en lo más mínimo, al menos no para el estudio de la acción.

Gracias a la influencia del neokantismo y a la irrupción de la idea del "valor" dentro de la metodología jurídica, se estructuró un nuevo concepto causal de acción, base de una teoría neoclásica del delito cuyo mejor exponente fue el alemán Edmundo Mezger. Al respecto nos dice Santiago Muir Puig: "La consecuencia para el concepto de acción es que ya no podía contentarse con ser un hecho naturalístico ajeno al valor, sino que debía ser susceptible de soportar los juicios de valor (desvalor) representados por las categorías de antijuricidad y culpabilidad"<sup>44</sup>. Esta concepción valorativa de la acción parte también de un causalismo ciego, por lo que el contenido o dirección de la finalidad se analiza en torno a la culpabilidad y no dentro de la acción como comportamiento humano. Una de las principales aportaciones de la teoría causal valorativa está representada por la inclusión, en la teoría del delito, de los elementos subjetivos del injusto.

#### b) El concepto final de acción.

Para la teoría final creada por Hans Welzel a principios de los años treinta, la acción es el ejercicio de la actividad final. Esta concepción se fundamenta en una idea ontológica del actuar humano, ya que lo dota de sus naturales elementos.

<sup>43</sup> Franz Von Liszt. *Op. cit.*, Tomo II, pág. 297.

<sup>44</sup> Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. Edit. PPU, 3ª edición. Barcelona, España, 1990, pág. 170.

Para Weizel, la concepción causal de la acción en nada distingue el comportamiento humano de los fenómenos naturales o del comportamiento animal, razón que obliga al jurista a reconocer que el sistema de Lizt y Baling es altamente criticable. El carácter final de la acción obedece a que el hombre, gracias a su saber causal, puede dirigir hacia determinada meta su comportamiento.

Si meditamos acerca de la verdadera naturaleza del actuar humano debemos reconocer que la concepción final de la acción es correcta, pues en ella se reconocen los componentes reales de una conducta humana: Una voluntad dirigida a un fin y la manifestación exterior de ésta. Ahora bien, la dirección final de la voluntad se lleva a cabo en dos etapas que sólo pueden distinguirse conceptualmente y que son:

- La primera, desarrollada exclusivamente en un plano mental, se compone de la elección del fin y los medios para su consecución, agregando también la consideración de los efectos concomitantes que a dichos medios se unan.
- La segunda aparece en el mundo real y consiste en la manifestación externa de esa voluntad final<sup>45</sup>.

Como hemos visto, para esta teoría al concepto de acción pertenece la finalidad, y como ésta se identifica con el dolo, el dolo debe incluirse en la acción y no en la culpabilidad, por lo que el dolo pertenece al tipo (obviamente en el caso de los delitos dolosos).

La teoría final de la acción tampoco pudo escapar a la crítica, orientada principalmente a las dificultades que dicha postura presenta para explicar adecuadamente a las

---

<sup>45</sup> Cfr. Hans Weizel. *Op. cit.*, págs. 54 y sigs.

distintas formas en que el comportamiento humano suele presentarse. En ese sentido Jescheck afirma: "...la finalidad no explica satisfactoriamente la omisión, a la que le falta la "conducción final de un proceso causal". Y no querer actuar no es todavía omisión, pues hace falta lo esencial, que es el *deber de actuar*, el cual no tiene nada que ver con la finalidad. Pero sobre todo, se arguye en contra del concepto final de acción que tampoco la finalidad es lo esencial en los delitos imprudentes, ya que el perseguir el resultado atípico no es más que un momento negativo en la imprudencia, cuya esencia es la infracción de la norma de cuidado"<sup>66</sup>.

Consideramos que tales objeciones no son contundentes, ya que en el actuar imprudente también hay orientación de la voluntad, pero lo que sucede es que ésta no se dirige hacia el resultado prohibido, sino a uno penalmente intrascendente: Cuando el conductor, incumpliendo un deber de cuidado objetivo atropella a un hombre, su acción de conducir también es final (quiere conducir a su destino), aunque la dirección de ésta no se orienta al resultado típico producido<sup>67</sup>.

En relación a la conducta omisiva, los finalistas pronto se dieron cuenta de que esta peculiar forma delictiva no puede explicarse a través de los principios científicos que rigen al hacer (acción), por lo que construyeron un apartado especial para ella dentro de su teoría delictiva. Al respecto Welzel<sup>68</sup> nos dice que la acción y la omisión de ésta son dos subclases independientes dentro de la conducta final, lo que convierte a la teoría finalista en bitómica y no unitaria, siendo la acción y la omisión la base primaria del sistema<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Heinrich Jescheck. Op. cit., Volumen I, pág. 294.

<sup>67</sup> Novoa Monreal nos dice que Welzel, en la última edición de su "Derecho Penal Alemán", sostiene que tanto en los tipos de delitos dolosos como en los culposos se incluye una acción final, sólo que los últimos se ocupan no de los objetivos del agente sino más bien de la forma de ejecución de la acción final. Cfr. Eduardo Novoa Monreal. Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal. Edit. TEMIS, 2ª edición. Bogotá, Colombia, 1982, pág. 64.

<sup>68</sup> Cfr. Hans Welzel. Op. cit., pág. 276.

<sup>69</sup> Cfr. José Careso Muir. Op. cit., pág. 270.



**c) El concepto social de acción.**

Esta corriente doctrinal surge con el propósito de superar las supuestas deficiencias del concepto final de acción. Su versión más acabada nos la dá Heinrich Jescheck en su Tratado de Derecho Penal, para quien la acción es "un comportamiento humano socialmente relevante"<sup>50</sup>.

El concepto social de acción parte de la idea de que un concepto tan fundamental para la configuración y efectos del Derecho Penal como lo es la acción, no puede definirse atendiendo sólo a las leyes de la naturaleza (que es lo que hace el concepto causal y final), sino que requiere para su exacta comprensión una relación valorativa<sup>51</sup>. Es por ello que la teoría causal y la teoría la final de la acción, según el pensamiento de este autor, no pueden explicar satisfactoriamente las distintas formas en que el comportamiento humano aparece (acción y omisión), ya que desde un punto de vista ontológico éstas resultan contradictorias. Lo importante dentro de esta concepción es que la acción representa un comportamiento humano socialmente trascendente, al cual lógicamente debe corresponderle una valoración normativa. Así, el concepto social de acción abarca tanto el ejercicio de actividad final (acción) como procesos causantes de consecuencias que pudieran evitarse a través del ejercicio de la mencionada actividad final (omisión e imprudencia), ya que desde una óptica social todos son iguales: Para los seguidores de la teoría social de la acción es lo mismo matar a un hombre que dejarlo morir, si desde un punto de vista social la inactividad representa un homicidio<sup>52</sup>.

Como podemos observar, los intentos por alcanzar un concepto general de acción que cumpla eficazmente las funciones tan amplias que se le atribuyen (negativa, coordinadora,

<sup>50</sup> Heinrich Jescheck. *Op. cit.*, Vol. I, pág. 294.

<sup>51</sup> Cfr. José Sainz Cantero. Leciones de Derecho Penal. Parte General. Editorial Bosch. 3ª edición. Barcelona, España, 1990, págs 492 y 493.

<sup>52</sup> Cfr. Heinrich Jescheck. *Op. cit.* Vol. I, pág. 296.

definitoria y clasificadora) han sido inútiles, por lo que debemos rechazar su empleo como sinónimo del "comportamiento humano", aun cuando se diga que se hace en un supuesto sentido amplio<sup>53</sup>.

Nosotros hemos adoptado el concepto final de acción debido a que consideramos que tal corriente ideológica contempla las características reales del actuar humano: El hombre, gracias a su saber causal, dirige su comportamiento provocando modificaciones en su entorno, o bien, se sirve del saber causal para permitir que las cadenas causales sigan su curso. Respecto de la culpa, también manifiesta un comportamiento dirigido hacia un resultado ajeno al tipo.

### 2.3.2 Rechazo al concepto genérico de acción.

#### a) Tesis de Gustavo Radbruch.

Si bien Gustavo Radbruch no fue el único que se opuso a la utilización del término genérico de acción, sí fue uno de los primeros en hacerlo. Su tesis se basa en un argumento sencillo que representa el punto de partida de todos aquéllos autores que niegan la existencia válida de una acción genérica que comprenda dentro de sí a dos conceptos totalmente contradictorios: la incongruencia.

Para Radbruch la diferencia entre acción y omisión es semejante a la que existe entre los conceptos de "ser" y "no ser", concluyendo que dicho antagonismo no puede ser resuelto a

---

<sup>53</sup> Nosotros consideramos que la dogmática actual comienza a desligarse del concepto genérico de acción para replantear su sistema a partir de la acción típica. Por lo que hace a la teoría final de la acción, sus seguidores apuntaron acertadamente que la omisión representa una subclase independiente de la conducta, con lo cual dan a entender que este tipo de comportamiento se aleja del esquema tradicional de la acción y por eso le dedican un espacio de estudio diverso.

través de un concepto superior que los contemple<sup>54</sup>. Bajo tales premisas, Radbruch niega rotundamente la existencia de un concepto superior comprensivo a la vez de la acción y de la omisión, por lo que para él el elemento primordial sobre el que descansa la estructura delictiva no es la "acción" sino el tipo<sup>55</sup>.

En efecto, el hacer y el omitir son entes contradictorios y su antagonismo nadie puede poner en duda. Lo que no resulta muy convincente en la tesis del citado autor alemán es el hecho de que equiparar a la "omisión" con el "no hacer", ya que también se puede omitir realizando acciones, como por ejemplo, en el famoso caso de la madre que en lugar de amantar a su hijo hace gimnasia en la azotea mientras el menor muere por inanición.

Uno de los argumentos utilizados por este auto para negar la utilización del concepto amplio de acción se debe a que, si la omisión es la negación del hacer, no podrán existir los elementos del actuar positivo en su contrario; es decir, en la omisión, según el pensamiento de Radbruch, no existirá voluntad ni manifestación corporal de ella.

#### b) Nuestra opinión.

Para nosotros el empleo del concepto amplio de acción debe rechazarse en forma absoluta dentro del Derecho Penal, ya que además de que su justificación histórica ya no es válida en la actualidad, éste resulta ser contradictorio<sup>56</sup>. Sin embargo, la teoría de Gustavo

<sup>54</sup> Cfr. Francesco Antolissi. Op. cit., pág. 28.

<sup>55</sup> Reconoce Mezger que la posición tomada por Radbruch es en principio acertada, pues reflexionando un poco sobre el tema termina aceptando que la tipicidad es la base del sistema delictivo. Cfr. Edmundo Mezger. Op. cit., pág. 87.

<sup>56</sup> A partir de la publicación de la nueva Parte General del Código Penal Alemán (Artículo 12), aprobado por la Ley de 4 de julio de 1969, se emplea para definir a los crímenes y a los delitos el término de "hechos antijurídicos".

Radbruch nos parece insuficiente, por lo que a continuación se proponen diversos argumentos que consideramos adecuados para rechazar tajantemente el empleo del concepto genérico de acción que nos ocupa:

#### **1.- La omisión es un concepto normativo.**

Tanto la acción como la omisión forman parte de los comportamientos relevantes para el Derecho Penal, pero sin embargo, obedecen a planos totalmente distintos: La acción es natural y la omisión es normativa.

La acción existe en cuanto tal independientemente de la normatividad. Es una realidad ajena al mundo jurídico. El legislador cuando la contempla en la estructura típica la considera como es, pues tiene una vida propia anterior a la norma. En cambio, la omisión es un elemento normativo sin existencia previa antes de la norma; es el legislador quien a través de un mandato crea la posibilidad de que por el incumplimiento de éste surja una omisión punible. Esta característica representa el verdadero alcance y sentido del omitir, el cual tiene una esencia normativa que lo distingue sustancialmente del hacer. Al respecto nos dice Jiménez Huerta que la omisión es "tan-sólo un concepto jurídico, carente de realidad natural"<sup>57</sup>.

Esta diversidad de planos existenciales entre el hacer (acción en estricto sentido y único para nosotros) y el omitir, constituye un argumento capaz de producir el rechazo rotundo hacia la utilización del término amplio de "acción", ya que no resulta lógico sostener un concepto que pretenda reunir en sí mismo a dos entes de esencia totalmente contradictoria.

---

<sup>57</sup> Cit. por Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Edit. LORADA S.A., 4ª edición. Buenos Aires, Argentina, 1977, pág. 414.

## 2.- La omisión no es necesariamente inactividad.

Quienes equiparan a la omisión con la inactividad pretenden establecer una sinonimia que también consideramos equivocada. Al respecto debemos decir que la inactividad es tajante y por ello significa quietud absoluta; en cambio, el omitir es la no realización de una acción particular, lo que se traduce en la posibilidad de que el sujeto omita a través de dos medios diferentes:

- Cuando no actúa (inactividad); o bien,
- Cuando realiza una acción distinta a la ordenada (actividad).

Independientemente de que se acepte o no la inactividad total del hombre<sup>58</sup>, debemos indicar que la omisión no necesariamente surge mediante ella. Cuando dijimos que la madre en lugar de alimentar a su hijo hace gimnasia en la azotea ocurriendo la muerte del menor por inanición, indudablemente que ésta no se encuentra inactiva y sin embargo omite, lo que sólo se explica cuando se entiende que la omisión no es necesariamente una inactividad. Así lo considera Santiago Muir Puig cuando afirma: "Adviértase que el tipo de omisión no requiere la pasividad física del autor, sino que precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta *activa* distinta a la ordenada"<sup>59</sup>.

Con tales ideas queda al descubierto un problema total en la Teoría del Delito: Si la acción es natural y la omisión normativa, no habrá un elemento del delito de carácter unitario

---

<sup>58</sup> Para Luden, el hombre absolutamente quieto es impensable. Cfr. Abhandlungen aus dem gemeinen Teutschen Strafrecht, Tomo II, pág. 225. Cit. por Enrique Bacigalupo. Delitos Impropios de Omisión. Edit. TEMIS, 2ª edición. Bogotá, Colombia, 1983. pág. 15.

<sup>59</sup> Santiago Muir Puig. *Op. cit.*, pág. 321.

antes del tipo. Es decir, no puede considerarse válida la postura que sostiene que la acción en sentido amplio es la base de la teoría delictiva en virtud de que en ella, según lo hemos señalado, no puede comprenderse a la omisión que es por esencia normativa. Luego entonces, no es la acción por sí misma la base del sistema, sino el tipo que valora las conductas. Será por tanto el tipo el elemento que determine la relevancia penal del hacer o del omitir, pudiendo nosotros concluir que el primer elemento del delito es la existencia de una acción o de una omisión típica.

## 2.4 LA OMISIÓN PUNIBLE.

De lo dicho hasta el momento podemos concluir que no sólo a través de la acción, sino también mediante la omisión de ella, pueden vulnerarse los bienes jurídicamente tutelados. Cuando la no realización de una acción es considerada por el legislador como merecedora de una pena o una medida de seguridad, estaremos ante la presencia de la llamada omisión punible<sup>60</sup>.

En la historia de la humanidad siempre han existido omisiones punibles; la única diferencia entre un periodo histórico y otro ha sido la importancia que éstas cobran en el ámbito jurídico-penal.

Es hasta la obra de Feuerbach, en 1828, cuando se realiza un tratamiento serio sobre este tema<sup>61</sup>, pudiendo decirse que con el análisis realizado por este autor comienza la etapa científica de su estudio.

---

<sup>60</sup> Conviene aclarar que el Derecho Penal no crea el concepto de omisión, aunque sí se sirve de éste para la configuración de los delitos que ahora estudiamos. En realidad, existen omisiones fuera del ámbito penal, pues basta la infracción de cualquier norma preceptiva de carácter moral, social o jurídica para que ésta concorra.

<sup>61</sup> Anselm Von Feuerbach. Lehrbuch des gemeinen in deutschen gältigen peinlichen Rechts, 11ª edición, 1823, pág. 24. Cit. por Enrique Escigalupo. Delitos Impropios de Omisión, pág. 12.

La evolución dogmática del delito omisivo se encuentra actualmente en un estadio que nos permite afirmar, sin temor a equivocarnos, que la omisión, como una forma más de delinquir, ya cuenta con un lugar importante en los tratados penales, en tanto que la política criminal se preocupa cada vez más por ella y por la forma en que ha de combatirla.

#### 2.4.1 Esencia normativa.

Desde un punto de vista estrictamente naturalístico, la omisión se compara en su aspecto físico-externo con la nada, el "no ser" al que se refería Radbruch cuando rechaza en forma tajante el uso del concepto amplio de acción. Sin embargo, tal postura de nada nos sirve en nuestro análisis de la omisión punible, ya que de seguirse al pie de la letra, con base precisamente en el ya famoso principio *ex nihilo nihil fit* (de la nada, nada puede surgir), tendríamos que concluir que los delitos de omisión no existen.

A fin de evitar la postura anterior, la cual debe considerarse absurda, debemos partir no de un concepto naturalístico de la omisión, sino de uno estrictamente normativo, ya que cuando decimos que alguien omite una acción es porque tiene la obligación de ejecutarla, siendo precisamente la omisión el incumplimiento de dicho deber. Al respecto Santiago Muir Puig<sup>42</sup> sostiene que en el Derecho Penal la presencia de una omisión no depende del carácter físico-naturalístico de una conducta como activa o pasiva, sino de la estructura del tipo y de su significado como base de la infracción de una norma penal preceptiva, concluyendo que no podrá establecerse la existencia de una omisión en el sentido del Derecho Penal antes de contemplar al tipo, situación que no acontece en la acción (positiva). Es del mismo pensar Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>43</sup>, para quien en el plano pretípico no existen omisiones penalmente relevantes, sino sólo acciones.

<sup>42</sup> Cfr. Santiago Muir Puig. Op. cit., pág. 321.

<sup>43</sup> Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Editorial Edlar, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1981, pág. 449.

De esta forma tenemos que la omisión es por esencia normativa y no natural, diferencia que apuntamos con anterioridad al fundar nuestro rechazo al concepto genérico de acción.

#### 2.4.2 Bases jurídicas.

Eduardo Novoa Monreal<sup>64</sup> asegura que la omisión punible descansa en dos ideas a las que él denomina "bases jurídicas del omitir", y que son la normatividad y la concepción filosófica del Estado.

En efecto, la norma jurídica, concretamente la de carácter preceptivo, es un elemento *sine qua non* del delito omisivo, ya que como apuntamos antes, nadie puede omitir sin tener la obligación hacer. Por su parte, la concepción filosófica del Estado determina la importancia y número de los mandatos que el individuo debe respetar en un lugar y momento dado. La trascendencia de la concepción filosófica del Estado para el delito de omisión puede describirse del siguiente modo: Mientras más social sea la concepción filosófica del Estado, más acciones se impondrán al individuo, lo que en muchos casos conllevarán sanciones de carácter penal para quien las incumple. Esta situación poco ocurre en un sistema individualista o liberal, en el que desde luego también existen omisiones sancionadas penalmente, pero claro está, en menor número.

La comprensión de las bases jurídicas del omitir nos conduce a sostener que las normas de mandato están determinadas, en cuanto a su número y relevancia, en relación directa con la concepción filosófica del Estado, la cual se encuentra plasmada en la Ley Fundamental de cada Nación.

<sup>64</sup> Cfr. Eduardo Novoa Monreal. Fundamentos de los Delitos de Omisión. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1986, págs. 17 y sigs.



### 2.4.3 Concepto.

De manera sucinta Von Liszt ha definido a la omisión diciendo que ésta consiste en no impedir voluntariamente un resultado, y a fin de mantener el mismo término y la paridad de doctrina, dice que la "manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debería haberse realizado (y que fuera realizable)"<sup>65</sup>. Este autor alemán señala que la omisión, al igual que la acción, debe ser voluntaria, determinando que la manifestación de ésta consiste precisamente en la no realización de una acción<sup>66</sup>.

Al igual que Liszt, Ernesto Beling considera que la omisión debe ser voluntaria, pero su definición es incompleta puesto que en ella no contempla a la verdadera esencia del omitir y que es precisamente la no realización de la acción mandada. Para este autor, la omisión es la "inactividad corporal voluntaria, contención de los nervios motores dominada por la voluntad"<sup>67</sup>.

Como podemos observar, los autores citados coinciden en sostener que la omisión es una inactividad corporal, a la que entiende Liszt con gran acierto como la no realización de la acción debida. Asimismo, afirman que la voluntad es una característica básica del omitir, lo que indudablemente se debe a la uniformidad doctrinal con la que pretenden definir tanto la acción como a la omisión; uniformidad que ya ha sido puesta en tela de juicio por Jescheck cuando dice que a los delitos de omisión no se les deben aplicar las reglas del hacer, ya que los primeros se distinguen tan esencialmente de los últimos, "que no resulta posible una

---

<sup>65</sup> Frans Von Liszt. Op. cit., Tomo II., pág. 314.

<sup>66</sup> Aun cuando nos referiremos al supuesto nexo causal de la omisión posible en otro apartado, no queremos desaprovechar la ocasión para comentar que en las ideas de Frans Von Liszt siempre existió la convicción de que la omisión no causa el resultado material descrito.

<sup>67</sup> Cit. por Jesús María Silva Sánchez. El Delito de Omisión. Concepto y Sistema. Edit. Bosch. Barcelona, España, 1986, pág. 21.

traslación inmediata a los mismos de las reglas y conceptos jurídicos desarrollados para los delitos de comisión<sup>68</sup>, negando así este autor el llamado "principio de inversión" tan defendido por Kaufmann<sup>69</sup>.

Omitir, desde este enfoque normativo, sólo puede entenderse como una contravención a un mandato concreto de hacer que es posible; en otras palabras, es la no realización de la acción debida por parte de un sujeto al que le es exigible y posible su ejecución.

#### 2.4.4 Los elementos de la omisión punible.

Nuestra intención se centra en el estudio de aquéllos elementos que le son propios al omitir punible y por los cuales ésta clase de conducta se particulariza. Por ello, sólo aludiremos a sus elementos básicos o esenciales, exponiendo en relación a cada uno de ellos una breve explicación:

##### a) El deber de hacer determinado.

La omisión de una acción requiere siempre el deber previo de realizarla. No se puede omitir sin antes tener la obligación de hacer, deber que lógicamente se refiere a una acción específica y no a un "no hacer" abstracto<sup>70</sup>. Esta categórica afirmación nos proporciona un primer elemento de toda omisión capaz de generar un delito: Un deber de hacer determinado y exigible.

<sup>68</sup> Heinrich Jescheck. Op. cit., Vol. II., pág. 824.

<sup>69</sup> Armin Kaufmann. *Untersassungsdelikte*, págs. 87 y sigs. Cit. por Heinrich Jescheck. *Idem*.

<sup>70</sup> Luis Jiménez de Asúa nos dice al respecto que "en suma, la omisión punible consiste en un voluntario no hacer concreto: no en un no hacer abstracto". Op. cit. Tomo III., pág. 402.

Este deber siempre está vinculado a un actuar específico, y debe ser exigible en virtud de que al sujeto no le es optativo su cumplimiento. Se trata de un mandato de carácter jurídico, el cual por esencia siempre es imperativo. De esta forma concluimos que sólo puede omitir quien tiene la obligación específica de hacer<sup>71</sup>.

Cabe aclarar que el término exigibilidad al que hacemos alusión obviamente rebasa en mucho las vertientes de la denominada teoría de la acción esperada sostenida por Mezger<sup>72</sup>, ya que no basta la "espera" de una acción para punir al omitente: La sociedad puede esperar la realización de un sin número de conductas por parte de un sujeto sin que jurídicamente pueda en todos los casos sancionársele su no ejecución. Así tenemos que la expectativa del ente público sobre la realización de determinada conducta no representa todavía una norma capaz de vulnerarse, por lo que la acción "esperada" debe ser más bien una acción exigida<sup>73</sup>.

#### b) La capacidad de acción.

Al decir de Silva Sánchez<sup>74</sup>, un amplio sector doctrinal estima como condición indispensable para la existencia de una omisión punible el que la acción mandada sea de realización posible.

---

<sup>71</sup> Esta idea es expuesta y sostenida en cátedra por el Licenciado Fernando Labardini Méndez, quien determina que el omitir se estructura a raíz de la normatividad, sin la cual no existe. De esta forma, con gran claridad afirma que "sólo puede omitir, quien tiene la obligación de hacer".

<sup>72</sup> Cfr. Edmundo Mezger. Op. cit., pág. 118 y sigs.

<sup>73</sup> Así lo sostiene Silvio Ranieri, quien establece que lo determinante para la existencia de una omisión punible es el incumplimiento de la norma preceptiva que ordena la realización de una acción, y no la espera de que ésta se realice. Cit. por Luis Jiménez de Asúa. Op.cit., Tomo III., pág. 413.

<sup>74</sup> La utilización de un concepto como el de la "posibilidad" al explicar los componentes de la conducta omisiva resulta peligrosa, ya que pareciera que con él estamos adelantando el análisis sobre la culpabilidad del autor. Cfr. Jesús María Silva Sánchez. Op.cit., págs. 25 y sigs.

Mencionamos a la posibilidad como un elemento más de la omisión porque es de explorado derecho el reconocer que nadie puede estar obligado a lo imposible, por lo que sólo puede omitir quien tiene la posibilidad real de actuar en el momento preciso en que su acción le es requerida.

Sobre este elemento Jescheck<sup>75</sup> nos dice que existen dos diferentes formas de comprender a la capacidad de realización: Una de carácter general y otra de naturaleza individual, en la que se toma en consideración para su existencia las condiciones específicas en que se encuentra el sujeto ante la situación típica generadora del deber.

**c) La no realización de la acción mandada.**

La no realización de la conducta exigida forma parte esencial del omitir, puesto que la nota fundamental de éste es precisamente la no ejecución de una acción concreta. A pesar de que esta idea pudiera implícitamente presumirse, la expresamos aquí para resaltar su existencia como otro elemento más del omitir.

**d) Descripción típica.**

La no realización de la conducta exigida sólo constituirá un delito omisivo cuando la misma se encuentre descrita en un tipo penal como merecedora de una pena o una medida de seguridad, aclarando que la configuración típica no requiere que el mandato se encuentre detallado en forma absoluta y total dentro de la ley para su existencia, ya que en la gran

---

<sup>75</sup> Cfr. Heinrich Jescheck. Op. cit., Vol. II, págs. 849 y sigs.

mayoría de los casos sólo se alude a él en el tipo en forma general y se remite al intérprete del mismo a otro ordenamiento jurídico para su complementación<sup>76</sup>.

En resumen, los elementos constitutivos de toda omisión punible son:

- 1.- Una obligación específica de hacer que se incumple.
- 2.- Que la acción exigida sea de realización posible.
- 3.- Que dicha acción no se realice.
- 4.- Que la ley sancione penalmente el omitir.

---

<sup>76</sup> Esta complementación del tipo penal ha dado lugar a una de las polémicas más intensas sobre la constitucionalidad de los delitos impropios de omisión.

**CAPÍTULO III**  
**LOS DELITOS DE OMISIÓN Y SU CLASIFICACIÓN**

## CAPÍTULO III

### LOS DELITOS DE OMISIÓN Y SU CLASIFICACIÓN.

#### 3.1 EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO.

Antes de comenzar el estudio clasificatorio de los delitos omisivos, consideramos pertinente analizar la distinta terminología empleada para designarlos. Generalmente los delitos de omisión son conocidos bajo la terminología ideada por Luden a mediados del siglo XIX, para quien existen solamente omisiones "propias" e "impropias", dependiendo este calificativo de la naturaleza de la norma vulnerada por el agente<sup>77</sup>. En cuanto al empleo de los vocablos utilizados por este autor, debemos decir que éstos no pueden calificar a la omisión como se pretende, pues en ambos casos la conducta del autor es idéntica.

Debemos señalar que la "propiedad" o "impropiedad" del ilícito omisivo no está determinada por la omisión, sino por la estructura delictiva creada para cada uno de ellos. Lo que existe en realidad son propios delitos de omisión e improprios delitos omisivos, los que en la teoría alemana se denominan "*echte*" y "*unechte unterlassungs-delikte*"<sup>78</sup>, respectivamente. Quintano Ripollés<sup>79</sup> nos dice que mediante estos términos se expresa la existencia de "verdaderas o genuinas omisiones" y delitos provocados por "falsas omisiones". Este autor indica que la falsedad de las omisiones estriba en la dificultad que representa el distinguir entre una acción y una omisión cuando la configuración típica de estas últimas contempla la producción de un resultado material, estableciéndose así una supuesta semejanza entre ellas.

<sup>77</sup> Cit. por Heinrich Jescheck. Op. cit., Vol. II, pág. 832.

<sup>78</sup> Cfr. Jesús María Silva Sánchez. Op. cit., pág. 317.

<sup>79</sup> Quintano Ripollés. Vox: "Delito de Omisión", NEJ Seix, VI, Barcelona, 1975, págs. 478 a 480. Cit. por Jesús María Silva Sánchez. Idem.

Jescheck<sup>80</sup> por su parte, se inclina por evitar la designación del delito omisivo como "propio" o "impropio", prefiriendo mejor llamarlos "simples" o "cualificados", en el entendido de que los segundos se distinguen de los primeros por el hecho de que no cualquier sujeto los puede cometer. Por ejemplo, en los delitos propios de omisión la norma de mandato se dirige a un número indeterminado de sujetos, quienes estarán obligados a realizar la acción ordenada si se encuentran en la hipótesis normativa, aclarando que en estos casos el autor está generalmente descrito mediante expresiones como "el que", "quien", etc., en las que indudablemente no se concibe una calidad en especial. A diferencia de éstos, en los impropios delitos de omisión, el autor debe tener una calidad específica comprendida en el tipo, la cual hace que esta clase de ilícitos sólo los puedan cometer determinados individuos: Padres, médicos, entrenadores deportivos, salvavidas, custodios, etc.

Al delito impropio de omisión también se le denomina comunmente "comisión por omisión", vocablo cuyo uso sugiere una presunta indeterminación que hace de estos ilícitos una especie de "tercer género" que comparte tanto elementos del hacer como del omitir. Lógicamente no hay tal tercer género, pero la expresión está tan arraigada que, aun cuando se reconoce que es incorrecta, se sigue utilizando.

Para nosotros sería mejor llamar al delito impropio de omisión como "*delito de omisión al que se atribuye normativamente un resultado material*", nombre que si bien es un poco extenso, sí alude a la verdadera esencia de esta figura delictiva, que es la no realización de una acción tendiente a evitar un resultado material cuya producción le es atribuida al omitente<sup>81</sup>, quien por su posición debía y podía evitarlo.

<sup>80</sup> Cfr. Heinrich Jescheck. Op. cit., Vol. II, pág. 834.

<sup>81</sup> En el supuesto de que se llegase a aceptar la nomenclatura propuesta, sólo faltaría agregar a ella en cada caso en particular, cuál sería el resultado material atribuido al omitente, como por ejemplo: delito de omisión al que se atribuye normativamente la muerte de otro; delito de omisión al que se atribuyen normativamente las lesiones, etc.



### **3.1 CLASIFICACIÓN.**

La doctrina establece que las omisiones punibles pueden agruparse en dos clases de delitos cuya estructura típica se diferencia en la "producción" o no de un resultado material, pudiendo ser éstas dolosas o culposas (actualmente en nuestro Código Penal no existen delitos preterintencionales).

En realidad, como apuntamos ya, no hay una variedad de omisiones sino de estructuras típicas omisivas. Por ello, una adecuada clasificación deberá tomar como referencia a la descripción legal de cada uno de ellos en particular, tal y como lo sostiene Silva Sánchez al indicar que "la clasificación de las omisiones se entiende, incluso por los defensores de un concepto ontológico o, en general, pretípico de omisión, como una clasificación de "delitos de omisión", esto es, con otras palabras, de realizaciones típicas omisivas"<sup>82</sup>.

Con ello queda claro que la omisión, entendida como la conducta consistente en la no realización de una acción exigida, mantiene sus mismos componentes en cualquier clase de delito omisivo, siendo entonces lo que genera la distinción entre cada uno de ellos la estructura típica.

#### **3.2.1 Criterios de clasificación.**

La doctrina suele clasificar a los delitos omisivos a partir de distintos criterios que hemos agrupado en dos vertientes: La primera, a la que llamamos soluciones de carácter bipartito porque considera que sólo existen dos especies de ellos, y la segunda, denominada tripartita porque establece que estos delitos se dividen en tres categorías.

---

<sup>82</sup> Jesús María Silva Sánchez. *Op. cit.*, pág. 312.

## A) Soluciones bipartitas.

Las soluciones bipartitas se distinguen a su vez en criterios de muy diversa índole, pudiendo considerar entre los mismos a los que a continuación comentamos, los cuales de ningún modo son decisivos en forma aislada:

### a) Normológico.

Establece la diferencia entre los diversos delitos omisivos atendiendo al tipo de norma que el autor infringe en cada uno de ellos. Bajo tales premisas, esta solución bipartita afirma que el autor del injusto puede vulnerar a través de su omisión una norma de mandato, o bien, una de mandato en unión de otra prohibitiva. Si el autor de la omisión únicamente viola una obligación de hacer cometerá un delito propio de omisión; si lesiona a la vez un mandato y una prohibición, realizará un delito impropio de omisión. De esta forma, la norma infringida por el autor determina la diferenciación entre los diferentes delitos omisivos<sup>83</sup>.

Debo señalar que la distinción sugerida por el criterio normológico no es compartida por la totalidad de los autores debido a que se considera que en todos los delitos de omisión sólo se vulnera una norma de mandato, ya que de aceptarse lo contrario estaríamos implícitamente diciendo que la omisión causa materialmente el resultado no impedido. Nosotros compartimos esta idea, concluyendo que en los impropios delitos omisivos el agente sólo viola la norma preceptiva, pues resulta claro que la omisión, al carecer de sustrato ontológico, no puede modificar el mundo externo.

---

<sup>83</sup> Nosotros consideramos que cualquiera que sea la estructura típica omisiva, el omitente sólo lesiona con su conducta una norma preceptiva. Afirmar lo contrario sería aceptar en forma tácita la existencia de un nexo causal entre el omitir y el resultado material descrito en el tipo.

**b) De la tipificación legal expresa.**

Tomando como enfoque de discriminación a la descripción legal del derecho positivo, este criterio distingue las estructuras delictivas omisivas de acuerdo a la tipificación expresa de las mismas: Los delitos propios de omisión son los expresamente tipificados en un precepto legal, mientras que los impropios son aquéllos cuya configuración típica no se encuentra descrita expresamente en una norma penal.

Como puede observarse, el criterio de la tipificación legal expresa no hace referencia alguna para la distinción de los delitos omisivos a la supuesta producción de un resultado material, lo que sin lugar a dudas es un punto a su favor en cuanto que desecha el problema causal en el omitir. Sin embargo, el querer contemplar como delitos a ciertos hechos no tipificados en forma expresa genera un grave problema de índole constitucional que dificulta el tratamiento de esta clase de delitos.

Nosotros consideramos que no puede existir delito alguno sin tipo, por lo que el decir que existen delitos sin tipificación es algo aberrante. Sin embargo, aun cuando se argumentase que lo que se dice es que el tipo no está expresamente descrito en la ley penal, ésto no cambiaría los hechos, ya que mediante tal consideración se violaría el principio de legalidad que caracteriza a todo Derecho Penal moderno y democrático.

**c) El paralelismo.**

Este criterio, de débil profundidad científica, representa un útil mecanismo didáctico para distinguir a los diversos delitos omisivos. La nota sobresaliente de esta postura es su sencillez, ya que basándose en un supuesto paralelismo entre los delitos de omisión y los delitos de mera actividad y los de resultado material, nos ofrece una solución en principio bastante aceptable.

Para el "paralelismo", los delitos propios de omisión constituyen una representación de los ilícitos de simple actividad, ya que para su consumación el tipo no exige la producción de un resultado material. A su vez, los impropios delitos de omisión se comparan a los delitos de resultado porque para su consumación el tipo sí requiere la modificación del mundo externo.

Generalmente las primeras explicaciones del fenómeno omisivo parten de la sencillez del paralelismo, pero a medida en que se profundiza en su estudio se concluye que no existe realmente la supuesta comparación en los términos apuntados. Para nosotros no es el resultado material lo que marca la diferencia entre un delito propio y uno impropio de omisión, aun cuando en la estructura típica de éstos últimos la modificación del mundo sí se requiera: Consideramos que la comparación o equiparación entre un delito de acción con resultado material y uno impropio de omisión es de carácter valorativo, por lo que la aceptación de un paralelismo puro podría significar la implicación de un nexo causal en la estructura omisiva, idea que desde luego rechazamos.

La equivalencia entre el hacer y el no impedir el resultado resultado material sólo se logra mediante la introducción de una peculiar obligación en el autor que lo convierte en una especie de protector del bien jurídico tutelado por el tipo, haciéndolo responsable de su salvaguarda.

#### **d) Del deber.**

Este criterio trata de clasificar a las omisiones punibles a partir de los sujetos llamados a realizar la acción debida, es decir, de acuerdo al número de individuos con posibilidades de cometer estos ilícitos. De esta forma tenemos que no todo delito de omisión puede ser cometido por un número indeterminado de individuos, sino que hay algunos que restringen el universo de sus autores de conformidad a su particular deber de garantía o salvaguarda.

Gracias a la distinción entre estos deberes, se hace posible clasificar a los delitos de omisión en dos clases: *Delitos de omisión de todo el mundo* y *delitos de omisión de garante*. Los primeros encierran en su estructura típica una norma de mandato relativa a un deber dirigido a cualquier individuo que se sitúe en el supuesto normativo correspondiente, mientras que los segundos hacen alusión a un deber que surge en relación a la singular posición del agente y que lo hace garante de un bien jurídico tutelado, al grado de equiparar la no evitación del resultado prohibido con su producción mediante un hacer.

**e) De la semejanza.**

Distingue a los diversos delitos de omisión a partir de la posible equiparación hipotética que puede plantearse entre ellos y los de comisión. Los ilícitos cuya estructura no se asemeja a los delitos de comisión se le denomina delitos propios de omisión, en tanto que los que sí guardan cierta semejanza con ellos son llamados de comisión por omisión.

**B) Soluciones tripartitas.**

Silva Sánchez<sup>84</sup> nos dice que las soluciones tripartitas resultan de la combinación de dos criterios clasificadores, siendo la nota común de todas ellas el adoptar como base de su fórmula el criterio de la tipificación legal expresa, al que suman otro de diversa índole. Tal es el caso de la postura seguida por Rodríguez Mourullo<sup>85</sup> en España, quien utiliza como criterio principal de clasificación el de la tipificación legal expresa y como criterio secundario el del paralelismo. Dicho autor distingue entre delitos de omisión de mera conducta y delitos de omisión con resultado material. A los delitos de omisión con resultado material los subdivide a su vez en delitos expresamente tipificados en el Código Penal y delitos sin tipificación legal

<sup>84</sup> Cfr. Jesús María Silva Sánchez. Op. cit., pág. 337.

<sup>85</sup> *Idem*.

expresa. De su peculiar postura, Rodríguez Mourullo considera que los delitos de omisión se dividen en las tres categorías siguientes:

- 1.- Delitos de omisión de mera conducta,
- 2.- Delitos de omisión de resultado con tipificación legal expresa, y
- 3.- Delitos de omisión de resultado sin tipificación legal expresa.

Otra solución de naturaleza tripartita es la sostenida por Welzel<sup>85</sup>, quien determina la existencia de tres clases de delitos de omisión a partir de la distinción, dentro del grupo de las omisiones propias (tipificadas expresamente), de dos subgrupos caracterizados por la exigencia o no de un resultado material para la consumación del tipo. Dicha solución tripartita queda del siguiente modo:

- 1.- Delitos de omisión propia de mera conducta (con tipificación legal expresa).
- 2.- Delitos de omisión propia de resultado material (también expresamente tipificados), y
- 3.- Delitos de omisión impropia (sin tipificación legal expresa).

No podemos terminar este estudio clasificatorio sin señalar que en los delitos propios de omisión nunca existirá un deber de garantía que nos lleve a atribuir el resultado material

---

<sup>85</sup> Cfr. Hans Welzel. *Op. cit.*, pág. 279.

producido al omitente como ocurre en los impropios delitos omisivos. Por lo tanto, el elemento distintivo entre uno y otros es la llamada posición de garantía de la que surge el deber de garantía, siendo la estructura de los impropios delitos omisivos más compleja en relación a la de los llamados simples o propios.

### **3.3 LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN: UNA BREVE REFERENCIA.**

Como nuestro trabajo de tesis está enfocado al análisis de los delitos omisivos a los que se atribuye normativamente un resultado material, sólo dedicamos algunas líneas al estudio de los simples delitos omisivos, advirtiendo que en éstos la consumación del tipo se da cuando lisa y llanamente el agente desobedece el mandato contenido en una norma penal. En estos casos, la conducta del autor se agota en la no realización de la acción mandada, la cual debe ser posible en las circunstancias concretas de que se trate.

Por otro lado, los propios delitos de omisión no entrañan problema alguno en relación a la causalidad de la conducta omisiva, ni surge en ellos algún reparo de índole constitucional que merezca mayor comentario, pues a diferencia de los impropios delitos omisivos, en los propios siempre encontramos el precepto legal que los contempla. Por ejemplo, de manera enunciativa y no limitativa, en nuestro Código Penal para el Distrito Federal se encuentran regulados los siguientes delitos propios de omisión:

- Omisión de hacer del conocimiento de alguna autoridad las actividades o identidad de algún espía (Art. 129).
- Omisión de hacer del conocimiento de alguna autoridad las actividades o identidad de algún terrorista (Art. 139).
- Omisión de hacer del conocimiento de alguna autoridad las actividades o identidad de algún subversor (Art. 140).

- Omisión de suministrar informes a la autoridad por parte de un reo sometido a vigilancia de la policía (Art. 158).
- Omisión de transmitir un mensaje telegráfico o telefónico por quien tiene el deber de hacerlo (Art. 176).
- El no prestar algún servicio de interés público teniendo la obligación de ello o desobedecer un mandato legítimo de autoridad (Art. 178).
- Tolerar, permitir o consentir la comisión de delitos contra la salud (Art. 194).
- El ejercicio indebido del servicio público consistente en no informar al superior jerárquico la eventual afectación del patrimonio público o no impedirla si está dentro de sus facultades el hacerlo (Art. 214).
- El abuso de autoridad en la modalidad de negar o retardar la prestación de un servicio público, no despacharlo injustificadamente, o bien, no denunciar inmediatamente la privación ilegal de la libertad a la autoridad competente (Art. 215).
- El delito contra la administración de justicia en su modalidad de no cumplir, por parte de un servidor público, una disposición legal comunicada por su superior sin causa fundada para ello (Art. 225 fracción V).
- La omisión de dictar sentencia por parte de una autoridad judicial, dentro de los términos que marca la ley (Art. 225 fracción VI).
- Abstenerse injustificadamente a hacer una consignación cuando ésta es procedente (Art. 225 fracción VII).
- No otorgar la libertad caucional en los casos en que esta proceda (Art. 225 fracción XI).



- No tomar al inculcado su declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación, sin causa justificada (Art. 225 fracción XIII).
- No dictar auto de formal prisión dentro del término que marca la ley, a no ser que el inculcado haya solicitado la ampliación del plazo (Art. 225 fracción VIII).
- El médico que abandona el tratamiento de un enfermo del que se haya hecho responsable, sin causa justificada y sin dar aviso previo a la autoridad correspondiente (Art. 229).
- El abogado que abandona la defensa o negocio de su cliente, sin motivo justificado (Art. 232 fracción II).
- El del defensor de oficio que sin fundamento no promueva pruebas conducentes en defensa de los reos que los designen (Art. 233).
- Abandono de niños o enfermos (Art. 335).
- Abandono de cónyuge o hijos (Art. 336).
- Omisión de auxilio (Arts. 340 y 341).
- Encubrimiento (Art. 400 fracciones IV y V).
- Omisión de deberes electorales (Art. 405 fracciones II, V, IX y X).

**CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE OMISIÓN**  
**SOLUCIONES BIPARTITAS**

CRITERIOS DE SOLUCIÓN	CLASE DE DELITO
1. Criterio Normológico	<b>PROPIOS:</b> El autor sólo lesiona una norma de mandato. <b>IMPROPIOS:</b> Se lesiona una norma de mandato y una prohibitiva.
2. Criterio de la tipificación expresa	<b>PROPIOS:</b> Expresamente tipificados. <b>IMPROPIOS:</b> Sin tipificación legal expresa.
3. Criterio del paralelismo	<b>PROPIOS:</b> Delitos de mera omisión. <b>IMPROPIOS:</b> Delitos de omisión y resultado.
4. Criterio del deber	<b>PROPIOS:</b> Omisiones de todo el mundo. <b>IMPROPIOS:</b> Omisiones de garante.
5. Criterio de la semejanza	<b>PROPIOS:</b> Sin semejanza con los delitos de acción. <b>IMPROPIOS:</b> Con semejanza.

**CAPÍTULO IV**  
**LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN**

## **CAPÍTULO IV**

### **LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN**

#### **4.1 BREVE REFERENCIA CONCEPTUAL.**

Al igual que los propios delitos omisivos, los "impropios" se actualizan mediante la no realización de una acción mandada; sin embargo, en éstos últimos el tipo penal comprende la producción de un resultado material que le es atribuido al omitente, equiparando valorativamente la causación material del resultado con su no evitación. Esta atribución, de carácter puramente normativo, se fundamenta en la peculiar posición del autor respecto al bien jurídico tutelado.

La atribución del resultado, así como la especial posición o calidad del autor son el tema fundamental de esta clase de ilícitos, por lo que toda definición de los improprios delitos de omisión los debe contemplar como su esencia.

Wessels nos dice que los delitos improprios de omisión "son los hechos punibles en los cuales quien omite está obligado, como garante, a evitar el resultado, correspondiendo la omisión, valorativamente, a la realización del tipo legal mediante una acción activa"<sup>87</sup>. En otras palabras, comete esta clase de delitos cuando siendo "garante" del bien jurídico protegido, no realiza dolosa o culposamente la acción exigida para salvaguardarlo (obviamente, si le era posible), imputándosele el resultado material no evitado.

---

<sup>87</sup> Johannes Wessels. Derecho Penal. Parte General. Edit. Depalma S.A., 6ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1980, pág.208.

#### **4.2 EL TIPO SISTEMÁTICO DE LOS IMPROPIOS DELITOS OMISIVOS.**

Como todo delito, los impropios delitos de omisión requieren de una descripción abstracta en la ley penal que comprenda todos y cada uno de sus elementos, tanto los de naturaleza objetiva como subjetiva. Esta descripción legal, mejor conocida como "tipo", se estudia siempre en relación a un delito en particular de la Parte Especial del Código Penal, que es precisamente el lugar en donde se encuentran establecidos legalmente los delitos.

No obstante lo anterior, nosotros nos abocaremos al estudio genérico de los componentes del tipo sistemático de cualquier delito omisivo en el que al omitente se le atribuye normativamente un resultado material, estableciendo que sus elementos son, de acuerdo a la calidad objetiva o subjetiva de los mismos, los siguientes:

**A) Un tipo objetivo, integrado por:**

- 1. Situación típica.**
- 2. No ejecución de la acción debida.**
- 3. Resultado material e imputación normativa de éste .**
- 4. Posición de garante (de la que deriva el deber de evitación).**
- 5. La posibilidad real de evitar el resultado.**

B) Un tipo subjetivo, compuesto de:

1. Dolo, en los delitos impropios de omisión dolosos.
2. Culpa, en los delitos impropios de omisión culpables.
3. Elementos subjetivos del injusto, si los hay.

#### 4.2.1 TIPO OBJETIVO.

Sobre el tipo objetivo de los impropios delitos omisivos Santiago Muir<sup>88</sup> afirma que éste muestra la misma estructura que el de los propios delitos omisivos (situación típica, ausencia de una acción determinada y capacidad de realización), pero complementada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la *imputación objetiva* del resultado material: La posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitación.

##### A) Situación típica.

A este elemento objetivo del tipo también se le conoce como "situación típica objetiva", dando a entender con ello que se trata precisamente de la descripción legal de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que debe generarse el hecho punible. Es, en otras palabras, la abstracta delimitación ambiental en la que la omisión debe presentarse para poder ser sancionada penalmente<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> Cfr. Santiago Muir Puig. Op. cit., pág. 333.

<sup>89</sup> Empleamos el término "descripción abstracta" debido a que el tipo es precisamente eso, una configuración mental que obviamente parte de sucesos

**B) La no realización de una acción y la capacidad de realizarla.**

Como las ideas de la "no realización de la acción debida" y la de la "capacidad de realización" ya fueron comentadas en temas anteriores, nos remitimos a ellos no sin antes advertir que la "no realización de una acción", como elemento del tipo, también se ha identificado doctrinalmente como la "exteriorización de una acción distinta a la exigida", variante que robustece nuestra postura acerca de que la omisión puede actualizarse mediante un hacer o un no hacer concreto<sup>90</sup>.

**C) Resultado material e imputación normativa de éste.**

La causalidad es un fenómeno físico que se presenta cuando una modificación del mundo externo llamada "efecto" se deriva materialmente de un factor denominado "causa". De esta forma, la "causa" y el "efecto" son los extremos de la cadena causal, la cual debemos descifrar en materia penal para determinar si un sujeto ha desencadenado la producción de un resultado material prohibido.

Para descubrir la existencia del vínculo causal entre una acción y el resultado prohibido se han elaborado diversas teorías, de entre las que destacan la de la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada<sup>91</sup>.

---

que acontecen en el mundo fáctico. La situación típica, en realidad, es el conjunto de elementos circunstanciales que deben existir al momento de configurarse la omisión.

<sup>90</sup> Zaffaroni prefiere enunciarla en forma positiva, mientras que Welzel lo hace en sentido negativo. Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado*, Tomo III, pág. 454.

<sup>91</sup> Es importante subrayar que estas dos teorías no son las únicas que sobre el nexo causal se han elaborado. Nosotros nos referimos exclusivamente a ellas por ser éstas las de mayor aceptación a nivel doctrinario, aunque existen otras muy interesantes como las de la "causa eficaz" de Birkmeyer, la de la condición "preponderante" de Binding, la de la "imputación objetiva" de Honing y la de la "causalidad humana" de Antolisei.

**- La teoría de la equivalencia de las condiciones.**

Esta teoría, también conocida como de la *conditio sine qua non*, fue formulada por el jurista alemán Maximiliano Von Buri a mediados del siglo pasado, y sostiene como premisa fundamental que causa es "toda circunstancia sin la cual el resultado no se hubiera producido"<sup>92</sup>.

Von Buri propuso como fórmula para descubrir la causa de un resultado material un sencillo juego mental consistente en suprimir hipotéticamente la supuesta condición y si con ello desaparece también el resultado, dicha condición es causa del mismo.

El error más significativo de esta teoría se debe a la utilización de un criterio lógico demasiado basto que conduce a conclusiones absurdas como la del famoso caso del adulterio narrado por Binding<sup>93</sup>, en donde no sólo son autores del delito los adúlteros, sino también el carpintero que fabricó la cama en donde éste fue consumado.

Otro yerro de la teoría de la *conditio sine qua non* lo hace resaltar Giuseppe Bettiol<sup>94</sup> cuando establece que no se pueden equiparar como causas a condiciones de naturaleza diversa, como lo son las del orden natural (causas ciegas) y las humanas (videntes).

Como era de esperarse, la teoría de Von Buri no pudo conservar íntegros sus postulados originales ante tan agudas críticas, por lo que tuvo que ser corregida mediante el

<sup>92</sup> Carlos Fontán Balestra. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Edit. Abeledo Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1990. Pág. 443.

<sup>93</sup> Estas exageraciones doctrinales hicieron concluir a Binding que la teoría de la equivalencia de las condiciones llegaba a establecer que "todo el mundo sea culpable de todo", creando para contrarrestar tal error su propia teoría, la cual se basa en considerar como causa únicamente a la condición "preponderante" o "determinante" del resultado. Die Maxima, Vol. II, Pág. 478. Cit. por Carlos Fontán Balestra. Tratado, Tomo I, pág. 446.

<sup>94</sup> Giuseppe Bettiol. Derecho Penal, Parte General. Editorial TRMIS, 4ª edición, Bogotá, Colombia, 1965, pág. 227.



empleo de otros elementos del delito, como lo es la culpabilidad como corrector. En este sentido José A. Sáinz Cantero<sup>95</sup> comenta que afirmar que la conducta de un hombre ha sido la causa de un resultado no supone necesariamente aseverar que el autor es culpable y responsable del mismo, manifestando que los excesos a que esta teoría lleva en el terreno de la causalidad se corrigen en el área de la culpabilidad al no considerar como responsable del delito al autor cuando éste no lo haya querido (directa o eventualmente) o causado imprudentemente.

Al decir de Fontán Balestra<sup>96</sup>, la teoría de la equivalencia de las condiciones tiene el mérito de representar el límite más bajo de la causalidad y el de servir de punto de partida a todas las demás teorías causales, hecho que desde luego es suficiente para justificar la importancia reconocida a la formulación de Von Buri.

#### - La teoría de la adecuación.

La teoría de la adecuación, creada por Von Bar<sup>97</sup>, tiene como principal argumento el hecho de que no toda causa puede resultar capaz de producir el resultado prohibido. Su método se basa en la utilización de la experiencia para catalogar como única causa trascendente del resultado a aquella condición que conforme a la experiencia o de acuerdo al sentido común, pueda normalmente producirlo. Para comprender sus alcances nos serviremos del clásico ejemplo del sujeto levemente herido en la vía pública y que es conducido al hospital para su curación, lugar en donde éste muere al caérsele una barda mal construida. De

<sup>95</sup> Cfr. José A. Sáinz Cantero. *Op. cit.*, pág. 500.

<sup>96</sup> Cfr. Carlos Fontán Balestra. *Tratado, Tomo I*, pág. 444.

<sup>97</sup> Alfonso Arroyo de las Heras nos dice que el verdadero fundador de la teoría de la causalidad adecuada fue el fisiólogo Von Kries, profesor de la Universidad de Friburgo (1888). Alfonso Arroyo de las Heras. *Op. cit.*, pág. 68.

acuerdo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, la herida leve es causa de la muerte debido a que si la suprimimos mentalmente el resultado también desaparece; en cambio, para la teoría de la adecuación, una lesión de tal magnitud no es idónea para producir la muerte, concluyendo entonces que la herida leve no puede reputarse como causa del daño acaecido.

**C.1) Teorías que defienden la existencia de un nexo causal entre la conducta omisiva y el resultado material descrito.**

Luden defendió la existencia de un nexo causal en los delitos impropios de omisión argumentando que la causa del resultado prohibido es la acción realizada por el autor en lugar de la debida<sup>98</sup>. Luden partió de la idea de que el hombre siempre se encuentra activo y que mientras omite una acción invariablemente realiza otra, la cual viene a ser la causa del daño material descrito en los impropios delitos omisivos (teorías del *aliud agere*).

Las teorías que fundamentan el nexo causal a partir de conductas anteriores o paralelas a la omisión<sup>99</sup>, como lo es la creada por Luden, fueron pronto desechadas, ya que además de partir de premisas falsas como la del hombre siempre actuante, no pudieron hacer coincidir el momento del dolo con el de la aparición de la condición causal, error que puso de manifiesto Binding al establecer su propia teoría sobre la causalidad omisiva.

Los trabajos desarrollados por Binding<sup>100</sup> se enfocaron al problema de la coincidencia entre los momentos del dolo y el de la generación de la condición causal, manifestando que

<sup>98</sup> Cfr. Enrique Bacigalupo. Delitos Impropios de Omisión, pág. 15.

<sup>99</sup> Nos dice Heinrich Jescheck que los autores que los aceptan como causa del resultado a la acción precedente en lugar de la simultánea son Krug, Juliana Glaser y Adolfo Merkel. *Op.cit.*, Vol I., pág. 851 y 852.

<sup>100</sup> Cfr. Karl Binding. Die Normen und ihre Ubertretung, Tomo II, Leipzig, 1914, págs. 516 y sigs. Cit. por Enrique Bacigalupo en su obra Delitos Impropios de Omisión, pág. 19.

de seguirse los postulados equivocados de Luden, Krug, Glaser o Merkel, sólo se podía concluir la inexistencia de la culpabilidad en la omisión, o bien, aceptar la existencia de un *dolus subsequens* alterando los principios básicos de la teoría del delito. Considerando como inaceptables tales razonamientos, Binding sostuvo que la causa del resultado es la contención de la voluntad que impide la realización de la acción debida y no la acción anterior o paralela a ésta, logrando así hacer coincidir el momento del dolo con el de la conducta. A la teoría de Binding se le conoce como de la "interferencia", ya que en ella la contención de la voluntad es señalada como la causa del resultado material descrito en los impropios delitos omisivos.

Ahora bien, respecto a la elección de la teoría a emplear para descubrir la causa del resultado en los delitos impropios de omisión, según los seguidores de la corriente causal, advertimos que los autores prefieren la teoría de la *conditio sine qua non*, adoptando por consiguiente el juego mental ideado por Buri, pero aplicándolo a contrario sensu, toda vez que en lugar de suprimir mentalmente la condición causal la imaginan. Así tenemos que la omisión es causa del resultado cuando añadida hipotéticamente la acción omitida, el resultado material desaparece<sup>101</sup>. Al respecto Rodríguez Mourullo sostiene que "la omisión será causal, cuando *puesta* mentalmente la acción no ejecutada, desaparecería el resultado"<sup>102</sup>.

De entre los seguidores de la teoría de la adecuación tenemos a Guillermo Sauer, para quien la "omisión es causal cuando la acción esperada (sociológicamente) hubiese probablemente evitado el resultado"<sup>103</sup>.

Conviene decir que la inclusión mental de la acción omitida debe originar una probabilidad de evitación "*rayana en seguridad*", puesto que ante la imposibilidad de la

<sup>101</sup> Cfr. José Sáinz Cantero. Op. cit., pág. 517.

<sup>102</sup> Rodríguez Mourullo. La Omisión de Socorro en el Código Penal, pág. 63. Cit. por José A. Sáinz Cantero. *Ibidem*.

<sup>103</sup> Guillermo Sauer. Derecho Penal (Parte General). Editorial Bosch. Barcelona, España, 1956. pág. 150.

certeza debido al juego mental sugerido, sólo se puede exigir una "cuasi certeza" en la evitación.

### C.2) Teorías híbridas sobre la causalidad.

Las teorías que aceptan una muy especial "causalidad" en los delitos impropios de omisión parten de un concepto normativo de la relación causa-efecto, advirtiendo que la omisión, en el sentido físico de las ciencias exactas, no puede ser causa del resultado material descrito en los impropios delitos omisivos. A estas teorías las llamamos "híbridas" en virtud de que aun cuando se inclinan por negar la existencia de un vínculo mecánico entre la omisión y el resultado material prohibido, siguen empleando en sus explicaciones doctrinarias la expresión "causal" para designar a la relación existente entre ellos. Esta incoherente forma de utilizar el lenguaje nos ha llevado a la conclusión de que a pesar de que se ha descubierto que en los delitos impropios de omisión el resultado material descrito no es efecto del omitir, los penalistas "híbridos" mantienen una terminología inadecuada por razones meramente tradicionalistas.

De entre las teorías híbridas sobre la causalidad tenemos la de Silvio Ranieri<sup>104</sup>, quien después de afirmar la estructura normativa de dicha relación la sigue llamando "causal", pero de tipo jurídico. Zaffaroni<sup>105</sup>, por su parte, argumenta que si entendemos la causalidad como categoría del ser, es evidente la inexistencia de un nexo entre la conducta omisiva y el resultado material prohibido, reemplazando este autor el llamado "nexo causal" por uno llamado de evitación, sosteniendo sin embargo que tanto en la acción como en la omisión se

<sup>104</sup> Cfr. Silvio Ranieri. Manual de Derecho Penal, Tomo I. Edit. TEMIS, 4ª edición. Bogotá, Colombia, 1975, pág. 355.

<sup>105</sup> Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, pág. 456.

produce el fenómeno de la causalidad, aclarando que en el omitir ésta es de carácter "hipotético"<sup>106</sup>.

### C.3) Teorías que niegan la causalidad.

Las teorías que niegan la causalidad dan solución al problema trasladando la discusión al ámbito de la antijuridicidad, sosteniendo que el resultado material sólo es atribuido al omitente desde un punto de vista normativo, ya que cuando éste debía impedirlo permite ilícitamente su producción.

Para estas teorías, entre la omisión y el resultado material descrito en la estructura de los impropios delitos omisivos la causalidad no juega papel alguno; de lo contrario, no existiría razón alguna para distinguir la responsabilidad del padre que permite que su hijo se ahogue en la alberca y la del extraño que junto a él observa como el menor se ahoga. Para la generalidad de los autores, incluidos por supuesto aquéllos que defienden la causalidad en la omisión, en el anterior ejemplo el padre cometería homicidio mientras que el tercero simplemente el delito de omisión de auxilio.

No olvidemos que desde el siglo XIX Von Liszt mencionó que la causalidad no juega papel alguno en la responsabilidad penal del omitente, indicando este prestigiado autor que "el orden jurídico, del mismo modo que la vida misma, equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo...Pero esta equivalencia no significa que deba apreciarse una

<sup>106</sup> Francisco Muñoz Conde al respecto nos dice que "el delito de comisión por omisión es un delito de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión; se habla de "causalidad de la omisión" aunque realmente no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión. Lo que importa en la comisión por omisión es la constatación de una causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado". Francisco Muñoz Conde. Op. cit., pág. 33.

provocación del resultado en el hecho de no impedirlo: la punibilidad de la omisión es independiente del supuesto de causalidad<sup>107</sup>.

Para comprender mejor esta idea, volvamos a nuestro ejemplo. ¿Por qué los citados autores consideran al padre del menor autor de un homicidio y al extraño simplemente autor del delito de omisión de auxilio? La respuesta no la encontraremos en la causalidad, sino en la específica posición del sujeto que hace surgir en él un deber de evitación que de infringirse, posibilita la atribución del resultado por la equivalencia valorativa a la que se refirió hace más de un siglo Von Liszt.

Consideramos importante esclarecer el hecho de que en la producción del resultado si existe un factor causal que lo desencadena y que no es lógicamente la omisión, sino una causa ajena al agente y sobre la cual éste no ha influido directa o indirectamente para su conformación. Lo anterior es así debido a que el omitente está precisamente obligado a cortar la cadena causal que tiene como fin producir un daño al bien jurídico tutelado, de modo de que si el sujeto desencadena dicha fuerza lesiva, su responsabilidad derivará en un delito de acción y no en un delito omisivo; es decir, para la existencia efectiva de un deber de evitación siempre es necesaria una cadena causal que apunte hacia la materialización del resultado prohibido.

Podemos concluir diciendo, como lo hizo ya Von Hippel<sup>108</sup>, que el problema causal en los delitos impropios de omisión ha sido científicamente superado.

---

<sup>107</sup> Frans Von Liszt. Op. Cit., Tomo II, pág. 315.

<sup>108</sup> Cit. por Enrique Bacigalupo. *Delitos Impropios de Omisión*, pág. 24.

#### D) La Posición de Garante.

Una de las características fundamentales de los delitos impropios de omisión es el hecho de que no cualquier sujeto los puede cometer, sino sólo aquellos individuos que respecto del bien jurídico tutelado guardan una relación particular de salvaguarda, a la que Nagler denominó "calidad o posición de garante"<sup>109</sup>. De esta forma, los delitos impropios de omisión son delitos "especiales propios", ya que el tipo para su consumación requiere de una calidad específica en el autor, sin la cual éstos no pueden existir<sup>110</sup>. Por ello, la calidad de garante cumple una función discriminadora, reduciendo el número de los posibles autores de esta clase de delitos<sup>111</sup>.

Lo anterior explica el por qué Santiago Muir Puig<sup>112</sup> sostiene que no todo aquél que omite evitar la producción de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado por vía positiva, sino sólo determinadas personas que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una específica relación.

---

<sup>109</sup> Cit. por Eugenio Raúl Zaffaroni. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, pág. 459.

<sup>110</sup> Welzel nos dice que los delitos impropios de omisión comparten con los delitos especiales propios la particularidad de que la antijuridicidad de la conducta del autor sólo se funda mediante la adición de características objetivas especiales de autor. Hans Welzel. *Op. cit.*, pág. 287.

<sup>111</sup> No todo ser humano puede ser autor de un delito impropio de omisión porque no a todo individuo se le someta a una función especial de salvaguarda respecto a algún bien jurídico.

<sup>112</sup> Cfr. Santiago Muir Puig. *Op. cit.*, pág. 335.

Welzel<sup>113</sup> sostiene que autor de un delito impropio de omisión es sólo aquél que tiene una posición de garante efectiva respecto del bien jurídico y que estando en esta posición no evita el resultado típico, a pesar de poder hacerlo.

#### D.1) Concepto.

Podemos definir a la llamada posición de garante como el vínculo que convierte a un sujeto en protector de un bien jurídico determinado, al grado de imputársele su lesión en caso de que éste omita salvaguardarlo. Como consecuencia de la calidad de garante, el autor se encuentra en posición jurídica de cuidador, vigilante, conservador, evitador de peligros para el bien jurídico o garantizador de su integridad, en la inteligencia de que la evitación del peligro concreto del bien depende de una prestación positiva por parte del omitente, en quien según Jescheck<sup>114</sup>, han confluído los afectados.

Novoa Monreal nos dice que "la posición de garante está constituida, esencialmente, por un llamamiento selectivo e imperativo, jurídicamente obligatorio, que pesa sobre alguien que asume la prevención de un riesgo, implicando la exigencia de resguardar activamente los bienes jurídicos amparados por una norma de carácter prohibitivo"<sup>115</sup>.

Al respecto Bacigalupo afirma: "La doctrina actualmente dominante designa con las expresiones *posición de garante* o *deber de garantía*, a este elemento característico de la teoría de la omisión impropia y que consiste -podemos afirmar provisionalmente- en una estrecha relación del autor con el bien jurídico"<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> Cfr. Hans Welzel. *Op. cit.*, pág. 289.

<sup>114</sup> Cfr. Heinrich Jescheck. *Op. Cit.*, Vol. II, pág. 854

<sup>115</sup> Cfr. Eduardo Novoa Monreal. Fundamentos de los delitos de omisión, pág. 136.

<sup>116</sup> Enrique Bacigalupo. Delitos impropios de Omisión, pág. 116.



Para Santiago Muir Puig, la posición de garante surge cuando al sujeto le corresponde *"una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones"*<sup>117</sup>.

#### D.2) Posición de garante y deber de garantía.

Aunque la posición de garante y el deber de garantía se encuentran ligados esencialmente, no son lo mismo. De la posición de garante, entendida como la singular vinculación entre el sujeto y un bien jurídico en particular, emana un deber especial de salvaguarda que sobrepasa por mucho a un simple deber de actuar.

Ahora bien, debemos advertir que todo deber de garantía es un deber jurídico, pero no todo deber jurídico es un deber de garantía. Este último, se caracteriza por ser un deber de evitación cuyo incumplimiento acarrea la atribución normativa del resultado material no evitado.

Debido a las consecuencias que para el autor puede generar el incumplimiento del deber de garantía, conviene precisar con sumo cuidado cuándo surge éste y cuáles son los alcances legales del mismo.

Por lo que hace a los alcances del deber de actuar, éstos están determinados por la necesidad de protección que el bien jurídico tutelado en un momento dado necesita y de conformidad con las posibilidades reales de evitación que tenga el garante, quien no estaría obligado a realizar ningún acto que sobrepase sus propias limitaciones. Lo anterior lo podemos aclarar mediante la utilización del siguiente enunciado: No sería lógico dar "chocitos" a quien requiere urgentemente una intervención quirúrgica para salvar la vida, ni sería correcto exigir que opere a alguien que no es cirujano.

---

<sup>117</sup> Cfr. Santiago Muir Puig. Op. cit., pág. 333.

El deber que vincula al garante no se satisface, al decir de Novoa Monreal<sup>118</sup>, con un mínimo, sino que debe el obligado agotar sus posibilidades, de lo que concluimos que el límite para la actuación del garante es la protección idónea del bien sin riesgo personal, ya que la calidad de mártir no es un fin que persiga nuestro orden jurídico.

Otra forma de enunciar los alcances y límites del deber de garantía es mediante la comprensión de los llamados por Bacigalupo<sup>119</sup> "presupuestos" de la posición de garantía y que según este autor son los elementos que integran la capacidad final de evitación, conformada por:

- a) La posibilidad física real de evitar el resultado, y
- b) El conocimiento de la situación típica y la cognoscibilidad de los medios para ejecutar la acción de salvamento<sup>120</sup>.

### D.3) Relación entre el conocimiento de la posición de garante y el deber de evitación.

Comunmente se afirma, y con sobrada razón, que la ignorancia de la leyes no excusa su cumplimiento. Sin embargo, tratándose de la posición de garante y del deber de evitación que emerge de ella, no podemos decir lo mismo.

<sup>118</sup> Eduardo Novoa Monreal. *Fundamentos de los delitos de omisión*, pág. 137.

<sup>119</sup> Cfr. Enrique Bacigalupo. *Delitos impropios de omisión*, págs. 149 a 153.

<sup>120</sup> Nos dice Bacigalupo que el conocimiento efectivo de la situación típica y la posibilidad de salvamento no puede substituirse por una "poder conocer" como afirmó Gellus. *Idem.*, pág. 151.

Según las ideas vertidas en el apartado anterior, el deber de salvaguarda surge de la posición de garante, y ésta a su vez requiere para su existencia de la capacidad de evitación en el agente. Como dicha capacidad se conforma no sólo con la posibilidad real de evitación, sino también con el conocimiento de la situación típica y los medios para llevar a cabo la función de salvaguarda, es que la ignorancia de la posición de garantía impide el nacimiento del deber de evitación a cargo del sujeto<sup>121</sup>.

#### D.4) Fuentes del deber de garantía.

Debemos partir, como premisa fundamental, de la idea de que el deber de actuar del garante emana exclusivamente del orden jurídico establecido y que de ninguna manera pueden tener cabida aquí cuestiones o planteamientos de carácter meramente moral o ético.

Es muy difícil determinar *a priori* cuándo y en qué momento un sujeto es garante de un bien jurídico. En realidad, la delimitación y caracterización de los distintos deberes de salvaguarda constituye un problema que para muchos no puede ser del todo superado por la vía legislativa. lo que ha generado el sacrificio del principio de legalidad al señalar genéricamente en la descripción típica únicamente la fuente de donde dicho deber emana.

Tradicionalmente se han reconocido como fuentes del deber de evitación a la ley, al contrato y al actuar precedente, incluyéndose en un momento posterior a las estrechas relaciones que surgen por una comunidad de vida o de peligro<sup>122</sup>. A esta corriente ideológica se le ha llamado "formal", vocablo que se contraponc a la teoría de las funciones impulsada por Kaufmann.

<sup>121</sup> Esta idea, según refiere Bacigalupo, no es compartida por Baumann, Maurach y Schönke-Schröder, quienes ejemplifican su postura mediante casos que parten de situaciones ajenas a una real calidad de garantía, como es el caso del contrato celebrado por conducto de un apoderado que señala Baumann. Cfr. Enrique Bacigalupo. *Idem.*, págs. 153 y 154.

<sup>122</sup> Cfr. Heinrich Jescheck. *Op. cit.*, Vol. II, págs. 854 y 855.

### **n) Teoría formal de las fuentes.**

Para esta teoría, las fuentes del deber de evitación que hace garante a un individuo son las siguientes:

#### **- La Ley.**

En nuestro orden jurídico existen múltiples preceptos que nos ordenan la realización de una conducta, como por ejemplo, el deber de los padres de alimentar a sus hijos (Art. 303 del Código Civil para el D.F). Sin embargo, la inobservancia de tales deberes de carácter civil no conlleva la atribución normativa al omitente del daño producido, ya que para ello hace falta el tipo penal que así lo establezca. En este orden de ideas, la ley es fuente del deber de evitación para los efectos de la atribución normativa del resultado material no evitado, sólo si la ley penal así lo establece en forma expresa.

#### **- El contrato.**

Originalmente se habló del contrato como fuente del deber de actuar, pero pronto se modificó dicha idea para establecer, con toda propiedad, que tal deber de evitación emerge de la especial aceptación por parte del garante. Gracias a ello se ha podido separar a la especial "aceptación" de la figura civilista del contrato, lo que nos parece correcto, ya que el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos u obligaciones está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos para su plena validez, pues aun cuando aparentemente exista, sus efectos pueden declararse nulos, como en el caso de la enfermera que es contratada para cuidar a un enfermo que requiere de la administración diaria de un medicamento para conservar su vida y que al percatarse de que fue contratada por un menor de edad decide no suministrar la dosis permitiendo que el enfermo muera.

Analizando con cuidado el ejemplo anterior, podremos darnos cuenta que el deber de evitación no deriva del contrato, que no sólo puede declararse nulo sino inexistente. En realidad, el deber de evitación surge de la especial aceptación, la cual se manifiesta en forma expresa al asumir en forma efectiva la obligación de salvaguarda, aunada a la confianza depositada en el garante. Imaginemos que la enfermera nunca se presenta a trabajar después de que ha firmado el contrato y los familiares del enfermo, a pesar de que conocen tal hecho, deciden salir de paseo y a su regreso pretender atribuir la muerte del paciente a la persona que formalmente contrataron.

- El actuar precedente.

Por razones de justicia se dice que quien provoca un peligro o lo aumenta, debe velar por su control. Quien con su conducta genera la posibilidad de un daño se encuentra obligado a evitarlo. Sin embargo, tales ideas no deben aceptarse con tanta superficialidad, pues como afirma Rudolphi<sup>123</sup>, sólo una acción previa contraria al derecho es la que puede generar el deber de garantía. Pensemos por ejemplo en el sujeto que repele una agresión causando lesiones en su atacante (legítima defensa). En este caso, el defensor no estaría obligado a evitar la muerte de su agresor al grado de responder por su vida.

De igual forma, el actuar previo debe significar un peligro próximo para el bien jurídico tutelado, ya que de lo contrario, no podrá ser considerado su actuar una fuente del deber de evitación. Esta idea no es compartida por Stratenwerth<sup>124</sup>, quien indica que si el actuar precedente genera peligros de materialización futura (por ejemplo desperfectos en automóviles), el sujeto debe responder como garante de ellos mientras no los elimine.

---

<sup>123</sup> Cit. por Hans Welzel. Op. cit., pág. 297.

<sup>124</sup> Cit. por Eugenio Raúl Zaffaroni. Tratado, Tomo III, pág. 469.

**- Comunidad de vida o de peligro.**

La comunidad de vida o de peligro hace alusión a aquéllos casos en los que la convivencia en situaciones que implican cierto riesgo, genera una confianza mutua entre quienes la forman, al grado de generar el deber general de ayuda entre ellos.

Para Jiménez de Asúa<sup>125</sup>, esta cuarta fuente del deber de evitación merece un estudio cuidadoso, ya que el aceptar que las relaciones sociales de convivencia generen una obligación de salvaguarda, es estrechar peligrosamente la barrera que distingue los deberes morales de los jurídicos. Para este autor, la convivencia social sólo puede provocar la especial obligación de protección cuando el orden jurídico así lo establece, razonamiento que desde luego aceptamos.

La comunidad de vida o de peligro, como fuente del deber de evitación, también es aceptada por Welzel, quien las sitúa como subgrupos de lo que él llama "especiales relaciones de lealtad"<sup>126</sup>. Zaffaroni concluye que el común denominador en estos casos es la existencia del principio de confianza entre los sujetos que conviven, transcribiendo a continuación su frase más significativa al respecto: "En síntesis, creemos que este tipo de relaciones, para generar un deber de garantía, deben basarse efectivamente en el principio de la confianza. Esta es la única base firme que las puede limitar. Lo contrario o sea hablar de "relaciones sociales" o "relaciones de vida", son "expresiones programáticas" como dice Stratenwerth, que desafortunadamente nos llevan a lo que queremos evitar: que la ética social pase íntegramente a ser fundamento del deber de garantía"<sup>127</sup>.

En términos generales se ha dicho que esta cuarta fuente del deber, e incluso la tercera, pueden ser comprendidas en las dos primeras, es decir, en la ley o en la especial

<sup>125</sup> Cfr. Luis Jiménez de Asúa. Tratado Tomo III, págs. 427 y 428.

<sup>126</sup> Cfr. Hans Welzel. *Op. cit.*, págs. 299 y 300.

<sup>127</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. Tratado Tomo III, pág. 470.

aceptación, lo que desde luego dependerá de la interpretación que a cada una de ellas asigne cada autor.

#### b) Teoría de las funciones.

Armin Kaufmann<sup>128</sup>, considerando que el señalamiento formal de las fuentes entraña una deficiencia en tanto que a través de ella se suele desestimar su contenido real, propuso una teoría basada en la delimitación de las fuentes tomando como referencia el sustrato material de cada una de ellas. De esta forma, distingue entre deberes de garante que consisten en una *función de protección de un determinado bien jurídico* de aquellos otros en los que el garante está obligado al *control de una fuente de peligro*.

#### - Función de protección de un bien jurídico.

Dentro de esta función deben incluirse todas aquellas situaciones que crean en el individuo el deber específico de proteger un bien jurídico determinado, cuya integridad depende de él en forma personal. En principio, esta relación tendría como extremos al garante y al bien jurídico protegido, siendo los casos más comunes, al decir de Santiago Muir Puig<sup>129</sup>, los siguientes:

\* La existencia de una estrecha vinculación familiar, a la que Jescheck prefiere extender a vínculos naturales reconocidos por el derecho, como por ejemplo el concubinato<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> Cit. por Heinrich Jescheck. *Op. Cit.*, Vol. II, pág. 855.

<sup>129</sup> Cfr. Santiago Muir Puig. *Op. cit.*, págs. 336 a 339.

<sup>130</sup> Cfr. Heinrich Jescheck. *Op. cit.*, Vol. II., pág. 857.

- \* La comunidad de peligro; y
- \* La asunción voluntaria de una función de protección.

En estos casos, lo importante es que el bien jurídico dependa personalmente del garante, quien se ha hecho responsable de su integridad<sup>131</sup>.

Con respecto a los bienes jurídicos a los que puede dirigirse el deber de salvaguarda, existe doctrinariamente una limitación, pues como afirma Bacigalupo<sup>132</sup>, sólo se admiten como bienes que dan lugar a esta peculiar posición de garantía a la vida, el cuerpo y la propiedad.

**- Control de una fuente de peligro.**

El deber de garantía también puede derivar del deber de controlar determinadas fuentes de peligro por parte de quien las ha creado o a quien se ha confiado su vigilancia. Se distingue de la función anterior, en el hecho de que en ésta la relación no es con un determinado bien jurídico que se deba proteger, sino con todos aquéllos que en un momento dado puedan dañarse mediante el peligro provocado por la fuente a controlar. En estos casos, la vinculación surge entre el garante y la universalidad de bienes que peligran por el descontrol de la fuente del peligro.

Como ejemplos de este deber, podemos señalar a los siguientes:

<sup>131</sup> La relación del garante con el bien jurídico puede ser permanente o temporal, lo que determinará también la vigencia del deber de garantía.

<sup>132</sup> El autor citado no está de acuerdo con tal limitación, a la que califica como infundada. Cfr. Enrique Bacigalupo. Delitos impropios de omisión, pág. 144.



- \* El deber de actuar precedente o injerencia.
- \* El deber de controlar de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio, como puede ser el caso de quien posee animales feroces o es propietario de instalaciones peligrosas (gasolineras).
- \* Responsabilidad por conductas de otras personas (padres, tutores, maestros o militares).

Como puede apreciarse, tanto en la teoría formal como en la teoría de las funciones se reconocen prácticamente las mismas situaciones como fuentes del deber de garantía, por lo que Jescheck ha sugerido la búsqueda de un denominador común que las una para dar lugar a lo que sería una corriente ecléctica<sup>133</sup>.

#### 4.2.2 EL TIPO SUBJETIVO

El tipo subjetivo de los impropios delitos omisivos se integra, al igual que el de los delitos comisivos, por los llamados elementos subjetivos del injusto además del dolo o la culpa según sea el caso<sup>134</sup>. Sobre las peculiaridades del dolo y la culpa nos ocuparemos en este apartado, haciendo la aclaración que sobre los elementos subjetivos del injusto nos conformaremos con decir que son elementos adicionales al dolo que son exigidos por el legislador para la configuración del tipo, como serían las tendencias, motivos o conocimientos específicos del autor.

<sup>133</sup> Cfr. Heinrich Jescheck. Op. cit., Vol. II., pág. 856.

<sup>134</sup> Nos hemos adherido a la teoría final de la acción, según la cual la finalidad forma parte integrante de la misma, debiéndose establecer que existe un tipo subjetivo en el que se contiene el dolo o la culpa según sea el caso.

**A) El dolo.**

El dolo se entiende, para expresarlo en forma muy sencilla, como la *conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo* de un delito en particular. De esta forma tenemos que el dolo se compone de un elemento intelectual (conocer) y de uno volitivo (querer) que apuntan hacia la realización de los elementos que integran la configuración típica. Sin embargo, tratándose de los delitos impropios de omisión ha surgido la duda acerca de si el omitente, para actuar dolosamente, deba conjuntamente conocer y querer la no realización de una acción tendiente a evitar un resultado material prohibido. Nosotros concluimos que sí, advirtiendo lo siguiente:

- a) El autor a título doloso debe conocer todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo.
- b) El sujeto debe querer la producción del daño, sabiendo que no realiza la acción capaz de evitarlo.
- c) Basta que el sujeto, sabiendo la inminente producción de un daño que puede evitar, acepte su producción (dolo eventual).

Por otro lado, el deber de salvaguarda derivado de la posición de garante no tiene por qué ser conocido por el omitente para que éste actúe dolosamente, ya que tal deber no forma parte del tipo objetivo, sino que es elemento de la antijuridicidad.

Asimismo, hay situaciones en las que difícilmente se puede determinar la concurrencia de una omisión dolosa, como por ejemplo aquellas en las que no se puede decir

que exista una resolución de permanecer inactivo (elemento volitivo). Jescheck<sup>135</sup> nos dice que el dolo, en estos casos, se agota en el conocimiento de la situación típica y en la conciencia de la propia capacidad de evitación.

#### **B) La culpa.**

Al igual que en los delitos comisivos, en los impropios delitos omisivos existe culpa cuando el omitente viola un deber de cuidado que le era personalmente exigible. Al decir de Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>136</sup>, hay cuatro formas de trasgredir dicho deber de cuidado en tratándose de la omisión punible:

- a) Cuando se aprecia en forma incorrecta la situación típica (el salvavidas cree que el sujeto sólo juega en la alberca).
- b) Cuando el mandato de hacer se realiza equivocadamente (el alpinista arroja la cuerda chica en lugar de una grande).
- c) Cuando se aprecia indebidamente la posibilidad física de evitación (el sujeto que no sabe nadar no evita la muerte de quien se ahoga en el río pudiendo arrojarle un salvavidas).
- d) Cuando las circunstancias que generan la calidad o posición de garante se aprecian con falta de cuidado.

<sup>135</sup> Cfr. Heinrich Jescheck. *Op. cit.*, Vol. II, pág. 867.

<sup>136</sup> Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado, Tomo III*, pág. 482. Coincide con el Santiago Muir Puig. *Op. cit.*, págs. 285 y 286.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

**C) Los delitos cometidos por olvido.**

Hay una forma muy peculiar de delinquir en la que el omitente no tiene conciencia ni voluntad de lesionar a otro, pero que por su descuido o negligencia también debe sancionarse. Nos referimos a los llamados "delitos de olvido" o delitos provocados por la "falta de memoria", ilícitos a los que incluso un prestigiado autor designó incorrectamente como "delitos de omisión espiritual"<sup>137</sup>.

Lo que se castiga en estos ilícitos es la indiferencia, ya que en una colectividad no sólo debemos preocuparnos por nosotros mismos, sino también por los que nos rodean, máxime cuando existe una obligación de hacer cuyo incumplimiento puede ocasionar severos daños para la colectividad.

El análisis de la delincuencia olvidadiza es una tarea de muy difícil tratamiento, por lo que debemos tener cuidado en no caer en excesos como en los que incurrió Alcalá Zamora al afirmar que "todos o casi todos los delitos son posibles de perpetrar por el olvido"<sup>138</sup>, frase totalmente alejada de la verdad y de la lógica, ya que no podemos imaginar que los delitos de violación, de injurias o peculado puedan cometerse de ese modo.

Resumiendo, en los llamados delitos de olvido, el omitente es indiferente a su deber e inconcientemente permite un daño por su falta de memoria. Este olvido constituye una omisión que debe sancionarse, recomendando para ello, desde nuestro particular punto de vista, una punibilidad atenuada.

---

<sup>137</sup> Así los llama Niceto Alcalá Zamora en su ensayo "Sanciones para la Delincuencia por Olvido", publicado el 14 de marzo de 1945. Cit. por Luis Jiménez de Asua, Tratado, Tomo III, pág. 403.

<sup>138</sup> Idem., pág. 403.

### 4.3 LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN.

#### 4.3.1 La antijuridicidad.

La antijuridicidad de un hecho se define como la contradicción formal y material de éste con el Derecho, aclarando además, siguiendo el pensamiento de Muñoz Conde<sup>139</sup>, que la antijuridicidad no es creada por el Derecho Penal, sino seleccionada por éste mediante la tipicidad de ciertas conductas.

Hoy en día se afirma que la tipicidad de un hecho no significa ineludiblemente que el mismo sea antijurídico, ya que la contradicción formal de la conducta requiere además la negación material del Derecho (carácter indiciario de la tipicidad). Por un error, por cierto muy frecuente, se dice que la conducta del autor es contraria a la ley, siendo que en realidad lo correcto sería decir que la conducta del delincuente es contraria a la norma<sup>140</sup>.

Pues bien, por antijuridicidad debemos entender la negación del Derecho reflejada en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, añadiendo que sólo será antijurídica una conducta cuando siendo típica, no se encuentre amparada por una causa de justificación, representando éstas últimas el lado negativo de este elemento del delito, las cuales no excluyen la antijuridicidad del hecho porque éste, en estricto sentido, nunca fue contrario a derecho<sup>141</sup>.

<sup>139</sup> Cfr. Francisco Muñoz Conde. *Op. cit.*, pág. 83.

<sup>140</sup> Carlos Binding estableció con toda claridad que el delito no es lo contrario a la ley penal (pues el hecho se ajusta a lo previsto en ésta), sino lo contrario a la norma que se encuentra inmersa en la ley. *Cit. por Castellanos Tena. Op. cit.*, pág. 179.

<sup>141</sup> Debido a que las causas de justificación excluyen la antijuridicidad, es que las mismas deben estar expresamente reconocidas en la ley, no existiendo por tanto causas de justificación *supralegales*.

Las anteriores afirmaciones sobre la antijuridicidad se aplican tanto al hacer como al omitir, por lo que en los delitos impropios de omisión se aplican los mismos criterios; es decir, la omisión sólo será antijurídica cuando siendo típica no se encuentre amparada por una causa de justificación. Por otro lado, la antijuridicidad de la conducta omisiva no sólo depende de la tipicidad, ya que existen conductas que siendo típicas no son contrarias a derecho, como lo es el caso de la omisión en la que concurre un deber que justifica la no realización de la conducta exigida.

#### 4.3.2 La Culpabilidad.

Existen dos teorías que explican a la culpabilidad: La psicológica o psicologista, y la normativa o normativista. Conforme a la primera, la culpabilidad es un nexo psicológico entre el autor y su hecho, constituyendo el dolo y la culpa las dos especies de ésta. Para la teoría normativa iniciada por Frank en 1907<sup>142</sup>, la culpabilidad es un juicio de reproche que se le hace al autor de la conducta, haciéndose necesario distinguir el concepto normativo de la culpabilidad que maneja el sistema causalista, del concepto normativo de culpabilidad que acepta la teoría final del delito. La nota común entre estos dos conceptos es que ambos se basan en la idea de la normatividad, pero se diferencian por su estructura o contenido. Para los seguidores del sistema causal, la culpabilidad se integra por el dolo o la culpa y la exigibilidad; mientras que para la teoría final el juicio de reproche requiere de la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento o conciencia de la antijuridicidad y de la exigibilidad de otra conducta<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Cit. por Carlos Madrazo. Estudio monográfico del error de tipo y error de prohibición, Estudios Jurídicos contenidos en el Cuaderno del Instituto Nacional de Ciencias Penales No.19, México, 1985, pág. 34.

<sup>143</sup> Cfr. Moisés Moreno Hernández. Consideraciones dogmáticas y político-criminales en torno a la culpabilidad, Revista Mexicana de Justicia, No. 1, Vol. 1, enero-marzo de 1983. Págs. 163 y sigs.

Con toda propiedad afirma el Licenciado Fernando Labardini Mendez que el concepto "normativo" de la culpabilidad que acepta la teoría causal implica una combinación de elementos de carácter psicológico (dolo o culpa) y de carácter normativo, lo que en estricto sentido hace que esta teoría sobre la culpabilidad sea en realidad psicológico-normativa, debiendo por tanto concluir que no se trata de un concepto normativo puro<sup>144</sup>.

Ahora bien, nos dice Muñoz Conde<sup>145</sup> que actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico pudiendo actuar de un modo diferente, confesando este autor que tal concepto de culpabilidad descansa en premisas de muy difícil demostración, como lo es el hecho de establecer cuándo un sujeto puede o no conducirse conforme a Derecho. La idea del reproche para el autor obedece a que éste, pudiendo elegir el buen camino, prefiere el contrario a la normatividad socialmente aceptada.

Por lo que hace al juicio de reproche en los delitos impropios de omisión, generalmente se acepta que el omitente muestra menos culpabilidad que el autor del delito comisivo, idea que es generalmente acogida por la doctrina y por la cual se recomienda la aplicación de una pena atenuada al autor de un delito impropio de omisión, la que obviamente puede establecerse como una facultad potestativa para el juzgador.

#### 4.3.3 La Colisión de Deberes.

En tratándose de la omisión punible, la antijuridicidad o la culpabilidad no surgen ante la presencia de la llamada "colisión de deberes", la cual según refiere Bacigalupo<sup>146</sup>, se da cuando ante el deber de evitación que tiene el garante surge otro simultáneo que impone a

---

<sup>144</sup> Esta idea es sostenida en cátedra por el Licenciado Fernando Labardini Mendez.

<sup>145</sup> Cfr. Francisco Muñoz Conde. Op. cit., pág. 128.

<sup>146</sup> Cfr. Enrique Bacigalupo. Delitos impropios de omisión, pág. 155.

éste un comportamiento excluyente del primero. Para Weasels<sup>147</sup>, sólo puede hablarse de una auténtica colisión de deberes cuando los deberes que entran en conflicto reclaman validez uno al lado del otro, ya que si por razones de subsidiariedad uno retrocede, sólo existe una "aparente colisión", puesto que en realidad hay un único deber.

Tradicionalmente la doctrina indica que cuando los deberes son de distinta jerarquía y el agente prefiere el incumplimiento del menor frente al cumplimiento del más valioso, la omisión no puede ser antijurídica por operar en ella una causa de justificación. Si los deberes son de igual valor, el sujeto tampoco comete un delito puesto que se encuentra en un estado de necesidad disculpante que excluye su culpabilidad, ya que ante las circunstancias concretas no se le puede exigir que obre de otra manera.

Hoy día también se dice que cuando los deberes son de igual valor también se elimina la antijuridicidad de la conducta bajo el argumento de que si de todos modos el sujeto cumple con un deber, no puede obrar en forma ilícita<sup>148</sup>.

Para una mejor comprensión de la colisión de deberes, citamos el siguiente ejemplo:

Pedro se percató, al regresar de su trabajo, que su casa arde en llamas. Observa como en la ventana 1) su hijo trata de escapar mientras que en la ventana 2) su esposa también hace intentos por salir del inmueble que está a punto de derrumbarse envuelto en llamas. En ambos casos, los esfuerzos de los atrapados son inútiles pues requieren el auxilio de Pedro, quien sirviéndose de una escalera podría subir a una de las ventanas y abrirla. El sabe que no tiene tiempo suficiente para salvar a los dos, por lo que tiene que elegir entre alguno de ellos para salvarlo.

---

<sup>147</sup> Cfr. Johannes Weasels. Op. cit., pág. 220.

<sup>148</sup> Cfr. Enrique Bacigalupo. *Delitos impropios de omisión*, pág. 155.



Si se observa, en nuestro ejemplo se trata de deberes de igual valor, por lo que Pedro actuaría conforme a derecho en el caso de salvar a cualquiera de los atrapados, ya que se encuentra en posición de garante respecto de la vida de ambos.

#### 4.3.4 Error de Tipo y Error de Prohibición.

El error genéricamente hablando, es una falsa o equivocada concepción de la realidad, distinguiéndose de la ignorancia en tanto que en ésta última existe una carencia de conocimiento. Para los romanos, el error podía referirse a cuestiones de hecho o de derecho, excluyéndose en ambos casos la responsabilidad criminal<sup>149</sup>. Con el paso del tiempo las consecuencias del error fueron modificándose, aunque se conservó la terminología empleada para designarlos: Error de hecho y error de Derecho<sup>150</sup>.

Para la teoría final del delito iniciada por Welzel, el error adquiere diverso trato, al grado de que no sólo la terminología para distinguir sus especies cambia, sino también los efectos que cada clase de error provoca.

#### A) Error de tipo.

Surge cuando el sujeto conoce erróneamente alguno o todos los elementos que integran la descripción legal del injusto. Este error, tratándose de los impropios delitos omisivos, puede referirse a cualquiera de los elementos que conforman la estructura típica,

<sup>149</sup> Cfr. Carlos Madrazo. Op. cit., págs. 40 y 41.

<sup>150</sup> Graf Zu Dohna considera que la verdadera dificultad para estudiar el error en la teoría del delito consiste en lograr separar nitidamente entre sí a las distintas especies de error (error de hecho y de derecho), al grado de que se sugiere ya una unificación en su tratamiento. La estructura de la teoría del delito. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1958, pág. 80.

como puede ser el error sobre la situación típica, el error sobre la posición de garante, el error acerca de la producción del resultado prohibido o el error sobre la posibilidad de evitación.

### **B) Error de prohibición.**

Existen dos formas en las que el llamado "error de prohibición" se puede presentar: Cuando el autor considera lícita su conducta, o bien, cuando éste ni siquiera se plantea la pregunta acerca de la licitud o ilicitud de su hecho<sup>151</sup>.

El error de prohibición puede orientarse a la existencia de la norma o hacia la existencia de una causa de justificación que ampare la conducta del agente, llamándose al primero error de prohibición directo y el segundo error de prohibición indirecto.

En los delitos impropios de omisión, un error de prohibición lo constituye la creencia equivocada sobre la existencia del deber de garantía.

### **C) Consecuencias legales del error.**

Para la teoría final, el error de tipo excluye el dolo, dejando subsistente la culpa. Cuando el error es invencible se excluye toda responsabilidad penal en el sujeto. El error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, mientras que el error vencible permite sólo una atenuación de la pena.

---

<sup>151</sup> Cfr. Francisco Muñoz Conde. Op. cit., pág. 161.

**CAPÍTULO V**  
**LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN Y EL PRINCIPIO**  
**DE LEGALIDAD**

## CAPÍTULO V

### LOS DELITOS DE OMISIÓN Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Generalmente se dice que una de las principales características de los impropios delitos omisivos es precisamente la carencia de una descripción típica expresa en los Códigos Penales, circunstancia que nos obliga a analizar la relación que guardan estos ilícitos con el principio de legalidad o de reserva. En primer lugar, debemos descubrir cuál es el sentido de dicho principio y los alcances que éste tiene en nuestra legislación penal vigente, advirtiendo que si bien es cierto que existen conductas que dañan a la sociedad y que de acuerdo a nuestro sentir merecen un ejemplar castigo, sólo la ley, como expresión legítima de la voluntad popular, es la que puede determinarlo.

#### 5.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: ORIGEN Y SENTIDO.

El principio de legalidad, también conocido como de reserva, se expresa en su aspecto formal mediante un aforismo latino que no tuvo su origen en el Derecho Romano<sup>152</sup>: El *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que en buen español puede traducirse como "no hay delito ni pena sin ley".

Este principio constituye uno de los más importantes logros que la Revolución Francesa legó al mundo, al grado de que ahora se afirma que ningún Derecho Penal puede considerarse democrático y moderno si no lo contempla como uno de su más preciados dogmas.

---

<sup>152</sup> Es a Feuerbach a quien se le atribuye su formulación latina, aunque según aclara Jescheck, Feuerbach nunca se refirió literalmente a ella por mucho que se haya incluido en su pensamiento. Cfr. Heinrich Jescheck. Op. Cit., Vol I, pág. 104.

Sobre el principio de legalidad existen algunos antecedentes previos a la Ilustración que merecen mención, como la *Magna Charta Liberaum* de Juan Sin Tierra (1215), monarca inglés que por presión de los barones tuvo que reconocerles ciertos derechos y jurar respetármelos, así como la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 del pueblo germano<sup>153</sup>. En ambos casos, este principio no se reconoció en su sentido actual, pues en la Carta inglesa no se excluyó la costumbre como fuente del derecho punitivo, mientras que en la ley germana no se prohibió la analogía contra reo.

Como dijimos con anterioridad, fue en la Revolución Francesa en donde se fraguó en su actual sentido el principio de reserva, inspirándose en las teorías de los ideólogos de la Ilustración que querían acabar con un anciano régimen en donde la libertad y la dignidad humanas eran pisoteadas por un poder absoluto y asfixiante que debido a sus abusos cabó su propia tumba. Las injusticias del monarca se debieron a la inexistencia de un poder equilibrante y de una representación popular que expresara el sentir general del pueblo, surgiendo como respuestas para combatir tan graves males la teoría de la división de poderes, la idea de la ley como expresión de la voluntad general y la del contrato social como origen y límite del poder público.

El principio de legalidad se fundamentó en la teoría del contrato social de Juan Jacobo Rousseau, la cual explica la transición del hombre del estado natural al estado social en virtud de un pacto en el que asegura su participación y control de la vida política: Él cede cierta libertad a cambio de la seguridad y tranquilidad que le garantiza el vivir en sociedad, externando su voluntad a través de una representación (Poder Legislativo) de la que emana la ley como suma de voluntades. En consecuencia, sólo la ley como voluntad general es la que

---

<sup>153</sup> El artículo 29 de la Carta inglesa dice: "Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de su tenencia, de sus libertades o libres usos, ni puesto fuera de la Ley, ni exiliado, ni molestado de manera alguna; y Nos no pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser en virtud de un juicio legal de sus pares y según la ley de la tierra". Juvenantino V. Castro. *Lecciones de Garantías y Amparo*. Edit. Porrúa, S.A. México, 1974, pág. 219.

puede establecer qué conductas constituyen delitos y qué penas le son aplicables. De esta forma, tanto al monarca como al Juez, que no representan al pueblo, les está prohibido crear delitos o establecer pena alguna no decretada por la voluntad popular.

César de Bonesano, Marqués de Beccaria, fue quien más se preocupó en aplicar estas innovadoras ideas al Derecho penal. A sus veintiséis años escribió la que fuera su obra maestra, el *Tratado de los Delitos y de las Penas*, en donde textualmente afirmó:

"...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad..."<sup>154</sup>

## 5.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO MEXICANO.

En nuestro derecho positivo, el principio de legalidad se encuentra plenamente reconocido tanto en la Ley Fundamental como en la ley ordinaria. El párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"

---

<sup>154</sup> César de Bonesano, Marqués de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Edit. Porrúa, S.A., 6ª edición, México, 1995, pág. 12.

Dicho precepto constitucional, que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Federal es Ley Suprema de toda la Unión, debe ser respetado por todos los jueces (federales y locales) a pesar de las disposiciones que en contrario existan en las constituciones estatales y en las leyes que emanen de ellas, por lo que la vigencia del principio de reserva en nuestro orden jurídico es de carácter general.

A fin de asegurar la "exacta aplicación de la ley penal", el constituyente prohibió la imposición de penas por simple analogía y aun por mayoría de razón<sup>155</sup>. Nos dice Ignacio Burgoa que la "aplicación analógica de la ley penal tiene lugar cuando a ésta se atribuyen efectos normativos sobre casos reales (actos, hechos, relaciones o situaciones) que no están previstos en ella, pero que guardan con la hipótesis expresamente regulada no una semejanza absoluta (identidad) sino una similitud relativa, o sea, en cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes"<sup>156</sup>. Ahora bien, la imposición de penas por mayoría de razón tiene su apoyo en la finalidad de la ley o teleología de la misma, aplicando la norma existente a un caso no regulado expresamente por ella pero cuya situación, según su propia gravedad o magnitud, hacen igualmente necesaria su sanción conforme al fin del precepto legal expreso.

Por lo que hace a la ley ordinaria, concretamente nuestro Código Penal para el D.F., el principio de legalidad o de reserva se reconoce bajo las siguientes palabras que se encuentran contenidas en la primera parte del artículo 7º: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

---

<sup>155</sup> Obsérvese que se prohíbe la aplicación analógica, más no la interpretación analógica de la ley penal que es distinta. También conviene precisar que en las leyes civiles hay lagunas y que la plenitud hermética del Derecho obliga a llenarlas; mientras que en el Derecho Penal no las hay, pues el espacio libre entre las conductas típicamente antijurídicas, jurídicamente son permitidas en virtud del principio de legalidad o de reserva. Cfr. Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, pág. 782.

<sup>156</sup> Ignacio Burgoa. Las Garantías Individuales. Edit. Porrúa, S.A., 8ª edición. México, 1973, pág. 570.

En este precepto legal no sólo el legislador nos dá una definición formal del delito, sino que en ella plasmó de manera muy sencilla el principio de legalidad al establecer que es precisamente la ley penal, como fuente única, la que determina qué actos u omisiones son delictuosos y qué sanciones penales se le asocian<sup>157</sup>. Es cierto que la inclusión de esta frase en nuestro Código Penal resulta hasta cierto punto innecesaria, pues ante su ausencia se aplicaría el párrafo tercero del artículo 14 de la Ley Fundamental y el principio de legalidad quedaría incólume.

### 5.3 GARANTÍAS QUE CONTIENE.

El principio de legalidad significa para los gobernados una garantía política, de libertad y seguridad jurídica frente al poder estatal. Representa un verdadero coto al *ius puniendi* y a fin de hacer patente su relevancia, Santiago Muir Puig<sup>158</sup> lo divide en los siguientes aspectos:

- a) **Garantía criminal.**- Exige que el delito se halle determinado por la ley penal.
  
- b) **Garantía penal.**- Requiere que la ley señale la pena correspondiente al acto u omisión calificado como delito.
  
- c) **Garantía jurisdiccional.**- Exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen mediante un proceso penal que culmine con una sentencia judicial.

---

<sup>157</sup> Hacemos alusión a las sanciones penales en general en virtud de que la pena ya no es la única consecuencia que reglamenta nuestro Derecho punitivo. Reconocemos que al respecto puede ahondarse en el sentido de que las medidas de seguridad se aplican a hechos que no constituyen delitos (ausencia de culpabilidad). Por otro lado, la ley penal como fuente única la entendemos *latu sensu* y según el propio texto del artículo 6° del C.P., en el que se incluyen los Tratados como fuente del Derecho punitivo.

<sup>158</sup> Cfr. Santiago Muir Puig. Op. cit., pág. 84.



d) **Garantía de ejecución.**- Implica que la ejecución de la pena se someta a una ley que expresamente la regule.

#### 5.4 REQUISITOS DE LA LEY PENAL.

El aspecto formal del principio de legalidad se colma mediante la existencia de una ley previa que establezca los delitos y las penas que a éstos se asocien como su legítima consecuencia. Cuando hablamos de una "ley", nos referimos a una norma jurídica de carácter general, abstracta y permanente, emanada del Estado mediante el ejercicio de la función legislativa<sup>159</sup>.

Pero además, la ley penal debe cumplir también determinados requisitos de fondo, sin los cuales no se cumple el principio de reserva y que se pueden expresar mediante las siguientes fórmulas:

a) **Lex praevia.**- Mediante esta exigencia se hace manifiesta la necesidad de que la ley penal aplicable al caso sea anterior al hecho que se juzga, pues existe la tajante prohibición constitucional de la retroactividad contra *reo*<sup>160</sup>. Por otro lado, la existencia previa de la ley posibilita el conocimiento de sus consecuencias por parte de los gobernados.

b) **Lex scripta.**- Con el devenir histórico y para una mejor seguridad de los particulares, se hizo necesaria la inscripción de la ley en materiales que fueran accesibles a todos sus

<sup>159</sup> Cfr. Fernando Castellanos Tena. Op. cit., pág. 76.

<sup>160</sup> La aplicación retroactiva de la ley penal en su beneficio no sólo está permitida, sino que de oficio el juzgador debe considerarla.

destinatarios. Además, la inscripción de la ley asegura su correcta aplicación al estar su contenido plasmado en forma permanente.

e) *Lex stricta*. - A través de esta exigencia se excluye la aplicación analógica de la ley penal, así como la imposición de penas por mayoría de razón. El postulado de precisión de la ley dá lugar al llamado "mandato de determinación", el cual exige que la norma penal establezca con claridad todos y cada uno de los elementos que integran las conductas punibles y las penas que a éstas se asocian.

La suficiente determinación de la ley penal constituye el aspecto material del principio de reserva y su función es evitar que el dogma sea burlado mediante la creación de fórmulas imprecisas, incompletas u oscuras.

#### d) Exactitud de la ley penal.

Nuestra Ley Suprema establece que no se puede imponer pena alguna que no esté decretada por una ley "exactamente" aplicable al delito de que se trata, expresión que desde luego y según el propio texto de nuestro precepto constitucional, debe entenderse como una exigencia de correspondencia entre el delito y la pena, ya que claramente se indica que no se puede imponer una sanción penal si no existe una ley que la establezca como legítima consecuencia de un delito en particular. En este orden de ideas, el vocablo "exactamente" que utilizó el legislador, por lo menos en nuestro Derecho Penal, no puede asimilarse a la "suficiente determinación" a la que aludimos en el inciso anterior, en la inteligencia de que el aspecto material del principio de reserva encuentra su fundamento constitucional en la existencia previa de la ley con todos los atributos que le corresponden.

## 5.5 LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN FRENTE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

### A) Planteamiento del problema.

Tradicionalmente la doctrina ha querido resolver el problema legislativo de los delitos de omisión referidos a un resultado material tomando como punto de partida a la estructura típica de los delitos de acción, argumentando que éstos encierran en su seno al tipo de los impropios delitos omisivos, colmándose así el aspecto formal del principio de reserva. Sin embargo, tal solución no satisface del todo nuestras inquietudes, ya que lógicamente la *subsuncción* de tipos propuesta olvida ciertos detalles que analizaremos a continuación. Además, el principio de reserva o de legalidad no se conforma exclusivamente por el aspecto formal al que hemos aludido con anterioridad, sino con uno llamado de determinación que exige que todos y cada uno de los componentes del ilícito estén suficientemente comprendidos en la ley penal de que se trate.

### B) Ubicación del delito impropio de omisión en el tipo del delito comisivo de resultado material: La *subsuncción* de tipos.

Ernest Mayer<sup>161</sup> menciona que no existe fundamento legal alguno para afirmar que las descripciones típicas contenidas en la Parte Especial de los Códigos penales se limitan, en los delitos de resultado, a las conductas activas ocasionantes de los mismos. Por ejemplo, dice que para los efectos del delito de homicidio "mata" tanto la madre que no alimenta a su hijo recién nacido como la que le estrangula con sus propias manos<sup>162</sup>. Lo anterior, bajo el argumento de que el legislador dejó abierta la posibilidad de perpetrar el homicidio a través

<sup>161</sup> Cit. por Susana Huerta Tocildo. Comisión por Omisión y principio de legalidad. Revista Mexicana de Justicia No. 2, Vol. III. Abril- Junio de 1985. pág. 266.

<sup>162</sup> Ibidem.

de cualquier medio idóneo para privar de la vida a un ser humano, pudiendo ser éste una conducta activa u omisiva.

Para los seguidores de esta corriente, los delitos omisivos referidos a un resultado material no serían tipos no escritos, sino tipos omisivos inmersos en los tipos comisivos correspondientes, los cuales serían indirectamente aplicables.

**- Crítica a la llamada "subsunción" de tipos.**

La subsunción de tipos olvida que además del aspecto formal, el principio de legalidad exige uno de carácter material que obliga al legislador a describir con suficiente determinación cada delito en particular.

Para empezar, no consideramos válida la postura de Mayer, pues si bien es cierto que el verbo rector abierto contenido en algunos tipos comisivos parecería darle la razón, también lo es el hecho de que los delitos impropios de omisión exigen una calidad específica en el autor que tales descripciones legales no contienen. Es decir, el tipo activo puede ser consumado por cualquier persona, mientras que sólo algunas cuantas pueden cometer un delito impropio de omisión.

A mayor abundamiento, la subsunción de tipos nos dá a entender que en la omisión también existe una causación mecánica del resultado material descrito en los tipos comisivos, ya que en ellos se dice que el autor "causa" el resultado, y por lo tanto, siguiendo las erróneas ideas de Mayer, tendríamos que concluir que la acción como la omisión son medios de causación permitidos por el verbo rector y que el omitente produce materialmente la lesión o el peligro al bien jurídico que los mencionados tipos protegen.

A manera de conclusión diremos que si bien la subsunción de tipos consigue situar formalmente al delito impropio de omisión en el marco de un tipo legal, ésta teoría no logra

una completa determinación de sus elementos al carecer de una referencia fundamental respecto de la calidad en el autor que éstos ilícitos exigen.

Hoy en día, la subsunción de tipos ha perdido resonancia en virtud de que en la actualidad han surgido propuestas de solución de *lege ferenda* que indudablemente significan un mayor respecto al principio de reserva, como lo son la creación de una regla de carácter general en los Códigos Penales, o bien, la formulación casuística de tipos en la Parte Especial de éstos.

#### C) Soluciones de *lege ferenda*.

Las soluciones de *lege ferenda* que en el Derecho Penal comparado se han utilizado para resolver el problema que enfrentan los impropios delitos de omisión respecto del principio de legalidad, constituyen una mejor solución legislativa que la que proporciona la llamada teoría de la subsunción de tipos.

En principio, la formulación expresa de una ley penal que los regule cumple totalmente la exigencia formal del *nullum crimen nulla poena sine lege*, mientras que el respeto del aspecto material o mandato de determinación que tal dogma requiere, merece un cuidadoso análisis.

La creación de una regla general en los Códigos Penales, por muy completa que se quisiese hacer, ineludiblemente generará graves problemas de interpretación cuando se quieran resolver casos concretos no del todo precisados en la misma. Este problema podría ser resuelto por el juzgador, pero debemos recordar que éste no debe, bajo pretexto de interpretar la ley, crearla. Bajo tales premisas, daremos nuestro punto de vista acerca de las ventajas y desventajas de las diversas soluciones legislativas que se han planteado, terminando con una conclusión sobre el problema constitucional que esta clase de ilícitos plantean.

**a) Creación de una cláusula general en la Parte General de los Códigos Penales.**

Una de las soluciones de *lege ferenda* de mayor aceptación en nuestros días ha sido la formulación de una cláusula general en la Parte General de los Códigos Penales que contemple expresamente a los impropios delitos omisivos. Se considera que tal inclusión legislativa despejaría las dudas surgidas en torno a la tipificación expresa de estos ilícitos, amén de que en ella se podrían establecer los lineamientos básicos para su configuración.

La creación de una cláusula general es recomendable en cuanto a que con ella claramente se establece, sin necesidad de acudir a interpretaciones como las que hizo Mayer, la existencia de ciertos delitos en los que el no impedir un resultado puede hacer que al omitente se le impute su producción para efectos del castigo. Sin embargo, en las fórmulas generales por desgracia se plasman algunas expresiones vagas que hacen resurgir algunas dificultades. Por ejemplo, actualmente nadie duda que el deber de evitación debe apoyarse en un precepto legal, pero no todos están de acuerdo en la clase de preceptos que pueden fundamentar la atribución normativa del resultado.

**b) Creación de tipos en la Parte Especial de los Códigos Penales.**

La otra forma de legislador acerca de los impropios delitos omisivos, que desde luego también es de *lege ferenda*, conlleva a determinar caso por caso en la Parte Especial de los Códigos Penales a los tipos concretos para cada uno de ellos. Este método, sugerido por Busch<sup>163</sup>, también ha merecido ciertas críticas, pues se argumenta que el legislador está imposibilitado para plasmar en la ley penal toda la gama de impropias omisiones merecedoras de una sanción, dejándose así fuera del catálogo penal hechos socialmente repudiables. Aunque tal argumento crítico es fundado, nosotros nos inclinamos por una solución de *lege*

---

<sup>163</sup> Cit. por Susana Huerta Tocildo. Op. cit., pág. 280.

*ferenda* que regule a los impropios delitos de omisión, caso por caso, en la Parte Especial del Código Penal, aceptando que si bien algunas conductas escaparán de la mente del legislador, la gran mayoría de éstas serán adecuadamente tipificadas. Como consecuencia, el principio de legalidad será formal y materialmente respetado y la constitucionalidad de los delitos omisivos a los que se atribuye un resultado material no podría ponerse en duda.

#### **D) Conclusión.**

A manera de conclusión diremos que los impropios delitos omisivos no pueden carecer de una tipificación legal expresa, ya que de aceptarse lo anterior estaríamos en presencia de supuestos delitos sin tipo, lo que desde luego es aberrante. En ese sentido, de entenderse a los delitos impropios de omisión como delitos sin tipificación expresa, éstos sí violarían el principio de legalidad en perjuicio de los gobernados.

Por otro lado, la llamada teoría de la subsunción de tipos es incorrecta, ya que si en el tipo resultativo no se hace mención alguna a la calidad de garante y a la atribución normativa del resultado no evitado, tenemos que en realidad en ellos no se contemplan los tipos de los impropios delitos de omisión, a pesar de que el verbo rector sea "abierto".

La única forma de legislar adecuadamente a los ilícitos omisivos llamados "impropios" es mediante soluciones que de *lege ferenda* resuelven el problema, pero no mediante cláusulas generales que resulten ambiguas, sino a través de tipos concretos que se establezcan en la Parte Especial de los Códigos punitivos, reconociendo que si bien este método merece algunas inconformidades, lo cierto es que desde el punto de vista constitucional es el mejor.

**CAPÍTULO VI**  
**LOS IMPROPIOS DELITOS DE OMISIÓN EN EL**  
**DERECHO POSITIVO MEXICANO**



## **CAPÍTULO VI**

### **LOS IMPROPIOS DELITOS DE OMISIÓN EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO**

El análisis de la comisión por omisión a la luz del Derecho Positivo Mexicano necesariamente nos conduce al estudio e interpretación de los textos legales que conforman nuestra legislación punitiva, los cuales forman parte de códigos y leyes de distinto ámbito de validez territorial y material<sup>164</sup>, tornándose por ello indispensable delimitar primero nuestro objeto de estudio antes de entrar en materia.

De conformidad con lo anterior, nuestro análisis se referirá preferentemente al Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, vigente desde 1931<sup>165</sup>. Debemos aclarar que, aunque en forma muy somera, también aludiremos a algunos preceptos legales ajenos a este ordenamiento punitivo que sirvieron como antecedentes para la elaboración de la reforma penal publicada el 10 de enero de 1994, en relación claro está, a los delitos impropios de omisión.

#### **6.1 ANTECEDENTES.**

Al Código Penal de 1931 le antecedieron dos ordenamientos punitivos federales en los que la comisión por omisión fue expresamente reconocida: Los Códigos Penales

---

<sup>164</sup> Nos referimos a los Códigos Penales vigentes en las distintas entidades federativas, así como a las leyes especiales que sin tener como objeto principal la materia punitiva establecen algunos delitos.

<sup>165</sup> Sergio García Ramírez indica que de este Código sólo se conservan el nombre y la fecha, ya que por la cantidad de cambios que ha sufrido se podría decir que se trata de uno totalmente distinto. Cfr. Prólogo al libro "Código Penal Federal con comentarios" de Marco Antonio Díaz de León. Edit. Porrúa, S.A., México, 1994.

Federales de 1871 y 1929, mejor conocidos por el nombre de sus principales redactores (Código de Martínez de Castro y Código Almaraz, respectivamente). También ejercieron influencia sobre nuestro actual código diversas legislaciones tanto de derecho interno como externo, las cuales incluimos más adelante con algunos comentarios.

#### **6.1.1 Antecedentes en el Derecho Interno.**

##### **A) Código Penal Federal de 1871.**

Aunque para diversos autores la primera legislación penal mexicana data del año de 1835, lo cierto es que su vigencia fue regional y su trascendencia histórica casi nula<sup>166</sup>. La carencia de una importante legislación mexicana en las primeras décadas del siglo XIX fue provocada por los constantes vaivenes políticos que sufrió nuestro país en esas fechas, los cuales hicieron que fuese más importante en aquellos días conseguir la paz social y la unificación del pueblo en torno a un proyecto de Nación, que el legislar un Código Penal Federal propio.

Fue hasta la época juarista, una vez restaurada la República, cuando se pudo integrar una comisión legislativa que se encargara de la redacción de un Código Penal Federal. De este esfuerzo legislativo surgió el Código Penal Federal de 1871, mejor conocido como Código de Martínez de Castro por ser este jurista quien presidió su comisión redactora y formuló su exposición de motivos. Respecto a su postura doctrinal, podemos decir que siguió una corriente clásica inspirada en los trabajos e ideas de Francesco Carrara<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> Dicho legislación se expidió en el Estado de Veracruz, por Decreto de 8 de abril de 1835. Cfr. Fernando Castellanos Tena, *Op. cit.*, pág. 45.

<sup>167</sup> Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo y otro. *Código Penal Anotado*. Edit. Porrúa, S.A., 15ª edición, México, 1990, pág. 12.

En relación a la omisión, el Código de Martínez de Castro expresamente la consideró como un medio de perpetrar delitos, indicando en su artículo 4º lo siguiente:

"Art.4.- Delito es: la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda."

Ahora bien, en su Parte Especial también hizo mención expresa a la omisión como un medio de comisión en algunos delitos de resultado material, como el homicidio y las lesiones. Por ejemplo, indicaba que homicidio casual es aquél que resultaba de un hecho u omisión que causara la muerte sin intención ni culpa alguna del agente (Art. 541).

En su Capítulo XII del Libro Tercero, relativo a la "Exposición y abandono de niños y enfermos", establecía que los resultados materiales (lesión o muerte) acaecidos en la víctima como consecuencia de la exposición o el abandono, serían imputables al reo, con lo que expresamente aceptó la comisión por omisión (Art. 617).

#### **B) Código Penal Federal de 1929.**

Este Código tuvo una vigencia efímera; se inspiró en las ideas del positivismo iniciadas por Augusto Comte en el siglo pasado y debe su nombre al Licenciado José Almaraz, quien fue miembro de su comisión redactora<sup>166</sup>.

Al igual que el Código de 1871, este ordenamiento legal contenía en su Parte General una regla que aceptaba el que los delitos pudiesen ser cometidos mediante la no realización de una acción exigida. En su artículo 11 decía:

<sup>166</sup> Cfr. Fernando Castellanos Tena. Op. cit., págs. 46 y 47.

**"Art. 11.- Delito es: la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.**

**Los actos y las omisiones cometidos con una sanción en el Libro Tercero de este Código, son los tipos legales de los delitos."**

Por su parte, en el Libro Tercero al que el artículo 11 se remitía, al hacer alusión a los delitos en particular, se aceptó a la omisión como un medio para la consumación de los delitos de lesiones, homicidio e infanticidio. Por ejemplo, al tipificar el delito de exposición o abandono de niños y enfermos se dijo que los resultados materiales ocurridos en la víctima, concretamente las lesiones o la muerte, serían consideradas como producto de la omisión y se sancionarían con las penas aplicables a los delitos de lesiones u homicidio, según sea el caso (Art. 1015).

Como podemos observar, tanto el Código de 1871 como el Código Almaraz expresamente aceptaron a la omisión como un medio de comisión idóneo en tratándose de delitos de resultado material. En estos ordenamientos legales el intérprete debía considerar, por consiguiente, que entre la omisión y el resultado producido, por ejemplo las lesiones o la muerte, existía un nexo causal idéntico al que hay entre la acción y sus efectos<sup>169</sup>. En estos casos, equivocadamente se concluyó que el tipo resultativo comprendía a la acción y a la omisión como un medio de consumación, pasándose por alto la esencia normativa del omitir.

Por lo que hace a los delitos de abandono, tanto el legislador de 1871 como el de 1929, consideraron que el resultado material acaecido en la víctima no lo generaba causalmente la conducta del abandonante, pero que a éste le debía ser atribuido para efectos

---

<sup>169</sup> No podemos decir lo mismo en relación a la comisión por omisión expresamente reconocida en los delitos de exposición o abandono de niños o enfermos, en donde claramente se dice que las lesiones o el homicidio se imputarán al agente, con lo que lógicamente se da a entender que el abandonante no las causa mecánicamente.

de su sanción; es decir, se le debía castigar como homicida o lesionado a pesar de que en realidad no haya privado mecánicamente de la vida o causado las lesiones.

La técnica legislativa de estos Códigos Penales en relación a los delitos de abandono, influyó en nuestro Código Penal vigente, al grado de que en su texto original se adoptó, palabras más palabras menos, la misma solución en su Capítulo VII del Título Décimonoveno, titulado "Abandono de personas".

### C) Código Penal de Guanajuato de 1977.

Este ordenamiento punitivo establece en su artículo 12 que la omisión es un medio idóneo para la realización de los ilícitos penales, añadiendo en su artículo 13 que la no realización de una conducta por quien deba jurídicamente realizarla, hará responsable al omitente del resultado típico acaecido si no lo impidió si podía hacerlo y si tal evitación le era jurídicamente exigible. Este artículo textualmente indica.

"Art. 13.- Nadie podrá ser sancionado por un delito, si el resultado del cual depende la existencia del mismo no es consecuencia de la propia conducta. Responderá del delito producido quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo."

Como podemos advertir, en el Código Penal de Guanajuato se plasmó una solución de *lege ferenda* al problema constitucional surgido en torno a los impropios delitos omisivos.

En el artículo que hemos transcrito, el legislador guanajuatense claramente señala que el resultado se atribuye normativamente ("responderá") al omitente cuando éste es garante del bien jurídico tutelado ("si debía jurídicamente evitarlo"). Sin embargo, en esta cláusula

general se omitió indicar cuándo se está jurídicamente obligado a evitar un resultado, al grado de responder de su integridad; es decir, en este código no se hace referencia alguna a las fuentes del deber de evitación, produciéndose así ciertos problemas de interpretación que el juzgador debe remediar.

#### D) El Código Penal de Veracruz-Llave de 1988.

Este código tuvo su origen en un proyecto formulado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales en 1979 y al cual ha calificado Sergio García Ramírez como la cantera de las reformas penales posteriores en toda la República<sup>170</sup>. Indudablemente este Código Penal obedeció a una apropiada técnica legislativa y su tendencia fue modernizadora.

En relación a los delitos impropios de omisión, acepta su existencia y los regula en forma expresa mediante una cláusula general contenida en el párrafo segundo de su artículo 10<sup>o</sup>, precepto legal que a la letra dice:

"Art. 10.- El resultado será atribuido al agente cuando fuere consecuencia de una conducta idónea para producirlo, salvo que hubiese sobrevenido en virtud de un acontecimiento extraño a su propia conducta.

Responde también del resultado producido, el que omite impedirlo, teniendo el deber jurídico de evitarlo."

---

<sup>170</sup> Cfr. Sergio García Ramírez. Prólogo al Código Penal Federal con comentarios de Marco Antonio Díaz de León, pág. XII.

Esta cláusula se asemeja mucho a la guanajuatense, ya que en ella también se indica que el resultado sólo se atribuye normativamente el garante del bien jurídico tutelado, negándose así toda relación causal entre la omisión y el resultado material no evitado.

Respecto a las fuentes del deber de evitación, el Código Penal de Veracruz tampoco las señala en forma particular, explicándose tal vez esta abstención en virtud de que se consideró suficiente el indicar que el deber era jurídico y no moral. En todo caso, el intérprete de la ley será el que determine, con base en el ordenamiento jurídico vigente, cuándo se tiene el deber jurídico de evitación para los efectos del artículo 10º al que hacemos referencia.

Desde nuestro particular punto de vista, las fórmulas guanajuatense y veracruzana significan una restricción al principio de legalidad por su indeterminación, puesto que al no señalar en forma precisa las fuentes del deber de evitación convierten al juzgador en un virtual integrador de la norma.

#### **6.1.2 Antecedentes de Derecho Externo.**

No sólo los Códigos Penales de las mencionadas entidades federativas ejercieron influencia en nuestro legislador federal, sino que también lo hicieron ciertas legislaciones de derecho externo de entre las que debemos mencionar a dos por su notoria importancia en la materia: El Código Penal Tipo para Latinoamérica (que es un proyecto en el que se hacen recomendaciones) y el Código Penal Alemán de 1975. En este sentido, no debemos olvidar que el derecho comparado ayuda al legislador nacional a remotar experiencias de otros países para solucionar la problemática propia, en el entendido de que no debe copiar sino adaptar figuras jurídicas para hacerlas acordes a nuestra idiosincracia.

### A) Código Penal Tipo para Latinoamérica.

El Código Penal Tipo para Latinoamérica surgió a raíz de una iniciativa fraguada en 1962 en el Instituto de Ciencias Penales de Santiago de Chile, siendo presidente del mismo el Doctor Eduardo Novoa Morales<sup>171</sup>.

Tomando en consideración la problemática que envuelven los delitos impropios de omisión frente al principio de legalidad, en este proyecto se recomendó la tipificación expresa de los mismos mediante la introducción de una cláusula general en la Parte General de los ordenamientos punitivos. La redacción sugerida era la siguiente:

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

La propuesta formulada por el Instituto de Ciencias Penales de Santiago de Chile adoptaba una solución de *lege ferenda* que la doctrina consideró en ese entonces recomendable; desgraciadamente, tal formulación no fue aceptada de inmediato por la gran mayoría de los legisladores de los distintos países latinoamericanos<sup>172</sup>.

En el proyecto de Código Tipo también se omitió el señalamiento formal de las fuentes del deber de evitación, y sólo se dijo, en forma ambigua, que además de serle al

<sup>171</sup> Cfr. Revista de "Información Jurídica" del Ministerio de Justicia, número 304, Enero a marzo de 1970, Madrid, España.

<sup>172</sup> En nuestro caso, podemos decir que acogieron esta propuesta en temprana fecha los legisladores que formularon los vigentes Códigos Penales de Veracruz y Quanaajuato.



omitente exigible la evitación del resultado material prohibido, la acción de salvamento debía serle posible según las circunstancias concretas del caso.

#### B) Código Penal Alemán de 1975.

Como ejemplo clásico de una cláusula general que de *lege ferenda* pretende resolver el problema legislativo de los impropios delitos de omisión está la formulación del Derecho Penal Alemán contenida en el párrafo 13 del Código Penal Alemán de 1975, precepto normativo que textualmente establece:

"§. 13.- El que omite impedir un resultado perteneciente a un tipo penal, solo será punible según esta ley cuando esté jurídicamente obligado a responder de la no producción del resultado y la omisión equivaiga a la realización activa del tipo legal. La pena podrá atenuarse según lo previsto en el §. 49, I."

Por su parte, el párrafo 49, párrafo I, indica:

"§. 49, I.- Estando prescrita o autorizada una atenuación conforme a este precepto, se aplicará la atenuación siguiente:

1. En lugar de pena privativa de libertad por vida, pena privativa de libertad no menor de tres años.
2. En las penas privativas de libertad temporal puede llegar el máximo a los tres cuartos del máximo de la pena conminada. En la multa vale lo mismo para el máximo del día-tipo.

3. El mínimo establecido en una pena privativa de libertad se reduce en caso de un mínimo de diez o cinco años a dos años;

- en caso de un mínimo de tres o dos años a seis meses;

- en caso de un mínimo de un año a tres meses;

- en los restantes casos, al mínimo legal.

4. No fijándose el mínimo de una pena privativa de libertad y no conminándose multa o sólo paralelamente con la pena privativa de libertad, podrá imponerse multa en lugar de pena privativa de libertad."

La cláusula general del Derecho Penal Alemán hace mención expresa a los impropios delitos omisivos y los legisla en relación únicamente a aquellos delitos de resultado material contenidos en su Parte Especial.

A diferencia de las soluciones legislativas que hasta ahora hemos comentado, la ley germana adiciona dos elementos que nos llaman la atención: La cláusula de equiparación y la atenuación facultativa de la pena.

La cláusula de equiparación está contenida en la expresión "...y la omisión equivalga a la realización activa del tipo legal", y tiene como finalidad el servir como un segundo candado para la integración del tipo del delito impropio de omisión. Según Jescheck, la evidente indeterminación de la ley germana se trató de remediar mediante el empleo de este elemento adicional que en realidad en nada facilita la solución del problema. Este autor menciona que "hubiera sido posible, indicado y exigible que la cláusula de equivalencia hubiera esclarecido

la cuestión de a qué se refiere propiamente la comprobación de la correspondencia de omisión y hacer positivo<sup>173</sup>.

Por lo que hace a la atenuación facultativa de la pena, la cláusula alemana parte de la consideración general de que la conducta omisiva merece un menor reproche que la conducta activa, lo que debe tenerse como un criterio legal que permite al juzgador reducir la pena siguiendo las bases contenidas en el párrafo 49 que ya fue transcrito. Ahora bien, en torno a la atenuación nos surge la siguiente inquietud: ¿Si la omisión debe ser equivalente al hacer (cláusula de equivalencia), por qué se disminuye la sanción?. La respuesta la obtenemos mediante la interpretación de la palabra "equivalencia" usada en el párrafo 13 de la ley germana, la que desde luego no significa igualdad; además, la atenuación es una atribución potestativa y no obligatoria para el juzgador, por lo que puede darse el caso de que la pena sea igual a la que se imponga al autor de un delito activo.

## 6.2 CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1931.

### 6.2.1 Análisis dogmático del párrafo segundo del artículo 7°.

#### A) Texto original.

Nuestro Código Penal de 1931 originalmente estableció en su artículo 7° que los delitos son los actos o las omisiones sancionadas penalmente por la ley. En principio, esta frase no causó inquietud alguna, pues por todos era aceptado el hecho de que la no realización de acciones en ciertos casos debía ser sancionada penalmente. Sin embargo, hubo quienes señalaron que esta sencilla expresión era superflua y que por lo tanto debía ser suprimida del ordenamiento punitivo. Analizada con cuidado, tenemos que la primera parte del artículo 7° del Código Penal contiene una clara definición formal del delito que a nivel legal reitera el

<sup>173</sup> Heinrich Jescheck. Op. cit., Vol II, pág. 838.

principio de legalidad contenido en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, haciendo que por sólo ese hecho sea válida su inclusión.

Para volviendo a nuestro tema, la mención de la conducta omisiva como merecedora de una sanción penal no fue una innovación del Código de 1931, pues como hemos visto ya, ésta había sido considerada como tal desde el Código de Martínez de Castro de 1871.

Al publicarse nuestro Código Penal en el Diario Oficial de la federación el 14 de agosto de 1931, el artículo 7º sólo contenía la frase a la que hemos aludido, no existiendo en ese entonces párrafo adicional alguno.

De esta forma, la inclusión de la omisión como conducta ilícita debía ser comprendida al tenor literal del único párrafo del original artículo 7º, es decir, exclusivamente en relación a los tipos penales establecidos en las leyes punitivas.

Para Olga Islas de González Mariscal, antes de la reforma del 10 de enero de 1994 no existía una base sólida para la configuración de la comisión por omisión en el Código Penal Federal de 1931<sup>174</sup>, adicionando nosotros solamente a dicha idea el que a esa regla le eran excepción los delitos de abandono expresamente regulados como impropios delitos omisivos en los artículos 335 y 336, ambos en relación al 339.

#### **B) Reforma Penal publicada el 10 de enero de 1994.**

Mediante esta reforma el tratamiento de los delitos impropios de omisión cambió radicalmente. A la sola mención de ellos en los delitos de abandono regulados en el Capítulo VII del Título Décimonoveno, se sumó una cláusula general que expresamente los contempla

<sup>174</sup> Cfr. Olga Islas de González Mariscal. "La Omisión Impropia o Comisión por Omisión". Revista Mexicana de Derecho Penal de la P.G.J.D.F., número 12, Abril-Junio de 1974, pág. 19.

en la Parte General del Código Penal de 1931, adicionando un segundo párrafo al artículo 7º que a la letra dice:

"Art. 7º (segundo párrafo).- En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente."

Como podemos darnos cuenta, en la redacción de esta cláusula influyeron las legislaciones nacionales y extranjeras que anteriormente comentamos, pero a diferencia de ellas, en la reforma al Código Penal de 1931, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, se obtuvieron tres logros de trascendental importancia:

1. No sólo se refirió el legislador al deber de evitación como un simple deber jurídico, sino que además señaló en forma limitativa las fuentes de las que dicho deber emana.
2. Al ser nuestro Código Penal de carácter Federal, se logró establecer a nivel nacional una solución legislativa al problema constitucional surgido en torno a los impropios delitos omisivos.
3. Se despejó toda duda acerca de la supuesta causalidad de la omisión en relación al resultado material prohibido, ya que claramente se dice en el segundo párrafo del artículo 7º que el resultado típico sólo es atribuido normativamente al omitente.

Aunque la cláusula contenida en el párrafo segundo del artículo 7º es plausible, merece ciertas críticas, las cuales mencionaremos una vez que hayamos expuesto las razones que tuvo el legislador para incluir esta fórmula en la reforma penal de 1994.

**a) Exposición de motivos.**

En la exposición de motivos textualmente se dijo:

"...se propone adicionar un párrafo al actual artículo 7º del Código Penal, para establecer la base del delito de omisión impropia o también llamado de comisión por omisión. Lo anterior, en virtud de la opinión abundante en la doctrina, de que es violatorio del principio de legalidad el aplicar una pena al que no evita la producción de un resultado típico, toda vez que la forma de realización omisiva, con excepción de los casos de omisión propia, no está descrita en la Ley. Por otra parte, es característico de este tipo de hechos que la producción del resultado típico sólo puede ser atribuida al que tenga la "calidad de garante", y no a cualquiera, que deriva del deber que tiene una persona en concreto de cuidar o garantizar que determinado bien jurídico no sea lesionado o puesto en peligro. En la fórmula que se propone se señala que dicho deber puede fundarse en la Ley, en un contrato o en el propio actuar precedente del omitente; con lo que se evita la discusión en torno a las fuentes del deber de actuar. Se precisa, asimismo, que esta situación sólo es admisible en los delitos de resultado material."<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> Exposición de motivos de la 58ª reforma al Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal. Cuaderno de la Cámara de Diputados, Año III, No. 11, Noviembre 23 de 1993.

Como bien señala el legislador, el objetivo principal de la inclusión de este segundo párrafo fue el evitar la injusticia de sancionar a alguien sin que exista un precepto legal que así lo establezca, pues constitucionalmente eso está prohibido. Además, con toda propiedad se dice que la no referencia al deber de evitación y a la calidad de garante en los delitos resultativos hace inconstitucional cualquier sanción que se imponga al omitente atribuyéndole un resultado material que éste causalmente no produjo. Asimismo, en la exposición de motivos se indica que para evitar discusiones en torno al deber jurídico de evitación, se determinaron las fuentes del que dicho deber emana, precisándose que sólo tendrán ese carácter la ley, el contrato y el actuar precedente del agente.

#### **b) Crítica a la reforma.**

Una vez apuntadas las razones aducidas por el legislador para incluir esta cláusula general, exponemos sus deficiencias con la sana intención de evidenciar ciertos aspectos que se pueden mejorar.

En cuanto a su redacción y técnica legislativa reconocemos que supera a las formulaciones que como antecedentes tuvo a la vista nuestro legislador para crearla; sin embargo, resulta perfectible por lo siguiente:

1. Porque desgraciadamente el legislador olvidó que los códigos se elaboran, entre otras cosas, para que la gente común conozca lo que está prohibido o mandado, por lo que si en las normas se abusa en el uso de términos técnicos, sólo pocas personas las podrán entender y cumplir. Tal vez se diga que no existen vocablos que puedan substituir a los empleados por el legislador, pero lo cierto es que la gente común no entiende el segundo párrafo del artículo 7º del Código Penal en atención a su excesivo tecnicismo.

2. En el supuesto de que se determine que los vocablos a emplear no puedan ser más sencillos, de todos modos existe otra dificultad. Todos sabemos que el deber de evitación es jurídico, pero no todos sabrán precisar la existencia concreta de un deber con la sola mención genérica de sus fuentes. Por ejemplo, se dice que la ley es fuente del deber de evitación, pero si reconocemos que incluso la gran mayoría de abogados desconoce un número importante de éstas, pues con mayor razón sucederá lo mismo con los ciudadanos comunes, quienes no sabrán cuándo la ley les impone el deber especial de evitación, hecha excepción claro está, a aquéllos casos en los que el deber y la ley que lo impone son evidentes.

3. Además, no todo delito de resultado puede ser cometido mediante omisión, por lo que la ambigüedad de la cláusula general puede causar confusión al respecto. Por ejemplo, creemos que el delito de violación es por esencia activo, pero en atención a que es un delito de resultado material, y según el sentido literal del párrafo segundo de artículo 7° del Código Penal, tendríamos que concluir que podría ser atribuido el resultado a quien no lo impidió dibiendo y pudiendo hacerlo. Obviamente esta forma de sancionar es injusta y la pena, en estos casos, no sería de ningún modo propositiva.

4. Respecto de las fuentes del deber de evitación, consideramos que el legislador debió sustituir el término "contrato" por el de "especial aceptación", ya que de otro modo parecería que se quisieron vincular los efectos civiles del acuerdo de voluntades con los efectos penales del deber de salvaguarda. Por ejemplo, ¿que sucedería con el deber de evitación ante un contrato inexistente o nulo?

5. La intención del legislador fue la de acabar de una vez por todas con el problema constitucional surgido en torno a esta clase de delitos, pero debemos decir que desgraciadamente no lo consiguió. El principio de legalidad, de reconocimiento constitucional en nuestro país, no se agota en el aspecto formal de la simple regulación, sino que además exige una adecuada determinación del hecho prohibido, lo que evidentemente no se logra mediante el empleo de cláusulas general ambiguas. Es decir, no basta la formulación genérica que convierta irremediamente al juzgador en un integrador de la ley penal, como sucede en



el caso que nos ocupa. Por ejemplo, en ningún precepto legal se señala qué se quiso decir con la frase "actuar precedente", surgiendo inmediatamente las siguientes dudas: ¿Se trata de un actuar inmediato anterior?; ¿La actuación previa debe ser antijurídica?; ¿El deber de evitación sólo surge respecto de las consecuencias próximas del actuar precedente?

### **6.3 LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN REGULADOS EN EL CAPÍTULO VII DEL TÍTULO DÉCIMONOVENO DEL CÓDIGO PENAL: "ABANDONO DE PERSONAS".**

Antes de la reforma penal del 10 de enero de 1994, el tratamiento de los impropios delitos omisivos en nuestro Código Penal se reducía a los supuestos contenidos en los artículos relativos al abandono de personas y, siempre y cuando, el abandonado sufriera lesiones o la muerte.

A continuación transcribimos los artículos en los que expresamente se regulan casos de comisión por omisión, advirtiendo que el tipo penal correspondiente se integra mediante la vinculación de los artículos 339 en relación al 335 y 336, respectivamente.

"Art. 335.- Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo además de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuera ascendiente o tutor del ofendido."

"Art. 336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión o de 180 a 360 días multa; privación de los

derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado."

"Art. 339.- Si del abandono a que se refieren los artículos anteriores resultare alguna lesión o la muerte, se presumirán éstas como premeditadas para los efectos de aplicar las sanciones que a estos delitos correspondan."

Como se aprecia, es el artículo 339 el que determina que los resultados materiales ocurridos en el abandonado se atribuirán al abandonante para los efectos de su sanción. Obviamente el omitente no produce mecánicamente las lesiones o la muerte, sino que no las evita teniendo la obligación de hacerlo.

Ahora bien, el contenido del artículo 339 sólo se aplica a los supuestos a que se refieren los artículos 335 y 336 en su primera parte, ésto es, al abandono de enfermos o niños incapaces de cuidarse a sí mismos, así como de cónyuge o hijos sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, y sólo cuando se produzcan daños (lesiones o muerte)<sup>176</sup>.

En relación a los delitos de comisión por omisión que en estos preceptos se establecen, debemos decir que el deber de evitación se encuentra mencionado en la propia norma penal, por lo que hace al artículo 335 mediante la frase "teniendo obligación de cuidarlos"; mientras que en el artículo 336 dicho deber deriva de la ley civil que establece la obligación alimentaria y de apoyo mutuo.

---

<sup>176</sup> Nótese que el legislador no incluyó en los supuestos al abandono de la concubina o del concubino, por lo que en estos casos no puede aplicarse este precepto legal. Asimismo, inexplicablemente el legislador también dejó fuera de la hipótesis legal el caso del abandono de ancianos, los cuales sin estar enfermos en ocasiones no pueden ser autosuficientes y requieren de cuidados similares a los que se les brindan a los niños o a los que sufren una alteración de la salud.

Merece un comentario especial la última parte del artículo 339 de nuestro Código Penal, ya que en ella el legislador establece una presunción que no tiene razón de ser: El hecho de que del abandono sobrevengan consecuencias materiales no debe ser motivo para estimar invariablemente como calificadas a unas lesiones o a un homicidio, puesto que ésto no sólo es injusto, sino también ilógico e ilegal. En todo caso, estimamos que esta presunción sólo se aplica a omisiones dolosas, por lo que el tipo correspondiente también se conforma con el contenido del artículo 9º párrafo primero del C.P.

Como conclusión podemos decir que éstos delitos de omisión reflejan la idea que tuvo el legislador acerca de la necesidad de sancionar a todos aquellos individuos que dejan a su suerte a quienes deben cuidar<sup>177</sup>. teniendo los delitos regulados en los artículos 339 en relación al 335 y 336 (a su vez en concordancia con el 9º), el carácter de genuinos delitos de comisión por omisión en los que el factor central de los mismos es la no realización de los deberes de cuidado por parte de un garante que no evita la muerte o las lesiones del sujeto que se le ha confiado.

#### 6.4 EL ARTÍCULO 321 BIS: UN CASO DE IMPUNIDAD.

A pesar de que en nuestro Código Penal de 1931 sí se regulaban casos concretos de delitos de comisión por omisión, en la práctica éstos pocas veces se sancionaban, de ahí que Olga Islas de González Mariscal se hiciera la siguiente interrogante: "¿Cuándo se ha sancionado por homicidio calificado a la madre que teniendo, y aquí si, de acuerdo con la ley, el deber de evitar la muerte, con toda falta de precaución deja una tina de agua hirviendo en la que cae un pequeñito y a consecuencia de las graves quemaduras muere?"<sup>178</sup>

<sup>177</sup> El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, en su 21ª edición (1992), respecto del vocablo "abandonar" dice: "(Del germ. *bam*, orden o castigo, a través del fr. *abandonner*) Dejar, desamparar a una persona o cosa".

<sup>178</sup> Olga Islas de González Mariscal. Op. cit., pág 21.

Estos casos, a pesar de que encuadran perfectamente en el tipo descrito en los artículos 339 en relación al 335 del Código Penal, generalmente quedaban impunes en flagrante violación a la ley por dos motivos: Porque el Agente del Ministerio Público no ejercía la acción penal debiendo hacerlo, o bien, porque el juzgador decidía que se trataba de un mero accidente. Sin embargo, debemos recordar que tanto el Ministerio Público como el juez deben ceñir su actuación a la ley, y que al no sancionar esta clase de delitos debiendo hacerlo, incurrir en responsabilidad.

La muerte de los pequeños en situaciones como las narradas por Olga Islas no son producto de accidentes, sino de faltas de cuidado que deben sancionarse por ello a título de culpa en atención a que el daño no evitado era previsible.

Por otro lado, en casos como éstos, en los que no ha existido dolo alguno por parte del omitente, éste es quien más lamenta la pérdida de sus seres queridos (también las lesiones), y desde una óptica meramente sentimental, ese sería su principal castigo. Pero estos razonamientos no tenían sostén jurídico, por lo que a través de la inclusión del artículo 321 bis al Código Penal mediante Decreto publicado en el Diario Oficial el 10 de enero de 1994, se estableció una excusa absolutoria que dejó, ahora sí por disposición legal, sin castigo a los responsables de los mal llamados "lamentables accidentes".

Dice el artículo 321 Bis:

"Art. 321 Bis.- No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxilie a la víctima."

Para finalizar el estudio de esta excusa absolutoria, debemos decir que existe una aparente contradicción entre la última parte del artículo 339 del Código Penal y el artículo 321 Bis que hemos comentado. Por ejemplo, si el abandonado sufre lesiones, al abandonante se le sancionaría, de conformidad con el artículo 339, como si éstas fuesen premeditadas (lesiones calificadas); ahora bien, de acuerdo con el artículo 321 Bis, y en caso de no mediar dolo alguno y sólo si el omitente prestó auxilio a la víctima, no se le podría imponer sanción alguna cuando ésta última sea ascendiente o descendiente en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado<sup>179</sup>.

Nosotros somos de la opinión de que la segunda parte del artículo 339 debe suprimirse, pero mientras esto sucede, si en el omitente no existió dolo y además intentó auxiliar a la víctima, se le debe exonerar de toda pena por la existencia de una excusa absolutoria a su favor, aplicándose en todo caso el principio *indubio pro reo* y dejándose por tanto de aplicar la pena calificada a que se refiere la última parte del artículo 339 del Código Penal<sup>180</sup>. Además, el contenido del artículo 339 sólo se explica en tratándose de omisiones dolosas, en tanto que el artículo 321 Bis se refiere a delitos culposos.

## 6.5 BASES PARA UNA NUEVA SOLUCIÓN LEGISLATIVA.

Consideramos que en la actualidad no existe mayor reparo en incluir en los Códigos Penales soluciones que de *lege ferenda* resuelvan, o traten de resolver, el problema

<sup>179</sup> En lo personal creemos que pueden darse supuestos en los que no exista amor o relación afectiva alguna entre el omitente y la víctima que hagan justificable la ausencia de pena, como lo es el caso de los esposos que viven separados. De igual modo, no siempre puede auxiliarse a la víctima, como cuando la madre se percató de que su hijo se ha ahogado en una cisterna después de varios minutos de la muerte y todo intento de auxilio es evidentemente inútil.

<sup>180</sup> Al respecto se podría argumentar que en el abandono el abandonante ha dejado a su suerte al abandonado, y que por tal motivo, el auxilio que opera como requisito para la aplicabilidad de la excusa absolutoria contenida en el artículo 321 Bis no puede lógicamente existir.

constitucional surgido en torno a los impropios delitos omisivos. Lo que todavía no está del todo claro es qué tipo de solución legislativa es la mejor.

Para nosotros el empleo de una cláusula general viola el mandato de determinación contenido en el principio de legalidad, por lo que deben buscarse nuevas opciones legislativas. Una de ellas, que es precisamente la que nosotros proponemos, es la relativa a legislar en la Parte Especial de los Códigos Penales los supuestos normativos específicos que regulen expresamente a los impropios delitos omisivos que el legislador quiera establecer, señalando en cada caso en forma particular, a qué resultados materiales se refiere y cuáles son las características o calidades en el autor que lo convierten en garante del bien jurídico a proteger, incluyendo por supuesto la fuente del deber de evitación y la penalidad aplicable.

La reglamentación de los delitos impropios de omisión en la Parte Especial de un Código Penal obliga al legislador a implementar una tipificación casuística en la que no se podrán cerrar en forma absoluta los tipos; es más, tal vez algunas omisiones queden fuera del catálogo penal, pero con todo ello, es preferible ésto que el sancionar a alguien violando la Constitución.

El primer paso necesario para llegar a la reglamentación de los delitos impropios de omisión en la Parte Especial de los Códigos Penales es el de tener en mente las características elementales de estos ilícitos, analizarlas y comprenderlas para plasmarlas adecuadamente en la norma. En segundo lugar, se debe utilizar un criterio discriminatorio que permita establecer en forma típica exclusivamente los casos de comisión por omisión que lo ameriten, tomando en consideración que doctrinariamente se ha establecido que sólo algunos bienes jurídicos merecen esta clase de protección, como lo son la vida, la integridad corporal y el patrimonio.

Por lo que hace a la pena, el legislador debe establecer también, en forma precisa, qué sanción merece cada omitente, reconociendo que en términos generales dichas sanciones

debieran ser menos graves que las que se asocian a los ilícitos de comisión activa, ya que la culpabilidad en la omisión es menor.

Por último, reconocemos que la reglamentación casuística genera más trabajo para los legisladores y que mediante ella se genera el peligro de dejar fuera del catálogo penal a algunas conductas merecedoras de sanción, pero indiscutiblemente ésta es la mejor manera de respetar el principio de legalidad que en materia penal representa un dogma que caracteriza todo Derecho Penal moderno y democrático<sup>181</sup>.

---

<sup>182</sup> Debemos advertir que nuestra forma de pensar ha sido tácitamente avalada por el propio Poder Legislativo al cerrar la fórmula general de los delitos culposos mediante el señalamiento expreso de los tipos que admiten la culpa (segundo párrafo del artículo 60 del Código Penal).

## **CONCLUSIONES**



## CONCLUSIONES

1.- El Derecho Penal es un medio de control social "evidente" que opera como regulador de la conducta humana valiéndose de la amenaza o del castigo, sujeto a una regulación de estricta obervancia. Desde el punto de vista objetivo, es un conjunto de normas jurídicas de prohibición o de mandato que establecen delitos, la sanción que a éstos se asocian y las reglas para su vinculación. Su misión es la salvaguarda de los valores sociales fundamentales y sólo debe recurrirse a él cuando los demás medios de protección sean insuficientes para ello (principio de la intervención mínima).

2.- Actualmente la denominación "Derecho Penal" resulta restringida, ya que la sanción penal no se agota en la pena. Hoy en día, las llamadas medidas de seguridad que se aplican a sujetos socialmente "peligrosos" han ganado terreno, aunque en estricto sentido no se trate de consecuencias que se atribuyan a delincuentes.

3.- Nuestro Derecho Penal es preferentemente un derecho penal del "hecho" y no un derecho penal de "autor", por lo que la imposición del castigo se basa en el comportamiento humano efectivamente desplegado por el agente, sancionándosele por lo que hace y no por lo que es. Dentro de este planteamiento, el tipo penal sirve como un mecanismo de discriminación de la conducta punible.

4.- Para nosotros el comportamiento humano es la manifestación de la voluntad dirigida (teoría finalista); mientras que el delito, desde una perspectiva sustantiva o material, lo conceptualizamos como una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, a la que se asocia la punibilidad como su legítima consecuencia.

**5.-** Consideramos incorrecto el llamado concepto amplio de acción en virtud de que con él se trata de amalgamar dos elementos de esencia contradictoria o excluyente, como la es la acción y la omisión de ella.

La acción es natural y existe en forma independiente al derecho, mientras que la omisión es normativa y sólo puede concebirse a través del mandato, por lo que sólo puede omitir quien tiene la obligación previa de hacer, definiéndose la omisión como la no realización de una acción concreta, exigible y de posible ejecución.

**6.-** El Derecho Penal no crea al concepto de omisión, sino que se sirve de éste para configurar a los llamados "delitos omisivos", los cuales se actualizan mediante la no realización de un mandato, sin que para su consumación se requiera inexorablemente de la total inactividad del hombre.

**7.-** Sólo existen dos clases de delitos de omisión que se distinguen entre sí por su muy particular estructura típica: Los llamados delitos "propios" de omisión y los denominados "impropios" de omisión. En ambos, el autor sólo viola una norma de mandato y no una norma prohibitiva.

A los delitos improprios de omisión también se les denomina delitos de "comisión por omisión", advirtiendo que si bien es cierto que esta última nomenclatura no es la adecuada, se sigue utilizando por su arraigo. En realidad, a los improprios delitos de omisión se les debería llamar "delitos de omisión a los que se atribuye normativamente un resultado material".

**8.-** En cuanto a la estructura típica, los delitos improprios de omisión están conformados por los siguientes elementos:

**a) Tipo objetivo, integrado por:**

- Situación típica;
- No ejecución de la acción debida;
- Resultado material e imputación normativa de éste;
- Posición de garante; y
- Posibilidad real de evitación.

**b) Tipo subjetivo, conformado por:**

- Dolo o culpa; y
- Elementos subjetivos del injusto, si los hay.

9.- El resultado material descrito en el tipo objetivo de los impropios delitos de omisión no es causado mecánicamente por el omitente, pero a éste se le atribuye normativamente su producción en virtud de que no lo evita pudiendo y debiendo hacerlo.

La atribución normativa del resultado material al omitente deriva de su peculiar posición respecto del bien jurídico protegido por la norma. En este sentido, para ser autor de un delito impropio de omisión se requiere tener una específica calidad que convierte a estos ilícitos en delitos "especiales propios".

10.- A la calidad específica que el autor de un delito impropio de omisión debe tener se le denomina "posición o calidad de garante", la cual puede definirse como el vínculo que convierte al sujeto en protector de bienes jurídicos determinados, al grado de imputársele su lesión en caso de que omita salvaguardarlos. De esta forma, a consecuencia de la posición de garante el autor se transforma en cuidador, vigilante, conservador, evitador de peligros o garante de integridad.

De la posición de garante emerge un peculiar deber jurídico de evitación, cuyos alcances se determinan por la necesidad de protección del bien jurídico y las posibilidades reales de salvaguarda con que cuenta el garante en un momento y lugar determinados.

Por otro lado, el deber de evitación invariablemente emerge del ordenamiento jurídico vigente, excluyéndose por lo tanto a la moral como fuente de éste. Desde el punto de vista formal, las fuentes del deber de salvaguarda son la ley, la especial aceptación y el actuar precedente del agente.

11.- Por lo que hace al tipo subjetivo de los impropios delitos de omisión, el dolo está conformado por la consciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo, mientras que la culpa surge cuando se omite infringiendo un deber de cuidado a cargo del garante, siendo los casos más comunes de omisión culposa los siguientes:

- a) Cuando se aprecia en forma incorrecta la situación típica;
- b) Cuando el mandato se cumple defectuosamente;
- c) Cuando se aprecia en forma indebida la posibilidad física de evitación; y
- d) Cuando la causa generadora de la calidad de garante se aprecia con falta de cuidado.

Cuando se estudia la culpa en la omisión, deben considerarse en forma especial los llamados delitos cometidos "por olvido", en los que el omitente es indiferente a su deber de evitación, sin interesarle en lo más mínimo si permite o no la producción del resultado material prohibido.

12.- En la consumación de un delito impropio de omisión existe colisión de deberes cuando ante el deber de evitación que tiene el garante surge otro simultáneo que impone a éste un comportamiento excluyente del primero.

**13.-** Por lo que hace al error, en los delitos impropios de omisión el omitente puede incurrir en error de tipo o en error de prohibición. El error de tipo excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa. Si el error recae sobre el deber de evitación se tratará de un error de prohibición que de ser invencible excluirá la culpabilidad, mientras que de ser vencible permitirá una disminución en la pena.

**14.-** No hay delitos sin tipo, y por lo tanto, es incorrecto decir que los impropios delitos de omisión carecen de una descripción típica expresa que los contemple. Además, el principio de legalidad reconocido en México a nivel constitucional exige que los delitos y las penas están descritas en una ley, la cual deberá ser general, abstracta, previa y escrita.

La supuesta falta de tipificación expresa de los impropios delitos de omisión motivó serias dudas de índole constitucional acerca de si éstos violaban o no el principio de legalidad, surgiendo diversas teorías y propuestas de solución.

Como el principio de legalidad exige que los delitos estén plasmados en la ley (aspecto formal) y que la materia de la prohibición esté suficientemente determinada (aspecto material), es imprescindible que los impropios delitos de omisión estén debidamente regulados, describiéndose en el tipo correspondiente sus elementos sin incurrir en ambigüedad.

Por ello, el aspecto constitucional de esta clase de delitos sólo se colma mediante la regulación expresa de los mismos, por lo que la solución al problema es de *lege ferenda*, es decir, de índole legislativa, debiéndose incluir en los Códigos Penales o en las leyes especiales los tipos de los impropios delitos de omisión en forma expresa. Por lo anterior, rechazamos tajantemente el empleo de la llamada subsunción de tipos, en donde lógicamente se pretende encontrar el tipo de omisión inmerso en el de comisión, rompiendo el principio lógico y el de suficiente determinación.

**15.-** Hay dos diferentes formas de solucionar de *lege ferenda* el problema constitucional de los impropios delitos omisivos. Una es mediante la inclusión de una cláusula general en la Parte General de los Códigos Penales y otra es la inclusión de tipos concretos en la Parte Especial de éstos.

Antes de la reforma penal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, el tratamiento de los impropios delitos de omisión en nuestro derecho positivo (legislación del Distrito Federal) se concretaba al contenido de los artículos 335, 336 y 339 del capítulo VII del Título Décimonoveno de nuestro Código Penal, relativo al abandono de personas.

Mediante la reforma penal a la que hacemos alusión en el párrafo anterior, nuestro legislador adoptó una solución de *lege ferenda* al adicionar un segundo párrafo al artículo 7º del Código Penal, en el que se establece una cláusula general de equiparación que hace alusión a los elementos fundamentales de esta clase de delitos.

A diferencia de las soluciones similares existentes en otras legislaciones, la del Distrito Federal especifica las fuentes del deber de evitación en forma expresa, mencionando que éstas son la ley, el contrato y el actuar precedente del agente.

Aunque la solución legislativa adoptaba en nuestro Código Penal resulta plausible porque en ella se determinan las fuentes del deber de evitación en forma expresa, también es criticable. En principio, debido a que no es el contrato la verdadera fuente del deber de garantía, sino la especial aceptación por parte del agente, desvinculándose así los efectos civilistas del acuerdo de voluntades con los efectos punitivos del especial deber de protección. En segundo lugar, por su excesiva ambigüedad, la cual violenta al aspecto material del principio de legalidad. Al respecto debe recordarse que la suficiente determinación implica seguridad jurídica para los gobernados, quienes deben conocer con claridad la materia de la prohibición para que puedan cumplir la norma.

**16.-** A pesar de que algunos casos de delitos impropios de omisión sí se encontraban regulados en nuestro Código Penal antes de 1994, éstos pocas veces se sancionaban. Tal era el caso de la madre que por descuido permitía que su recién nacido cayera a una tina de agua hirviendo produciéndose la muerte del menor a consecuencia de las quemaduras sufridas. A fin de no sancionar a la progenitora, los jueces decían, en forma por demás absurda, que se trataba de "lamentables accidentes", cuando en realidad estábamos en presencia de omisiones culpables. Lógicamente la madre sufría con la muerte de su hijo, pero la impunidad trastocaba nuestro Estado de Derecho, por lo que mediante la inclusión del artículo 321 Bis al Código Penal para el Distrito Federal se estableció en forma expresa una excusa absolutoria que dejó sin sanción a los culpables de los mal llamados "accidentes", con lo que de la impunidad de facto pasamos a la impunidad legal.

**17.-** Como establecimos ya, el empleo de una cláusula general para la regulación de los impropios delitos de omisión en los Códigos Penales vulnera el principio de legalidad en su aspecto material, por lo que se debe buscar una mejor solución al problema. Nosotros consideramos que los impropios delitos de omisión se deben legislar en forma expresa en la Parte Especial de los Códigos Penales, regulando caso por caso cada uno de ellos. Obviamente la regulación casuística significará un mayor trabajo legislativo, pero partiendo de la idea de que no todos los delitos de resultado material pueden ser consumados mediante omisión, y que no todo bien jurídico amerita la protección de un garante, los tipos a describir se reducirían a unos cuantos casos, como serían los relativos a la protección de la vida, la integridad corporal y el patrimonio.

Por otro lado, creemos que es preferible que mediante la legislación casuística se escapen a la mente del legislador algunos casos que ameriten ser regulados y no que se sancione a alguien violando en su perjuicio el principio de legalidad contenido en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional.

**BIBLIOGRAFÍA**

ANTOLISEI, Francisco. *La Acción y el Resultado en el Delito*, Edit. Jurídica Mexicana, México, 1959.

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. *Manual de Derecho Penal. El Delito*, Edit. Arazandi, Pamplona, España, 1985.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Edit. TEMIS, Bogotá, Colombia, 1989.

----- *Delitos Impropios de Omisión*, Edit. TEMIS, 2ª edición, Bogotá, Colombia, 1983.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema*, Edit. Depalma, 4ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1973.

BECCARIA, Marqués de. *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Edit. Porrúa, S.A., 6ª edición, México, 1995.

BETTIOL, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte General*, Edit. TEMIS, 4ª edición, Bogotá, Colombia, 1965.

BURGOA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, Edit. Porrúa, S.A., 8ª edición, México, 1973.

CARDONA ARIZMENDI, Enrique y otro. *Nuevo Código Penal comentado del Estado de Guanajuato*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1978.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y otro. *Código Penal Anotado*, Edit. Porrúa, S.A., 15ª edición, México, 1990.



CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal Parte General*. Edit. TEMIS. Bogotá, Colombia, 1978.

CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Edit. Porrúa, S.A., 27ª edición, México, 1989.

CASTRO, Juventino V. *Lecciones de Garantías y Amparo*. Edit. Porrúa, S.A. México. 1974.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Edit. TECNOS, S.A., 3ª edición, Madrid, España, 1990.

COBO DEL ROSAL M. y T.S VIVÉS Antón. *Derecho Penal Parte General*. Edit. Tirant le Blanch. 2ª edición, Valencia, España, 1987.

CREUS, Carlos. *Derecho Penal Parte General*. Edit. ASTREA. 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1990.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal Federal con comentarios*. Edit. Porrúa, S.A., México, 1994.

FERNÁNDEZ CHARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Edit. TEMIS. 2ª edición, Bogotá, Colombia, 1989.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Edit. Abeledo-Perrot, 12ª edición, Buenos Aires, Argentina. 1989.

----- *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Abeledo-Perrot. 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1990.

GALLAS, Wilhelm. *La Teoría del Delito en su momento actual*, Edit. Bosch, Barcelona, España, 1959.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, Edit. Porrúa, S.A., 39ª edición, México, 1988.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. *La Estructura de la Teoría del Delito*, Edit. Abeledo-Perrot, 4ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1958.

HUERTA TOCILDO, Susana. *Comisión por Omisión y Principio de Legalidad*, Revista Mexicana de Justicia No. 2, Vol. III, Abril

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *La Omisión Impropia o Comisión por Omisión*, Revista Mexicana de Derecho Penal de la PGJDF No. 12, Abril-Junio de 1974.

JESCHECK, Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Edit. BOSCH, 3ª edición, Barcelona, España, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Edit. Losada, S.A., 4ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1977.

----- *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*, Edit. Abeledo-Perrot, 3ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1989.

JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. *Panorama del Delito: Nullum crimen sine conducta*, Imprenta Universitaria, México, 1950.

----- *Las Formas Estéticas de Conducta Delictiva*, Revista de Ciencias Penales. Criminalía No. 6, Año XI, Junio de 1945, México.

I.ISZT. Von Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Edit. REUS, 3ª edición. Madrid, España. s/f.

MADRAZO, Carlos. *Estudios Jurídicos*. Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales. No. 19, México, 1985.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Edit. TEMIS, 5ª edición. Bogotá, Colombia. 1971.

MAURACH, Reinhart. *Los Delitos de Omisión en el Derecho Penal Alemán*. Conferencia publicada en la Revista "Derecho Penal Contemporáneo No. 23, noviembre y diciembre de 1967, editada por la UNAM, México. 1967.

MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal. Parte General (Libro de Estudio)*. Cárdenas Editor y Distribuidor. 2ª edición, México, 1990.

MONTEROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín. *Culpa y Omisión en la Teoría del Delito*. Edit. Porrúa. S.A., México, 1993.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Consideraciones dogmáticas y político-criminales en torno a la culpabilidad*. Revista Mexicana de Justicia No. 1, Vol. 1, Enero a Marzo de 1983.

MUTR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. PPU, 3ª edición, Barcelona, España. 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. Edit. TEMIS, Bogotá, Colombia, 1990.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal*. Edit. TEMIS, 2ª edición, Bogotá, Colombia, 1982.

----- Fundamentos de los Delitos de Omisión. Edit. Depalma, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1984.

RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Edit. TEMIS, 4ª edición, Bogotá, Colombia, 1975.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal Parte General. Edit. TEMIS, 11ª edición, Bogotá, Colombia, 1990.

SAÍNZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Edit. BOSCH, 3ª edición, Barcelona, España, 1990.

SÁNCHEZ AZCONA, Jorge. Normatividad Social. Edit. UNAM, México, 1983.

SAUER, Guillermo. Derecho Penal Parte General. Edit. BOSCH, Barcelona, España, 1956.

SILVA SÁNCHEZ, José María. El Delito de Omisión Concepto y Sistema. Edit. BOSCH, Barcelona, España, 1986.

TAMAYO y SALMORÁN, Rolando. El Derecho y la Ciencia del Derecho. Edit. UNAM, México, 1986.

VELA TREVÍÑO, Sergio. Miscelánea Penal. Edit. Trillás, México, 1990.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano Parte General. Edit. Porrúa, S.A., 3ª edición, México, 1975.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán Parte General. Edit. Jurídica de Chile, 11ª edición, Santiago de Chile, 1987.

WESSELS, Johannes. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Depalma, S.A., 6ª edición. Buenos Aires, Argentina, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Edit. Ediar, S.A., 6ª edición. Buenos Aires, Argentina, 1988.

----- *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Ediar, S.A., Buenos Aires, Argentina. 1981.

#### LEYES Y CÓDIGOS:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal.
- Exposición de motivos de la 58ª reforma penal al Código Penal para el Distrito Federal.
- Código Penal para el Estado de Guanajuato.
- Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave.
- Código Penal Tipo para Latinoamérica.
- Código Penal Alemán de 1975.
- Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.