

883



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE
COMISION POR OMISION**

289767

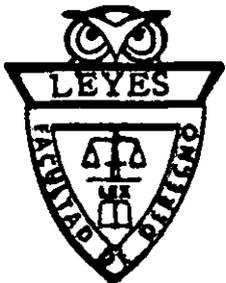
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JESUS SEVILLA FLORES



ASESOR: LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS

CIUDAD UNIVERSITARIA

ENERO DE 2001



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno SEVILLA FLORES JESUS, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS, la tesis profesional intitulada "LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

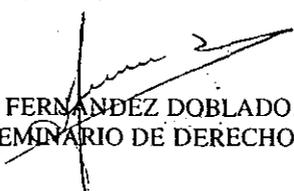
EL profesor, LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno SEVILLA FLORES JESUS.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 19 de enero de 2001


DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION

A DIOS

POR HABER CREADO LO MAS BELLO DE ESTE MUNDO QUE ES LA NATURALEZA, POR HABER DOTADO EN MI SER LA SUFICIENTE CAPACIDAD INTELECTUAL, PRINCIPIOS MORALES Y SENTIR HUMANO PARA SER UN SER VIVO, Y POR HABERME DADO LA OPORTUNIDAD DE EXISTIR.

A MI PADRE

POR SER PARA MI EL HOMBRE MAS GRANDE DE ESTE MUNDO, PORQUE GRACIAS A TU IMAGEN, TUS ENSEÑANZAS, SABIDURIA, TU APOYO ECONOMICO, TÚ SED DE LUCHA, TU INQUIETUD A SEGUIR ADELANTE, TE HACE SER MUY VALIOSO Y PORQUE ME HAS DEMOSTRADO LA IMPORTANCIA DE VIVIR, PORQUE GRACIAS A TI ME HAS PROPORCIONADO LAS HERRAMIENTAS NECESARIAS PARA CONTINUAR CON EL GRAN CAMINO DE LA VIDA, QUE ES MI ESTUDIO Y SOBRE TODO PORQUE ME HAS DADO LA OPORTUNIDAD DE SEGUIR SINTIENDOME ORGULLOSO DE SER TU HIJO.

A MI MADRE

POR HABERME OTORGADO EL REGALO MÁS GRANDE DE ESTE MUNDO QUE ES LA VIDA, PORQUE ESTAS CONMIGO DESDE MI CONCEPCION, NACIMIENTO, DESARROLLO Y SIEMPRE, PORQUE GRACIAS A TUS GRANDES DESEOS DE SUPERACION HAS DESPERTADO EN MI EL DESEO DE CONTINUAR CON MI CAMINO, POR PREOCUPARTE Y VELAR EN TODO MOMENTO MIS SUEÑOS, PORQUE CON TODO EL APOYO QUE ME HAS BRINDADO HAS HECHO DE MI LO QUE SOY, POR SER LA MAS FANTASTIVA MADRE QUE HA EXISTIDO, Y PORQUE ERES UNA DE LAS BASES QUE SUSTENTA LA FAMILIA, NUESTRA FAMILIA, A TI MAMÁ.

A TI MI AMOR, AYDEE

POR APOYARME, PORQUE ERES UN MOTIVO MUY IMPORTANTE PARA CONTINUAR LUCHANDO Y ALCANZAR A SER ALGUIEN EN LA VIDA, POR LA NECESIDAD FERVOROSA DE DEMOSTRARTE CUANDO TE NECESITO, PORQUE HAS COMPARTIDO CONMIGO LAS ILUSIONES QUE AMBOS TENEMOS EN RELACION A LA PAREJA, PORQUE SIEMPRE HAS TENIDO CONFIANZA EN MI, POR COMPARTIR TRIUNFOS Y DERROTAS Y ESTAR CONMIGO EN MOMENTOS INVOLVIDABLES Y RIGIDOS EN DONDE DEBEMOS DEMOSTRAR NUESTRA VALENTIA, PORQUE ME HACES SENTIR GRANDE ENTRE LOS GRANDES, PORQUE NUNCA TE HAS OLVIDADO QUE EXISTO Y DESEAR ESTAR CONMIGO, Y SOBRE TODO PORQUE ERES UNA GRAN MUJER, POR TI.

A MI HERMANA MIRIAM

PORQUE ME HAS ENSEÑADO, QUE TODO TIENE UN MOMENTO PARA SER Y EXISTIR, PORQUE HAS DEMOSTRADO QUE LA VIDA ES TAN MARAVILLOSA QUE HAY QUE APRENDERLA A GOZAR, Y PORQUE ERES TAN FUERTE QUE TU IMAGEN ES ENVIDIA DE LOS DEMAS, PORQUE HAS SIDO UN EJEMPLO PARA TU HIJO, PORQUE ERES LA IMAGEN DE LA LUCHA POR LA SUPERACION.

A MI HERMANO JORGE

POR COMPATIR CONMIGO TUS GRANDES AVENTURAS, POR SER EL PIONERO DE MUCHAS EXPERIENCIAS, POR EMPRENDER EL CAMINO MUY DESEADO POR LA GENTE QUE ES LA HUMILDAD, LA SINCERIDAD Y SOBRE TODO LA HONESTIDAD, PORQUE TUS ESFUERZOS DE LUCHA HAN DESPERTADO EN MI EL DESEO A LA AVENTURA, LA GRAN AVENTURA QUE ES LA VIDA.

A MI HERMANA EVELYN

PORQUE TU TERNURA, CARIÑO, FRAGILIDAD Y TU GRAN DESEO DE SUPERACION SON MOTIVOS PARA CONTINUAR CON MI DESARROLLO EDUCATIVO, POR ESCUCHARME Y SOBRE TODO POR IMPULSARME Y ENSEÑARME TODO LO QUE DENTRO DE MÍ HAY, PORQUE ERES FUERTE ENTRE LOS FUERTES, PERO TAMBIEN DEBIL ENTRE LOS DEBILES, Y PORQUE ERES UNA EXCELENTE HERMANA.

A MI SOBRINO FELIPE EDUARDO

PORQUE TUS SONRISAS DESBORDANTES Y JUGUETONA ME DEMUESTRAN LO LINDA QUE ES LA NIÑEZ, PORQUE EL CARÍÑO QUE ME BRINDAS Y LOS ABRAZOS ELOCUENTES QUE EXTERNAS ME HACEN SENTIR IMPORTANTE EN ESTE MUNDO, POR LOS GRANDES ESFUERZOS QUE IMPRIMES EN TU ARDUA LUCHA POR CRECER, PORQUE DEMUESTRAS QUERES SER ALGUIEN EN LA VIDA, Y PORQUE ME HACER RECORDAR QUE TAMBIEN FUI NIÑO.

A USTED SEÑOR DAVID

PORQUE LA FORTALEZA DEL SER HUMANO NO RADICA EN LA FUERZA EXTERIOR, SINO EN SÍ MISMO, LO QUE DEMUESTRA LO RIGUROSO QUE SE DEBE SER PARA ALCANZAR UN FIN, PORQUE SU CONFIANZA EN MI ME HA INCITADO HA LOGRAR LO ANHELADO, PORQUE ME HA ACEPTADO COMO PERSONA Y PORQUE ME HA ENSEÑADO A CONOCER LA MAGIA DE VIVIR Y LUCHAR.

A USTED SEÑORA LOURDES

POR LA CONFIANZA QUE TIENE DEPOSITADA EN MI, POR EL APOYO MORAL PARA CONTINUAR CON MI VIDA, POR LA GRANDEZA DE SER MADRE, POR SABER DISTINGUIR ENTRE LA MALDAD Y LA BONDAD Y PORQUE ES UN GRAN EJEMPLO PARA LAS PERSONAS QUE LA RODEAN.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MEXICO

PORQUE ME ACOGIO DENTRO DE SÍ, PARA
DARME LA OPORTUNIDAD DE DEMOSTRAR MI
CAPACIDAD, POR PERMITIRME ENTENDER EL
SIGNIFICADO DE LA EDUCACION, POR
ENSEÑARME A COMPRENDER LA GRAN FRACE
QUE LA DISTINGUE ENTRE MUCHAS
UNIVERSIDADES, PORQUE ASI COMO ELLA,
DEMOSTRARE Y DIRE: "POR MI RAZA, HABLARA
EL ESPIRITU"

A MI ASESOR

POR SER UN HOMBRE DE ENSEÑANZA HACIA LA
JUVENTUD, POR PERMITIR EXPRESAR MIS
INQUIETUDES, POR OTORGARME TIEMPO ENTRE
SU VALIOSO TIEMPO, POR SER UNA IMAGEN DE
PROGRESOS. A USTED.

A LA LICENCIADA HERMELINDA

POR SER UNA IMAGEN FUNDAMENTAL EN LOS
PRINCIPIOS DE JUSTICIA Y EQUIDAD, POR
PERMITIRME DESARROLLAR EN SU CENTRO DE
TRABAJO, POR SER UNA MUJER DE TALENTO
INTERNO Y EXTERNO.

A TODOS MIS AMIGOS

POR LA CONFIANZA QUE DEPOSITARON EN MI,
POR TODO LO BUENO QUE HE APRENDIDO DE
USTEDES, PORQUE ME HAN DEMOSTRADO SU
CARIÑO, A USTEDES.

INDICE

INTRODUCCION

I

CAPITULO I

CONDUCTA COMO ELEMENTO DEL TIPO

1.- CONDUCTA

1 Concepto	4
1.1 acción	11
1.2 hecho	14
1.3 Clases de conducta (acción y omisión)	16
1.4- Concepto de acción	21
1.5.- Elementos de la acción	25
a) Voluntad	26
1.6. Momentos de la voluntad	29
aa).- concepción	29
bb).- deliberación	30
cc).- Decisión	31
2 Actividad	31
2.1 Ejecución	32
2.2 Deber jurídico de Abstenerse	32
2.3 resultado típico	33
g) resultado típico y material	34

CAPITULO II

LOS DELITOS DE OMISION Y COMISION POR OMISION

1.- Conceptos de delito	37
a) Garófalo	38
b) Carrara	40
c) Porte Pettit	41
2.- La Omisión	42
2.1.- Tipos o clases de Omisión	47
a) Omisión simple	47
b) Comisión por omisión	51
c) omisión propia	56
d) omisivos puros	57
e) omisivos verdaderos	57
2.- OMISION SIMPLE	
2.1.- Concepto	58
2.2.- Elementos de la Omisión	
a) Voluntad o culpa	60
b) Inactividad	63
c) Deber juridico de obrar	64
2.3 Clases de deberes	
a) deber derivado de un precepto jurídico	67
b) deber derivado de una obligación	68
c) deber derivado de un hacer precedente	69
d) deber moral o impuesto por la convivencia	72

e) deber general	72
f) deber especial	72
g) deber expreso	74
h) deber tácito	74
2.3 Resultado típico	74
3.- COMISION POR OMISION	74
3.1 Concepto	75
3.2 Elementos de la Comisión por Omisión	76
a) Voluntad o Culpa	77
b) Inactividad	80
c) deber jurídico de obrar y deber jurídico de abstenerse	82
3.3. Resultado típico o jurídico y material	84
4.- Nexo de causalidad en la omisión	84
Teorías sobre la causalidad en la omisión	86
a) Del Aliud, Actum, Agere o Facere, contemporánea o diversa	87
b) De la acción precedente	88
c) de la Interferencia	89
d) de la acción esperada y exigida o concepción de la “creación normativa”	90

CAPITULO III

FORMAS DE APARICION DEL DELITO (ITER CRIMINIS)	94
1.- FACES	
1.1. Esfera Subjetiva	101
a) concepción	102
b) deliberación	103
c) decisión	104
2.- Esfera Exterior	105
a).- Manifestación de la resolución del sujeto	105
b).- Actos preparatorios	107
c) actos ejecutivos	109
d) Idoneidad en los medios	115
3) tentativa inacabada	117
Elementos	
a) voluntad de cometer el resultado	118
b) Un comienzo de inejecución o inactividad	119
c) No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente	123
4) tentativa acabada	125
Elementos	
4.1) voluntad de cometer el resultado	126
4.2) Un comienzo de inejecución o inactividad	126
4.3) No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente	128

5) tentativa imposible	129
6) inexistencia del objeto jurídico o material	131
7.- Desistimiento	139
8.- Delito Frustrado	151
9.- Agotamiento	155

CAPITULO IV

TENTATIVA EN LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION.

1.- Tentativa en los delitos de comisión por omisión	160
2.- Elementos del tipo	
a) conducta (comisión por omisión)	160
b) lesión al bien jurídico o puesta en peligro	162
c) formas de intervención de los sujetos	164
d) realización dolosa y culposa de la omisión	165
e) calidades de los sujetos pasivo y activo	168
f) resultado y atribuibilidad de la omisión	168
g) objeto material	170
h) medios utilizados	171
i) circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión	171
j) elementos normativos	171
k) elementos subjetivo específico	172

3- Nexo de causalidad en la tentativa del delito de comisión por omisión	174
4.- Participación en la tentativa de los delitos de comisión por omisión	175
5.- Jurisprudencia	181
Conclusiones	184
Bibliografía	189

INTRODUCCION

La comisión de un hecho delictuoso llamado (delito), debe ser sancionado por nuestra legislación Penal para evitar que alguna conducta realizada por el ser humano que perjudique a la sociedad se salga de los parámetros marcados por ésta, del concepto de delito, que es todo acto u omisión que sancionan las leyes penales, se desprende que la conducta que realiza el ser humano se puede traducir, por una parte en un actuar positivo, es decir, cuando el hombre realiza algún movimiento activo y consciente, con el cual produce una modificación en el mundo externo y se encuentra sancionado por la ley; por otro lado tenemos aquel movimiento producido por el ser humano de carácter negativo, es decir, alguna abstención, que de igual forma nuestra legislación sanciona, pues si se dejase de hacer algo que previamente esta establecido por normas, causando con ello modificaciones en el mundo externo, será considerado como una manifestación de un hecho delictivo, y por tal motivo se debe de sancionar, conductas de aspecto positivo y negativo deben estar previamente determinadas en el ordenamiento legal correspondiente; con ello pretendemos no perder de vista la conducta de carácter negativo (omisión), pues también es relevante para la vida jurídica penal.

Las conductas omisivas que el ser humano realiza como movimientos voluntarios, deben ser sancionadas por nuestra legislación y deberán estar contenidas en la ley para evitar que estas conductas sean insancionables, pretendiendo con ello establecer una relación entre la omisión y el resultado que produzca.- Los delitos de omisión presenta un cierto grado de complejidad y más aún los delitos de comisión por omisión, por consiguiente se tendrá como

objetivo principal establecer la diferencia entre los delitos de omisión simple y los delitos de comisión por omisión y posteriormente determinar si existe la posibilidad de que exista tentativa en los delitos de comisión por omisión.

CAPITULO I
CONDUCTA COMO ELEMENTO DEL TIPO

CAPITULO I

CONDUCTA COMO ELEMENTO DEL TIPO

I.- CONDUCTA

1. CONCEPTO.

La conducta siempre tiene un punto de partida: es motivada, algunas fuentes de acción son necesidades profundamente arraigadas en el organismo, lo suficientemente vitales para controlar la conducta en el momento del nacimiento, aún desde antes. Las necesidades insatisfechas generan "impulsos", fuerzas motivadoras igualmente, algunas de las cuales, las emociones, provocan algunos de los más complejos y tortuosos actos, (acciones que lo perjudiquen o perjudiquen a otras personas). Al mismo tiempo, la presencia de emociones puede ser señal de trastorno en la organización de la conducta y plantear algunos problemas de conducta individual, de carácter personal o social.

La conducta está sujeta a modificación, el hombre puede aprender. Al cabo de un tiempo, puede transformar respuestas relativamente torpes e ineficaces en hábiles acciones. Una vez llevadas estas formas de conducta a un alto nivel de desarrollo, puede también transferirlas a nuevas situaciones y usar su flexible repertorio de respuestas, para adaptarse a un medio que cambia casi constantemente. El aprendizaje rara vez es permanente, a menos que lo aprendido sea conservado por el uso frecuente. Formas más viejas de conducta; no reforzadas por la práctica, tienden a ser desplazadas por otras más nuevas. Al niño recién nacido el mundo podrá parecerle un perfecto caos, pero no pasará mucho tiempo antes de que siga visualmente objetos en movimiento y empiece a establecer un poco de orden en él. Será capaz de distinguir algunas luces, sombras y contornos a su inmediato alrededor, de ver "cosas". El resto de su vida lo

empleará en la percepción de las cosas, distinguiéndolas unas de otras, en acumular conocimientos acerca del mundo de objeto y acontecimientos constantemente cambiante. Pondrá en uso todos los canales sensoriales que lo conecten con su medio externo: la visión, la audición, el tacto, el olfato y el gusto. "Además tendrá sensaciones originadas en sus órganos internos que a veces le informarán vividamente en forma de hambre, sed o dolor orgánico. Tendrá también un importante género de sensaciones creadas por los movimientos musculares, éstas, complementadas por mensajes generados por un mecanismo especial situado en el interior del oído, le mantendrán informado acerca del movimiento y de la postura corporal y le permitirán, sin tener que pensar en ello, mantener su compostura."¹

Este tipo de conducta, cuando es incolora, no trasciende para el derecho Penal. Pero lo que nos va interesar, son aquellas conductas del ser humano que causan alguna lesión o ponen en peligro bienes jurídicamente tutelados por una norma penal, es decir, aquellas conductas ilícitas que producen un cambio o una mutación en el mundo externo y perjudican a otros sujetos, los llamados (delitos).

El legislador observa los diversos modos de reacción del individuo ante los estímulos que le depara el ambiente social en el que vive, y toma nota de aquellos que vulneran derechos personales o sociales poniendo con ello en peligro la estabilidad del conglomerado humano que el Estado tiene obligación de proteger, y de esa observación deduce cuales actos debe prohibir bajo la amenaza de una sanción criminal. La conducta que nos vamos a ocupar es aquel concreto y particular comportamiento humano que lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente protegido.

El tipo penal es la descripción prevista por la norma jurídico penal, que aparece regulada en la ley para la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad

¹ Frank A. Geldard, Fundamentos de Psicología, Ed. Trillas, tercera reimpresión, México 1974, pag. 24.

social, aparecen en términos de contenido preceptivo o prohibitivo. “El tipo es la descripción de la conducta prohibida u ordenada, prevista en todo su ámbito situacional por el legislador.”²

Es la fórmula legal que individualiza las conductas prohibidas por la ley penal para la protección de bienes jurídicos y que aparecen recogidas en nuestro Código penal Mexicano. El tipo es un concepto eminentemente descriptivo que si bien en un principio fue entendido como descriptivo de elementos objetivos, con posterioridad fue reconocido con un contenido integrado con elementos objetivos, normativos y subjetivos. Para ser constitutiva de delito la conducta debe ser típica, a partir del principio de legalidad, es decir, debe aparecer prevista en la ley penal como un tipo penal, y de aquí, la necesidad de estudiar como primer elemento en el análisis del delito. Si el delito en definitiva, es una forma de conducta, un comportamiento humano, esta conducta de la persona es tan amplia, tiene tantas posibilidades en la realidad, que presenta, frente a toda descripción, la configuración del algo infinito.

El Código de Procedimientos penales, para el Distrito Federal, señalaba en la Fracción I del artículo 122 cuales eran los elementos del tipo penal:

Fracción I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión...; advirtiendo de lo anterior que exige primeramente la existencia de una conducta (de acción u omisión).

El artículo anterior fue reformado para quedar como a continuación se transcribe: “... El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad del hecho que la ley señala como delito.”³

De lo que también se deduce que uno de los elementos esenciales de un delito lo es la conducta.

² Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Teoría General de la Ley, Teoría General del delito, Teoría de la Culpabilidad y el sujeto responsable y teoría de la pena, Ed. Porrúa S.A., Primera edición, México 1997, pag. 295.

³ Gaceta Oficial del Distrito Federal, 3 de mayo de 1999, Novena Época, Número 55. pag. 2.

La conducta es, así, el elemento básico para la integración del delito, conceptuando a la conducta: “como la forma de comportamiento voluntario del ser humano, que puede presentarse ya sea activamente o pasivamente, consiste en un hecho material, positivo o negativo, producido por el hombre, la conducta debe ser exterior, es decir, corporal. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior físico y psíquico. Y el negativo consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, la que también causará un resultado.”⁴

La conducta en la prelación lógica, ocupa la base en primer lugar dentro de la teoría del delito, ésta configura el elemento o aspecto objetivo del delito. Es, justamente, este modelo de conducta el que nos proponemos a estudiar enseguida.

Mucho se ha dicho respecto al término conducta, algunos la definen “como aquella amplia y abstracta descripción que de una hipotética actividad del hombre hace el legislador en una norma penal, siendo la conducta un elemento del tipo legal.”⁵

La real academia conceptúa a la conducta, como el porte o manera como los hombres manejan sus vidas. Conducta “es el comportamiento del ser humano, es decir, una actuación más continuada o sostenida que el mero acto psicológico, el cual, como se verá, es el punto de partida para el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad.”⁶

Con toda razón se le ha asignado a la conducta un importante lugar dentro de la teoría del delito. Battaglini afirma que la conducta constituye el nudo de la figura del delito. Maggiore y Antón Oneca, estima que el concepto de acción es central. Berner considera que la conducta es como el esqueleto sobre el cual se configura el delito. Para Porte Pettit “la conducta, es un

⁴ Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano Parte General, Ed. Porrúa S.A, Décimo Sexta Edición, México 1988, pag. 275.

⁵ Reyes Echandia Alfonso, Tipicidad, Ed. Temis S.A., primera reimpression de la sexta edición, Bogotá Colombia 1994, pag. 49.

⁶ Márquez Piñero Rafael, Derecho Penal Parte General, Ed. Trillas, Tercera edición, México 1994, pag. 156.

hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado, material típico o extratípico.”⁷

El jurista José Aceves Magdaleno define a la conducta, “es el conjunto de acciones o aspecto personales que se desarrollan también en dos vertientes: la externa, visible para todos o explícita (conducta social) y la interna, sólo conocido por nosotros.”⁸

Algunos autores partidarios de la “concepción sintomática del delito”, ven a la conducta como “un medio del conocimiento de un estado interno del agente (Kollmann); conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa). Reniera, señala que por conducta se debe entender el modo en que se comporta el hombre dando expresión en su voluntad; Antoliseis y Raneiri, decían que por conducta, significa un modo de ser, un modo de obrar del ser humano; “ya acertadamente Jiménez Huerta conceptuaba a la conducta no sólo como las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar mejor el sentido y el fin que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integra un comportamiento típico.”⁹

“La conducta también se puede conceptuar como un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, responsabilidad imprudencial o preterintencional), activo o negativo que produce un resultado.”¹⁰

López de Gallo dice: “que conducta es, una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria (o no voluntaria en los delitos culposos por olvido), que producen un resultado con

⁷ Porte Petit Candaudap Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Tomo I, Ed. Porrúa S.A., Décimoquinta edición, México 1993, pag. 230.

⁸ Aceves Magdaleno José, Psicología General para bachillerato y Normal, Ed. Publicaciones Cruz S.A., Primera Edición, México 1981, pag. 23.

⁹ Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al Estudio de las figuras típicas, Ed. Porrúa S.A., Cuarta Edición, México 1983, Pág. 106.

¹⁰ Amuchategui Requeña Irma Griselda, Derecho Penal curso primero y segundo, Ed. Harla, Primera edición, México 1993. pág. 275.

violación: a) de una norma prohibitiva, en los delitos comisivos. b) de una norma preceptiva en los omisivos; y c) de ambas en los delitos de comisión por omisión.”¹¹

Para Pavón Vascónceles la conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria; El jurista Franco Guzmán al señalar como elementos de la conducta a los coeficientes físico y psíquicos, dice: La conducta es un comportamiento en el cual media un movimiento de la psique, o sea, el yo interno del individuo se mueve, porque le impongan ese movimiento o porque se lo impone a sí mismo atendiendo a decisión propia. “Freud halló tres planos en la mente humana: Una consciente y dirigida por los instintos (ego); otra dirigida por la lógica y también consciente (super ego), y una tercera refundida en el subfondo de nuestra mente, por fuera de la consciencia, pero de la que emanan fuerzas psicológicas capaces de determinar el comportamiento del hombre (ello), surgió así el pensamiento de que la manera de vivir, el ser humano depende de la manera como operen en él esas 3 fuentes de personalidad y a ello se le denominó conducta.”¹²

La voz conducta ha sido empleada para designar la forma exterior por la que se expresa o manifiesta una “personalidad”. “La conducta es la forma como el hombre se expresa activa o pasivamente, es una manera de asumir una actitud que puede manifestarse como una acción o como una omisión.”¹³

Solo hay conducta para los efectos penales, cuando el individuo puede hacer uso de su natural y humana facultad selectiva de formas de comportamiento (es decir, tener libre arbitrio).

¹¹ Pavón Vascónceles Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ed. Porrúa S.A., Novena Edición, México 1990, pag. 185.

¹² Ferreira D. Francisco José, Teoría General del Delito, Ed. Temis S.A, Primera edición, Bogotá-colombia 1988, pag. 14, .

¹³ Osorio y Nieto Cesar Augusto, Síntesis de Derecho Penal parte general, Ed.Trillas, segunda edición, México 1986, pag 55.

“Fernando Castellanos Tena, conceptúa a la conducta como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.”¹⁴

Conducta en doble aspecto (acción u omisión), “es el proceder finalístico descrito en el tipo.”¹⁵

Es la actividad positiva o negativa que adopta el ser humano para la consecución de un fin. Es importante señalar, que el concepto de conducta para efectos del derecho penal, lo entenderemos como aquel comportamiento humano voluntario, sea en su aspecto positivo (acción) o negativo (omisión) y que lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente tutelado por la norma penal, significa que la conducta o el comportamiento implique la lesión o puesta en peligro a un bien jurídico protegido, que por lo mismo, a la vez significa la violación al contenido preceptivo o prohibitivo de la norma penal recogida en el propio tipo. Por lo que de esta manera, la conducta se debe entender siempre, como el ejercicio de un comportamiento o manifestación de voluntad dirigida hacia un fin. Precizando que sólo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo de conducta, trascendente para el Derecho Penal ; por tanto, se descartan que los animales, los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos del delito. La conducta es lo suficientemente amplia para recoger su contenido con exactitud las diversas formas en que el hombre manifiesta externamente su voluntad, esto es, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquellas otras que implican inactividad, inercia o inacción.

¹⁴ Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General, Ed. Porrúa S.A., Vigésimanoventa edición, México 1991, pag. 149.

¹⁵ Islas Olga y Ramírez Elpidio, Lógica del Tipo en el Derecho Penal. Ed. Jurídica Mexicana, Primera edición, México 1970, pag.62.

1.1 ACCION.

Para designar al primer elemento del delito suelen utilizarse los términos conducta, acto, hecho, acción etc., la esencial naturaleza del concepto de "conducta" se revela en las numerosas definiciones que se han elaborado.

Aún cuando se habla de un acto humano, se quiere radicar su origen precisamente en aquella entidad continua e idéntica a través del tiempo y del espacio y a derecho de mutaciones, crecimientos o mutilaciones accidentales, conocida como la persona o el yo, para ello es lógico que deba partirse de las facultades esenciales y específicas del hombre como tal, cuyo conjunto se conoce como el "Psiquismo superior".

La acción, es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del genero (conducta). "La acción consiste en sentido amplio, en la conducta o actuación, exterior y voluntaria, encaminada a producir un resultado."¹⁶

Jiménez de Asúa define a la acción en sentido amplio, como "la manifestación de voluntad que mediante una actuación produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que se espera, deja sin modificación ese mundo externo, cuya mutación se aguarda.

Karl Wolff dice, que la acción (handlung): es un movimiento corporal, consciente y espontaneo, que persigue por si y para si un resultado o lo engloba, pero con el pensamiento en un efecto.

Existen dos corrientes que aceptan el término acción para generalizarla como conducta: a) los que optan por aceptar el término acción como comprensiva de la acción y omisión: la acción en sentido lato; y, b) la que estima que no debe usarse el término "acción" como agotador de las 2 dos formas de la conducta, sino únicamente para designar "el hacer"; "la

¹⁶ Márquez Piñero Rafael, Op. Cit., pag. 156.

acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico.”¹⁷

Para el estudio de la acción, como elemento objetivo del delito, se debe tener en consideración que existen dos teorías principalmente, por una parte tenemos a la Teoría Clásica (causalista) y por otro lado la Teoría Finalista.

La teoría causalista, refiere que la acción es un aspecto del delito, y la define como un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, sea puro movimiento corporal o aquellos que con movimiento corporal es seguido de un resultado ocasionado por él en el mundo exterior; la acción lato sensu también ha sido definida como “la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión, causan un cambio en el mundo exterior (Jiménez de Asúa). Es una conducta humana productora de un resultado y que reviste la forma de acto o la de omisión.

La acción strictu sensu o acto, es un hacer efectivo, corporal y voluntario; algunos otros autores definen a la acción como “una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior.

Esta teoría trata a la acción como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla. De la acción si comporta si el comportamiento humano movido por la voluntad, causó el resultado y no así, si la voluntad iba dirigida a éste. Los causalistas explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque ésta no pertenece a la conducta. En este orden de ideas, a la acción se le considera como un hacer voluntario, pero en esa voluntad no hay contenido.

¹⁷ Porte Petit Candaudap Celestino, Op. Cit., pag. 232.

Para la teoría causal, "la acción, es una inervación muscular, es decir, expresa Zaffaroni- un movimiento voluntario- no reflejo-, pero en el que carece de importancia o prescinde del fin a que esa voluntad se dirige."¹⁸

Se concibe a la acción como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor, como simple causación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora, contempla la sola producción del acto en el mundo externo.

Para la teoría finalista, "la acción no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del ser humano de preveer, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos. Los finalistas consideran a la voluntad como un factor de conducción que supradetermina el acto causal externo. De esta manera el agente para cometer un hecho delictivo, piensa en lo ilícito y realiza la conducta delictiva, porque su voluntad lleva un fin, y éste es el último acto que provoca la aparición del delito. La acción para los finalistas es conducida, es un comportamiento anticipadamente mental, de carácter consciente."¹⁹

Los alemanes fundamentan su teoría de la acción, empleando la palabra acción, aunque posteriormente la denominan hecho.

Acción en sentido estricto consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a obtener un fin determinado.

Por su parte Welzel, señala que acción en sentido más rígido y restringido designa la actividad finalista del hombre.

Atendiendo a lo anterior podemos decir que la acción es un actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleve a cabo uno o varios movimientos corporales, y

¹⁸ López Betancourt Eduardo, Teoría del Delito, Ed. Porrúa S.A., Cuarta Edición, México 1997, pag 5.

¹⁹ Orellano Wiarco Octavio Alberto, Teoría del delito. sistema causalista y finalista, Ed. Porrúa S.A., México 1994.

comete la infracción a la ley por si mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas. de esta manera señalaremos que la acción es un comportamiento inteligente y, por lo tanto, absolutamente humano.

1.2 HECHO

Las normas jurídicas genéricas encierran siempre una o varias hipótesis, cuya realización da nacimiento a las obligaciones y los derechos que las mismas normas, respectivamente, imponen y otorgan. Encontramos aquí una diferencia capital entre los supuestos morales y jurídicos. Los primeros condicionan la producción de deberes; los segundos, al realizarse, engendran deberes y derechos; los autores modernos emplean la denominación tradicional de *hecho juridico (fait juridique, fatto giuridico, Tatbestand)* y por hecho juridico entendemos aquel evento natural que produce una transformación; Ya el jurista Eduardo García Máynez señala que Enzo Enriquez entiende por hecho “cualquier transformación de la realidad.”²⁰

Otros juristas hablan de una “transformación del mundo exterior”. Dentro de estas definiciones hállase implícita la idea de que un hecho es un suceso temporal y espacialmente localizado, que provoca, al ocurrir, un cambio en lo existente. Cuando la Ley enlaza un acontecer de esta especie consecuencias normativas, aquél se transforma en hecho jurídico.

Hecho.- “Es la denominación de los sucesos o acontecimientos producidos por el hombre, sin relación con su voluntad o conciencia al producirlos.”²¹

²⁰ García Máynez Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa S.A., Cuadragésimo Quinta Edición, México 1993. pag. 170.

²¹ Ferreira D. Francisco José, Op. Cit. pag. 14.

Hecho es lo que el hombre hace o deja de que suceda, en su inacuidad abarca cualquier acontecer, comisivo u omisivo, cualquiera que sea su vinculación con lo humano, del hombre que lo produjo.

Porte Petit se muestra partidario de los términos conducta y hecho para denominar al elemento objetivo del delito: “pensamos- dice- no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo”. Cita las opiniones de Cavallo y Battaglini, quien el primero de ellos señala que hecho “en sentido técnico, es el conjunto de los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido”, y para el segundo, el hecho “en sentido propio, es solamente el hecho material, que comprende la acción y el resultado”. Esta terminología refiere que el elemento objetivo del delito es la conducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión), y otras, hecho, cuando la ley requiere (además de la acción o de la omisión) la producción del un resultado material, unido por un nexo causal; señala el distinguido jurista Porte Petit que hablaremos de hecho cuando exista una conducta, un resultado y un nexo causal. “En el lenguaje ordinario entendemos por hecho lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse en el escenario del mundo.”²²

Binding señalaba que hecho se designa a todo acontecimiento, sea o no procedente del intelecto humano o de su actividad, o acaezca por simple caso fortuito, su voluntariedad, nota fundamental del derecho penal. Ferrer Sama señala que el término hecho es inadecuado por ser excesivo, ya que comprende tanto la actividad humana como los acontecimientos provenientes de fenómenos naturales. “Cavallo dice hecho, tiene 2 significados, uno amplio por el cual es considerado como comprensivo de todos los elementos que realizan el tipo legal descrito por la

²² Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. pag. 149.

norma, y otro en sentido estricto o técnico, por el cual se refiere solamente a los elementos materiales del tipo.”²³

Hecho.- Es aquel conjunto de elementos materiales que se encuentran descritos en el tipo que sancionan la privación de la vida. Diremos que el hecho, es todo acaecimiento de la vida, y lo mismo puede preceder de la mano del hombre, que del mundo de la naturaleza. El jurista Luis Jiménez de Asúa dice: No decimos hecho porque es demasiado genérico, ya que como Binding señaló, con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o mente del hombre o acaezca por caso fortuito. Concluiremos señalando que hechos son todos los eventos que acontecen en el mundo de la naturaleza, y no sólo las acciones y sus resultados, el caer de la lluvia, el correr de los ríos, el crecimiento de los árboles son hechos.

1.3 CLASES DE CONDUCTA (Acción y omisión)

Se ha señalado, que la conducta es el elemento básico en la teoría del delito, conceptuándola como el comportamiento voluntario del ser humano, que puede presentarse ya sea activa o pasiva, es decir, positivo o negativo, producido por el hombre, la conducta debe ser exterior (corporal). La conducta humana forma el concepto general común de acción y omisión. El actuar de un individuo será positivo cuando exista un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior físico y psíquico. El actuar de carácter negativo, lo será la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, la que también causará un resultado.

²³ Pavón Vascóncelos Francisco. Op. Cit. pag. 184

El derecho penal distingue dos formas en que puede ejecutarse la conducta, y estas pueden ser en un actuar positivo, haciendo lo prohibido o dejando de hacer lo exigido. Por eso se denominan delitos de acción (comisión) cuando se viola una norma prohibitiva y, delitos de omisión cuando se viola una norma preceptiva. Los tratadistas también mencionan los delitos de comisión por omisión, llamándolos de omisión impropia, porque cuando no se hace lo que debió hacerse y ello produce un resultado material, se está violando una norma preceptiva y después una prohibitiva. Sin embargo, lo realmente violado al cometerse un delito es la prohibición subyacente en el tipo.

El elemento objetivo del delito, lo es la conducta, se ha buscado una denominación que pueda abarcar tanto el carácter positivo como negativo, más sin embargo, no se ha podido unificar tal, pues algunos autores como Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra “acto” en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo “acción” y del negativo “omisión”; pero el término que utilizaremos para abarcar el comportamiento del ser humano positivo o negativo será el de “conducta”; ya Radbruch señalaba que no era posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías, de la misma manera que no se puede colocar a “a” y a “no a” bajo uno de los dos extremos.

La acción consiste en una actividad positiva, en un hacer lo que se debe de hacer, en un comportamiento que viola una norma que prohíbe; la omisión es una actividad negativa, es dejar de hacer lo que se debe hacer, es un omitir obediencia a la norma que impone un deber de hacer.”²⁴

El artículo 7o. del Código Penal para el Distrito Federal, establece las dos formas de conducta que pueden ser trascendentes en el mundo jurídico penal, y a saber son, la acción y la

²⁴ Carrancá y Trujillo Raúl Y Carrancá y Rivas Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, Ed. Porrúa S.A., Decimoctava Edición, México 1995, pag. 292.

omisión, o lo que es igual positiva o negativa, según que el delito consista en una actividad del agente, en un hacer o en una inactividad. en un no hacer cuando se tenía la obligación jurídica de actuar, en algunos casos el tipo prevee conductas mixtas, vale decir, de acción y de omisión. El legislador describe esquemas de actividad humana, unas veces de particular contenido psicológico y otras, las más de ellas, de naturaleza material; sin que ello implique que las actitudes mentales sean sin exteriorización fenomenológica.

La definición legal del delito expresa dos formas básicas del comportamiento típico: las acciones y las omisiones. "Silvela define a la acción como la realización, más o menos completa, del propio pensamiento, y a la omisión como la inactividad de la voluntad que deja de traducir la idea de la Ley en hechos reales."²⁵

La conducta activa (acción) pueden tener un contenido psicológico, "ya que pueden referirse a la esfera del conocimiento, de la afectividad o de la volición."²⁶

La esfera cognoscitiva, se refiere a aquellas conductas psicológicas que implican la comunicación de una idea, ya sea que tal comunicación se realice con el objeto de que llegue a conocimiento de un número determinado o indeterminado de personas, como anteriormente lo establecía el tipo de calumnia; ora cuando, sin que tal finalidad sea precisamente requerida, la exteriorización ideativa se efectúa en presencia de otros como en la corrupción de menores, etc.

La esfera de la afectividad, a aquellas conductas de contenido psicológico en las que el agente pretende exteriorizar a través del acto material, un sentimiento de animadversión como cuando ultraja la bandera o el escudo nacional.

²⁵ M. Cobo del Rosal-T.S Vives Antón, Derecho Penal Parte General, Ed. Tirano lo Blanch, Tercera Edición, Valencia 1991, pag. 297.

²⁶ Reyes Echandia Alfonso, Op. Cit. pag. 53.

La esfera volitiva del agente a aquellos comportamientos de contenido psicológico en los que su tipicidad se concreta en una manifestación de voluntad; la ilicitud de estas conductas se explican en razón de la antisocialidad del objeto, ejemplo: el aborto consentido.

Las conductas activas (acción) de contenido material, éstas se exteriorizan mediante actos objetivamente perceptibles, sin específica referencia al síquismo del agente; tales actos están dirigidos a personas o cosas.

En el primer caso la conducta del autor puede afectar el organismo del sujeto pasivo de dos maneras: eliminándolos o destruyéndolo, como lo es en el caso del Homicidio; y alterándolo, mediante la disminución de su integridad biológica, como es el caso de las Lesiones.

La conducta típica puede consistir en una omisión, vale decir, en un no hacer cuando se estaba jurídicamente obligado a hacer, la omisión es, básicamente una actitud negativa de nuestra volición.

Sobre este particular Schone siguiendo a Kaufmann; “Antes de ser ejecutada la acción del hombre tiene que representarse el objetivo de la acción y desde allí hacia atrás en el pensamiento, seleccionar los medios para la consecución del fin. Por consiguiente, es un presupuesto mínimo para que se llegue a una acción, la representación de un objetivo, desde el cual pueda partir el proceso de planteamiento, la posibilidad de reconocer los medios de la acción y la posibilidad de realización física de lo planteado: En otras palabras, lo que conviene en la omisión a la no ejecución de una determinada acción es la capacidad de acción concreta referida a la acción ausente, con los componentes físicos y síquicos nombrado. O formulado todavía de otra manera: a la omisión pertenece la finalidad potencial. Entendemos que la conducta omisiva es de contenido psicológico cuando el agente deja de realizar aquella operación síquica (cognoscitiva, afectiva o volitiva) a la que está jurídicamente obligado y que es de contenido material cuando omite ejecutar aquella actividad material que le era exigible.

La omisión de contenido psicológico refiérese a la esfera cognoscitiva del agente en todos aquellos casos en los que rehusa manifestar algo para conocimiento ajeno de un particular o de una autoridad, como cuando un testigo se niega a declarar la verdad o la calla. Aunque toda conducta humana (de acción u omisión) supone una manifestación de voluntad, hablamos aquí de una conducta omisiva referida a la esfera volitiva cada vez que el tipo hace mención de esta faceta de la personalidad del agente.

La conducta omisiva de contenido material puede afectar a las personas o a las cosas. El Código Penal italiano prevé al verdugo que se niega a dar muerte al condenado y del militar que rehusa eliminar al enemigo de guerra.; En México una omisión de contenido material lesiva de la integridad del sujeto pasivo, son ejemplos los delitos de homicidio o lesiones personales, cuando se realizan mediante omisión, que en tales casos se denominan impropia; tal la muerte que la madre ocasiona a su hijo recién nacido a quien deja de alimentar, o bien también cuando el comportamiento omisivo lesionan la libertad personal del sujeto pasivo, ejemplo: cuando el encargado de un establecimiento carcelario no cumple con la orden de liberación de un detenido, emanada de una autoridad competente.

Conductas típicas mixtas, es cuando participan modalidades activas y pasivas de conductas: estos tipos se dividen en alternativamente Mixtas. Estos tipos penales se dividen en unitariamente mixtos y alternativamente mixtos.

Los primeros se caracterizan porque describiendo una sola conducta, esta suele presentar aspectos positivos o negativos; tal sucede en los llamados delitos permanentes, en los que la conducta incriminada es positiva en su iniciación y omisiva en su proyección antijurídica. Así el agente realiza una conducta material positiva para sustraer, conducir o trasladar contra su

voluntad a alguien, luego de lo cual omite dejarlo en libertad; mientras esa conducta negativa continúe, el delito se prolonga en el tiempo, característica que le da precisamente su nombre.

Otra modalidad de la conducta unitariamente mixta se presenta cuando la configuración del ilícito requiere un comportamiento activo y pasivo, como en el caso de falso testimonio, cuando consiste en callar parcialmente la verdad, pues el testigo solo dice una parte de lo que sabe está, por esa misma razón, omitiendo el complemento. La conducta es alternativamente mixta cuando el tipo prevé varios modelos de comportamiento- negativos unos y positivos otros- cada uno de los cuales configura el ilícito. Tal ocurre en el siguiente ejemplo: el funcionario público “dicta una sentencia” (acción), como cuando se niegue a dictarla (omisión), o como en el delito de detención arbitraria, que sanciona tanto el recibir (acción) en el establecimiento carcelario a alguien sin orden legal de detención, como el negarse (omisión) a cumplir la orden de libertad legalmente emitida.

De esta manera concluimos que la acción y la omisión son las dos únicas formas de manifestarse la conducta humana que pudiera constituir delito, en su aspecto positivo (acción) o el negativo (omisión).

1.4 CONCEPTO DE ACCION

Como hemos señalado en líneas anteriores, los estudiosos del derecho penal no se han puesto de acuerdo respecto a la denominación que abarque el elemento objetivo del delito, sin embargo, nosotros utilizaremos el término conducta, que engloba el aspecto positivo y negativo de la realización de un hecho delictuoso. La acción en sentido llano denota un modo de conducirse siempre en forma activa, o sea, desde el punto de vista naturalístico, implica una

actuación de movilidad hacia algo, ejercitando una potencia para obtener una variación material lograda a través de maniobras o manchas que físicamente hacen apreciar una generación motriz, involucrando traslaciones de fuerzas. “Acción se deriva *del latín actio, de agere*, que significa hacer, lo cual implica ejercicio o actividad; sin embargo, para los efectos jurídico penales, debemos dejarla inmersa en el concepto conducta, y éste viene a ser un comportamiento en el cual media un movimiento de la psique.”²⁷

La acción es una actividad positiva, es un hacer lo que no se debe hacer, es un comportamiento que viola una norma que prohíbe, es el hacer efectivo, corporal y voluntario. “La acción es el movimiento corporal, el hecho voluntario del hombre, la actividad volitiva humana.”²⁸

Es el comportamiento inteligente y por lo tanto absolutamente humano. Acción.- “Es aquel comportamiento que puede producir efectos jurídicos (pena).”²⁹

En la acción del autor considerada como acción de un ser racional, reside el hecho de que es algo general, que mediante ella se establece una ley que él ha reconocido en ella para sí, bajo la cual se le puede subsumir como bajo su derecho.

Sin embargo, no olvidemos que también a la acción se le conoce como acto, definiéndose a éste, como “la manifestación de voluntad que mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior.”³⁰

De ahí que la acción sea el hacer algo con voluntad. “Los representantes de la Teoría causalista entre ellos el destacado jurista Von Liszt, tenía una teoría respecto a la acción y la

²⁷ López Betancour Eduardo, Introducción al Derecho Penal, Ed. Porra S.A., Segunda edición, México 1994, pag 100.

²⁸ Osorio y Nieto Cesar Augusto, Op. Cit., pag 55.

²⁹ Gunther Jakobs, Derecho Penal parte general (fundamentos y teoría de la imputación), traducción Joaquín Cuello Contreras y Serrano González de Murillo José Luis, Ed. Marcial Pons ediciones jurídicas S.A, Segunda edición, Madrid Barcelona 1995, pag. 160.

³⁰ Jiménez de Asúa Luis, Derecho Penal. La ley y el delito, Ed. Abeledo-Perrot, Editorial sudamericana, segunda edición, Buenos Aires Argentina 1989, pag. 210.

llamó Acción naturalista, que era cualquier modificación material del mundo externo. Concibe al acto como manifestación de la voluntad, determinada (motivada), por las representaciones, resultando susceptible de imputabilidad sólo quien tiene facultad de determinación normal.”³¹

Antolise, dice que la acción no es exteriorización de la voluntad, sino que es manifestación de la personalidad humana, que trasciende al exterior. Antolisei se refiere a la acción como manifestación de la personalidad, su criterio es exigir que el psiquismo del sujeto se revele en la acción.- Dice que el acto puede ser voluntario, impulsiva o selectiva. Beling, consideraba a la acción como algo natural, la acción es pues una manifestación de la personalidad del agente que se exterioriza, produciendo un cambio (Faz comisiva). Hegel dice que “es acción la exteriorización de la voluntad, en tanto que subjetiva o moral... solo la exteriorización de la voluntad moral es acción.”³²

La teoría de la acción social (E. Schmidt) sólo es acción la conducta socialmente relevante.

Acción es el movimiento corporal, el hecho voluntario del hombre, la actividad volitiva humana. El concepto acción no se determina por sus aspectos externos (movimiento corporal o resultado), sino por su relación de sentido con la norma. Lo general no es el suceso externo, sino la actitud del autor frente a la norma (o sea, ante el ordenamiento en general) puesta de manifiesto en el hecho de la ejecución de la acción. La acción es un proceso causal, siempre que pueda atribuirse a una voluntad humana, sea cual sea el contenido de ésta, a un movimiento corporal voluntario.

³¹ Terán Lomas Roberto A. M., La teoría del autor en la sistemática del Derecho Penal y otros ensayos, Ed. Manes, Primera edición, Buenos Aires 1964, pag. 104.

³² Gunther Jakobs, Op. Cit., pag. 158.

El concepto de acción jurídico penal, desarrollado precedentemente, en un concepto "final", es una condición del mismo, la de ser un acto de voluntad "dirigido a un fin o a una meta", y esta dirección hacia una meta es, como tal, arreglo a su esencia, de naturaleza finalista. Tiende hacia un movimiento corporal determinado y a ulteriores resultado ocasionados por el mismo. El principal exponente es Welzel, quien señalaba "que la acción humana es ejercicio de actividad final."³³ La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde la meta.

La teoría finalista presupone que la definición de concepto de acción sea de índole real, y por tanto, no constitutiva de ninguna explicación de signos convencionales, sino de un proceso explicatorio. En cuanto aclaración objetiva, el entendimiento finalista de la categoría de acción se halla sometido al impulso coaccionador implícito al hecho de verificarse la misma. Los finalistas definen a la acción como: es la causación de un resultado, evitable para quien lo causa. El hacer humano es actividad final, el hombre no actúa de un modo ciego, sino que prevé, el fin de su actuar, y de acuerdo con ello dirige su proceso causal desencadenado por su conducta hacia determinadas metas. Los finalistas definen a la acción como una conducta humana dirigida por la voluntad hacia un determinado resultado. Podemos decir, que la acción es una conducta humana, que tiene un fin previamente establecido y es conducida por la voluntad del sujeto. Nuestro Código Penal define el delito como acción y omisión, pero no expresa cuál sea su contenido. Aun cuando el texto legal no lo manifiesta, la acción ha de consistir en una actividad corporal, en una actividad externa, perceptible por los sentidos, por lo cual, los actos de nuestra vida espiritual no son acciones en sentido penal.

³³ Mezger Edmund, Derecho Penal Parte General, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, segunda edición, México 1990, pag 92.

1.5 ELEMENTOS DE LA ACCION.

La acción humana solo puede concebirse como algo finalista que consiste en 3 actos: "En primer término el hombre propone sus fines, después elige los medios para conseguirlos (teniendo en cuenta las consecuencias accesorias); y, por último se produce la realización."³⁴

Algunos autores consideran que la acción consta de 3 tres elementos, que a saber son:

- a) manifestación de voluntad
- b) resultado
- c) relación de causalidad.

Graf Zu Dohna manifestó que son 3 los elementos de acción:

- a) Decisión de voluntad
- b) Manifestación de voluntad
- c) Resultado.

o

- a) voluntad o el querer
- b) actividad
- c) deber jurídico de abstenerse

Se observa que incluye como elemento de la acción la decisión de voluntad, y no hace mención a la relación de causalidad, explicando que a través de la falta de decisión de voluntad, se caracterizan todos los delitos culposos; al través de la falta de manifestación de voluntad los delitos de omisión, y que el resultado falta tanto en los delitos de pura actividad como en los

³⁴ Dr. Baumann Jurgen, Derecho Penal (conceptos fundamentales y sistema) Ed. Delpalma, reimpresión de 1973, Buenos Aires 1981, pag 97.

delitos de pura omisión. V. Liszt señala que los elementos de la acción, dice que la idea de alto supone, en primer término una manifestación de voluntad; la cual debe manifestarse frente al mundo exterior; que debe llamarse resultado y perceptible por los sentidos, y que a los 2 elementos de concepto de acto, se debe agregar otra característica, que reúna las diferentes partes de un todo: la relación del resultado con la manifestación de voluntad.

a) VOLUNTAD

La voluntad de acción o acto de voluntad, es un suceso psicológico interno, "por el que el agente se coloca a si mismo como causa de la realización de un resultado que se ha representado, es decir, está dominado por una relación finalista de parte del actor."³⁵

Para que el comportamiento humano sea considerado como acción, es necesario y suficiente que haya sido conducido por la voluntad. Aquí basta que la conducta corporal pueda ser considerada causada por la voluntad. Se habla por ello también de "voluntad de causación."³⁶

Maggiore dice "que la voluntad es la libre determinación del espíritu (autodeterminación), que provoca la invención y a movimiento, o también a detención, un músculo."³⁷

Es evidente que un acto voluntario no se hace porque sí, sino persiguiendo un objetivo. "Entre ese fin perseguido y el acto voluntario que lo persigue, hay una relación evidente, relación incita en la idea de causalidad, por cuanto se presentan los supuestos necesarios de la misma."³⁸

³⁵ Meizer Edmund, Op. Cit., pag 107.

³⁶ Sainz Cantera José A., Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Ed. Bosch, Casa Editorial S.A., Tercera edición, Barcelona 1990, pag. 495.

³⁷ Porte Petit Candaudap Celestino, Op. Cit., pag. 237.

³⁸ Gariboto Juan Carlos, La causa final del acto jurídico, Ed. Abeledo-Perrot, Primera edición, Buenos Aires, Argentina 1985, pag 58.

Definiremos a la voluntad como la libre determinación del espíritu (autodeterminación), que provoca a invasión y a movimiento, o también a detención, un músculo. El movimiento es tan voluntario como la inhibición.

La constatación de la existencia de este mínimo psíquico (voluntad), es suficiente para admitir que una conducta externa está comprendida en el concepto de acción que interesa al penalista, independientemente del contenido de la voluntad del sujeto. Si consta que un hombre ha apretado voluntariamente el gatillo que ha disparado el arma que ha matado a otro, tenemos suficientes datos para afirmar que ha realizado una acción. La determinación de si esa voluntariedad contenía la intención de causarle la muerte, o si ha realizado el disparo imprudente, o si disparó el arma con la debida diligencia, sin culpa ni intención de producir la muerte, y ésta resultó por mero accidente, es una cuestión que no corresponde estudiar en la problemática de la acción.

La voluntad es la intención en movimiento, es decir, una vez determinados los motivos para actuar y dirigidos los mismos a la acción, la fuerza que “mueve” estos motivos hacia el fin es la voluntad. Es decir, “ésta representa la acción simultánea del móvil y de la intención, en cuando pone por obrar la consecución del fin (móvil), mediante la elección de los medios más adecuados a dicha consecución (intención).”³⁹

La contemplación ideal del fin perseguido genera en nosotros la voluntad de realizarlo. Pero para que el fin pueda ser realizado, hace falta una acción (fin positivo) o una inacción (omisión o fin negativo), es decir, un movimiento externo, si nos conduce a la acción, e interno o potencial, si nos lleva a la omisión. Por consiguiente, para ser realmente apreciable en relación con un determinado acto, debe estar en armonía con el fin y con el movimiento; de otro modo, no puede hablarse de voluntad para dicho acto, sino de voluntad encaminada a otro. Solamente cuando la intención confina con la voluntad, podemos efectivamente apreciar el

³⁹ Gramática Filippo, Principios de Derecho Penal Subjetivo, traducido del italiano por Juan del Rosal y Victor Conde, Ed. Instituto Editorial Reus S.A., Madrid 1941. pag. 219

evento conseguido; de manera que, relacionado el movimiento y el “fin” de la voluntad con la intención, podremos afirmar que el evento acaecido era el que en realidad se quería o no se quería. La consciencia, es una evaluación interna del bien y del mal, de lo lícito y de lo ilícito (*cum scio*), es el conocimiento de los propios actos y, en resumen en el precepto de hacer aquello que se sabe y saber aquello que se hace. En tanto concurre una acción voluntaria y consciente, siempre es intencional. lo sea o no lo sean las consecuencias. Cuando las consecuencias no son intencionales, pero sí conocidas para el autor, la ejecución final de la acción es también (expresión de sentido) para esas consecuencias secundarias, y lo es en la medida en que sobre su evitación ha prevalecido el interés en ejecutar de la acción.

La voluntad del hombre, por específica naturaleza, constantemente se orienta hacia una o varias de esas perspectivas que el mundo le presenta y cuando se apropia alguna o varias de ellas, las convierte en fines o propósitos. “Ahora bien en cuanto se propone una perspectiva se intenciona y su intención lo hace conducirse; de donde si su intención no es más que su voluntad orientada hacia un fin es su propia voluntad la generadora de su conducta.”⁴⁰

Las figuras típicas captan tan sólo los acontecimientos que se realizan en el mundo exterior, pues el delito- como elocuentemente expresa Massari- “no es mero antojo, veleidad o deseo de un suceso antijurídico, ni sólo determinación, tendencia o impulso al suceso mismo: es la voluntad que se actúa; impulso que se exterioriza; pensamiento que desemboca en una conducta. Es praxis, comportamiento, actividad, ejecución. El acto psíquico que no se traduce en un comportamiento externo, esto es, en un *quid* exterior, no es jamás punible. Y esto es el significado de la antigua máxima romana: “*Cogitationis poenam nemo patitur*” (Ulpiano). es decir, la voluntad sólo es jurídicamente relevante cuando se ha manifestado, dicho en otras palabras cuando se revela en el mundo exterior al sujeto, incidiendo de él. La acción u omisión,

⁴⁰ Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., pag. 106.

para que pueda ser punible (acción culpable) debe ser intencional y voluntaria, la manifestación de la voluntad se entiende como toda conducta voluntarias, es decir, la conducta, que libre de violencia física o psicológica, está determinada (motivada) por las representaciones. La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento del cuerpo. No es posible pensar en una voluntad vacía, la voluntad es siempre voluntad de algo y ese algo es el contenido de la finalidad del querer.

1.6. Momentos de la voluntad.

Una vez que hemos establecido que es voluntad, señalaremos cuales son los momentos en que se esta se da para el surgimiento de un evento delictivo, y primeramente surge la ideación o concepción.

aa) Concepción

Cuando un sujeto, tiende a delinquir primeramente surge dentro de si la idea delictiva, misma que aparece en su mente, de ahí, que la idea este concebiéndose, aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto.- “El momento de la concepción o ideación del delito nace cuando surge la idea criminosa en la mente del individuo.”⁴¹ La idea criminosa era el nacimiento del deseo o del impulso de cometer un delito, estaría constituido por las primeras manifestaciones síquicas de contenido intelectual orientadas a examinar la posibilidad de actuar en el futuro en una dirección criminal, las ideas más depravadas, las voliciones más criminosas son impunes. La consciencia, es una evaluación interna del bien y del mal, de lo lícito y de lo ilícito (cum scio), es el conocimiento de los propios actos y, en resumen

⁴¹ Malo Camacho Gustavo, Op. Cit., pag. 470.

en el precepto de hacer aquello que se sabe y saber aquello que se hace. La ideación “es un proceso interno el que el autor elabora un plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin, los medios para alcanzarlo.”⁴²

En tanto concurre una acción voluntaria y consciente, siempre es intencional, lo sea o no lo sean las consecuencias.

bb) Deliberación

La palabra deliberación “proviene del latín *DE*, que significa separación, cesación, negación o privación, intensificación, y del griego *libra, ae*: significa balanza: de esta forma deliberar es sopesar el pro y el contra de una cosa.”⁴³

Surgida la idea psíquica de cometer un delito, “si el agente le da albergue permanece como idea fija en su mente y de ahí que pueda surgir la deliberación, que es aquella lucha interna; dicho en otras palabras una vez que ha surgido la idea de delinquir la cual aparece en la mente del sujeto, éste puede rechazarla o no, en el primer caso la idea puede volver, el sujeto ya delibera. Piensa el pro y el contra. De esta deliberación puede salir de nuevo rechazada la idea.”⁴⁴

El momento de la deliberación se manifiesta en la coyuntura del encuentro entre la voluntad del individuo y los obstáculos que en el nivel de la psique plantean los restrictores sociales; es el momento que corresponde a cuando la persona “delibera”, sopesa frente a sí mismo, los “pro” y los “contra” y las posibilidades de éxito de su conducta delictiva antes de tomar la decisión correspondiente.

⁴² Bacigalupo Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Temis, Reimpresión, Bogotá-Colombia 1989, pag. 162.

⁴³ Herrera Z. Tarsicio y Pimentel A. Julio, Etimología grecolatina del Español, Ed. Porrúa S.A. Vigésima Cuarta Edición, México 1997, pag. 170.

⁴⁴ Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., pag. 459

cc) Decisión

Decidir implica expresar el pensamiento con palabras o manifestaciones por escrito, a la decisión también se le conoce como resolución, se presenta cuando la persona ha tomado su decisión y ha resuelto su voluntad en un cierto sentido, que en caso de ser la realización del delito, originará el inicio de exteriorización de su voluntad delincencial. A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. "El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente del sujeto que piensa realizarla."⁴⁵

Diremos que la resolución es la determinación que adopta el individuo acerca de su próximo actuar y es el momento a partir del cual habrá de exteriorizarse esa voluntad.

2 ACTIVIDAD

"La actividad de hacer o no hacer algo, debe responder a la decisión de un sujeto."⁴⁶

La actividad en si, no constituye la acción, pues le falta el elemento voluntad. Se necesita la existencia del elemento psíquico y del elemento material para la configuración de la acción.

⁴⁵ Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., pag.

⁴⁶ Daminovich Laura T. A., Molina José F., Moras Mom Jorge R., Vergara Esteban R., Derecho Penal parte general I, Vol. I. Ed. Ediar S.A., Primera Edición, Buenos Aires, 1972, pag. 162,

2.1) Ejecución

Después de la resolución manifestada tenemos los actos de ejecución, “los cuales para el observador externo ya implica una fórmula unívoca del camino que está siguiendo el activo hacia la consumación de la figura sancionable.”⁴⁷

La ejecución, es la actividad del agente que realiza al exterior la interna decisión. Ejecutar el delito, consiste en la realización de los actos, que dan origen propiamente al delito, es dar comienzo a la realización del evento delictuoso. Por su parte Maggiore señala, que la ejecución es la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan. “Las zonas correspondientes a la preparación y ejecución, resultan de difícil determinación. Su distinción sólo tiene sentido a partir del límite trazado por el legislador entre lo punible y lo no punible, es decir, en relación a los tipos penales individuales de la ley penal.”⁴⁸

Dentro de la ejecución es posible distinguir dos niveles de desarrollo: uno en el que el autor no ha dado término todavía a su plan y otro en el que ya ha realizado todo cuanto se requiere, según su plan para la consumación. Los dos niveles que se presentan son: tentativa y consumación.

2.2 DEBER JURIDICO DE ABSTENERSE

Deber jurídico penal.- Es la prohibición o mandato categórico contenido en el tipo, se enuncia en forma de prohibición (deber jurídico de abstenerse) o de mandato (deber jurídico de actuar), es así una prohibición o mandato. El deber exige tanto el hacer algo como el no hacer algo. “En los delitos por acción, se prohíbe una actuación (acción) y se ordena una abstención

⁴⁷ González Quintanilla José Arturo, Derecho Penal Mexicano, parte general y parte especial, Ed. Porrúa S.A., México 1997, pag. 510.

⁴⁸ Giuseppe Maggiore, Derecho Penal, Vol.I, Ed. Temis, reimpresión de la Segunda Edición, Bogotá-Colombia 1989, pág. 240,

(omisión); en los delitos por omisión, se prohíbe una abstención (omisión) y se ordena una actuación (acción).⁴⁹

Prohibición y mandato se bicondicionan; el deber jurídico se enuncia de 2 maneras, como prohibición o como mandato. Siendo equivalentes los resultados lógicamente válidos a partir de otro. Ahora bien, como la omisión se define en términos de la acción omitida, se puede operar directamente con el mandato. Así en los tipos de acción el deber es prohibitivo, y en los de omisión es un mandato. En la acción existe un deber jurídico de abstenerse, de no obrar.

2.3. Resultado típico

El resultado “es la consecuencia de la conducta o movimiento corporal; es el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.”⁵⁰

En todas las conductas delictivas que son exteriorizadas por el ser humano, existe siempre un resultado, “entendiendo a éste no sólo el daño cometido por el delito, como cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral.”⁵¹

Por resultado entendemos el efecto natural de la conducta humana que supone una alteración del mundo externo. No puede existir delito sin resultado. Debemos recordar que la lesión no es siempre la lesión a un bien jurídico, sino también la amenaza de esa lesión, el hecho de ponerlo en peligro; por ello toda conducta tipificada como delito supone un resultado, resultado descrito por sus propios términos. La definición del resultado como “todo cambio del mundo exterior producido por el delito” parece olvidar los casos en que no se produce cambio alguno. “El resultado es el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de

⁴⁹ Islas Olga y Rámirez Elpidio, Op. Cit., pag. 37.

⁵⁰ Amuchategui Requena Irma Griselda, Op. Cit., pag. 50.

⁵¹ Jiménez de Asúa Luis, Lecciones de Derecho Penal, Ed. Harla, México 1997, pag. 139.

voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta.”⁵²

El italiano Orfeo Cecchi dice que el resultado es aquella parte de la conducta humana que lesiona o amenaza, inmediata o directamente, los bienes o interés (eventualmente derecho subjetivos) de principal importancia, pertenecientes al sujeto pasivo del delito y de cuya realización la ley hace depender la perfección jurídica del delito y, por ende, la existencia misma del delito.

2.4. Resultado típico y material

El resultado es la modificación del mundo exterior (Maggiore), “es el cambio sensible o perceptible por los sentidos, en los hombres o en las cosas, comprende tanto las modificaciones de orden físico, como las de orden jurídico y ético, tanto las cosas materiales como los estados de ánimo del sujeto pasivo y la sociedad.”⁵³

El resultado como cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta. El resultado no es sólo un cambio en el mundo exterior, ni sólo estricto daño, ni menos aún solamente el concreto y efectivo perjuicio, que únicamente importa en la esfera de la responsabilidad civil. También es resultado la mutación en el mundo psíquico externo, en el de los “otros”, como la impresión de la injuria causa en el sujeto pasivo.

El resultado en su concepción jurídica o formal con mayor precisión corresponde al de la lesión al bien jurídico protegido, es la lesión o daño al bien jurídicamente penalmente protegido. La concepción del resultado típico o jurídico es, la lesión o daño del bien jurídico

⁵² Márquez Piñero Rafael, Op. Cit., pag. 171.

⁵³ Carrancá y Trujillo Raúl. Op. Cit., pag 198.

penalmente protegido, en el cual no se produce un resultado dañoso material o tangible. El resultado material, es el daño es la forma más característica del resultado materialmente concebido. En los delitos de resultado material, éste es la mutación en el mundo físico, como consecuencia de la realización de la conducta. En realidad toda la conducta tiene una manifestación física que implica un cambio en el mundo físico en que se opera, de manera que las cosas no son nunca iguales antes de la conducta y con posterioridad a ésta y siempre existe alguna forma de mutación en ese mundo físico circundante. De esta manera no existe resultado típico o material si no hay una conducta humana.

CAPITULO II
LOS DELITOS DE OMISION Y COMISION POR OMISION

CAPITULO II

LOS DELITOS DE OMISION

I.- Conceptos de delito

La definición de delito, como toda definición, es casi siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada nuevo descubre. Se han dado numerosas definiciones sobre el concepto delito, sin embargo el concepto de éste no es determinable *a priori* conforme a principios abstractos, ya que uno de sus factores está constituido por una apreciación política librada al buen sentido de la justicia y la defensa del orden jurídico del legislador, lo que le confiere el carácter contingente y mudable. Por ello el delito tiene sus raíces en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas, los hechos que a veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. Según el paso del tiempo, la moral y la religión cambian en los tiempos y lugares, y esto hace imposible establecer cuales hechos son acriminados y acriminables. Sin embargo, el delito es siempre una conducta, que es contraria a un orden jurídico establecido; por ello a través del tiempo siempre ha sido visto como una valoración jurídica. Por ello se definía al delito "como toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico."⁵⁴

Todo será bueno o todo será malo, según el punto de vista de quien lo juzga. Sin negar la influencia del elementos histórico en la determinación ontológica del delito, es preciso buscar un criterio absoluto de valoración. Esto supone salir del campo de lo positivo y de la experiencia, para entrar en la idealidad y la razón. En otras palabras; en el solo terreno del ser y

⁵⁴ Giuseppe Maggiore, pag. 253.

de la transformación históricas, es imposible encontrar un criterio sustancial para identificar el delito; hay que elevarse a la región del deber ser, es decir, a la de los valores ideales. Mirando bien al fondo del asunto, en esta región ideal se mueven casi todas las definiciones del delito según el contenido.

La palabra delito deriva “del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.”⁵⁵

La palabra “delito”, deriva “del supino DELICTUM del verbo DELIQUERE, a su vez compuesto de LINQUERE, dejar, y el prefijo de, en la connotación peyorativa, se toma como LINQUERE VIAM: dejar de abandonar el buen camino.”⁵⁶

A continuación enunciaremos algunos conceptos sobre delito, sin olvidar que un término universal de delito no lo hay, puesto que cambia de pueblo en pueblo y más de época en época. La definición formal de delito estriba en que es un hecho prohibido por la ley.

a) GAROFALO

Triunfante el positivismo, se pretendió demostrar que el delito era un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos, Garófalo concibe al delito como natural y lo define: “*como la violación de sentimientos altruistas de probidad y piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.*”⁵⁷

También se le llamaba delito social o delito natural y se definía: “como una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales

⁵⁵ Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., pag. 125.

⁵⁶ Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano Parte general, Ed. Porrúa S.A., Quinta edición. México 1990, pág. 99.

⁵⁷ Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. pag 126.

(piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad.”⁵⁸

De su definición Garófalo dijo haber observado los sentimientos, refiriéndose a los afectados por los delitos, es la violación de los sentimientos de piedad y probidad poseidos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Observó con razón, que no todos los que eran delincuentes ofrecían semejanza con la figura del “hombre criminal”. El actuar de todo ser humano, puede ser un hecho natural, supuesta la inclusión en la naturaleza de lo psicológico y de sus especialísimos mecanismos, pero el delito como tal es ya una clasificación de los actos, hechas por especiales estimaciones jurídicas. La esencia de la delictuosidad es un fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, del altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana. Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza. “Delito natural lo sería el acto que ofende los sentimientos morales profundos e instintivos del hombre social.”⁵⁹

Garófalo valiéndose de una sentencia romana *quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis* (algunas cosas son reprobables por la naturaleza, otras civilmente, casi en virtud de la costumbre o tradición social). Consideró que “el verdadero delito es el natural, reconocido universalmente y conforme a la recta *ratio diffusa in omnes* (a la recta razón a todos difundida).”⁶⁰

Determinó el contenido universalista del delito natural, diciendo que éste es la ofensa a los sentimientos profundos e instintivos del hombre sociable. Tales son los sentimientos altruistas de benevolencia y justicia, o sea de piedad y probidad. Circunscribió la noción de

⁵⁸ Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit., pag. 204.

⁵⁹ Soler Sebastian, Derecho penal Argentino, T. I., Ed. Tipografía Editorial Argentina, Décima Reimpresión Total, Buenos Aires 1992, pág. 292.

⁶⁰ Giuseppe Maggiore, op. cit. pag. 225.

derecho natural a civilizaciones contemporáneas, dejando fuera las razas barbaras; así mismo mientras incluyó en el ámbito del derecho natural las agresiones contra la vida y la incolumidad personal, contra la libertad y la personalidad moral, contra la propiedad y al fe publica, excluyó de él algunas figuras delictivas con lo son: atentados contra el pudor, la religión y el Estado. Advirtió la necesidad de situar un delito natural al lado del delito positivo o legal, pero entendió mal esta naturalidad al buscarla en el consentimiento unánime de los pueblos, en una especie de universalidad histórica. La materialidad y la universalidad verdadera son metaempíricas y metahistóricas, viven en un mundo ideal, en el mundo del deber ser. Sin embargo, Garófalo tropieza en el consabido argumento histórico, ya que ni uno solo de los actos que hoy juzgamos criminales, ni aún los más atroces, han sido en todos los tiempos y por todos los pueblos tenidos por ilegítimo, llegando a alguno de los hechos más condenados, a se una obligación en determinadas circunstancias. Quien dice moral, dice necesidad de un sumo criterio de valoración, que sirva para discernir el bien y el mal, lo justo y lo injusto. Todo será bueno o todo será malo, según el punto de vista de quien juzga. No todo pecado es delito.

b) CARRARA

Francisco Carrara, es uno de los principales exponentes de la escuela clásica, y define al delito como *“la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.”*⁶¹

Para este autor el delito no era un ente de hecho, sino era un ente jurídico, porque su esencia necesariamente consistía en la violación de derechos, es decir, una relación de contradicción entre el acto del hombre y la ley. Al decir infracción de la Ley, se refiere a que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra la ley, pero únicamente la

⁶¹ Carrara Francesco, Programa de Derecho Criminal, parte General Volumen I, Ed. Temis S.A., reimpresión, Bogotá-Colombia 1988, pag 43.

infracción a la ley del Estado, agregando que dicha ley debe estar promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, así mismo de la definición anterior podemos decir que únicamente puede provenir del hombre resultante de un acto externo, dejando fuera los deseos o pensamientos, positivo o negativo (acción u omisión). El acto u omisión son moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral, y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política. "Delito es para Carrara, concurso de 2 fuerzas, la moral y la física, las 2 dos fuerzas que la naturaleza ha dado al hombre y cuyo dominio constituye su personalidad."⁶²

Carrara al delito lo usaba como una infracción de la Ley penal, sin embargo Ferri y Binding habían incluido la idea de que el delito no infringe la ley, sino antes al contrario, hacen posible su aplicación.

c) PORTE PETIT

Como lo hemos mencionado, numerosos son los conceptos o definiciones del delito, definiciones las cuales atienden al momento histórico en que fueron realizadas, sin embargo para el jurista Porte Petit, partiendo de la composición de los elementos del delito, se inclina por la composición bitómica o dicotómica, y conceptúa al delito de acuerdo al artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, como : " Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."⁶³

El delito es una conducta punible, al decir que delito es un acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por qué lo sancionan, o cuál es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales, con lo cual estaremos de lleno nuevamente en aquello que se quiso evitar: La infracción del orden jurídico. Ahora

⁶² Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., pag 126.

⁶³ Sánchez Sodi Horacio, Compilación Penal, Código Penal para el Distrito Federal , Ed. Greca, Cuarta Edición, México 1999 , pag 20.

bien, en el marco legal, la omisión consiste en imponer en la ley so pena de sanción, la obligación de actuar, participar, en fin, realizar actividades para salvaguardar e incluso brindar mayor protección a bienes jurídicos, lás más de las veces, pertenecientes a otros. Por su parte, la acción implica no interferir en la esfera jurídica de los demás. Se ha insistentemente mencionado que el problema se reduce a mecanismos propios de la técnica legislativa según se quiera prohibir o mandar, máxime que toda negación generalmente contiene una afirmación, así Kelsen ha dicho: “mandar se puede formular también como prohibir, según se introduzca la acción o la omisión.”⁶⁴

Una acción mandada es una omisión prohibida y al revés. Ejemplos: se prohíbe matar; es una orden para abstenerse de hacerlo.

2.- LA OMISION

La conducta como comportamiento del ser humano, voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito comprende el aspecto positivo (acción) y el negativo “omisión”, es decir, el actuar y el abstenerse; “acto y omisión dice Carrancá son las 2 únicas formas de manifestarse de la conducta humana que pudiera constituir delito, ambos conforman la acción lato sensu, son especies de ésta. El acto o acción strictu sensu en su aspecto positivo y la omisión el negativo.”⁶⁵

La dogmática penal distingue los tipos penales según se expresen en la forma de infracción de una prohibición de hacer o en la forma de una desobediencia a un mandato de acción. En el derecho penal “el hecho de omisión, no es que no haga nada el sujeto, sino que no hace algo.”⁶⁶

⁶⁴ González Quintanilla José Arturo, Op. Cit., pag 205.

⁶⁵ Carrancá y Trujillo Raúl, Op. Cit., pag.275.

⁶⁶ Mezger Edmund, Op. Cit., pág. 103.

Vale decir, que detrás de todo delito de omisión se haya “una acción esperada” (en sentido estricto), que es decisiva. Por ello no importa el hecho de no hacer nada, sino que por no haber realizado la inscripción que se esperaba de él y que se le exigía. Así la omisión es cuando el autor no hace algo que debe hacer, esto es, infringe una norma preceptiva. La idea de la acción esperada no es originaria de Mezger quien señala: “Que lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido emprender. Porque no ha emprendido esta acción que de él se esperaba, es por lo que es punible, siempre que esa acción esperada le sea exigible.”⁶⁷

No sólo hay antecedentes en la realidad pensada de Guillermo Sauer que habla de una realidad pensada, sino sobre todo en la fórmula anterior de Kollmann: “La omisión es el juicio de discrepancia entre la conducta real de una persona y la que, como relativamente posible, se ha presentado”. Rudolphí, señala: “que la distinción de acción y omisión dependerá de que si el agente ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal o si ha dejado de emplear la energía necesaria para intervenir en un nexo causal no creado por él. En el primer caso habrá comisión; en el segundo omisión.”⁶⁸

En verdad tanto en los delitos de comisión como en los de omisión se trata del sentido que tiene un determinado comportamiento. La prohibición y el mandato de acción refieren por razones prácticas a distintos aspectos del comportamiento que le dan sentido: en la prohibición, al comportamiento mismo (delitos de comisión); en el mandato de acción, a lo que el comportamiento debería haber sido (delitos de omisión).

La omisión proviene “del latín *omission* - *omís*, la omisión es la conducta negativa, la falta de actividad corporal, el no hacer, la abstención de actuar, contraria a la obligación de obrar y que produce un resultado.”⁶⁹

⁶⁷ Jiménez de Asúa Luis, Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito, Ed. Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, tercera Edición, Buenos Aires Argentina 1989, pag. 217.

⁶⁸ Bacigalupo Enrique, Op. Cit., pag 382.

⁶⁹ Osorio y Nieto Cesar Augusto, Op. Cit., pág 55.

La omisión radica “en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar.”⁷⁰

De esta manera diremos que la omisión es una forma negativa de la acción. Cabe decir que la omisión es la conducta inactiva, más no toda inactividad es omisión, ésta es inactividad voluntaria. La omisión es una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva, en un “no hacer”. Pero no toda inactividad voluntaria constituye una omisión penal, es preciso que para que ésta exista, que la norma penal ordene al omitente que obre, que ejecute un determinado hecho. Se define a la omisión “como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.”⁷¹

“La omisión sólo es concebible como un concepto de relación social. Surge como consecuencia de la vida social; configura un sistema que permite exigir a ciertas personas, bajo determinadas circunstancias, la realización de una acción.”⁷²

La omisión existe en razón de que el ordenamiento jurídico determina la existencia de las relaciones sociales de una cierta manera y, dentro de dicho marco, genera a la omisión como un concepto de referencia a una cierta acción, fijándole un contenido normativo, haciéndola exigible. De esta manera podremos decir que los tipos omisivos, la individualización se da a través de la descripción de la conducta debida, lo que origina que resulte prohibida la conducta contraria. La inacción y la omisión no son, pues, un no ser de la acción, una carencia absoluta de valor, un *quid negativum* [algo negativo]. De lo anterior podemos decir que el delito de omisión, es una figura que existe como un concepto “en referencia”. No existe la omisión en sí, sino que siempre requiere ser entendida en relación con una determinada acción.

Numerosas han sido las definiciones que los estudiosos del derecho han dado al aspecto negativo de la conducta, es decir, a la omisión, y a continuación enunciaremos algunos de estas:

⁷⁰ Castellanos Tena Fernando Op. Cit. pag 152.

⁷¹ Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Ed. Bosch casa Editorial S.A., Décimoctava edición, Barcelona-España 1981, pag 347.

⁷² Malo Camacho Gustavo, Op. Cit., pág. pag. 451.

La omisión “es la conducta manifestada por medio de un no hacer activo, corporal y voluntariamente, teniendo el deber legal de hacer, constituye la omisión (*de omissio*, no ejecución, abstención).”⁷³

Pavón Vascócelos Francisco señala que la omisión es la forma de conducta negativa, o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal.

Por su parte Cuello Calón manifiesta que la omisión, es la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar. “Maggiore conceptuaba a la omisión como toda conducta humana, dolosa o culposa, que sin necesidad de una acción material (movimiento corpóreo), produce algún cambio en el mundo exterior.”⁷⁴

Los tipos omisivos “son los que describen la conducta debida, quedando, por ende, prohibida toda conducta que no coincide con la conducta debida.”⁷⁵

Para Garraud y Vidal han formulado una noción bastante precisa de lo que se entiende por delitos de Omisión y dicen: “que el delito de omisión propiamente dicho, no existe más que, cuando hay incumplimiento de una orden positiva de la Ley. La esencia de este delito esta constituida por la inejecución de una orden o mandato positivo de la Ley.”⁷⁶

“La omisión es el finalístico dejar de hacer algo descrito en el tipo.”⁷⁷

La omisión, “en sí misma, carece de toda materialidad; pero, el hecho omisivo se materializa en el conjunto de circunstancias objetivas y externas, en las que se configura una

⁷³ Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivás Raúl, Op. Cit., pag. 292.

⁷⁴ Giuseppe Maggiore, Op. Cit. pag 354.

⁷⁵ Zafaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Parte general, Ed. Ediar S.A, Comercial Industrial y Financiera, Sexta Edición Buenos Aires 1988, pag. 367.

⁷⁶ Sánchez Tejerina Isaias S., Teoría de los delitos de Omisión, delitos de omisión simple, delitos de comisión por omisión y delitos por omisión espiritual, prologo de Luis Jiménez de Asúa, Ed. Editores de Reus, cañizares 3 duplicado, Madrid España 1918, pág. 59.

⁷⁷ Islas Olga y Ramírez Elpidio, Op. Cit., pag. 72.

determinada posición de deber, a partir de la cual podemos decir que, quien no actúa en el sentido esperado por el ordenamiento omite.”⁷⁸

De esta manera diremos que los delitos de omisión consisten en la abstención del sujeto, cuando la ley ordena la realización de un acto determinado. Sin embargo, en este tipo de delitos, no cualquier persona puede ser susceptible de ser autor de la conducta típica omisiva, ya que sólo quien se encuentre en una determinada situación o posición podrá ser susceptible de esa conducta típica, surgiendo así la figura denominada “posición de garante”. En los tipos de omisión, la postura de garantía se introduce por la necesidad de una característica que haga posible, de una parte, aprehender espacial y temporalmente la conducta omisiva, y de otra, determinar al sujeto que la realizó; así el delito de omisión presupone la presencia de un sistema de relación social para que pueda ser exigible a alguien la realización de una acción. Algunos autores afirman que en los delitos de omisión falta un hacer y un querer, con lo que no estamos de acuerdo, porque la omisión es una inactividad voluntaria.

La omisión, pues, a veces aparece jurídicamente como prohibida y a veces (en forma expresa o por la simple ausencia de la prohibición) como permitida. Para permitir una omisión, el derecho positivo no dirá regularmente nada; si la acción a que la omisión se refiere también está permitida, el ordenamiento jurídico habrá concedido en ese sentido la facultad de hacer o no hacer alguna cosa, la libertad jurídica para emprenderla o abstenerse de hacerlo, pudiendo hablarse entonces de un derecho subjetivo o de un cierto ámbito de libertad jurídica que el sujeto puede ejercer lícitamente en el sentido que desee. Como la conducta omisiva es, por definición, “la omisión de una acción determinada (lo que desde luego no significa que sea lo mismo que esa acción), cuando una omisión (inejecución de cierta conducta positiva) está prohibida, lo que el derecho quiere es lo mismo que mandar u ordenar una acción. Ejemplo:

⁷⁸ Cobo del Rosal M, Vives Antón T.S., Op. Cit. 78.

Prohibir que los padres dejen de alimentar a sus hijos menores, es en verdad lo mismo que imponerles la obligación de alimentarlos.”⁷⁹

Si la conducta ordenada no existe, es evidente que no es posible cumplimentarla y por lo mismo el delito no se presenta.

2.1.- TIPOS O CLASES DE OMISION

Los delitos de omisión reconocen dos especies: delitos propios y delitos impropios de omisión. Existen diversas opiniones referentes a la forma en que se deban caracterizar la propiedad o impropiedad del delito. Desde el punto de vista formal se sostiene que la impropiedad reside en la falta de tipificación en la Ley penal de la llamada Comisión por Omisión.

Desde otro punto de vista se sostiene que los delitos propios de omisión contienen un mandato de acción que ordena realizar una acción, sin tomar en cuenta los efectos de la tipicidad si ésta evitó o no la lesión del bien jurídico. Los delitos impropios de omisión, por el contrario, requieren evitar la producción de un resultado: la realización del tipo depende, por lo tanto, de la producción del resultado.

a) OMISION SIMPLE

Todo sistema jurídico se compone sin embargo, no solamente de normas que prohíben un hacer, normas negativas (no matarás, no robarás) a las cuales corresponden leyes penales que contienen enunciados positivos (será castigado el que matare, el que robare), sino que también hay normas que, en vez de prohibir mandan e imponen hacer algo en determinadas

⁷⁹ Fernandez Carrasquilla Juan, Derecho Penal Fundamental V. II. (teoría general del delito y punibilidad), Ed. Temis, Bogotá-Colombia 1989, pág. 161.

circunstancias: deber dar aviso a la autoridad, deber denunciar. La función de las normas de prohibición, es prohibir toda modificación sensible del orden jurídico mediante la acción humana; la función de los mandatos, producir toda modificación indispensable, mediante la acción humana. Sin embargo las prohibiciones (no contienen) tan sólo una prohibición de realizar acciones cuyo carácter nocivo uno comprende sino, al mismo tiempo, un mandato de actuar con cuidado. Viceversa, "en los mandatos se esconde una prohibición secundaria: no hacer nada para dificultar la aparición de la consecuencia deseada."⁸⁰

En estos casos, lo que la ley penal reprime es precisamente el mismo "no hacer" (será castigado el que no diere cuenta, el que no denunciare). Estos son los delitos de omisión, de simple omisión o de omisión propiamente dicha. La omisión es la abstención del sujeto cuando la ley ordena la realización de un acto determinado; ya se ha dicho presenta dos formas, y a continuación estudiaremos la primera de ellas que es la omisión simple; "Mezger señalaba que la simple omisión, llamada de igual manera omisión propia (delito de omisión), en el que se castiga el no hacer de la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario el resultado, por ejemplo: el no denunciar."⁸¹

En este tipo de omisión el autor infringe un mandato y por ello es castigado. Es esta una cuestión que corresponde a la parte especial, en donde el derecho vigente establece ese mandato y prevé la pena pertinente. En este tipo de omisión se puede cometer según las circunstancias dolosa o culposamente. En algunos casos de delitos culposos de omisión (ejemplo simple olvido de la inscripción en el lugar de llegada), se pone de manifiesto que, para que se realice un delito de omisión propio, no sólo no es necesaria actividad alguna, sino tampoco voluntad alguna. Pero aquí tampoco se trata de un simple no querer, sino, como de costumbre, de un "no querer algo".

⁸⁰ Kaufman Armin, Pensamiento Jurídico Alemán Contemporáneo. Teoría de las Normas. Fundamento de la Dogmática penal moderna, Ed. Depalma. Buenos Aires 1977, pag. 10.

⁸¹ Mezger Edmund, Op. Cit., pag. 118.

El delito de omisión simple “consiste en omitir lo que la ley manda, hecha abstracción del resultado.”⁸²

El delito de omisión simple, no existe más que cuando hay incumplimiento de una orden positiva de la ley (Garraud); su esencia esta constituida por la inexecución de una orden o mandato positivo de la ley, como se comprende son todos los obligados por la ley a ejecutar determinada actividad los que, por no realizarla, dan lugar a la infracción de esta especie, se omite lo que la ley manda violándose una norma preceptiva, sin necesidad de un resultado material.

Resulta, en verdad, exacto, como Niese ha dicho claramente, que “lo injusto de causación de un resultado por omisión no se puede determinar aisladamente desde el resultado, sino sólo personalmente con arreglo al círculo del deber de actuar en que el agente se hallaba. Sólo la persona situada en el mencionado círculo tiene el deber jurídico de impedir con su acción la causación del resultado típico. La premisa anterior descubre dos caracteres importantes en la omisión típicamente causativa de un resultado descrito en una figura del delito. Primero: que estos modos omisivos de causar un resultado típico constituyen verdaderos delitos propios o especiales, habida cuenta de que solo aquellas personas que el ordenamiento positivo erige en garantes pueden realizar omisiones encuadrables en figuras típicas que recogen sin mencionar modos o medios, la causación de un resultado. Segundo: que estos modos omisivos de cometer dichas figuras, imprimen de hecho a las mismas de este estricto aspecto y en forma jurídicamente entrañada, los formales y materiales de unos pseudo o cuasi tipos en blanco, pues cumple a otras disposiciones vigentes.

El delito de omisión consiste “en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición.”⁸³

⁸² Giuseppe Maggiore, Op. Cit., pag. 346.

⁸³ Porte Petit Celestino Candaudap, Op. Cit., pag. 239.

De esta manera diremos que los delitos de omisión responden a la naturaleza de la norma, siendo los delitos de omisión simple consistente en omitir la ley, violan una ley preceptiva sin que sea necesario la producción de un resultado material. Son los delitos de omisión propia, en donde ya aparece el deber de actuar para no lesionar, lo que significa que en estos supuestos el deber de no lesionar el bien jurídico sólo se cumple actuando de cierta manera en un momento dado. La omisión, pues, a veces aparece jurídicamente como prohibida y a veces (en forma expresa o por la simple ausencia de prohibición) como permitida. Es así que en la omisión sin resultado material, es decir, omisión simple, donde el tipo describe en forma expresa la inactividad en términos de la acción ordenada.

Reiteraremos diciendo que en los delitos de omisión, el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. El deber de actuar surge de un plano objetivo, de la presencia de una situación típica, que exige una intervención. La no prestación de una intervención posible y esperada, determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo de injusto de este delito omisivo, al que suelen añadirse otros elementos que delimitan el ámbito de exigencia (poder hacer sin riesgo propio ni de tercero). En los delitos omisivos, en todo caso, al autor no se le sanciona por lo que hizo en lugar de lo ordenado, no se le somete a pena criminal por su actuar diverso, esto es, por lo que hizo, que en realidad es indiferente, sino por lo que no hizo, por lo que dejó de hacer cuando debía y podía hacerlo. Un mandato (deber) de actuación se infringe por omisión de la acción ordenada, no por la ejecución de una acción diversa; se está por lo tanto ante la ausencia de una acción determinada, de suerte que la presencia, en su lugar, de otra acción a lo sumo puede tomarse como medio de comprobación de la primera, pero justamente la prueba no es lo que con ella se prueba.

La omisión simple, se encuentra establecida en nuestro Código penal Vigente para el Distrito Federal, en su artículo 7o. el cual señala: Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales.

b) COMISION POR OMISION

Hasta ahora se han examinado modalidades de conductas simples o propias: la acción y la omisión. Es claro que la omisión, como puro no hacer, no puede originar por sí ninguna consecuencia adicional. "*Ex nihilo nihil fit*": "de la nada que, desde el punto de vista óntico, es la omisión, no puede derivarse resultado ulterior alguno."⁸⁴

Sin embargo, en el derecho Penal, bajo ciertas condiciones, algunos resultados se atribuyen al que omite.

El otro tipo de omisión como abstención de obrar, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar, se le llama comisión por omisión, omisión impropia o falsos delitos de omisión, siendo en este tipo de omisión donde existe una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, infringiendo con ello dos normas: una preceptiva y una prohibitiva. Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva. Por ello los delitos de comisión por omisión o también llamados impropios delitos de omisión, es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior, mediante no hacer lo que el derecho ordena. En la comisión por omisión infríngese dos normas: la dispositiva (que impone el deber de obrar) y la prohibitiva (que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado. Ya Von Liszt subrayó que bajo ciertas condiciones el orden jurídico, del mismo modo que la vida misma, equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo. Para Beling "el uso verbal corriente, empleado por el legislador, comprende en la expresión matar y en las demás correspondientes a los otros tipos, también el no evitar el resultado". "Welzel asimismo proclama que la madre que no alimenta a su hijo, lo mata en la misma forma que la que la ahoga."⁸⁵

⁸⁴ Cobo del Rosal M., Vives Antón T.S., Op. Cit., pag. 301

⁸⁵ Ferreira D. Francisco José, Op. Cit. pag. 36.

En Italia, Pessina hizo ya presente que “cuando una omisión es causa directa de que se verifique en la realidad de las cosas una modificación contraria a las exigencias del Derecho—negar alimento al recién nacido encerrado en un lugar a donde no le puede llegar el socorro de los demás hombres—, se convierte en un hacer, porque aquella modificación de la realidad en que consiste el suceso antijurídico, es consecuencia de nuestra misma inactividad”. Por su parte Jiménez de Asúa considera “que en el clásico ejemplo de la madre que para dar muerte a su niño de pecho no le da de mamar, la infanticida más que un delito de comisión por omisión, comete un delito francamente comisivo. También Sebastián Soler estima que los delitos llamados de comisión por omisión, como su nombre lo indica, son verdaderos delitos de comisión, a cuyo resultado es posible llegar absteniéndose u omitiendo. “El tradicional ejemplo es el de la madre que mata a su hijo no suministrándole alimento. La diferencia que existe entre este delito y uno de simple omisión es palmaria, si se tiene presente que en el ejemplo citado lo que se imputa a la madre es haber muerto al hijo, es decir, un resultado positivo, en el cuál la omisión no es más que un medio para lograrlo: el delincuente substituye su actividad por la eficacia causal de las fuerzas exteriores, cuyo desarrollo lleva al resultado ilícito que el sujeto puede y debe impedir.”⁸⁶

“En la comisión por omisión se comporta un resultado jurídico y otro material, sensorialmente perceptible, es necesario que se produzca en este tipo de omisión por la inactividad un resultado material; aquí la circunstancia de que no se actúa debe producir un resultado; a la no realización de la acción esperada y exigida, se debe unir una determinada causación del resultado para el castigo en razón de un hecho consumado: ejemplo, la muerte del niño ocasionado por la madre que lo deja morir de hambre intencionalmente.”⁸⁷

Al igual que la omisión propia, la comisión por omisión es un fenómeno fundamentalmente normativo, no naturalístico. Y también en la definición de comisión por

⁸⁶ Jiménez Huerta Mariano, Op. cit. pag 133.

⁸⁷ Mezger Edmund. Op. Cit., pág. 120.

omisión juega un papel insustituible la referencia a la “acción esperada”. Es más: en la comisión por omisión, la “espera” del ordenamiento jurídico se halla, por así decirlo, exacerbada, y reviste una naturaleza específica, que es la que permite imputar el resultado a la omisión. “La omisión jurídico-penal no es un simple “no hacer”, sino un, “no hacer algo”. Por consiguiente la omisión es causal respecto de un resultado determinado, si ese “algo” hubiera impedido este resultado. Existe, por lo tanto, un completo paralelismo entre la causalidad del hacer activo y la causalidad de la omisión. En los delitos de omisión impropia el autor puede ser cualquier persona que se encuentre en el ámbito situacional regulado por la norma, es decir, son delitos de omisión impropia aquellos en que el autor sólo puede ser la persona que en ámbito situacional de la regulación típica expresamente se le señala como susceptible de ser sujeto activo de dicho delito, son casos en los cuales el tipo delictivo correspondiente expresamente señala, que sólo quien se encuentre en una determinada situación o posición podrá ser susceptible de ser autor de la conducta típica, y de aquí surge la así denominada “posición de garante”, que la ley penal exige en los tipos de omisión impropia.”⁸⁸

Ejemplo de esta posición de garante es precisamente el caso de la madre que tiene a su cargo la obligación de cuidar a su hijo, obligación que no tiene el resto de la comunidad social, razón por la cual, sólo ella puede responder y ser autora del correspondiente delito de homicidio del hijo por omisión impropia, en tanto que el resto de la población, no tiene tal obligación. Por posición de garante, entenderemos la relación especial estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien.

En el delito de comisión por omisión la posición de garante señalada implica una posición especial de relación con el sujeto pasivo, que genera un especial obligación de garantía respecto de la protección del bien jurídico penalmente tutelado. La posición de garante no implica sólo el cumplimiento de cierta obligación, sino que genera un especial deber de garantía

⁸⁸ Malo Camacho Gustavo. Op. Cit., pag. 457.

y, en relación con esto, surge el problema colateral de la necesidad de determinar cuáles pueden ser las fuentes de esa posición de garantía, sobre todo, porque no siempre tal posición de garantía aparece claramente definida en la ley, razón que da origen a riesgos serios en la interpretación y la aplicación de ese tipo de figuras, sobre todo a la luz del principio de legalidad y constitucionalidad. La posición de garante, que constituye el eje de la comisión por omisión no es, pues, como con frecuencia se ha dicho, una característica no escrita de los tipos en que es posible la comisión omisiva, sino que se deriva de la conducta descrita por ellos, en virtud de una interpretación que atiende fundamentalmente al sentido y finalidad del precepto concreto. Dicha posición, cuyo fundamento ha de ser estrictamente jurídico puede establecerse por imperativo legal, o por libre aceptación, o a consecuencia del peligro creado por un hacer anterior.

De lo anteriormente dicho el autor de una omisión sólo puede serlo quien se ha colocado en la posición de garante respecto la evitación de la lesión típica. En los tipos de omisión sin “resultado material”, la calidad se prevé en el mismo tipo. Para los de omisión “con resultado material”, existen 2 maneras de regular: o se prevé en cada tipo típico, o se formula una regla general; no todos los tipos típicos pueden ser concretizados por todos los sujetos. Un sector considerable limita, según variados criterios, la espera del sujeto a cuyo cargo se pone el cumplimiento del deber. En los delitos de comisión por omisión el deber de obrar puede provenir de una norma jurídica (de carácter público o privado), y otras veces la obligación de obrar puede derivarse de especiales deberes profesionales. Así por ejemplo, es punible la omisión del cirujano que deja sin terminar la peligrosa intervención quirúrgica por él comenzada; pero es condición precisa que el resultado de la inacción constituya una figura de delito (muerte o lesiones del operado).

“Para que una omisión pueda valorarse como comisiva, debe, en el caso concreto, existir un particular deber jurídico, por parte del agente, de evitar con su acción la realización

del resultado típico, debido a que el ordenamiento positivo le erige en garante de la no causación de dicho resultado.”⁸⁹

La comisión por omisión, se encuentra prevista en el artículo 7o. de nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en su párrafo segundo que a la letra dice: “Artículo 7o. párrafo segundo: En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite 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.”⁹⁰

En los delitos de comisión por omisión, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y al incluir, por tanto, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Es así 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.”⁹¹

Se habla de “causalidad de la omisión” aunque realmente la omisión 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 (*ex nihilo nihil fit*). 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. Si se da por seguro o, por lo menos, como muy probable que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada el resultado no se hubiera producido, entonces se podrá imputar el resultado al sujeto de la omisión. La

⁸⁹ Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit. pag 137.

⁹⁰ Código Penal Para el Distrito Federal, pag. 9

⁹¹ Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Reimpresión, Valencia 1993, pag. 226.

omisión de la acción esperada no fundamenta un simple delito de omisión pura, sino, en la medida en que el resultado se produzca, una comisión de ese resultado por omisión.

Concluiremos señalando que los delitos de omisión impropia requieren evitar la producción de un resultado: la realización del tipo depende, por lo tanto, de la producción del resultado, determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo, pues, un problema de interpretación dilucidar cuándo la forma omisiva puede ser equiparada a la activa, que si se menciona expresamente en la Ley.

C) OMISION PROPIA

Esta terminología es utilizada por autores como Francisco Pavón Vascónceles, Jiménez Huerta, etc., para denominar a la omisión simple, este tipo de omisión tiene un contenido típico y está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. Como se ha señalado anteriormente el delito de simple omisión se le conoce como puro delito de omisión, simple omisión, omisión verdadera, y la omisión simple “consiste en el no hacer voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva o produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición.”⁹²

El delito de simple omisión también es conocido como omisión propia “consistente en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntario o imprudencialmente, con lo cual se produce el delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva.”⁹³

⁹² Porte Petit Candaudap Celestino, Op. Cit. pág. 239.

⁹³ Amuchategui Requena Irma Griselda. Op. Cit., pag. 51.

D) OMISIVOS PUROS

Los omisivos puros, son simples delitos de omisión, ya el profesor Maggiore Giuseppe, señaló “que la omisión pura consiste en omitir lo que la ley manda, hecha abstracción del resultado, es así que la omisión pura y sencilla de un movimiento corporal, sin tener en cuenta el resultado.”⁹⁴

Quería pues expresar que se le llamaba omisión pura, porque era necesario que se omitiera una conducta debida para la integración de la omisión que el derecho penal castigaba, era pues ese simple movimiento corporal de no realizar lo que debería realizar, sin necesidad de que se tomara en cuenta el resultado, lo que constituía la omisión pura. El también jurista Francisco Muñoz Conde utilizaba el término de omisión pura, y decía que en ésta se castigaba la simple infracción de un deber de actuar, sin más. Equivalente a los delitos de simple actividad. La omisión pura, es donde expresamente el tipo describe la inactividad, y la describe en términos de la acción ordenada.⁹⁵

E) OMISIVOS VERDADEROS

El jurista Carrancá señaló, “que en cuanto al delito de simple omisión, también es llamado verdadero delito de omisión, no existe más que cuando hay incumplimiento de una orden positiva de la Ley (Garraud), su esencia está constituida por la inexecución de una orden o mandato positivo de la ley (Vidal). Como se comprende, son todos los obligados por la ley a ejecutar determinada actividad los que, por no realizarla, dan lugar a la infracción de esta especie.”⁹⁶

⁹⁴ Giuseppe Maggiore. Op. Cit., pag. 346.

⁹⁵ Diccionario Jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, T. III. Ed. Porrúa S.A y UNAM. México 1998, pag. 2272.

⁹⁶ Carrancá y Trujillo Raúl. Op. Cit., pag. 278.

Cuello Calón también es un autor que se inclina por el concepto de verdaderos delitos de omisión, a los que conocemos que la doctrina llama delitos de omisión simple, pues señala que la omisión es una conducta inactiva. Más no toda inactividad es omisión, ésta es inactividad voluntaria. “La omisión es una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva, (no hacer). Pero no toda inactividad voluntaria es una omisión penal, para que exista es preciso que la norma penal ordene al omitente que obre, que ejecute un determinado hecho.”⁹⁷

Habla de verdaderos delitos de omisión, pues en ellos contienen los elementos de que la inactividad debe ser voluntaria y el sujeto debe tener un deber jurídico de obrar.

Los delitos de omisión propia, omisión pura y verdaderos delitos de omisión, son los delitos de omisión simple. únicamente que diferencia en la terminología que utilizan los autores, para definir a éstos.

2.- OMISION SIMPLE

2.1 CONCEPTO.

La omisión es una actividad negativa, es un dejar de hacer lo que se debe hacer, es un omitir obediencia a la persona que impone un deber de hacer. La omisión (como conducta pasiva) no consiste como ya se ha mencionado en un simple no hacer, sino en un “no hacer algo.” La omisión simple “existe cuando hay incumplimiento de una orden positiva de la ley. La esencia de este delito esta constituida por la inexecución de una orden o mandato positivo de la ley, es decir es la violación de un precepto de naturaleza esencialmente ordenadora o imperativa.”⁹⁸

⁹⁷ Cuello Calón Eugenio, T.I. V.I. Op. Cit., pag. 347.

⁹⁸ Novoa Monreal Eduardo, Fundamentos de los delitos de Omisión, Ed. Delpalma, Buenos Aires. pag 173.

La omisión simple, consistirá entonces en un no hacer, voluntario o culposo violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico. "Debe entenderse por norma preceptiva las que prescriben en si una acción."⁹⁹

O bien como señala el profesor Luis Recasens Siches, "al clasificar las normas jurídicas por su calidad, refiriéndose aquí a las normas preceptivas, las cuales prescriben una determinada conducta, de acción o de omisión, y, por preceptuarla, al mismo tiempo la permiten, es decir la autorizan, porque toda persona tiene el derecho a cumplir con su propio deber jurídico."¹⁰⁰

La noción exacta del delito de simple omisión, para Garraud y Vidal han formulado una noción bastante precisa de esta clase de delitos, y señalan: "que el delito omisión propiamente dicho, no existe más que, cuando hay incumplimiento de una orden positiva de la Ley. La esencia de este delito está constituida por la inejecución de una orden o mandato positivo de la Ley."¹⁰¹

El delito de simple omisión lo constituye por si mismo la misma omisión, es decir la violación de un precepto de naturaleza esencialmente ordenadora o imperativa. Es así que la esencia del delito de simple omisión está en la naturaleza imperativa, no en la forma del precepto, ya que si bien los preceptos contenidos en el Código Penal, se aprecian que la ley si bien se nos presenta bajo la forma de orden o mandato -precepto positivo- su infracción, sin embargo, no constituye verdadero delito de omisión. "El delito de simple omisión se castigan con la simple infracción de un deber de actuar, sin más."¹⁰²

El contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. No debemos olvidar que la omisión penalmente trascendente no existe en el hecho de omitir algo, sino que siempre requiere ser entendida en relación con una determinada acción, es decir que

⁹⁹ García Maynéz Eduardo, Op. Cit., pag. 91.

¹⁰⁰ Recasens Siches Luis, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa S.A., Quinta Edición, México 1979, pag. 181.

¹⁰¹ Sánchez Tejerina Isaias S., Op. Cit., pag. 58.

¹⁰² Muñoz conde Francisco, Op. Cit., pag. 31.

aquí lo relevante es la acción esperada y exigida que omite el sujeto. Para permitir una omisión, el derecho positivo no dirá regularmente nada; si la acción a que la omisión se refiere también está permitida, el ordenamiento jurídico habrá concedido en ese sentido la facultad de hacer o no hacer alguna cosa, la libertad jurídica para emprenderla o abstenerse de hecho, pudiendo hablarse entonces de un derecho subjetivo o de un cierto ámbito de libertad jurídica que el sujeto puede ejercer libremente en el sentido que desee. La omisión jurídico-penalmente relevante, en consecuencia, tiene sentido únicamente cuando una acción ha sido mandada (mandato de actuación), pues de lo contrario no habría lugar a un injusto omisivo.

2.2 ELEMENTOS DE LA OMISION

a) VOLUNTAD O CULPA

La palabra voluntad proviene del latín *voluntas* y resulta difícil, en verdad, precisar con alguna exactitud su significado, dada la multiplicidad de sentidos que el vocablo adquiere. En general, “por voluntad se entiende a la potencia del alma, es decir, a lo que mueve o no a hacer una cosa; al libre albedrío o determinación.”¹⁰³

El poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella. Junto a la acción aparece la omisión como una segunda forma independiente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin. Debemos advertir “que cuando Litz se refiere al elemento psicológico nos dice que la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debería haberse realizado.”¹⁰⁴

¹⁰³ Diccionario Jurídico Mexicano, P-Z Tomo IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ed. Porrúa. S.A., Décimosegunda Edición, México 1998, Pag. 3256.

¹⁰⁴ Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., pag 201.

La omisión en sí, está referida necesariamente a una acción: no existe una omisión “en sí”, sino sólo la omisión de una acción determinada. Por lo tanto, la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno “limitativo”; es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). Omisión es “la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida.”¹⁰⁵

Los requisitos que deben exigirse al poder final del hecho (capacidad de acción) se desprenden de la estructura de la dirección final de la acción. Para alcanzar el fin de la acción, el sujeto tiene que conocer la situación en la que ella debe producir sus efectos, además tiene que estar en condición de reconocer y poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo (capacidad de planteamiento); por último tiene que tener la posibilidad real física de emplear los medios elegidos y de ejecutar el acto planeado. Para la omisión no es necesario un acto de voluntad actual, sino que es suficiente uno que sea posible para la persona, ya que el elemento constitutivo de la omisión es el dominio final potencial del hecho: quien olvida ejecutar una acción que podría haber recordado con una mayor concentración, la omite. A la omisión no le es propia ni la casualidad ni la finalidad (actual). Por ello, falta una voluntad de realización orientada a un omitir y con esto falta también un dolo de hecho en el sentido de los delitos de comisión. Lo que nosotros acostumbramos denominar omisión “querida”, es en realidad un omitir consciente, es decir una omisión en la conciencia de poder actuar: el omitente sabe que puede salvar al que se está ahogando. Con todo, la omisión inconsciente, es decir la omisión con conocimiento del objetivo de la acción posible, pero sin conocimiento del propio poder de hecho, cumple igualmente con el concepto de omisión. Ha de bastar, que habiendo conocimiento de la situación de la cual se desprende el deber de actuar, al omitente le haya sido

¹⁰⁵ Welzel Hans, Derecho Penal Aleman, Parte General, Ed. Jurídica de Chile, Décima Primera Edición, Cuarta Edición Castellana, Chile 1993, pág. 238

reconocible el camino para la realización de la acción mandada (capacidad de planteamiento). Por ejemplo, tiene que poder reconocer cómo puede efectuar una denuncia oportuna o prestar una ayuda eficaz. Por ello síquicamente, la omisión debe ser voluntaria. Esta voluntad se refiere a la “conducta diversa”, es decir, al comportamiento distinto del que se esperaba. No se necesita pues, la voluntad de “no cumplir” la acción esperada. Se tiene omisión voluntaria, no solo en los delitos doloso, sino también en los de simple olvido.

En los delitos de omisión también se pena a menudo la culpa, el delito de omisión culposo, tal como el delito de comisión culposo, recibe también el acento decisivo de desvalor por la infracción del cuidado objetivo requerido en el ámbito de relaciones. La falta de cuidado puede presentarse en todas las etapas de la acción de cumplimiento; por ejemplo: 1. Falta de cuidado en la ejecución de la acción mandada y correctamente planteada: el obligado a denunciar un delito quiere prevenir al amenazado, pero al telefonar marca mal. 2. Falta de cuidado al examinar la posibilidad de cumplimiento del mandato: el obligado a denunciar un plan delictivo envía, en vez de ir él en persona, a un niño que no encuentra el puesto de policía; o considera-con error evitable, que ya no hay ninguna posibilidad de practicar la denuncia oportunamente. “Kaufmann exigía para el delito de omisión culposo siempre el conocimiento de la situación típica.”¹⁰⁶

La conducta omisiva “es de contenido psicológico cuando el agente deja de realizar aquella operación psíquica (cognoscitiva, afectiva o volitiva) a la que está jurídicamente obligado y que es de contenido material cuando omite ejecutar aquella actividad material que le era exigible.”¹⁰⁷

Aunque toda conducta humana (de acción o de omisión) supone una manifestación de voluntad, hablamos aquí de una conducta omisiva referida a la esfera volitiva cada vez que el tipo hace mención de esta faceta de la personalidad del agente.

¹⁰⁶ Welzel Hans, Op. Cit. pag 242.

¹⁰⁷ Reyes Echandia Alfonso, Op. Cit., pág. 61.

b) INACTIVIDAD

También es llamada la no ejecución de una acción, que tienda a alcanzar el fin fijado por el mandato (falta de un actuar con tendencia a realizar el mandato). Por ello falta una realización orientada a un omitir y con esto falta también un dolo de hecho en el sentido de los delitos de comisión. En el delito de omisión doloso falta la tipicidad no sólo cuando el obligado a actuar cumple exitosamente (denuncia oportunamente el delito), sino que ya cuando se esfuerza en forma seria, aunque sin resultado, por alcanzar el fin fijado. Si el obligado cree erróneamente realizar lo adecuado para cumplirlo, sólo cabe en consideración la culpa. La tentativa de cumplir el mandato puede fracasar, porque el obligado emplea en forma errónea el medio adecuado (lanza muy lejos el salvavidas), o porque toma el camino errado para realizarlo (en vez de usar el teléfono del vecino, corre irreflexivamente al puesto de policía para denunciar un plan delictivo y llega muy tarde) o porque, a pesar de aquilatar acertadamente la situación del hecho, no encuentra la vida para intervenir (la persona que no sabe nadar busca posibilidades para salvar a quien se ahoga y no se percató del salvavidas). "El que no actúa omite la acción ordenada por el mandato sólo cuando tenía el poder para la ejecución."¹⁰⁸

Para ello es necesario: a) el conocimiento de la situación típica: es suficiente el contar con su existencia, el mero tener que conocer no basta. b) De acuerdo a la concepción tradicional, aunque raramente tratada y aun más raramente revisada, es necesario el conocimiento (la conciencia) del omitente de su poder de hecho para la ejecución de la acción omitida (el llamado "dolo" de la omisión en analogía al dolo de hecho). c) La posibilidad real-física de llevar a efecto la acción mandada. El que no ha actuado tiene que poder tomar efectivamente el camino, que le es reconocible, para alcanzar el fin fijado por el mandato, el plan de acción proyectado tiene que ser realizable. La posibilidad de realizar el mandato se da

¹⁰⁸ Welzel Hans, Op. Cit. pag 242.

también aún cuando el obligado no esté personalmente en la situación de llevar a efecto la tarea, pero se puede servir de un tercero obligado o no obligado, al tanto o no de la situación. En este sentido, el mandato exige también apoyar a otros obligados a cumplir con su mandato, ayudarlos a ejecutar la acción en común con ellos. Lo que convierte en omisión a la no ejecución de una determinada acción es la capacidad de acción concreta referida la acción ausente, con los componentes físicos y síquicos nombrado. O formulado de otra manera: a la omisión pertenece la finalidad potencial.

c) DEBER JURIDICO DE OBRAR

La norma jurídica, observa Carlos Cossio en su "Teoría Ecológica del Derecho", toma a la conducta como acción y como omisión. Ambas conductas, la constitutiva de una acción y la de una omisión pueden ser el contenido o de un derecho subjetivo o de un deber jurídico; "cuando la norma autoriza una conducta, otorga un derecho subjetivo, cuando la prohíbe, impone un deber jurídico."¹⁰⁹

La norma jurídica se justifica cuando impone deberes, teniendo en cuenta, al darles contenido, las aspiraciones, posibilidades y limitaciones de la sociedad, de la realidad, con independencia absoluta de la política, la religión, cualquier ideología partidista o unilateral. La función esencial del deber jurídico debe consistir en ser el medio para la realización de los valores jurídicos que responden a la realidad y necesidades vitales del hombre. Mientras el deber jurídico es la forma esencial de cada norma dentro del ordenamiento jurídico, el derecho subjetivo es solo un elemento específico de sistemas jurídicos particulares. Hans Kelsen, define

¹⁰⁹ Rojas R. Abelardo, El derecho subjetivo y el deber jurídico, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1954, pag. 103.

el deber jurídico “como la norma jurídica en relación con el individuo cuya conducta constituye el acto violatorio.”¹¹⁰

García Máynez Eduardo, define al deber jurídico como “la restricción normativa de la libertad de un sujeto, derivada de una exigencia cuyo cumplimiento constituye, para otro y otros, el contenido de un derecho. En otras palabras, “Es la restricción de la libertad exterior de una persona derivada de la facultad, concedida a otra u otras de exigir de la primera una cierta conducta, positiva o negativa. Cuando un deber jurídico nace a cargo de una persona, ésta pierde al mismo tiempo el derecho de omitir lo que se le ordena y el hacer lo que se le prohíbe, En el momento en que cualquiera de las posibles manifestaciones de la libertad exterior de una sujeto (actos u omisiones) se convierte en objeto de una prohibición o de un mandato, el obligado deja de ser jurídicamente libre, en relación con esos actos u omisiones. Tenemos el deber de hacer (o de omitir) algo, cuando se nos niega el derecho de optar entre hacerlo y omitirlo. Por deber jurídico se entiende el comportamiento requerido por el derecho, la conducta obligada de conformidad con una norma de un orden jurídico histórico (nacional o internacional). Todo aquello que es jurídicamente obligatorio constituye un deber jurídico. De acuerdo con lo anterior, se puede caracterizar el deber jurídico como la conducta prescrita por el derecho, el comportamiento que debe observarse. La imposición de deberes ha constituido un o de los rasgos más característicos del derecho: “La característica más general y relevante del derecho en todo tiempo y lugar, es que su presencia indica que cierta conducta humana deja de ser optativa, convirtiéndose, así, en obligatoria.”¹¹¹

El derecho impone un deber cuando impone una sanción. El deber jurídico es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción. La conducta opuesta a aquella que como acto jurídico es condición de

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II D-H, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, Décima Segunda Edición, México 1998, pag. 815.

la sanción, constituye el contenido del deber jurídico. Este es el deber de abstenerse del acto antijurídico. Estar jurídicamente obligado a cierto comportamiento significa que la conducta contraria es antijurídica y que, como tal, representa la condición de una sanción establecida por la norma. El deber jurídico es la obligación de abstenerse de realizar la conducta sancionada, esta conducta es la que para Kelsen constituye el objeto del deber. Para él una conducta se convierte en jurídica cuando está castigada o sancionada.

Los deberes jurídicos “son como concretamente señala Hellmuth Mayer, naturalmente idóneos para establecer, en ciertas circunstancias, una íntima ligazón del obligado con el acontecimiento dañoso, pero por sí solos no deciden. Lo que decide es el juicio valorativo respecto a si dicha conducta en su integridad representa, en su enlace y concatenación con el mundo objetivo, un hacer que da realidad a la voluntad, o si, por el contrario, representa tal conclusión una consecuencia intolerable. La contestación en cada caso sólo puede darla el intérprete de la Ley. La conducta autorizada es objeto de un derecho subjetivo; la prohibida de un deber jurídico.”¹¹²

De lo anterior concluiremos “que para la comprobación de la tipicidad de una conducta respecto del tipo de un delito propio de omisión requiere la verificación de tres elementos del tipo. a) situación típica generadora del deber, b) No realización de la acción mandada; c) Poder de hecho de ejecutar la acción mandada.”¹¹³

Estos elementos tienen la finalidad de permitir comprobar que la acción realmente realizada por el omitente no es la acción mandada.

a) La situación generadora de deber. El primer elemento del tipo objetivo de los delitos propios de omisión es la situación de hecho de la que surge el deber de realizar una determinada acción. Esta situación presentará en todos los casos un peligro para un bien jurídico. Por lo general, la situación esta íntegramente descripta en la Ley.

¹¹² Rojas R. Abelardo, Op. Cit., pág. 33.

¹¹³ Bacigalupo Enrique, Op. Cit., pág. 386.

b) La no realización de la acción que es objeto del deber. La comprobación de este extremo se logra mediante comparación de la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar.

c) Capacidad o poder de ejecutar la acción.- Este elemento es de carácter individual y puede definirse de dos maneras distintas: En primer lugar es posible considerar que la capacidad de ejecutar la acción o de evitar el resultado debe evaluarse sin tomar en consideración el conocimiento que el autor tenga de ella: tiene la capacidad el que no sabe nadar, pero tiene la posibilidad de arrojar al que ha caído al agua un salvavidas, que no ve y podría haber visto. Desde otro punto de vista se requiere que el obligado haya "podido tomar la decisión de la acción mandada y de realizarla", por cuya razón se requiere como elemento esencial de la capacidad tanto el conocimiento de la situación generadora del deber como la cognoscibilidad de los medios para realizar la acción y el conocimiento del fin de la acción.

2.3 CLASES DE DEBERES

a) DEBER DERIVADO DE UN PRECEPTO JURIDICO

Este tipo de deber deriva de una precepto jurídico, ya que puede emanar de una ley o también de una costumbre, bien sea como lo hace notar Mezger, de la ley o de una ordenanza equiparada a ella, sin que pueda hacerse "una numeración cerrada", según expresión de V. Hippel, resultando determinante el total Derecho Público y Privado.

"La obligación puede nacer de una norma penal y de una norma extrapenal (de derecho público o privado). Y la norma puede ser una ley o una costumbre. Puede consistir, además, en una orden de la autoridad o en una providencia del Juez. Puede, por último, derivarse de un contrato o de un cuasicontrato (*negotiorum gestio*) [gestión de negociación]."¹¹⁴

¹¹⁴ Giuseppe Maggiore, Op. Cit., pag. 355.

Por ejemplo: La madre comete -por omisión- homicidio, si deja morir de hambre al recién nacido, pues los preceptos del Código Civil le imponen la obligación jurídica de alimentarle y asistirle, de cuidarle y de protegerle; por lo que el subgrupo más importante lo constituye el deber de protección y asistencia entre parientes cercanos, caso en que el contenido del deber varía de acuerdo a la relación de parentesco. Su mayor amplitud lo alcanza en relación a los padres legítimos: “comprende no sólo el cuidado de la vida y la integridad corporal, sino también -respecto a los menores- el cuidado del patrimonio y la buena conducta, luego también el impedir acciones punibles o que ocasionen daños; la forma de delimitar el ámbito del círculo de miembros que entran en consideración respecto de una situación, podría determinarse a través del deber legal, comprendido en el Código Civil.”¹¹⁵

También el deber jurídico “puede emanar de disposiciones administrativas, de orden de superior jerárquico o de sentencia judicial. El dueño de un inmueble de departamentos incurre en los delitos de homicidio, lesiones y daños si no repara en los términos fijados en los reglamentos y ordenanzas municipales, en un acto administrativo o en una sentencia, el edificio que amenaza ruina y, a consecuencia de esto, se producen dichos resultados típicos.”¹¹⁶

b) EL DEBER DERIVADO DE UNA OBLIGACION

Aquí pertenece ante todo, los casos de la aceptación de un deber en virtud de un negocio jurídico, y especialmente sobre la base de un contrato, Mezger señala que no es suficiente por sí sola la existencia de un deber jurídicamente fundamentado, siendo menester, en virtud de la aceptación de dicho deber, que se haya producido “una situación especial peligrosa

¹¹⁵ Welzel Hans, Op. Cit. pag 252.

¹¹⁶ Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino Tomo I, Ed. TEA Tipografía Editorial Argentina, Décima Reimpresión Total, Buenos Aires 1992, pág. 380.

o un aumento de peligro ya existente y la aceptación tiene lugar al objeto de evitar dicho peligro.”¹¹⁷

Es así que en este tipo de deberes provienen generalmente de una obligación contractualmente contraída; como la del guía alpino que deja perecer al excursionista no señalándole el peligro conocido por él. El deber de garante no es idéntico como un deber contractual, más bien es decisivo el asumir fáctico de la posición de deber correspondiente al contrato; “la posición de garante surge sólo sobre la base del asumir fáctico, y ciertamente, sólo cuando comienza la situación de peligro, cuyo manejo está encargado el garante, por ejemplo: si la nodriza contratada no entra a ejercer su puesto contraviniendo el contrato; a pesar de la violación del contrato, no hay lugar a punibilidad si el niño se accidenta por falta de vigilancia.”¹¹⁸

c) DEBER DERIVADO DE UN HACER PRECEDENTE

El deber de obrar en un hacer precedente, nace cuando el sujeto, con su actuar, ha creado una situación de hecho de la cual puede surgir la violación de bienes jurídico, con la producción de un resultado material antijurídico, nace el deber para el mismo de realizar lo necesario a fin de evitar la lesión al Derecho. “La actividad o hacer precedente requiere, para fundamentar el deber jurídico de obrar, que pueda lesionar intereses jurídicos mediante la creación de una situación de peligro, pues sólo ante esa posibilidad tiene la obligación, el sujeto, de actuar para eludir la producción del resultado antijurídico. Sin embargo no todo actuar precedente da origen al deber jurídico de obrar, pues tratándose de actividades dolosas encaminadas a la producción de un resultado ilícito, se está en presencia de un claro delito de acción y no de omisión, en el cual el sujeto tenía la obligación de no hacer, violando, en

¹¹⁷ Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., pag 203.

¹¹⁸ Welzel Hans, Op. Cit. pág. 253.

consecuencia, un deber jurídico de abstenerse: sólo podrá la acción precedente fundamentar el deber jurídico de obrar, cuando no tenga carácter doloso.”¹¹⁹

El deber derivado de un hacer precedente, “corresponde a aquellos casos en los cuales la acción del sujeto determina un proceso en el cual la abstención lleva a un resultado antijurídico, resultado que el sujeto activo pudo evitar (*ultra posse nemo obligatur*). Ejemplo: El cirujano que después de iniciar una operación deja que el paciente se desangre.”¹²⁰

Por ello diremos que la posición de garante por haber asumido la garantía puede provenir también, independientemente de cualquier relación contractual, de una acción fáctica de asunción (aquí se ve una relación con la llamada injerencia) y nace una posición de garante por un actuar presente peligroso (injerencia): quien con su hacer activo, aunque sea sin culpa, ha dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene que impedir la producción del resultado. A estos casos pertenecen los servicios médicos de urgencia, igualmente las meras relaciones de favor que no se han concretado aun en una relación contractual, pero que constituyen la base de una posición de garante, como ejemplo: El jefe que por inadvertencia encierra al empleado al término del trabajo, tiene que ponerlo en libertad, o de otro modo comete detención ilegal por omisión. Por ello, “Rudolphi admite una posición de garante sólo en caso de una acción previa contraria al deber, en tanto que estima también que no debe depender del carácter culpable de la acción previa.”¹²¹

La acción precedente no tiene otra significación que la de un hecho que opera la aplicación del derecho; pero en sí y por sí, deja en el aire la fundamentación jurídica del deber. Los deberes jurídicos dimanar de las normas jurídicas, escritas o consuetudinarias y nunca de acciones o hechos. Si en verdad, un individuo tiene el deber de actuar para impedir un resultado subsumible en una figura típica y oriunda de una actividad anterior propia, es porque existe una

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Soler Sebastian, Op. Cit. pág 386.

¹²¹ Welzel Hans, Op. Cit. pág 252.

norma jurídica con trascendencia penal que le impone el deber de evitar las consecuencias lesivas de bienes jurídicos ajenos que pudieran derivarse de un comportamiento adecuadamente encuadrable en una figura típica. No existe en el derecho escrito precepto general alguno que fundamente tal deber. Y mucho menos, con los atributos típicos que son insoslayables para establecer una responsabilidad penal. Algunos autores como Träger, Mezger y Maurach, fundan el deber de evitar el resultado con base en una acción anterior en el Derecho consuetudinario, pero que de ninguna manera puede determinar la responsabilidad penal de un sujeto; así por ejemplo, en tanto Maurach considera que la acción precedente puede ser conforme al derecho y, por tanto, existir homicidio por omisión si el que ha lesionado gravemente al asaltante de su morada se abstiene de salvarle cuando cae herido e inerme. Träger estima que no existe un deber jurídico de prestar auxilio a quien hemos herido en la acción precedente de defensa legítima. La concreción e inseguridad del derecho consuetudinario para fundar la responsabilidad penal es incluso reconocida implícitamente por Mezger, pues no obstante afirma que este derecho consuetudinario “es posible”, condiciona tal reconocimiento a aquellos casos “en que cuidadosa consideración y examen concretos demuestren que su existencia responde a una necesidad real e inevitable”, con lo que se llega a la inadmisibles consecuencia de fundamentar la imposición de una pena en necesidades reales e inevitables. Y si bien es exacto que una necesidad real o inevitable produce en el derecho punitivo la indiscutida consecuencia de dejar en el caso concreto sin efecto la aplicación de una figura típica, ninguna necesidad real e inevitable reconocida por la costumbre puede integrar su contenido y fundamentar su aplicación. No siempre, empero, que exista un deber jurídico de obrar oriundo de un precepto de ley, de una especial aceptación o de un hacer precedente, puede concluirse que la omisión es comisiva del resultado. “Los deberes jurídicos sólo pueden ser valederos como elementos integrativos de las figuras típicas para dilucidar si la omisión enjuiciada tiene existencia natural, pero no siempre sirven de criterio decisivo para resolver si es comisiva del resultado, pues a veces acontece que no obstante existir el deber jurídico de obrar

y omitir el obligado su cumplimiento, dicha obligación no puede estimarse como causativa del resultado.”¹²²

Así por ejemplo: quien no procure por los medios que tiene a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o se están cometiendo”, sólo será sancionable por ésto y nunca se le sancionará por el delito cuya producción no hubiere evitado.

d) DEBER MORAL O IMPUESTO POR LA CONVIVENCIA

Este tipo de deber no es obligatorio, ya que no trae trascendencia jurídica, este tipo de deber es el que establece la misma convivencia social en relación a la iglesia, es decir que aquella que tiene todo individuo que según su dógma o religión le impone con el deber de ayudar a su vecino, el deber de buen respeto entre familiares, padre, madre e hijos, el deber de buen comportamiento, etc.,

e) DEBER GENERAL

El deber jurídico general, “es aquel que obliga a todos los ciudadanos indistintamente, es decir, es aquél que incumbe a cualquier persona por el hecho mismo de la convivencia (ayudar a alguien en peligro).”¹²³

f) DEBER ESPECIAL

El deber de hacer algo puede nacer de un deber jurídico especial, el cual será inherente a determinadas clases, profesiones, oficios, etc. “La teoría también la llama una especial relación

¹²² Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit. pág 144.

¹²³ Muñoz del Conde Francisco y García Aran Merced, Derecho Penal Parte General, Ed. Tiran Lo Blanch, Valencia 1993, pag 222. .

de lealtad, este grupo relativamente moderno, de posiciones de garante con los deberes que emanan de ellas, constituye, junto a la injerencia, el más problemático. Es el gran receptáculo en que se vacían las tentativas de ampliar la responsabilidad de garante por sobre el seguro contingente tradicional.- Uno de los subcasos es “en la vida comunitaria”, la práctica se refirió al pensamiento de comunidad, ejemplo: la relación que existe en el deber garante del yerno, la relación entre los campesinos, etc. En forma paradójica, el concepto de comunidad de vida es empleado, a pesar de haber sido desarrollado para obvia las lagunas, todo lo contrario, para una limitación del deber legal del garante, otro ejemplo sería: la omisión de salvar la vida al otro cónyuge, de la existencia de la comunidad hogareña. De esta forma, la responsabilidad legal del cónyuge que encuentra su expresión relativizada en la práctica.”¹²⁴

Otro subcaso de deberes especiales es la llamada comunidad de peligro (ascensión común peligrosa a una montaña o “servicio de ronda al enemigo). La comunidad ocasional de peligro no debe, consiguiente, fundar ninguna posición de garante, ejemplo: el hundimiento de un barco; y por último tenemos el subcaso de deber de garante proveniente de relación especial de lealtad, son los deberes en el ámbito de las relaciones comerciales estrechas, en los cuales una parte depende en especial de la honradez de la otra. Este es el caso en negocios de crédito. La infracción del deber de honradez constituye acción de engaño. Concluiremos señalando que el deber especial surge cuando el agente asume en virtud de un acto jurídico determinado, la función de evitar la producción de un resultado típico; “la especial aceptación no es otra cosa que el hecho fáctico que origina la aplicación del precepto civil, administrativo o laboral que inviste de fuerza obligatoria a la aceptación que otorga el sujeto activo y que le erige en garante evitador del peligro.”¹²⁵

¹²⁴ Welzel Hans, Op. Cit. pag 257

¹²⁵ Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., pag 139.

G) DEBER EXPRESO

Este tipo de deber es el que se encuentra establecido en una ley, contrato, ordenamiento, etc., y por ello impone la obligación a toda persona que se encuentra circunscrita en la ley para que cumpla con tal señalamiento.

H) DEBER TACITO

Es aquél que no se encuentra establecido en ordenamientos legales (escritos), sino que en base a la costumbre se presumen tácitos, y por consiguiente deberá cumplirse con lo señalado en las normas de convivencia social.

2.3 EL RESULTADO TIPICO

El resultado, en su más amplia acepción, consiste en el obrar y omitir del hombre que producen un conjunto de efectos en el mundo naturalístico. Dentro de tan amplio concepto, se identifica el resultado con un acontecimiento o suceso, comprendiéndose en él tanto el actuar, positivo o negativo, como los efectos producidos.

3. COMISION POR OMISION

Los delitos impropios de omisión son la contrapartida de los delitos de comisión de resultado de lesión: su problemática sustancial consiste en establecer cuándo no evitar el resultado punible, pues equivale a la producción activa del mismo. En los delitos propios de omisión esta equivalencia está expresamente establecida en la Ley. En los impropios de omisión

no está establecida, o sólo lo está de una forma muy general. En general podemos decir que los delitos impropios de omisión son delitos en los que el mandato de acción requiere evitar un resultado que pertenece a un delito de comisión; este mandato y las condiciones que determinan su equivalencia con la acción positiva de producir el resultado prohibido no están expresos en la Ley.

3.1 CONCEPTO DE LA COMISION POR OMISION.

Von Liszt, señalaba que en la omisión se distinguían dos clases de omisión, la omisión en falsos y verdaderos, según este Jurista el falso delito de omisión (comisión por omisión), consiste en no impedir, voluntariamente, el resultado. “Bajo ciertas condiciones, el orden jurídico... equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo.”¹²⁶

Examinando la doctrina de Liszt, se observa que define el delito de comisión por omisión, llamado por el falso delito de omisión. Veamos: la omisión supone que por la acción posible de su autor y que él omite, se habría impedido el resultado.

Existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama de derecho) y una norma prohibitiva. El delito de comisión por omisión consiste en la producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante inactividad cuando existe el deber de obrar.

Al igual que la omisión propia, la comisión por omisión es un fenómeno fundamentalmente normativo, no naturalístico. Y también en la definición de la comisión por omisión juega un papel insustituible la referencia a la “acción esperada”. Es más: en la comisión por omisión, la “espera” del ordenamiento jurídico se halla, por así decirlo, exacerbada, y

¹²⁶.- Sánchez Tejerina Isaias S., Op. Cit., pág 47.

reviste una naturaleza específica, que es la que permite imputar el resultado a la omisión. Los delitos impropios 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. "Los delitos impropios de omisión son un reflejo de los delitos de comisión y corresponden a los delitos de resultado."¹²⁷

En los delitos de comisión por omisión la circunstancia de que no se actúa debe producir un resultado.

3.2 ELEMENTOS DE LA COMISION POR OMISION.

La comprobación de la tipicidad de los delitos no tipificados (impropios) de omisión depende de los mismos elementos que hemos analizado ya de la tipicidad de los delitos propios de omisión. "Sin embargo, hay dos elementos diferenciales: en primer lugar la producción del resultado de un delito de comisión, elemento que en los delitos propios de omisión sólo se da cuando están estructurados sobre la base de un deber de impedir un resultado y que en éstos es esencial: en segundo lugar depende la tipicidad de la definición en el caso concreto de la posición de garante, que en los delitos de omisión propios está expresamente establecida, pues en ellos ya se sabe quién es el que debe responder por la omisión, inclusive en los casos en que el deber exige un resultado."¹²⁸

El resultado y la imputación objetiva. Sólo puede dar lugar a un delito impropio de omisión, es decir, a una acción típica en el sentido de tales delitos, la infracción a un deber de evitar un resultado. El resultado será el de un delito de comisión tipificado en el Código Penal.

¹²⁷ Wessels Johannes, Derecho Penal Parte General, Ed. Depalma, Traducción de la 6a. Edición Alemana de 1976. Buenos Aires 1980, pag. 208.

¹²⁸ Bacigalupo Enrique, Op. Cit., pág. 390.

a) VOLUNTAD O CULPA

La voluntad que existe como elemento integrante de la comisión por omisión, es igual que la ya estudiada con antelación, en el capítulo de la voluntad en la omisión, sin embargo no debemos olvidar que voluntad proviene del latín *voluntas* y resulta difícil, en verdad, precisar como lo hemos señalado su significado, dada la multiplicidad de sentidos que el vocablo adquiere. Por voluntad “se entiende a la potencia del alma, es decir, a lo que mueve o no a hacer una cosa.; al libre albedrío o determinación.”¹²⁹

El poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella. Junto a la acción aparece la omisión como una segunda forma independiente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin. Debemos advertir “que cuando Litz se refiere al elemento psicológico nos dice que la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debería haberse realizado.”¹³⁰

Dicho en otras palabras en la omisión la manifestación de la voluntad consiste en no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado. La voluntad de la omisión no estriba en un no querer, sino en un querer que no, un querer no hacer lo ordenado. La voluntad de omitir implica, pues, claramente, la consciencia de la contrariedad al deber y esta supone el conocimiento del deber en la situación concreta. “En la omisión culposa, en cambio, el sujeto no tiene una voluntad actual de incumplir el deber o mandato de actuación, sino que lo incumple por haberse puesto voluntariamente, con imprudencia o negligencia, en condiciones de no reconocer en el acto el deber reconocible, lo que sin duda es una forma de violación del cuidado objetivo.”¹³¹

¹²⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, P-Z Tomo IV, Op. Cit., Pág. 3256.

¹³⁰ Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., pág 201.

¹³¹ Fernández Carrasquilla Juan, *Dinámica de la Teoría del Delito*, Ed. Temis, Bogotá-Colombia 1989, pag 166.

La omisión en sí, está referida necesariamente a una acción: no existe una omisión “en sí”, sino sólo la omisión de una acción determinada, y por consiguiente el termino voluntad se encuentra íntimamente ligado con la omisión. Por lo tanto, la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno “limitativo”: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). “Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida.”¹³²

Los requisitos que deben exigirse al poder final del hecho (capacidad de acción) se desprenden de la estructura de la dirección final de la acción, misma que acción en la cual debe contener voluntad, de determinación y voluntad para omitir algo que se encuentra mandado. Para alcanzar el fin de la acción, el sujeto tiene que conocer la situación en la que ella debe producir sus efectos, además tiene que estar en condición de reconocer y poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo (capacidad de planteamiento); por último tiene que tener la posibilidad real física de emplear los medios elegidos y de ejecutar el acto planeado. Para la omisión no es necesario un acto de voluntad actual, sino que es suficiente uno que sea posible para la persona, ya que el elemento constitutivo de la omisión es el dominio final potencial del hecho: quien olvida ejecutar una acción que podría haber recordado con una mayor concentración, la omite.

A la omisión no le es propia ni la casualidad ni la finalidad (actual). Por ello, falta una voluntad de realización orientada a un omitir y con esto falta también un dolo de hecho en el sentido de los delitos de comisión. Lo que nosotros acostumbramos denominar omisión “querida”, es en realidad un omitir consciente, es decir una omisión en la conciencia de poder actuar: el omitente sabe que puede salvar al que se está ahogando. Con todo, la omisión

¹³² Welzel Hans, Op. Cit., pág. 238.

inconsciente, es decir la omisión con conocimiento del objetivo de la acción posible, pero son conocimiento del propio poder de hecho, cumple igualmente con el concepto de omisión. “Ha de bastar, que habiendo conocimiento de la situación de la cual se desprende el deber de actuar, al omitente le haya sido reconocible el camino para la realización de la acción mandada (capacidad de planteamiento). Por ejemplo, tiene que poder reconocer cómo puede efectuar una denuncia oportuna o prestar una ayuda eficaz. Por ello síquicamente, la omisión debe ser voluntaria. Esta voluntad se refiere a la “conducta diversa”, es decir, al comportamiento distinto del que se esperaba. No se necesita pues, la voluntad de “no cumplir” la acción esperada. Así se tiene omisión voluntaria, no solo en los delitos doloso, sino también en los de simple olvido.”¹³³

En los delitos de omisión también se pena a menudo la culpa, el delito de omisión culposo, tal como el delito de comisión culposo, recibe también el acento decisivo de desvalor por la infracción del cuidado objetivo requerido en el ámbito de relaciones. La falta de cuidado puede presentarse en todas las etapas de la acción de cumplimiento; por ejemplo: 1. Falta de cuidado en la ejecución de la acción mandada y correctamente planteada: el obligado a denunciar un delito quiere prevenir al amenazado, pero al telefonar marca mal. 2. Falta de cuidado al examinar la posibilidad de cumplimiento del mandato: el obligado a denunciar un plan delictivo envía, en vez de ir él en persona, a un niño que no encuentra el puesto de policía; o considera-con error evitable, que ya no hay ninguna posibilidad de practicar la denuncia oportunamente. “Kaufmann exigía para el delito de omisión culposo siempre el conocimiento de la situación típica.”¹³⁴

La conducta omisiva “es de contenido psicológico cuando el agente deja de realizar aquella operación psíquica (cognoscitiva, afectiva o volitiva) a la que está jurídicamente

¹³³ Giuseppe Maggiore, Op. Cit., pág. 356.

¹³⁴ Welzel Hans, Op. Cit. pág 242.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

obligado y que es de contenido material cuando omite ejecutar aquella actividad material que le era exigible.”¹³⁵

Aunque toda conducta humana (de acción o de omisión) supone una manifestación de voluntad, hablamos aquí de una conducta omisiva referida a la esfera volitiva cada vez que el tipo hace mención de esta faceta de la personalidad del agente. Por ello diremos que la voluntad es el dominio de la actividad o inactividad corporal que el ser humano está normalmente en condiciones de efectuar y proyectar en el medio exterior.

b) INACTIVIDAD

De igual forma, la inactividad en los delitos de comisión por omisión, implica una no ejecución de una acción, es decir no realizar lo que se debería haber realizado, o dicho en otras palabras es no ejecutar una acción que tienda a alcanzar el fin fijado por el mandato (falta de un actuar con tendencia a realizar el mandato). Por ello falta una realización orientada a un omitir y con esto falta también un dolo de hecho en el sentido de los delitos de comisión. La inactividad es por ello, la voluntad encaminase a no efectuar la acción ordenada por el derecho. La inactividad esta íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado. En el delito de omisión doloso falta la tipicidad no sólo cuando el obligado a actuar cumple exitosamente (denuncia oportunamente el delito), sino que ya cuando se esfuerza en forma seria, aunque sin resultado, por alcanzar el fin fijado. Si el obligado cree erróneamente realizar lo adecuado para cumplirlo, sólo cabe en consideración la culpa. La tentativa de cumplir el mandato puede fracasar, porque el obligado emplea en forma errónea el medio adecuado (lanza muy lejos el salvavidas), o porque toma el camino errado para realizarlo (en vez de usar el teléfono del vecino, corre

¹³⁵ Reyes Echandía Alfonso. Op. Cit., pág. 61.

irreflexivamente al puesto de policía para denunciar un plan delictivo y llega muy tarde) o porque, a pesar de aquilatar acertadamente la situación del hecho, no encuentra la vida para intervenir (la persona que no sabe nadar busca posibilidades para salvar a quien se ahoga y no se percata del salvavidas). “El que no actúa omite la acción ordenada por el mandato sólo cuando tenía el poder para la ejecución.”¹³⁶

Para ello es necesario: a) el conocimiento de la situación típica: es suficiente el contar con su existencia, el mero tener que conocer no basta. b) De acuerdo a la concepción tradicional, aunque raramente tratada y aun más raramente revisada, es necesario el conocimiento (la conciencia) del omitente de su poder de hecho para la ejecución de la acción omitida (el llamado “dolo” de la omisión en analogía al dolo de hecho). c) La posibilidad real-física de llevar a efecto la acción mandada. El que no ha actuado tiene que poder tomar efectivamente el camino, que le es reconocible, para alcanzar el fin fijado por el mandato, el plan de acción proyectado tiene que ser realizable. La posibilidad de realizar el mandato se da también aún cuando el obligado no esté personalmente en la situación de llevar a efecto la tarea, pero se puede servir de un tercero obligado o no obligado, al tanto o no de la situación. En este sentido, el mandato exige también apoyar a otros obligados a cumplir con su mandato, ayudarlos a ejecutar la acción en común con ellos. Lo que convierte en omisión a la no ejecución de una determinada acción es la capacidad de acción concreta referida la acción ausente, con los componentes físicos y síquicos nombrado. O formulado de otra manera: a la omisión pertenece la finalidad potencial. Concluiremos diciendo que en los delitos de comisión por omisión se da cuando por la inactividad emerge el resultado material. Es por ello que en la comisión por omisión, se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir una mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o un mandato de abstenerse, produciendo

¹³⁶ Welzel Hans, Op. Cit. pág 242.

un resultado tanto típico o jurídico como material. En la omisión impropia, la inactividad del sujeto causa un cambio material en el exterior, se viola una norma preceptiva y una prohibitiva

c) DEBER JURIDICO DE OBRAR Y DEBER JURIDICO DE ABSTENERSE

La esencia de la omisión se basa en un no hacer que implica haber omitido la realización de una acción exigida. Ese no hacer, que debía llevarse a cabo, indica que existe una "acción esperada", pero dicha acción, jurídicamente hablando, debe tener una condición indispensable: que sea exigible. Si el sujeto en cuestión, dice Cuello Calón, no tenía deber jurídico de obrar, no existe omisión ni delito alguno. Por ello V. Litz expresa "que sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado puede equipararse el hecho de no impedir el hecho causado."¹³⁷

En el delito de comisión por omisión existe un doble deber; deber de obrar y deber de abstenerse. Por lo tanto, da lugar a un "un tipo de mandamiento (o imposición)" y de prohibición. Es necesario que la conducta no realizada (acción esperada), sea impuesta como un deber, problema que, como indica Mezger, pertenece desde el punto de vista del sistema, a la teoría de la antijuridicidad, sosteniendo (como antes lo hemos hecho notar) que por razones prácticas debe examinarse. Igualmente Graf Zu Donha observa que la cuestión radica en saber cuando existe un deber de impedir o evitar, subrayando que de ello se tratará en la teoría de la antijuridicidad. La doctrina nos ilustra en el sentido de que el deber puede emanar de un precepto jurídico, de una obligación o sea de una anterior aceptación del deber de obrar, y de un actuar o acción precedente que no sea doloso.

Al hacer alusión a las clases de deberes quedó consagrado de que ley puede emanar el deber en el delito de comisión por omisión, primeramente el deber derivado de un precepto jurídico, es determinante el total del derecho público y privado. Por lo tanto, al no cumplirse

¹³⁷ Porte Petit Candaudap Celestino. Op. Cit., pág 308.

con el deber jurídico, se viola una norma preceptiva, que puede ser: a) de naturaleza penal, o b) de otra rama del derecho: público o privado (norma extrapenal).

Ahora bien, la violación de estas normas preceptivas no es la que constituye el delito, sino que es el medio para realizar el hecho previsto por la norma penal como delito, para violar la norma prohibitiva. Obsérvese que la violación de una norma prohibitiva no lo es únicamente por una acción, sino puede ser por una omisión, antecedendo la violación de la norma preceptiva, como sucede en los delitos de comisión por omisión, entendiéndose el término “comisión”, como “resultado”. El delito de comisión por omisión puede cometerse, violando una norma preceptiva de carácter “no penal”, es decir, derivado el deber jurídico de actuar de otra rama del Derecho. Por ello, sería equivocado sostener, nos dice Vannini, que solamente la obligación impuesta bajo sanción penal sea la obligación jurídica a que se hace referencia, porque la obligación puede incluso ser no penal.

La posición de garante no es un elemento de la autoría exclusivo de los delitos impropios de omisión, aunque también en los delitos tipificados en los que se exige evitar un resultado permite deducir de allí, en primer lugar, un punto de apoyo para la caracterización de la posición de garante, es decir, para solucionar el problema planteado por la falta de tipificación de los delitos impropios de omisión. La posición de garante emana de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo, el garante tiene a su cargo la protección de un bien jurídico; así mismo la posición de garante puede emanar de un deber de cuidado de una fuente de peligro, corresponde tratar como fundamento de la responsabilidad por no haber evitado el resultado de un delito de comisión son los casos en que el omitente ha otorgado o asumido una garantía de seguridad. La posición de garante puede emanar de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puede amenazarlo. Con lo anterior concluiremos que el deber jurídico, no es, ni debe ser un deber social o moral, sino de un deber impuesto por la ley, en función de la protección de un bien jurídico.

3.3 RESULTADO TIPICO o JURIDICO y MATERIAL

La concepción de resultado jurídico o formal, en los delitos de comisión por omisión, se deber entender en el mundo jurídico o "inmaterial", como una lesión, o bien una puesta en peligro al bien jurídicamente tutelado o protegido, también es de recordarse que en los delitos de comisión por omisión es indispensable que se cumpla con el resultado de carácter material, es decir, que se cause o se provoque una mutación en el mundo externo. Por resultado se entiende: "La mutación o no mutación en el mundo exterior, por la inactividad del sujeto de quien se espera la realización de un movimiento corporal."¹³⁸

El delito de comisión por omisión, se produce un cambio en el mundo exterior, al violarse la norma prohibitiva. En consecuencia, hay un doble resultado: típico o jurídico o material.

4.- NEXO DE CAUSALIDAD EN LA OMISION.

Nexo causal, "es un vínculo que se establece entre la conducta (acción u omisión) y el resultado producido (jurídico o jurídico y material), la cuestión relativa a la omisión que produce un mutamiento en el mundo exterior, ha sido muy debatida, ya que algunos autores niegan la relación causal y otros la admiten. Los que niegan el nexo causal en la omisión sostienen que de nada , nada puede resultar, o bien de la nada no puede nacer nada."¹³⁹

En la omisión el problema de la relación causal es opuesta a la relación causal de la omisión, ya que en la acción si suprimimos una de las condiciones, el resultado no se produce,

¹³⁸ Fontán Balestra Carlos, Derecho Penal, Introducción y Parte General, Ed. Abeledo-Perrot, Deudécima edición, Buenos Aires 1985, pág 215.

¹³⁹ Forte Petit Candaudap Celestino, Op. Cit., pág 353.

en tanto que en la causalidad de la omisión, si suprimimos la acción esperada y exigida el resultado se produce.

En la actualidad se ha impuesto un criterio, que Jescheck lo denomina criterio de la causalidad. "Si alguien ha causado el resultado mediante un hecho objetivamente adecuado al tipo y positivo, éste será el punto de vinculación decisivo para el derecho penal."¹⁴⁰

Sólo en la medida en que pueda descartar la antijuridicidad (por la justificación) y la culpabilidad (por cualquiera de los fundamentos que la excluyen) cabrá preguntarse si el autor "ha omitido un hecho positivo esperado mediante el cual hubiera evitado el resultado". Rudolphi señala que la distinción dependerá de si el agente ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal o si ha dejado de emplear la energía necesaria para intervenir en un nexo causal no creado por él. En el primer caso habrá comisión; en el segundo omisión. En la práctica este criterio debe aplicarse mediante tres comprobaciones diferentes. En primer lugar debe establecerse si el autor ha dado impulso a la cadena causal que llevó el resultado. En segundo lugar habrá que verificar si este impulso es típico, antijurídico y culpable. Por último, y siempre y cuando no se trate de un hecho activo típico, antijurídico y culpable, cabrá preguntarse si haciendo lo que era posible el autor hubiera evitado el resultado.

La relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión, por lo tanto, no es una relación de causalidad, sino de imputación objetiva. Dicha relación se da, en opinión prácticamente unánime, cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado producido. Sobre estas bases ya no se trata de afirmar la causalidad real de la omisión respecto del resultado, sino la "causalidad potencia" de una acción no llevada a cabo. En la dogmática moderna se pregunta si la acción o una omisión son causales del resultado, sino si el resultado es objetivamente imputable a la acción o a la omisión, es decir, si la omisión de las acciones de salvamento por parte del guardavidas es la causa de la muerte del bañista que se ahogó. Se pregunta si la acción

¹⁴⁰ Bacigalupo Enrique, Op. Cit., pag. 382.

de salvataje que el guardavidas hubiera podido realizar en la situación concreta hubiera evitado la muerte del bañista. “El problema de la causalidad se agudiza en los delitos de comisión por omisión. Se dice que si la omisión consiste en un no hacer, a quien nada hace no se le puede exigir responsabilidad alguna; de la nada, nada puede resultar. Sin embargo para el jurista Sebastián Soler la mera abstención causal se transforma en omisión causal y punible cuando el acto que hubiera evitado el resultado era jurídicamente exigible. Según el penalista argentino, ese deber de obrar subsiste en tres casos diferentes: cuando emana de un precepto jurídico específico; si existe una obligación especialmente contraída a ese fin y, por último, cuando un acto precedente impone esa obligación.”¹⁴¹

TEORIAS SOBRE LA CAUSALIDAD EN LA OMISION.

Al igual que en los delitos de comisión, en donde existen teorías de relación causal como los son: la teoría de la equivalencia de las condiciones, su mejor exponente Von Buri, en donde señala que cualquier condición sumada a las existentes, producen un resultado; la teoría llamada fórmula mejorada de la teoría de la equivalencia, mediante la cual una acción es causal cuando, suprimida, no se hubiere producido el resultado concreto, teniendo en cuenta solamente las circunstancias que fueron efectivamente concretadas; La teoría de la causa más eficaz, Birkmeyer, mediante la cual refiere que “causa”, en el sentido del derecho, es la condición que ha contribuido en mayor grado a la producción del efecto; La Teoría de la condición preponderante, Binding, en la que afirman que debe considerarse causa aquella que, rompiendo el equilibrio, haga prevalecer las condiciones positivas sobre las negativas del resultado; la teoría de la causalidad adecuada, que indica que es necesario que la condición sea adecuada para causar el resultado; la teoría de la relevancia de la acción, Muller, que sostiene

¹⁴¹ Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., pág. 160.

que no debe tratarse de determinar la relación de causalidad entre una obra y un resultado abstracto, sino teniendo en cuenta un resultado concreto, y buscando la solución sobre la base de la naturaleza jurídica de éste último; respecto al nexo de causalidad 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. Si se da por seguro, o por lo menos, como muy probable que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada, el resultado no se hubiera producido, entonces se podrá imputar el resultado al sujeto de la omisión.

A continuación estudiaremos algunas teorías sobre el nexo de causalidad en los delitos de omisión.

A).- TEORIA DEL ALIUD, ACTUM, AGERE O FACERE, CONTEMPORANEA O DIVERSA.

En esta teoría sostiene que la causa debe encontrarse en la acción que lleva a cabo el omitente, en vez de realizar la acción esperada y exigida, o como expresa Maggiore, "la causalidad del resultado consistirá precisamente en la acción positiva paralela a la omisión."¹⁴²

Es decir la acción que realizó el sujeto en vez de realizar la conducta que estaba obligado a ejecutar. En esta teoría "apunta que la causalidad la encontramos en el acto positivo realizado por el sujeto al abstenerse de una conducta esperada y exigida por la ley, y el resultado producido por la acción va aliado a la omisión."¹⁴³

La comisión consiste en la realización de cualquier conducta distinta a la ordenada, de otra parte, conduce a la tesis extrema de que en los delitos omisivos está prohibida y es por tanto típica y antijurídica cualquier conducta activa o pasiva distinta de la ordenada, cualquiera

¹⁴² Porte Petit Candaudap Celestino, Op. Cit., pág 354.

¹⁴³ López Betancourt Eduardo, Teoría del Delito, Ed. Porrúa, Cuarta Edición, México 1997, pág. 94.

que sea; esto es contrario al principio de reserva y determinación de los delitos (la ley debe definir el modo inequívoco y expreso de cada conducta prohibida o conminada con penal criminal). Lo que en verdad se da “es una prohibición particular de la conducta negativa misma, una prohibición específica de omitir cierta conducta, o sea un mandato de ejecutarla.”¹⁴⁴

A esta teoría se le critica, lo siguiente:

- a) No siempre que se omite se realiza una acción en lugar de la acción esperada y exigida, tomando en consideración que puede existir una total inactividad del sujeto.
- b) Es absurdo que de la teoría del *Aliud Agere* aparece de modo más evidente si se tiene presente que la obligación de realizar la acción impuesta por el derecho, dura a veces un tiempo indefinido, que puede ser larguísimo, y durante del cual se pueden realizar sin limite, acciones diversas de aquella debida, en relación a las cuales es absurdo pensar que constituyan el elemento físico de la omisión impugnada al sujeto.

B) TEORIA DE LA ACCION PRECEDENTE

Esta teoría consiste “en que, al realizar el sujeto una conducta (acción) se coloca en la obligación de realizar una acción esperada y exigida, para evitar el resultado.”¹⁴⁵

Si la actividad precedente no basta, para producir el resultado, sino que es necesaria también la omisión, ésta será la causa verdadera, y la actividad precedente no podrá tener entonces valor de causa, sino de condición; con ello queremos decir “que la acción precedente es aquella que a consecuencia de la cual el autor se obliga a hacer o dejar de hacer algo en lo futuro; o , como dice F. Von Liszt, que hace aparecer como contrario a lo debido el hecho de no obrar.”¹⁴⁶

¹⁴⁴ Fernández Carrasquilla Juan, Dinámica de la Teoría del Delito, Ed. Temis, Bogotá-Colombia 1989, pág 164.

¹⁴⁵ Porte Petit Candaudap Celestino, Op. Cit., pág 355.

¹⁴⁶ Fontán Balestra Carlos, Op. Cit., pág. 457.

A esta teoría se le ha objetado que el individuo, en el momento de la acción precedente, puede no tener propósito alguno de obrar de esa manera en oportunidad de la omisión. De tal modo, si bien la acción precedente podría servir para fundamentar la valoración de la conducta posterior del sujeto, no determinaría, sin embargo, el nexo de causalidad. Estas posiciones eluden tratar directamente el problema causal referido a la omisión, pues persiguen dar con una acción positiva a la que pueden aplicarse los principios generales de la causalidad, de la cual la omisión es un resultante.

La acción paralela o contemporánea no constituye una acción sin la cual el resultado no se produce; punto de vista que se considera admisible, pues aún suprimiendo esta acción diversa, el resultado acaece.

C) TEORIA DE LA INTERFERENCIA.

Primeramente por interferencia en la doctrina debemos entender “que es, cuando el comitente ha dominado el impulso que le compelia a actuar, produciéndose, por tanto, como contracorriente, un fenómeno de interferencia entre la fuerza que impulsa a obrar y el despliegue de la misma.”¹⁴⁷

El sujeto domina el impulso que lo empuja a actuar y el nexo causal se encuentra entre la energía producida para dominar el impulso del sujeto y el resultado en ésta; “se trata de encontrar una causa física del resultado, como expresa Soler, en la corriente psíquica que ha detenido el natural impulso a obrar, produciendo el resultado.”¹⁴⁸

Si, como se ha asentado, esta teoría consiste en dominar por el sujeto el impulso que le compele a actuar. De acuerdo con esta teoría, el nexo causal existe entre dos polos: La energía desplegada para dominar el impulso del sujeto y el resultado producido. Esta teoría se

¹⁴⁷ Porte Petit Candaudap Celestino, Op. Cit., pág 355.

¹⁴⁸ López Betancourt Eduardo, Op. Cit., pág 94.

fundamenta indudablemente en la actividad psíquica de la gente del delito que se origina a virtud de contener, reprimir el impulso a realizar la acción esperada y exigida, es decir, a obrar; teoría que como se advierte tiene fallas en la doctrina frente a la culpa sin representación, sin previsión o inconsciente. Objeciones a esta teoría.

- a).- No es siempre verdadero que en la omisión exista la represión del estímulo que impulsa al sujeto al obrar.
- b) - Que en los medios culposos la ausencia de tal estímulo se evidencia en forma absoluta.
- c) - Que la base de la interferencia implica colocarse en el campo de la culpabilidad.

D) TEORIA DE LA CONCEPCION NORMATIVA O DE LA ACCION ESPERADA Y EXIGIDA.

Sus principales exponentes Hippel y Mezger, comenzaron a tratar la cuestión afirmando que sólo quien contempla lo sucedido, desde fuera, es quien da vida a la omisión. Esta teoría sostiene que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, lo que significa, que el sujeto está obligado a realizar una conducta (acción), ósea que la acción esperada es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se produce, indudablemente exista un nexo causal entre la omisión y el resultado acaecido. La omisión penalmente relevante, a nivel de tipo de injusto del delito, es la omisión de la acción esperada. "De todas las acciones posibles que un sujeto puede realizar, al ordenamiento jurídicopenal solo le interesa aquella que espera que el sujeto haga (auxiliar, socorrer, impedir que se cometa un delito, etc.), porque le impone el deber de realizarla."¹⁴⁹

Para Mezger, el *quid* en los delitos de omisión está dado por la acción esperada. "Sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, por lo cual resulta totalmente

¹⁴⁹ Muñoz Conde Francisco, Op. Cit., pág 30.

correcta la idea de que la omisión solamente puede ser fundamentada desde fuera (externa, normativamente).”¹⁵⁰

El delito omisivo consiste, por tanto, siempre en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía la obligación de realizar y que podía realizar. El delito de omisión es, pues, siempre estructuralmente un delito que consiste en la infracción de un deber. Por lo esencial en el delito de omisión es que ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada, y por lo tanto esperada en el ordenamiento jurídico: el cirujano que opera con instrumental no desinfectado, produciendo una infección en el paciente, a consecuencia de la cual muere, no comete un delito de acción (operar con instrumental sin desinfectar), sino uno omisivo (omisión de la obligada desinfección). “Para Mezger, la problemática de la acción esperada, se resuelve si in mente imaginamos ejecutado el acto omitido; si subsiste el resultado, la abstención no será causa; sólo adquirirá tal carácter si en nuestra imaginación, supuesta la realización del acto, desaparece el resultado.”¹⁵¹

“A la no realización de la acción esperada y exigida, se debe unir una determinada causación del resultado para el castigo en razón de un hecho consumado.”¹⁵²

Por ejemplo, la muerte del niño ocasionada por la madre, que lo deja morir de hambre intencionalmente.

Existen diversas opiniones referente a la forma en que se debe caracterizar la propiedad o impropiedad del delito. Desde el punto de vista formal se sostiene que la impropiedad reside en la falta de tipificación en la Ley penal de la llamada comisión por omisión.

Desde otro punto de vista se sostiene que los delitos propios de omisión contienen un mandato de acción que ordena realizar una acción, sin tomar en cuenta a los efectos de la tipicidad si ésta evitó o no la lesión del bien jurídico. Los delitos de omisión, por el contrario,

¹⁵⁰ Fontán Balestra Carlos, Tratado de Derecho Penal parte General T.I. Ed. Abeledo-Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires 1980, pag., 239.

¹⁵¹ Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., pág. 161.

¹⁵² Mezger Edmund, Op. Cit., pág. 118.

requieren evitar la producción de un resultado: la realización del tipo depende, por lo tanto, de la producción del resultado. En la comisión por omisión como se ha dejado apuntado con anterioridad, la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar teniendo la obligación de hacerlo, pero violándose no sólo la norma preceptiva sino, también, una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material.

CAPITULO III
FORMAS DE APARICION DEL DELITO

CAPITULO III

FORMAS DE APARICION DEL DELITO (ITER CRIMINIS)

Antes de iniciar el estudio de la estructura típica del delito debe tratarse en primer lugar la cuestión, que la doctrina española conoce con el nombre de “naturaleza jurídica de la tentativa”, o también “Naturaleza jurídica de las disposiciones legales que declaran punible el desarrollo imperfecto del delito”. Se trata de precisar si corresponde incluir a esta figura delictiva dentro de la tipicidad, ya sea como una simple extensión del tipo del delito consumado, ya sea como un tipo de delito independiente de aquél, o si, por el contrario, constituye una institución atípica, como por algún sector doctrinal se ha considerado.

La idea de la tentativa surge siempre en un derecho penal que alcanza cierto grado de evolución. En la medida en que el derecho penal es un mero castigo de la producción de resultados, la tentativa se mantiene limitada, y va siendo amplia cuando el punto de incidencia de la imputación se va desplazando de la primitiva causación del resultado al más evolucionado de la manifestación de voluntad criminal. La tentativa, como objeto capaz de generar temor, es objeto amenazador, en concreto, es: una conducta amenazadora. Es por ello que ésta genera temor porque amenaza con un mal, pero el mal con que amenaza siempre ha de ser incierto, puesto que el mal cierto, seguro, inevitable, no puede infundir temor. El fundamento de la pena de la tentativa es la manifestación de la voluntad delictiva cuya impresión en la colectividad puede producir una conmoción de la conciencia jurídica y hacer peligrar la paz jurídica.

Francesco Carrara, “definía a la tentativa (conato, atentado) como cualquier acto externo que por su naturaleza conduce unívocamente a un resultado criminoso, y que el agente

dirige con explícita voluntad a ese resultado, pero al cual este no le sigue, ni tampoco la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería violar.”¹⁵³

Señalaba que la tentativa debía estar sustentada en un principio de ejecución del delito, pero en ella no admitía la intención, ya que ésta por sí misma no constituía tentativa; además decía que los actos externos preparatorios por no constituir el principio de ejecución y la falta de comienzo de peligro actual, así como la falta de univocidad en sí mismos, no constituían de igual manera tentativa. Por ello concluimos que la tentativa es la conducta que se halla entre la preparación y la consumación, siendo claramente determinable el límite que la separa de la consumación, pero siendo sumamente, problemática con su delimitación respecto de los actos preparatorios.

Desde que la idea criminal surge como producto de la imaginación en lo más íntimo del sujeto hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se denomina *iter criminis* o “camino del crimen”, significando así al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito. A la evolución del delito se le denomina *Iter criminis*, lo que significa que para cometer el delito es preciso recorrer un camino que conduce a él. Se trata, por tanto, de casos en que el agente no ejecuta completamente el hecho descrito en la norma original o figura típica, pero aquello que realiza alcanza a cumplir el mínimo de cantidad merecedora de reproche. La primera cuestión que se plantea en torno a la tentativa de delito es el fundamento de su punición. El por qué se castigan conductas que no han conducido a la lesión de ningún bien jurídico constituye sin duda uno de los problemas más debatidos para el derecho Penal. Desde sus orígenes esta problemática se encontraba perfectamente delimitada en dos posiciones básicas en torno a la punición de la tentativa. Una teoría objetiva, que se centraba en la

¹⁵³ Carrara Francesco, Op. Cit., pag. 246.

posibilidad de lesión, y por lo tanto en la importancia de la lesión, de un derecho subjetivo y más tarde del bien jurídico, y una Teoría subjetiva, que fundamentaba la punición en la voluntad delictiva manifestada.

La teoría objetiva surge como resultado de la aplicación a la tentativa de las ideas liberales dominantes durante la primera mitad del siglo pasado. La ideología liberal atribuye al Estado, concebido como producto del contrato social, en virtud del cual cada individuo por razones de utilidad cede una parte de su libertad, el papel legítimo depositario y administrador de la suma de libertades cedida. Al Estado, que posee su propia esfera de poder, le corresponde la función de garantizar la vida en comunidad de los ciudadanos. De aquí se dedujo que la lesión del derecho puede consistir únicamente en la lesión objetiva de uno de los intereses o derechos subjetivos que pertenecen al individuo y la intervención del Estado a través de la pena sólo podrá justificarse si se ha producido dicha lesión. "En la tentativa se castiga la acción causalmente adecuada para producirlo, es decir, la acción peligrosa. Teniendo en cuenta que la peligrosidad para el bien jurídico protegido es lo que fundamenta la punición de la tentativa de delito, sólo serán punibles aquellas acciones que comporten un peligro para el mismo, es decir, una posibilidad de lesión, y no aquellas que, por el contrario, no sean peligrosas desde un punto de vista objetivo aunque la voluntad del autor de cometer el delito se haya manifestado plenamente."¹⁵⁴

El comienzo de la tentativa no se hizo depender, lógicamente, de la voluntad del autor, sino de una cierta proximidad con la lesión del bien jurídico, distinguiéndose los actos preparatoria y ejecutivos y considerando que sólo los últimos conforman la tentativa. La consecuencia de esta teoría no es sólo la atipicidad de la tentativa inidónea, sino también la de cualquier tentativa en que el bien jurídico en concreto no haya corrido peligro alguno. Ejemplo:

¹⁵⁴ Farre Trepal Elena, La tentativa del Delito, Ed. Libreria Bosch, Barcelona 1986, pág. 6.

el que penetrase en una habitación en la que no hubiese nada que hurtar, no cometería tentativa de hurto.

La teoría subjetiva, se encuentra basada en la voluntad del autor objetivamente manifestada de cometer un delito. Es decir, en la voluntad del autor contraria al Derecho. Punible aparece desde esta concepción la infracción de la norma penal desde el punto de vista del autor, es decir, toda conducta que, según su representación, contravenga un mandato o una prohibición jurídico-penal. La existencia de una tentativa punible, no puede depender de la idoneidad o inidoneidad objetiva de las acciones que se emprendan para la comisión del mismo. Punible es, en principio, toda acción en la cual dicha voluntad se haya manifestado. En la Teoría subjetiva, debe entenderse que existe una tentativa punible tan pronto como la intención antijurídica se reconoce de cualquier forma en las acciones cometidas por el sujeto. Esta puede surgir ya en la primera actividad llevada a cabo que, con voluntad delictiva, se dirija a la consumación.”¹⁵⁵

Las teorías subjetivas, “reconoce en general que en la tentativa falta la lesión del interés jurídico protegido, pero afirman que lo castigado es la conducta en si misma, en cuanto importa una rebelión contra el orden normativo; es la voluntad contraria al derecho lo que se castiga, y tanto en el delito consumado como en el intentado esa voluntad es la misma.”¹⁵⁶

Es por ello que en la teoría subjetiva de la tentativa, a la que funda la punición de la tentativa en la voluntaria contraria o enemiga del derecho del autor, o sea que el legislador, con la fórmula de la tentativa, ha querido combatir la voluntad criminal. La teoría subjetiva tiene un sentido general bastante autoritario, que la acerca a la punición del ánimo y que, en definitiva, extiende el ámbito de lo punible a actos preparatorios. Esta teoría sirve para explicar la punibilidad de la tentativa inidónea, pero la equiparación a que conduce entre la tentativa y el

¹⁵⁵ Farre Trepas Elena, Op. Cit. pag. 144.

¹⁵⁶ Garrido Montt Mario, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Etapas de Ejecución del delito, Autoría y Participación, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Chile 1984, pag. 264.

delito consumado -puesto que en ambos es igual la voluntad criminal- lleva a una equiparación consecuente de las penas o, al menos, a una atenuación sólo facultativa de la pena de la tentativa.

La teoría clásica, parte del supuesto que los comportamientos típicos merecen castigo exclusivamente cuando lesionan o ponen en peligro un bien jurídico digno de protección; es el resultado en que se materializa la conducta lo que determina su penalización. Si solo se puso en peligro el bien jurídico protegido, como sucede en el delito intentado, también el comportamiento se pena, pero con una sanción menor.

En las teorías Mixtas, "la tentativa se pena por su voluntad rebelde, pero donde el merecimiento de la sanción queda sujeta a circunstancias objetivas, como la provocación de una pérdida de la confianza en la efectividad del orden normativo."¹⁵⁷

También existe "la Teoría de la impresión, en la cual se afirma la punibilidad de la tentativa, sólo cuando la actuación de la voluntad enemiga del derecho es adecuada para conmovir la confianza en la vigencia del orden jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica en aquellos que tenga conocimiento de la misma."¹⁵⁸

No se trata aquí de que aumente o se introduzca un peligro para el bien jurídico, sino que la impresión que el hecho pueda provocar en la generalidad, con lo cual se trata de una teoría que guarda una profunda conexión con el principio de la prevención general.

La consideración de la tentativa como una figura típica es ineludible y ha sido ciertamente la posición seguida por la mayoría de la doctrina desde que Beling introdujera el concepto de tipo como elemento independiente en la definición de delito. La forma de concebir dicha tipicidad no ha sido, sin embargo, unitaria, existiendo fundamentalmente dos posiciones distintas. Por una parte la mantenida por aquellos autores que han visto en estas figuras una

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal parte General, T.IV... Ed. Cardenas Editores y Distribuidores. Primera Edición México, México 1988, pag. 225

extensión o aplicación de la tipicidad básica y que suponen incluso una modificación de la misma, pero en ningún caso constituyen un tipo distinto al recogido en la parte especial del Código Penal. Para los representantes de la segunda posición la tentativa y la frustración vendrían a constituir en realidad tipos de delito distintos a los recogidos en la Parte Especial del Código Penal y que describen los delitos consumados. Beling manejaba un tipo único del concepto del tipo, que transcribe de forma puramente descriptiva, la imagen objetiva, externa, de una clase de delito. El tipo es concebido en una forma abstracta, el cual puede tener distintas formas de aparición. Beling utiliza esa forma de aparición para referirse únicamente a las especiales conformaciones del tipo, es decir, a la tentativa y a las formas de participación. Un nuevo punto de vista fue aportado por Welzen, quien entendía que la tentativa empieza con aquella actividad con la cual el autor según su plan de delito, inicia inmediatamente la realización del tipo. En esta formulación se parte de la acción típica del tipo de delito de la parte especial. (tomar, matar), y considera que también puede ser ejecutivas, además de las acciones típicas, aquellas que no siendo aún típicas inician directamente el desarrollo de la acción típica. El juicio para conocer cuándo se inicia la acción ejecutiva se fundamenta en el plan del autor, pero lo emite un espectador objetivo, esta posición fue seguida por Jescheck y Wessels.

La tentativa señala Nuñez Barbero, consiste esencialmente en la puesta en peligro de un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico. Este bien jurídico no debe verse afectado de forma mediata a través de un peligro genérico para el ordenamiento jurídico; es preciso que concurra un peligro directo o inmediato. Lo que "se incrimina en la tentativa es el peligro real y efectivo, material y objetivo en que se ha colocado el bien jurídico protegido por la Ley."¹⁵⁹

¹⁵⁹ Farre Trepas Elena, Op. Cit., pág. 28.

La definición de Tentativa, es compleja, pero Sebastián Soler la define: "Tentativa es comienzo de ejecución de un delito determinado, con dolo de consumación por causas ajenas a la voluntad del autor."¹⁶⁰

La tentativa "es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de ejecución del delito. En la tentativa el objetivo no está completo."¹⁶¹

En la tentativa el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado.

El iter criminis comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito, desde su ideación hasta su agotamiento. El concepto que deba darse sobre la tentativa, debe hacerse en función del delito perfecto o consumado. Eso ha llevado a ciertos autores a denominar a la tentativa un delito secundario o imperfecto, pues faltando en ella la consumación sólo es posible su existencia en razón de un determinado tipo legal al cual se relaciona. "El jurista Mariano Jiménez Huerta da a la tentativa el carácter de dispositivo amplificador del tipo y fundamentador de la punibilidad de ciertos actos que de no ser así quedarían impunes por su atipicidad, pero le niega autonomía considerando accesoria tanto su naturaleza como su rango jurídico penal, pues ontológica y teleológicamente sólo entra en función cuando se conecta con un tipo específico."¹⁶²

La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo. La razón por la cual la tentativa se somete a reproche y, en consecuencia, a una pena, estriba en el riesgo o peligro de daño que ellos, por sí solos, implican para el derecho tutelado por la ley, y contra el cual están

¹⁶⁰ Fontán Balestra Carlos, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Ed. Abeledo-Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires 1990, pag. 373.

¹⁶¹ Welzel Hans, Op. Cit., pág. 224.

¹⁶² Pavón Vasconcelos Francisco, Breve Ensayo sobre la Tentativa, Editorial Porrúa S.A., Cuarta Edición, México 1989.pag. 30.

caminando. Existe un principio para la tentativa, "Sólo se puede intentar alcanzar lo que se quiere alcanzar, pero no se puede intentar lo no querido."¹⁶³

Por tentativa se entiende la manifestación de la resolución de cometer un hecho punible mediante acciones que se ponen en relación directa para la realización del tipo legal, pero que no han producido la consumación. Esta se caracteriza por la falta de un tipo objetivo de lo injusto, estando satisfechos totalmente los presupuestos subjetivos del tipo. En consecuencia, "deben existir tres elementos esenciales: una decisión determinada para cometer el hecho, un ponerse en actividad directa para realizar el tipo y la falta de consumación de hecho."¹⁶⁴

Para que pueda darse tentativa, será necesario que la figura delictiva de que se trate admita una realización gradual, incompleta, en consecuencia, en algunos de sus momentos. Ello no es posible en los delitos de mera actividad. La tentativa será posible toda vez que la existencia del delito consumado dependa de la alteración del mundo exterior al sujeto, porque esas alteraciones pueden no ocurrir, aún cuando el sujeto desarrolle una actividad tendiente a causarlas. Cuando justamente lo dice Alimena: "los delitos materiales admiten tentativa no porque estén constituidos por la lesión real y efectiva de un bien jurídico, sino porque, para alcanzar ese objetivo, es necesario hacer cierto camino."¹⁶⁵

I.- FACES

I.- ESFERAS SUBJETIVAS

La face subjetiva se constituye por el proceso interior que ocurre en la mente del sujeto activo. En relación a la parte subjetiva del tipo del delito intentado "se observa que a diferencia del delito consumado, en el cual se plantea en primer lugar la parte objetiva del tipo y a ella se

¹⁶³ Zaffaroni Eugenio Raúl, Op. Cit., pag. 416.

¹⁶⁴ Wessels Johannes, Op. Cit., pag 173.

¹⁶⁵ Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino Tomo II, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Décima rempresión, Buenos Aires 1992, pag.242.

conecta la discusión sobre la parte subjetiva, en el delito intentado se sigue un orden inverso y se trata en primer lugar el tipo subjetivo. La razón de esta inversión reside en la imposibilidad de saber cuándo «...el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores...» si se desconoce el delito que quiere ejecutar.¹⁶⁶

Puesto que para la construcción de cada delito intentado debe acudir al correspondiente delito consumado, del cual la tentativa supone una parcial realización, para determinar en cada caso concreto los elementos que componen el tipo subjetivo del delito intentado de que se trata, deberá acudir al respectivo tipo consumado. Con carácter general puede afirmarse, sin embargo, que la parte subjetiva del tipo de la tentativa aparece configurada por la voluntad de cometer el delito, así como en los casos en los que el delito consumado lo exija, también deben concurrir en la tentativa especiales elementos subjetivos del injusto, sin embargo debe dejarse bien claro que la fase subjetiva en la realización de un evento delictivo no tiene relevancia para el derecho penal, en el sentido de que la fase subjetiva se rige por el principio de *Cogitationem poena nemo patitur*.

a) CONCEPCION o IDEACION.

El fenómeno (ideación), se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito. “Como ya lo observó Enrique Ferri, si el curso de los sentimientos y de las ideas se agotan pasivamente o se neutraliza con los sentimientos o ideas opuestas que tienen carácter inhibitorio, la idea queda como emoción íntima y posteriormente como recuerdo sin llegar a ser decisión volitiva tendiente a una actuación exterior y material; pero, si las fuerzas inhibitorias no son bastantes, el proceso psíquico de las sensaciones entra a formar parte del sentimiento, determinando una idea delictuosa.”¹⁶⁷

¹⁶⁶ Farre Trepas Elena, Op. Cit., pág. 61.

¹⁶⁷ Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., pág. 10.

La ideación es, la concepción intelectual de cometer el delito, el origen de la idea criminal, es decir cuando surge por primera vez la idea de cometer un delito. Por ideación se puede entender: "la formación de una idea, siendo ésta una representación mental de una cosa que no debe a estimulación sensorial directa."¹⁶⁸

Por ello la ideación se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo. Esta etapa está regida por el principio *Cogitationem poena nemo patitur*, por ello la ideación o aparición de una idea criminosa no tiene relevancia para nuestro derecho penal, toda vez que se encuentra dentro del plano subjetivo del sujeto activo.

b) DELIBERACION

Puede suceder que la idea criminal sea rechazada en forma definitiva o bien, suprimida en principio, surja nuevamente, iniciándose la llamada deliberación. La idea surgida se rechaza o acepta. El sujeto piensa en ella, de modo de concibe las situaciones favorables y desfavorables. Así, en el interior del sujeto, surge una pugna entre valores distintos. Por deliberación se entiende el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugna contra ella. La deliberación "supone por tanto, facultad de determinar la voluntad libre, pues el antagonismo surgido entre la idea criminal y los factores señalados, que pugna contra ella, hacen preciso en el sujeto la plena capacidad de discernimiento y autodeterminación."¹⁶⁹

Al igual que la ideación la deliberación se trata de un proceso interno del sujeto y por ende se encuentra regido por los mismos principios que la ideación.

¹⁶⁸ Diccionario de la Real Academia. pag. 921.

¹⁶⁹ Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit., pag. 10.

c) DECISION o RESOLUCION DE DELINQUIR.

Entre el momento en que surge la idea criminal y su realización puede transcurrir un corto tiempo o un intervalo mayor, según sea el ímpetu inicial de ella y la calidad de lucha desarrollada en la psique del sujeto, pero si en éste persiste la concepción criminosa, después de haberse agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir. A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente. Es decir, el sujeto decide cometer el delito o sea, afirma su propósito de delinquir.

La manifestación de la resolución, se produce cuando el sujeto que ha resuelto cometer un delito lo manifiesta al exterior. Exige, por ello, "que se haya decidido firmemente antes la comisión del delito."¹⁷⁰

"La decisión de cometer el hecho forma la base de cada tentativa. Este elemento subjetivo de lo injusto abarca el dolo dirigido a todas las características objetivas del tipo y otras características subjetivas del tipo."¹⁷¹

La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues siendo inexistente la materialización de la idea criminal en actos o palabras, es imposible que la lesión de algún interés protegido penalmente; mientras la idea delictuosa permanece en lo íntimo de la conciencia, no se da infracción alguna al orden jurídico. El derecho, regula esencialmente, relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula *Cogitationis poenam nemo patitur*. Las normas jurídicas solamente pueden ser violadas en el mundo del ser, haciendo que ocurra en él lo contrario de lo que aquéllas quieren.

¹⁷⁰ Sainz Cantero José A., Op. Cit., pag. 773

¹⁷¹ Wessels Johannes, Op. Cit., pag 174.

2.- ESFERA EXTERIOR

Del principio de ejecución puede extraerse también que tampoco todos los actos externos dirigidos a la realización del delito pueden considerarse como actos de tentativa. Por el contrario solamente los actos que comportan un principio de ejecución pueden considerarse como tentativa, o dicho de otro modo, la tentativa sólo está compuesta por actos ejecutivos dirigidos a la realización del delito. De aquí debe deducirse una división entre los actos externos dirigidos a la realización del delito. Aquellos que comportan la ejecución del mismo, actos ejecutivos, y aquellos que son sólo una preparación de la ejecución del delito, actos preparatorios.

a) MANIFESTACION DE LA RESOLUCION DEL SUJETO

“Es cuando la idea criminal aparece en el exterior, es decir, la idea criminal emerge del interior del individuo. Esta fase, no tiene todavía trascendencia jurídica ya que solo se manifiesta la voluntad de delinquir, pero mientras no se cometa el ilícito, no se puede castigar al sujeto.”¹⁷²

La manifestación de la resolución del sujeto, “es la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan. Las zonas correspondientes a la preparación y la ejecución.”¹⁷³

La resolución de cometer el delito se ha recogido de forma expresa en algunas legislaciones como elemento de la definición del delito intentado. En el delito intentado, frente al delito consumado, el autor ha realizado sólo parcialmente su voluntad delictiva, puesto que no ha llevado a cabo todavía todos los actos necesarios para la consumación, ya que de otra

¹⁷² Pavón Vasconcelos Francisco. Op. Cit., pág. 10.

¹⁷³ Bacigalupo Enrique, Op. Cit., pág. 163.

forma se habría traspasado el estado de la tentativa. En ésta el sujeto activo sólo ha demostrado ser capaz de una realización parcial. Ciertamente puede afirmarse que la intensidad delictiva potencial puede ser en la tentativa, no sólo idéntica, sino incluso superior a la del delito consumado.

El mismo Róxin advierte, con razón, que el concepto de resolución no debe ser estudiado empíricamente a través de criterios psicológicos, sino que debe determinarse a través de criterios de valor. Debe corresponderse con las decisiones de valor legislativas. Como hemos visto, toda actuación va precedida de un impulso de voluntad, que presupone a su vez una resolución capaz de dar lugar a este impulso de voluntad. Róxin, "ha expuesto no es preciso que dicha resolución sea, más bien representa la preponderancia de los motivos que conducen a la ejecución del delito frente a aquellos que detienen al autor en su realización."¹⁷⁴

El acento no debe ponerse tanto en la resolución de voluntad, imposible de determinar en muchas ocasiones, como en la actuación del autor. La conducta del autor y el significado que él da a la misma es lo que nos indica si nos encontramos ante una o no. Nos será posible conocer si hay o no resolución delictiva a través de su conducta y de las finalidades que persiga a través de la misma. El resultado de la lucha interna entre los motivos que conducen a la comisión del delito y las reservas, que todavía pueden existir, se reconoce generalmente en la forma en cómo se comporta el autor, es decir si actúa conforme a una finalidad.

A la simple resolución interna de delinquir sucede la resolución manifestada. A ésta puede considerársele formando parte de la fase externa, pues aunque no constituye en rigor una actividad material, no es propiamente un acto material, es ya manifestación o expresión externa de una intención delictiva. Consiste dicha resolución en el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra. Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos dentro de lo que algunos

¹⁷⁴ Creus Carlos, Derecho Penal parte General, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1988., pag. 125.

autores, como Maggiore, denominan el proceso ejecutivo del delito. Tal proceso comprende: a) la preparación; b) la ejecución y c) la consumación, aun cuando algunos agregan un momento más: el agotamiento.

El jurista Walder afirma que existe concurrencia de una resolución, siempre que:

- a) El culpable persiga o realice una finalidad, que puede ser considerada como finalidad intermedia hacia un resultado delictivo.
- b) La finalidad inofensiva que se cuestiona no tiene ningún significado independiente para el inculpado. Está interesado en ella sólo indirectamente.
- c) Aparte de la finalidad delictiva no puede advertirse ninguna otra finalidad que hubiera podido motivar a perseguir esta meta inofensiva.”¹⁷⁵

Carrara dice “que para diferenciar las tres etapas externas de la tentativa se debe distinguir *el sujeto activo*, que es el autor, *el sujeto activo secundario* constituido por los instrumentos de que el autor se vale; *sujeto pasivo del atentado*, que es todo aquello sobre que recaen los actos de ejecución precedentes a la consumación y *sujeto pasivo de la consumación*, que es aquel sobre que recaen los actos productores del delito. Carrara afirma que mientras la acción se mantenga en la esfera del sujeto activo, se trata de actos preparatorios; cuando pase al sujeto pasivo del atentado, se está ante un acto de ejecución.”¹⁷⁶

b) ACTOS PREPARATORIOS

Se forman por los actos que realiza el sujeto con el propósito directo de cometer el delito, es decir, actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos y, en consecuencia no revelarán la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan delitos. Tienden como su nombre lo indica a preparar el delito y sólo subjetivamente, contemplados

¹⁷⁵ Farre Trepas Elena, Op. Cit. pág. 113.

¹⁷⁶ Fontán Balestra Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Parte general, Ed. Abeledo-Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires 1990, pag. 380

desde el punto de vista del autor, es posible darles tal significación; exteriormente y de común nada revelan sobre la intención delictuosa del autor. La compra del revólver y la adquisición del veneno son actos de preparación de la intención del autor; objetivamente nada descubren, por su naturaleza equívoca, sobre el propósito delictuoso, supuesto que la compra del arma o la adquisición del veneno puede tener un fin lícito como ilícito. Carrara expuso, al principio, que cuando un acto puede conducir tanto a un fin inocente como a un delito, es y debe ser considerado como un acto preparatorio, pues falta en él el comienzo de ejecución. Ya en la fase preparatoria del delito, cuando el autor actúa dirigiéndose a la comisión del mismo puede afirmarse una resolución suficiente para dar lugar a este impulso de voluntad. Según la lejanía o proximidad del acto preparatorio en relación con la ejecución del delito; así como según su dificultad de realización podrá afirmarse que la resolución del autor es más o menos sólida. “Estos actos son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución.”¹⁷⁷

Es acto preparatorio lo que ha de posibilitar o facilitar la ejecución del hecho, por ejemplo, procurarse el arma, preparar el medio para ejecutar el hecho, averiguar o buscar el lugar previsto del hecho, etc. “Los actos preparatorios son aquellos que sólo subjetivamente -en la mente del autor- mantienen relación con el hecho delictivo futuro. Objetivamente, en cambio, los actos preparatorio son equívocos entendiéndose con ello la no posibilidad de afirmar desde fuera, el propósito perseguido.”¹⁷⁸

Las acciones preparatorias “serán aquellas actividades que por sí mismas son insuficientes para poner en peligro efectivo un bien jurídico determinado (peligro corrido) y para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado (acciones unívocas).”¹⁷⁹

¹⁷⁷ Jiménez de Asúa Luis, Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina 1939, pág. 471.

¹⁷⁸ Fontán Balestra Carlos, Op. Cit., pág. 379.

¹⁷⁹ Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino Tomo II, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Décima rempresión, Buenos Aires 1992, pág. 246.

Podemos afirmar, que el acto preparatorio es un acto equívoco, porque permanece en la esfera personal del autor, sin proyectarse fenoménicamente hacia el resultado típico. La impunidad del hecho preparatorio es que en la preparación no hay todavía un principio de violación de la norma penal relativa al delito que se quiere cometer. Carrara, señalaba que estos actos los desarrollaba el autor en una esfera personal de pensamientos y acciones, los cuales se quedaban en su propia órbita, sin proyectarse en el derecho ajeno, hablaba de una *tentativa remota*. Respecto a la punibilidad de los actos preparatorios, y debido a la claridad de la Ley en este punto, es completamente dominante en la doctrina española la consideración de la impunidad de los mismos. No obstante, también han existido juristas defensores de la punición de los actos preparatorios. Así se manifestó el P. Monte, quien consideraba punible toda manifestación externa de voluntad criminal. Sánchez Tejerina se muestra favorable a la punibilidad de los actos preparatorios, pues en éstos, existe ciertamente una perturbación mayor o menor, pero evidente, del orden social. Las acciones preparatorias en virtud de su insuficiente contenido delictivo y su poca inteligibilidad real queda, por eso, por principio impunes. Preparar el delito es llevar a cabo una actividad externa dirigida a su realización ulterior. “La preparación del delito se diferencia de la simple manifestación de la voluntad criminal en que aquella se dirige a la ejecución, mientras que ésta puede llevarse a cabo sin tal finalidad. Ejecutar el delito, es por el contrario, dar comienzo a la realización del hecho típico.”¹⁸⁰

e) ACTOS EJECUTIVOS

Actos de ejecución son aquellos mediante los cuales el sujeto directamente “conjuga”, o empieza a conjugar, el verbo que constituye el núcleo del tipo. La ejecución consistirá “en la

¹⁸⁰ Cobos del Rosal M. y Vives Antón T.S., Derecho Penal parte general, Ed. Tiran Lo Blanch, Tercera Edición, Valencia 1991, pág 548.

realización de los actos que dan origen propiamente al delito. Aquí se pueden presentar dos situaciones: tentativa y consumación.”¹⁸¹

Saldaña definió como actos ejecutivos aquellos que son “directos por su fin, exteriores por su forma, conducentes por su modo y necesarios por su condición o suficiencia”. Tienen la característica de que son unívocos, por cuanto por sí mismos resultan capaces de expresar objetivamente la intención de su autor de delinquir y entrañar peligro de lesión. Cuando el autor se adentra en la fase ejecutiva demuestra que su impulso de voluntad es suficiente para dar lugar a la ejecución.” El autor se encuentra ya en la recta final del delito y, conociéndolo, actúa. En cualquier momento puede aún desistir del mismo, pero éste ya ha comenzado. Quien, por ejemplo, comienza a realizar las prácticas abortivas no puede negar que se halla resultado a las mismas, aún cuando dude aún sobre si proseguirá hasta la consumación.”¹⁸²

Carrara para distinguir el acto preparatorio del acto ejecutivo, estructura una nueva teoría (ataque al bien jurídico o ataque a la esfera jurídica de la víctima), afirmando que “el acto preparatorio se desenvuelve y permanece en la esfera del sujeto activo, mientras el acto se convierte en ejecutivo cuando trasciende de esa esfera y se desenvuelve en la del sujeto pasivo, es decir aquellos que recaen sobre el sujeto pasivo del atentado.”¹⁸³

Son actos consumativos -dice Carrara- aquellos que caen sobre el sujeto pasivo de la consumación, esto es, la cosa o persona sobre la cual debían desarrollarse la definitiva violación del derecho. Los actos preparatorios admite la impunidad, fundamentalmente por su carácter equivoco y por no entrañar su realización peligro alguno, los actos ejecutivos al contrario pregona la punibilidad por entrar en la esfera de consumación sin llegar a llenarla.

Al hablar de acto ejecutivo debemos establecer en que momento comienza la ejecución, para el jurista Jiménez de Asúa, señala la existencia de un principio de ejecución “cuando se

¹⁸¹ Amuchategui Requena Irma Griselda. Op. Cit., pág. 41.

¹⁸² Farre Trepas Elena, Op. Cit., pág. 113.

¹⁸³ Pavón Vasconcelos Francisco, Breve Ensayo sobre la Tentativa, Editorial Porrúa S.A., México 1989, pag. 53.

penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros”, advirtiendo la necesidad de recurrir a la “lesión del bien jurídico o a su riesgo eficaz cuando la practica lo exige”. Mazini señala que el acto de ejecución es aquel mediante el cual se concreta, total o parcialmente, un elemento material constitutivo del delito, iniciando la violación efectiva del precepto principal. Entonces, una tentativa comienza cuando los actos que realiza el autor son de ejecución, que son de idoneidad próxima, que han penetrado en la esfera personal del titular del derecho ofendido, que se le hace correr un riesgo por este motivo, y que inequívocamente siguen el camino causal hacia el resultado. El acto ejecutivo debe ser idóneo para lesionar el bien jurídico tutelado por la ley penal.

Para establecer cuales son los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, como lo señala el artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal, y conocer así que entendemos por actos de ejecución, enunciaremos las dos doctrinas existentes, ya que para que exista un comienzo de ejecución primeramente deben existir sea actos preparatorio o bien actos ejecutivos, las doctrinas que pretenden diferenciar éstos actos han fracasado al no tener éxito en señalar criterios jurídicamente válidos a ese efecto. Por ello, analizarlas en detalle es algo inútil; se enunciarán las principales, reuniéndolas en dos grandes grupos: las objetivas y las subjetivas.

Teorías objetivas.

Parten del presupuesto que previamente debe determinarse la finalidad perseguida por el autor -su dolo-, que señalará el delito que pretendía cometer. En seguida corresponde analizar si lo realizado por el sujeto puede calificarse como acto ejecutivo o preparatorio de ese delito, pero prescindiendo del referido propósito. Para este efecto los objetivistas, una vez precisado el propósito de sujeto, que permite conocer el delito que pretendía cometer, dejan de lado la voluntad del autor y analizan lo que habría realizado en la materialidad, pues es el acto en si

mismo, como suceso causal, el que tendrá la aptitud de evidenciar si pertenece al tipo penal cuya concreción perseguía el autor. Se sabe que el sujeto quería falsificar un cheque; determinado ello, corresponde establecer si tomar el documento y tratar de imitar la escritura es un acto de ejecución propio del tipo falsificación de instrumento privado. La valoración de un acto se hace con criterio “objetivo”, considerando la experiencia general. La diversidad surge respecto de los criterios a considerar:

Criterio Formal, de Beling para quien hay acto de ejecución cuando ese acto queda comprendido en la actividad descrita por el verbo rector del tipo, entendiendo esa noción en el alcance que tiene en el lenguaje natural. “Sólo habrá tentativa, por lo tanto, desde que se comienza a violar la norma penal, correspondiendo determinar ese comienzo en cada clase de delito, en abstracto. El sistema fue criticado porque restringe el campo de la tentativa, aproximándolo en extremo al de la consumación. Suficiente es considerar que según este sistema habrá tentativa de homicidio sólo cual se principia a dar muerte, o sea cuando el arma o instrumento es empleado en contra de la víctima, dejando como acto preparatorio buena parte de actividades que son acreedoras a sanción.”¹⁸⁴

Criterio Material. Frank “amplia la noción de acto ejecutivo a aquellos que sin ser tales, por su necesaria unión con la acción típica, aparecían, según la concepción natural de la actividad, como incorporados a esa acción (poner veneno en la copa de la víctima no es matar, pero es algo tan inherente a la acción de envenenar, que quedaría comprendido en ella como su comienzo de ejecución).”¹⁸⁵

En ésta se observa un cambio en relación a la teoría de Beling, pues se analiza en caso concreto, mientras que Beling pretendía precisar la tentativa en forma abstracta y general.

¹⁸⁴ Garrido Montt Mario, Op. Cit., pág. 271.

¹⁸⁵ Ibidem.

Criterio de *Carrara*, (objetiva impropia), distingue entre la naturaleza unívoca y equívoca del acto. Los unívocos son aquellos que conducen por su naturaleza a un resultado criminoso. Estos serían actos ejecutivos y de consiguiente constituirían tentativa.

Teorías Subjetivas

“Estas teorías consideran la finalidad del agente como antecedente de valor para diferenciar el acto preparatorio del ejecutivo. Para lograrlo, recurren a la visión del sujeto que actúa, estableciendo previamente cuál era su propósito y el plan que tenía en mente concretar; precisados estos aspectos, pasan a indagar si conforme a dicho plan la actividad desarrollada por el sujeto queda o no comprendida en la acción descrita por el tipo. Si la comprende, hay tentativa; en caso contrario, no.”¹⁸⁶

Se ha preferido la denominación de los actos ejecutivos como **inequívocos** o **unívocos**, pues los actos ejecutivos revelan de modo inequívoco su finalidad delictiva, mientras que los actos preparatorios resultan equívocos y lo mismo puede deducirse de ellas una finalidad lícita que ilícita.

Para determinar la diferencia entre actos preparatorios y ejecutivos, existen diversidad de teorías en las que nos podemos apoyar, entre ellas las teorías subjetivas: “se establece la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos en base a la resolución criminal manifestada”; Teoría de la Univocidad, su creador es *Carrara*, quien decía: “de igual suerte que en la preparación criminal podrá quedar en duda a cuál delito se enderezaban los actos de ejecución, pero si es cierto que propendía a un delito, existe un conato”. No es aquí cuestión del ser sino del conocer. Y la incertidumbre relativa a los delitos posibles mediante tales actos, se resuelve por la regla que otorga preferencia a la suposición más benigna; La teoría del *dolus-ex-re*,

¹⁸⁶ Palacios Vargas J. Ramón, La tentativa, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, segunda edición, México 1979., pág. 135.

Gómez de la Serna consideró, como acto preparatorio aquel del cual lo mismo podría inferirse una acción lícita que un proyecto criminal, mientras que de un acto ejecutivo debe inferirse siempre necesariamente la intención inmediata de cometer el delito. Más modernamente se ha expresado en este sentido Cuello Calón, “para quien la existencia de actos ejecutivos se hace depender de que los mismos revelen la intención o propósito de cometer un delito.”¹⁸⁷

Las teorías objetivas, señalaban que los actos ejecutivos son aquellos que se relacionan necesariamente con el delito, y dentro de la teorías objetivas tenemos la Teoría del peligro al bien jurídico, en ésta señalaba: que no era necesaria la presencia de peligro para el bien jurídico, pues ya los actos preparatorios pueden comportar dicho peligro. Por ello ambos exigieron la presencia de “un riesgo efectivo para el bien jurídico de que se trate”, la existencia de “un bien o riesgo inminente” para que exista un acto de ejecución.

En verdad, diferencias jurídicamente actos preparatorios y ejecutivos, es inútil e impracticable en la mayor parte de los casos. Es suficiente que la ley penal describa un comportamiento para que éste sea típico y constituya delito, sin que ofrezcan interés que pueda ser calificado de preparatorio o ejecutivo, o de resolución manifestada, conforme a valoraciones parajurídicas. En principio, los actos anteriores a la resolución delictiva no son sancionables, salvo contadas excepciones, como la conspiración, la proposición, la instigación y la complicidad; pero tampoco puede calificarse de preparatorios, ni mucho menos de resoluciones manifestadas, porque no lo son. Algunos comportamientos descritos por los tipos penales son punibles no obstante que no correspondan a una resolución delictiva en un sentido determinado, salvo la de realizar la conducta de que se trate o conste que perseguía la ejecución de una actividad dirigida en contra de un bien jurídico que es objeto de protección por el derecho penal.

¹⁸⁷ Farre Trepas Elena, Op. Cit., pág. 186.

d) IDONEIDAD EN LOS MEDIOS

En la realización de la tentativa, se debe dejar bien claro que los medios que utilice el sujeto activo para la comisión del algún hecho deben ser idóneos, es decir, deber ser lo suficientemente aptos para poder siquiera llegar a la puesta en peligro de un bien jurídico determinado. La idoneidad o la aptitud de conducir a un fin perverso, de manera tal que “los actos inidóneos no pueden, pues, imputarse como delito, al pretendido tentador. Si la idoneidad existió en los primeros momentos de la acción, cesa toda imputación de los actos como conato, porque ellos carecieron enteramente de peligro.”¹⁸⁸

La idoneidad es la aptitud del propio acto para conducir al fin perseguido, no otro que la consumación del delito. Ya Jiménez Huerta señalaba, que: “Es idóneo o adecuado para la consumación de un resultado típico, todo acto que, por sí mismo, en su conexión última y racional con el curso de los acontecimientos posteriores, implica un peligro para el bien jurídico que el tipo protege.”¹⁸⁹

Son actos inidóneos, para ejecutar un delito, “todos aquellos que en sí mismo encierran en el caso concreto un obstáculo ontológico que impide que el agente pueda alcanzar su voluntad criminal. Tentativa imposible no es toda aquella que no produce el delito, sino solamente la que ante los ojos del juez, situado en la posición del agente cuando realizó los actos que se enjuician, presenta la consumación del delito como algo inejecutable o inalcanzable, como algo que por utópico aparece inmerso en el absurdo.”¹⁹⁰

La inexistencia del sujeto pasivo contra el cual se dirige la acción puede, en los casos congruentes, equivaler a la inidoneidad.

¹⁸⁸ Pavón Vasconcélos Francisco, Breve Ensayo sobre la Tentativa, Editorial Porrúa S.A., México 1989, pag. 50.

¹⁸⁹ Ferreira D. Francisco José. Op. Cit., pag. 222.

¹⁹⁰ Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., pág. 386.

Algunos autores, partiendo del hecho de que, mediante las conductas que constituyen una tentativa inidónea, no puede crearse un peligro objetivo para el bien jurídico contra el cual se dirige, manteniendo que deberían permanecer impunes. Esta es la consecuencia a la que debe conducir un Derecho Penal, propio de un Estado de Derecho y que se asiente sobre los principios de culpabilidad por el hecho y de protección de bienes jurídicos. En un Derecho así configurado no es posible establecer una regla delictiva sobre la tentativa inidónea. No obstante, Ferrer Sama y Nuñez Barbero, han señalado que dicha impunidad hace referencia tan sólo a la posible aplicación de una pena. A estas conductas en las que falta -según estos autores- toda posibilidad de realización de daño, y que, por consiguiente, no pueden ser constitutivas de delito, no les es aplicable una pena, pero nada obsta para que les sea aplicable una medida de seguridad, ya que a través de ella se pone de manifiesto la tendencia a delinquir que puede ser reveladora de su peligrosidad social.

Cabe señalar que la idoneidad en los actos, se dan aún en los actos preparatorios, pues tienen que ser éstos idóneos para que, cuando se conviertan en actos de ejecución, sigan siéndolo, ejemplo: si para envenenar se emplea azúcar, aún cuando la acción se lleve, más allá, colocando esa sustancia en la comida de la elegida víctima, aquella seguirá siendo ineficaz, es decir, siempre azúcar. No es el paso de un acto a otro lo que lo hace idóneo, sino la naturaleza misma del acto. Por ello debemos hablar de una idoneidad remota en los actos de simple preparación y, como tales, equívocos. Y la idoneidad próxima los convierte en actos de ejecución y, en consecuencia, unívocos, que, como tales, ponen en peligro el derecho tutelado. Los actos preparatorios aún y cuando sean idóneos, se producen en la esfera personal del autor, sin traspasar los límites propios de la víctima, pro tal motivo son equívocos. Si la inidoneidad existió en las primeras fases de la acción, cesa para él toda imputación como tentativa, porque todas ellas carecieron de peligro; pero si existió en las fases sucesivas, queda la imputación de los antecedentes cuando de ellos sean susceptibles.

3.- TENTATIVA INACABADA

La tentativa inacabada también es conocida como delito intentado, consiste en que el sujeto deja de realizar algún acto que era necesario para producir el resultado, por lo cual éste no ocurre. Se dice que hay una ejecución incompleta. Si al comienzo del hecho el autor no tiene todavía un plan bien delimitado, sino que desea actuar hasta que el resultado se produzca, se fija la delimitación de acuerdo a la eficacia que le otorga a su actuar en el momento de abstenerse de nuevas acciones; si considera ahora su actuar como insuficiente para la producción del resultado y se abstiene de otras medidas, estamos frente a una tentativa inacabada. la tentativa inacabada ocurre cuando la conducta del agente llega en su ejecución a un estado en el cual faltaron más actos idóneos para lograr el resultado. Se dice "que la tentativa es inacabada cuando el autor no ha hecho todavía todo o cree no haber hecho todo lo que, según su representación del hecho, es necesario para su consumación."¹⁹¹

También existirá tentativa inacabada "cuando según el plan del autor el resultado debe alcanzarse por varios hechos sucesivos y en el momento en que se la considera, restan todavía por cumplir actos necesarios para que se pueda producir el resultado."¹⁹²

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 12 describe cual es la tentativa inacabada diciendo textualmente:

Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte... los actos ejecutivos que deberían producir el resultado...-

Partiendo de lo que enuncia el precepto antes invocado podemos mencionar, que la tentativa inacabada está constituida por la realización en parte de los actos ejecutivo, es decir que sólo tendrá que llevar a cabo el activo de un delito parte de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado.

¹⁹¹ Welssels Johannes, Op. Cit., pag 184.

¹⁹² Enrique Bacigalupo, Op. Cit., pag. 175.

ELEMENTOS

a) VOLUNTAD DE COMETER EL RESULTADO

Partiendo del concepto de voluntad, “que proviene del latín *voluntas*, que tiene una multiplicidad de sentidos, como lo son una potencia en el alma de decisión, es decir, a lo que se mueve o no hacer una cosa; al libre albedrío o determinación; a la intención, el ánimo o la resolución de hacer alguna cosa.”¹⁹³

La voluntad de cometer el delito, es elemento inherente al origen mismo del concepto de tentativa del delito. La voluntad de cometer el delito, que trasciende en la tentativa al daño objetivamente se ha producido, constituye, pues, un elemento indispensable (*el cogitare*) del inicial concepto de tentativa. El delito intentado, frente al delito consumado, el autor ha realizado sólo parcialmente su voluntad delictiva, puesto que no ha llevado a cabo todavía todos los actos necesarios para la consumación, ya que de otra forma se habría traspasado el estadio de la tentativa. “La voluntad en la tentativa debe ser explícita, firmemente dirigida a conseguir un fin determinado, no se puede sustituir por una presión vaga, por la incertidumbre en que se encuentre el agente acerca del efecto que producirá.”¹⁹⁴

El acto ha de orientar su voluntad hacia la realización de una conducta subsumible en el tipo delictivo.

Todo delito doloso es realización de voluntad. La realización de voluntad puede permanecer en los primeros estadios, es decir en los primeros momentos de decisión de cometer el delito, o bien puede llegar hasta la total ejecución de la decisión a la acción. También en el delito consumado transcurren desde la decisión a la acción hasta la total

¹⁹³ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo IV. pag. 3256. Porrúa S.A. y UNAM.

¹⁹⁴ Carrara Francesco, Op. Cit., pag. 255.

realización una serie continuada de grados de ejecución. Como lo hemos señalado en el Derecho Penal no se castiga la voluntad mala como tal, sino sólo la voluntad mala en realización; esto, no sólo porque la voluntad mala no es aprehensible y la moralidad no puede ser impuesta a la fuerza, sino también por el profundo abismo que separa en último caso los pensamientos del hecho. Goethe, señala que la energía delictiva no se muestra justamente en los pensamientos delictivos, sino en su transformación en un hecho real. "La maldad sólo se consume en el hecho." 195

No cualquier hacer en que se transforma una decisión mala es ya por eso un delito. Es precisa la intención de cometer un delito determinado, sin intención no hay delito a base de dolo. El conocimiento de dicha intención servirá para precisar el verdadero carácter del hecho en el caso de que el acto ejecutado pueda ser manifestación de intenciones diversas, por ejemplo, en el caso de lesiones será necesario conocer si el agente sólo tenía intención de lesionar, en cuyo caso hay delito consumado, si tenía intención de matar y entonces existirá una tentativa. Basta el dolo eventual. Por ello en la tentativa inacabada, esa voluntad por parte del agente activo deberá existir firme y encaminada a la realización de una conducta delictiva determinada.

En los delitos culposos no se concibe la tentativa, pues siendo la intención elemento integrante de ésta no es posible su existencia en aquellas infracciones cuya característica esencial es la ausencia de voluntad intencional.

b) UN COMIENZO DE EJECUCION o ACTIVIDAD.

El comienzo de ejecución es empezar a cumplir la acción típica. "No tiene lugar al exteriorizarse en hechos la voluntad criminal, como lo han querido doctrinas subjetivas, sino al

195 Welzel Hans, Op. Cit., pag. 221

darse comienzo a la realización del acto típico (adecuación incompleta), que llega a poner en peligro el bien jurídico tutelado.”¹⁹⁶

Comenzar la ejecución de un delito determinado no quiere, pues, decir; “hacer una acción cualquiera dentro del ámbito de la figura de ese delito (acto preparatorio), sino iniciar la acción principal en la que el delito consiste, para lo cual es ilustrativo e indicativo pensar en el verbo que la expresa.”¹⁹⁷

El problema que surge para precisar cuándo hay “comienzo de ejecución” se produce porque la tentativa no es un tipo independiente, puesto que no hay una “tentativa en sí”, sino tentativas de delitos determinados. La interpretación de la fórmula del “comienzo de ejecución” no ofrece problema alguno cuando se ha comenzado a cumplir la acción típica misma. Es así que el fundamento de la tipificación de la tentativa es, “el comienzo de ejecución del delito”.

El deslinde, necesario aquí, entre actos de tentativa (ejecutivos) y preparatorios no presenta problemas, cuando el autor ya ha comenzado con la acción típica ejecutiva. En cambio, el deslinde es difícil cuando la actividad se mueve aún en la zona neutra de la propia acción típica. Según la antigua *teoría formal-objetiva*, sólo bastaba, como comienzo de la ejecución del hecho, la iniciación de la “acción típica”; *las teorías materiales-objetivas*, incluían en el ámbito de la tentativa todos los actos que “por necesaria correspondencia con la acción típica se presentan, por su estructura natural (objetiva) como su parte integrante, o que ya producen una directa puesta en peligro del objeto protegido.”¹⁹⁸

El acto externo debe ser el comienzo de ejecución de un delito, expresión suficientemente precisa, porque con ello queda dicho que el acto es inequívoco, que es idóneo y que comienza a cumplirse la acción típica (adecuación típica parcial), tanto en lo objetivo como en lo subjetivo; *la teoría subjetiva*, no se refirió a la consideración objetiva, sino sólo al cuadro

¹⁹⁶ Fontan Balestra Carlos, Op. Cit., pag. 373.

¹⁹⁷ Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino Tomo II, Ed. Tipográfica Editora Argentina, décima rempresión, Buenos Aires 1992, pag.248.

¹⁹⁸ Wessels Johannes, Op. Cit., pág 174.

de representación del autor; la doctrina dominante "*teoría mixta subjetiva-objetiva*", la cual, tomando como punto de partida la representación del autor y lo inmediato de la agresión contra el objeto protegido, combina los criterios subjetivos y objetivos.

El principio de ejecución de los actos característicos del delito es el elemento típico de la tentativa. No basta querer un delito, ni tener la intención de ejecutarlo, pues las meras intenciones están fuera del campo del derecho Penal, es preciso que hayan empezado a ejecutarse actos dirigidos directamente a su perpetración. Cuando los hechos ejecutados no revistan este carácter, nos encontramos ante meros actos preparatorios, no ante un verdadero principio de ejecución que no existe mientras no se produzcan actos dirigidos de modo directo contra una norma penal determinada. Los actos de tentativa sólo pueden ser aquellos que se muestran como amenazantes, como capaces de infundir temor y de perturbar, consiguientemente, la relación de disponibilidad con el ente que el derecho considera que el hombre necesita para su autorealización.

Para determinar la inmediatez de la conducta respecto de la realización típica, en modo alguno se muestra como suficiente la mera consideración del tipo en abstracto, sino que hay que apelar a la modalidad particular que asume la aproximación típica en el caso concreto, lo que demanda tomar en cuenta en forma ineludible, el plan concreto del autor. En el sentido, lleva razón el criterio objetivo individual, sostenido por Welzel. Por ello, se pueden establecer ciertos principios para facilitar el principio de ejecución. a) El comienzo de ejecución del delito, no es el "comienzo de ejecución de la acción típica". b) el comienzo de ejecución del delito abarca aquellos actos que, conforme al plan del autor, son inmediatamente anteriores al comienzo de ejecución de la acción típica. c) Un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre éste y la acción típica no haya otro acto parcial. d) Para determinar si hay o no otro acto parcial intermedio deberá tomarse en cuenta el plan concreto del autor y no lo que pueda imaginar un observador ajeno.

El comienzo de ejecución según Carrara, “decía que la tentativa se imputa en razón del peligro corrido, que desempeña, con respecto a la tentativa, la misma función que el daño desempeña en el delito consumado, y la acción es delito aunque le haya faltado la fuerza física objetiva y aunque haya quedado incompleta su fuerza física subjetiva. La existencia real de un peligro corrido y, por otro, su reconocibilidad, con lo cual se integrarán los dos elementos que son necesarios a toda tentativa: intención y peligro. El peligro está dado por el requisito de que el acto de tentativa tiene que constituir un principio de ejecución, y es por eso, para entender correctamente el pensamiento de Carrara, es preciso diversificar bien la cuestión relativa a la existencia real de un peligro corrido, de la prueba de la intención. De manera que cuando Carrara hace referencia al criterio de la univocidad para distinguir el acto ejecutivo (unívoco) del acto preparatorio (equivoco) ello ha de entenderse, en el sentido de que la univocidad no es lo que fundamenta la punibilidad de la tentativa, sino que solamente es un criterio para apreciar externamente el valor representativo de los actos.”¹⁹⁹

La teoría material objetiva del comienzo de ejecución de Frank, dice que “habrá comienzo de ejecución en todas aquellas actividades que, como consecuencia de su necesaria pertenencia al contexto de la acción típica, aparezcan como parte constitutiva de ella según una concepción natural”.

Nuestro Código Penal consagró la tesis que preconiza la punibilidad de la tentativa a partir del comienzo de ejecución, con lo que los llamados actos preparatorios, dada su equivocidad, quedan por fuera de la adecuación típica.

La llamada teoría formal objetiva exige al respecto que debería llevarse a efecto una parte de la acción de ejecución típica. Entonces, tomando esto en forma estricta, la sustracción debería empezar sólo al estirarse el brazo, el dar muerte al presionar el gatillo. La teoría objetiva material trae una ampliación en cuanto incluye en la tentativa acciones que en virtud de

¹⁹⁹ Soler Sebastian, Op. Cit., pág.249.

su vinculación necesaria con la acción típica aparecen para una concepción natural como partes integrantes de ella, o que producen una inmediata puesta en peligro de bienes jurídicos.

Existe una problemática respecto a que no es posible la tentativa en los delitos formales. Pues se señalaba que estos delitos se consumían con la mera realización de la actividad prohibida y, por ello, la tentativa no es posible, pues, o bien se comienza la ejecución del delito y, por lo tanto, ya se ha consumado, o bien permanece la acción en una fase preparatoria impune. El comienzo de ejecución en la tentativa inacabada es llevar a cabo actos encaminados a la realización parcial de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, es decir, que el activo del delito deberá ejecutar parcialmente determinados actos para que se pueda poner en peligro un bien jurídico.

c) NO CONSUMACION DEL DELITO POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AGENTE

Cuando el Código Penal, “en su artículo 12, habla de que, si aquél no consuma (refiriéndose al delito), por causas ajenas a la voluntad el Agente, debe entenderse que se trata de una conducta o de un hecho de la naturaleza sobre las que el activo no tiene dominio alguno; es decir, debe ser una situación totalmente ajena al propio comportamiento.”²⁰⁰

Por ello debemos entender por causa ajena de la voluntad, toda limitante o condicionante que no haga llegar al delito, incluyendo al autor, salvo el desistimiento, el deseo de impedirlo, a los que se les da un tratamiento distinto. En este caso también estamos en presencia de una tentativa, la causa ajena a que alude la ley puede ser lo mismo un hecho de la naturaleza que el comportamiento del probable pasivo o la intervención de un tercero, ya dentro de la fase de la ejecución, pues bien sabido es que la tentativa implica ejecución sin

²⁰⁰ González Quintanilla José Arturo, Derecho Penal Mexicano, parte general, Ed. Porrúa S.A., México 1991, pag. 517.

consumación. Técnicamente debemos entender como causa ajena, que acarreará sanción para la infracción, todo aquello que no implique desistimiento de motu proprio o voluntad de impedir la consumación del delito, circunstancias estas últimas consideradas como las únicas para evitar o atenuar la pena.

Objetivamente la causa ajena, es este requisito el que nos permite distinguir la tentativa de la consumación. La falta de consumación a que se refiere este requisito ha de provenir de una circunstancia o fenómeno no predicable del agente sino ubicado fuera de su esfera volitiva; por eso el legislador habla de circunstancias ajenas a la voluntad, vale decir, de causas objetivas, endógenas o exógenas, que lo determinan contra su querer a suspender la ejecución del hecho comenzado. La oportuna intervención de un tercero que desvía el disparo homicida; la rápida acción de la presunta víctima que retira el brazo y evita así que el raponero se apodere de su reloj, etc.

Dentro de la fórmula recogida por el artículo 12 del Código Penal, la tentativa punible requiere, como requisito *sine qua non*, la inconsumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente. Ya Jiménez Huerta, señalaba que la tentativa por determinación de la ley, queda atípica en los casos de inconsumación del resultado como consecuencia de la voluntad del mismo sujeto, pues la conducta no encuadraría dentro de lo descrito por el artículo 12 del Código Penal. La ejecución del delito debe interrumpirse por causas ajenas a la voluntad del agente, por ejemplo, la llegada de personas que sorprenden al ladrón, etc. Más si el agente interrumpe voluntariamente la ejecución del delito, no hay tentativa punible y sólo responderá de los hechos que haya ejecutado en el curso de su acción.

El hecho punible planeado no deber estar consumado. Hay falta de consumación cuando el tipo objetivo de lo injusto no está realizado o no está realizado totalmente. Esto significa que la causa que impide la consumación puede provenir de un tercero, del sujeto pasivo en los tipos en que este es una persona física, del propio agente, o de un fenómeno externo (un temblor de

tierra hacer perder el equilibrio a quien pretende disparar contra su enemigo y por tal razón la agresión no se consuma).

4.- TENTATIVA ACABADA

A la tentativa acabada, también se le llama delito frustrado y consiste en que el sujeto activo realiza todos los actos encaminados a producir el resultado, sin que éste surja por causas ajenas a su voluntad. Según el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 12, establece dos tipos de tentativa, la inacabada que se ha mencionado con antelación y la tentativa acabada, que según el numeral antes invocada señala que se da: cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Es decir que en la tentativa acabada se presentara cuando el autor del hecho ilícito ha realizado todos los actos que por el esta para la consumación del hecho, sin que se produzca por causas ajenas a su voluntad.

En la tentativa acabada tiene el autor al comenzar el hecho la representación de que puede alcanzar el resultado mediante una acción determinada y procede conforme a ello, la tentativa está acabada cuando ha realizado dicha actividad. "La tentativa acabada se verifica cuando la conducta del agente llegó a un estado en el cual cumplió con todos los actos idóneos para alcanzar el resultado, pero circunstancias ajenas a su voluntad y a su actuar, lo impidieron. Carrara lo llamó *delito frustrado*."²⁰¹

La tentativa es acabada cuando el autor ha hecho todo o cree haber hecho todo lo que, según su plan, es necesario para producir el resultado típico. Por ello será tentativa acabada cuando el autor, según su plan, haya realizado todos los actos necesarios para que consuma el

²⁰¹ Ferreira D. Francisco José, Op. Cit., pág. 228.

delito faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado, a partir del momento en que el autor cree que el resultado ya podría producirse. Ejemplo: el autor remite a la víctima los documentos falsos con los cuales piensa lograr que este le ceda ciertos derechos. De acuerdo con su plan el autor ya ha hecho cuanto tenía que hacer para engañar a la víctima.

ELEMENTOS

a) VOLUNTAD DE COMETER EL RESULTADO

Al igual que en la tentativa inacabada estudiada con antelación, la voluntad de cometer el resultado, consiste en que el sujeto activo deberá estar plenamente convencido de que quiere realizar un evento delictivo. La voluntad de cometer el delito, que trasciende en la tentativa al daño objetivamente se ha producido, constituye, pues, un elemento indispensable (*el cogitare*) del inicial concepto de tentativa. El delito intentado, el autor ha realizado sólo parcialmente su voluntad delictiva, en este caso de tentativa acabada el autor ha realizado todos los actos necesarios para la consumación, pero ésta no se llega a consumir por causas ajenas a la voluntad del agente. "La voluntad en la tentativa debe ser explícita, firmemente dirigida a conseguir un fin determinado, no se puede sustituir por una presión vaga, por la incertidumbre en que se encuentre el agente acerca del efecto que producirá."²⁰²

b) UN COMIENZO DE EJECUCIÓN O ACTIVIDAD

El comienzo de ejecución es el mismo que se señala en la tentativa inacabada, éste elementos es característicos del delito es el elemento típico de la tentativa. No basta querer un

²⁰² Franceso Carrara, Op. Cit., pag. 255.

delito, ni tener la intención de ejecutarlo, pues las meras intenciones están fuera del campo del derecho Penal, es preciso que hayan empezado a ejecutarse actos dirigidos directamente a su perpetración. "Cuando los hechos ejecutados no revistan este carácter, nos encontramos ante meros actos preparatorios, no ante un verdadero principio de ejecución que no existe mientras no se produzcan actos dirigidos de modo directo contra una norma penal determinada. Sin embargo, en la llamada tentativa acabada (delito frustrado) no sólo hay un principio de ejecución sino ejecución de todos los actos que integran materialmente el delito, aún cuando el resultado dañoso no llegue a producirse. Es decir que el culpable haya practicado todos los actos constitutivos de delito. Para determinar cual sería la realización de los actos totales de ejecución del delito, debemos atender a cada uno de los tipos penales establecidos en el Código Penal, y es así como sabremos determinar la ejecución total o parcial de los actos encaminados a la comisión de un hecho delictuoso. Hay delito frustrado cuando el autor realiza toda la actividad personal que le correspondía llevar a cabo, pero el resultado no se concreta por razones independientes a su voluntad (en el mismo ejemplo anterior, el homicida apunta, dispara y la víctima, advertida a tiempo, efectúa una maniobra de protección evitando ser alcanzado por la bala)."²⁰³

Habrá tentativa cuando el autor dolosamente ha iniciado la ejecución de la acción típica, pero no logra terminar la actividad material personal que ésta supone: faltan uno o más actos para terminarla, que no logran ejecutar por causas independientes de su voluntad. Hay delito frustrado, cuando el sujeto activo realiza dolosamente la totalidad de la actividad delictiva que personalmente le correspondía ejecutar, pero el curso causal que pone en movimiento no se concreta en el resultado típico perseguido por razones ajenas a su voluntad (el delincuente coloca la bomba en la construcción que pretende destruir, conecta el sistema de relojería y se

²⁰³ Garrido Montt Mario, Op. Cit., pag.268.

retira del lugar esperando la explosión, que no se produce porque falla el sistema de relojería o porque un guardia la descubre y desactiva).

El concepto de tentativa es un concepto relativo, condicionado por la figura del hecho final; de manera que ciertos actos, que con respecto a determinada infracción son consumativos, pueden, a su vez, constituir tentativa de otro y, por el contrario, puede un hecho estar previsto como infracción menor con relación a otro y, sin embargo, no constituir tentativa del hecho más grave. Depende la tentativa en relación al delito que se pretenda consumir.

c) NO CONSUMACION DEL DELITO POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AGENTE.

La no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente al igual que en la tentativa acabada es la misma, ya que la no consumación del hecho delictivo debe ser por parte de una causa ajena a la voluntad del agente, ya sea por un hecho natural o bien por un tercero, únicamente que en la tentativa acabada el agente del delito ha realizado todos los actos ejecutivos tendientes a la realización del hecho, sin que se consume por una causa ajena a la voluntad, es así que la no realización del propósito del culpable provenga de causas independientes de su voluntad. Realmente si el culpable practicó todos los actos de ejecución que deberían producir el delito, si hizo cuando pudo para su realización es imposible, o al menos muy difícil, que el resultado no se obtenga por causas que dependa de su voluntad. "Es requisito esencial de la tentativa la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente. La conducta ejecutiva de un delito que no se consuma por esta circunstancia, satisface plenamente las exigencias típicas, ya que están encaminadas hacia su realización."²⁰⁴

²⁰⁴ Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano Tomo I, Introducción de las figuras típicas, Ed. Porrúa S.A. México 1983, Cuarta Edición, pag. 387.

Edmundo Mezger, al referirse a la distinción entre tentativa acabada e inacabada, aclara que la misma no se refiere al resultado del acto sino al término de la actividad desplegada. En la tentativa inacabada el sujeto no ha realizado todos los actos requeridos de su parte para la consumación del delito, en tanto en la Tentativa acabada sí se ha verificado todos los actos, sin que en ambas el resultado se haya producido a virtud de causas ajenas a su voluntad. para el propio autor y respecto a la delimitación entre ambas tentativas, es la resolución del agente, la base determinante, pues sólo “en el sentido subjetivo del autor mismo” puede llegarse al conocimiento de si ha o no verificado todo lo de su parte necesario a la consumación del delito.

Si el autor ha realizada ya todos los actos necesarios para la producción de la consumación se habrá alcanzado el estadio de la tentativa acabada, en cambio si todavía le quedan por ejecutar algunas acciones, el hecho constituirá aún una tentativa inacabada.

5.- TENTATIVA IMPOSIBLE

El problema que plantea la tentativa es el límite de su punición, pues el desvalor del delito intentado no siempre es semejante según las alternativas que se den. No parece merecer el mismo trato intentar provocar el aborto de una mujer que está embarazada, que pretender lo mismo en relación a una mujer que el autor cree embarazada, pero que realmente no lo está. En ambas hipótesis la voluntad delictiva es la misma, la actividad material desarrollada también; pero en la primera en la de la embarazada -ha corrido un peligro la vida incipiente del que está por nacer; entretanto que en la segunda -en el de la mujer no embarazada- no ha sufrido ningún riesgo el bien jurídico vida, porque no existía. “Cuando el medio empleado por el autor para cometer el delito es totalmente inadecuado para lesionar o poner en peligro el bien jurídico

atacado o cuando este bien u objeto no existe, se está ante una tentativa absolutamente inidonea., lo que constituye el denominado delito imposible.”²⁰⁵

No es punible la iniciación de la ejecución de un delito que carece de toda posibilidad verdadera de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el tipo: se sancionan los actos por sus efectos nocivos, no el acto en si mismo. Ello lleva a distinguir entre tentativa “idónea” e “inidónea”. La tentativa inidónea, se da cuando la ejecución de la decisión de cometer el hecho no puede producir, en contra de la representación del autor, por razones de hecho o jurídicas, la realización completa del tipo objetivo de lo injusto. Esto ocurre en caso de que el autor no reconozca la inidoneidad del sujeto (este punto es discutido), del objeto del hecho o del medio para llevarlo a cabo.

La tentativa de un delito imposible es un tentativa inútil, porque nunca pudo creerse que fuera a causar el resultado típico, fuera de la imaginación del autor. Pero el delito “puede ser imposible por varias razones, que fundamentalmente son dos: porque falta algún elemento del tipo-objetivo (fundamentalmente, el objeto), o porque el medio es burdamente inidóneo para causar el resultado. En ambos caso el delito es imposible, pero en el primero de ellos, no hay tentativa, en tanto que la hay en el segundo, porque la tentativa presupone una carencia de consumación en el tipo objetivo, pero no la falta de los elementos del mismo.”²⁰⁶

La carencia en la tipicidad objetiva de la tentativa deviene de que todavía no se llegó a ella, pero no de que no existen los elementos requeridos para llegar a la misma.

En la tentativa imposible, se carece de idoneidad para consumar el delito, no es subsumible en el dispositivo amplificador del tipo contenido en el artículo 12 del Código Penal. “La idoneidad de los actos con que se pretende cometer un delito, tanto dimana de que los mismos carecen de potencialidad para dañar el bien jurídico protegido en el tipo, como de la imposibilidad -debida a no existir el objeto material sobre el que se quiere hacer recaer la

²⁰⁵ Garrido Montt Mario, Op. Cit., pág. 288.

²⁰⁶ Zaffaroni Eugenio Raúl, Op. Cit., pág. 465.

conducta típica- de que dicho bien jurídico pueda ser dañado. En el primer caso nos hallamos ante un propósito de realizar inidóneamente un posible delito; en el segundo, ante un propósito de realizar idóneamente un delito imposible. Empero, como en una y otra hipótesis nos encontramos ante una conducta realizada con intención de ejecutar un delito que, ora por inidoneidad de los actos, ora por inexistencia del objeto, es que quimérica ejecución, deben ambas ser consideradas en el lenguaje de la vida como formas de manifestación de una tentativa imposible.²⁰⁷

La tentativa imposible, puede provenir de las siguientes imposibilidades: a) Cuando el medio empleado para realizarlo es inadecuado, inidóneo. b) cuando falta la figura del delito por ausencia de uno de sus elementos constitutivos. (los disparos dirigidos con ánimo homicida sobre un muerto). Sin embargo algunos tratadistas no están de acuerdo en la impunidad de un delito imposible ya que señalan que con independencia de la idoneidad de los medios empleados, el sujeto que los realiza demuestra la ineptitud del sujeto para cometer el delito, probando con ello su insensatez, pero no su temibilidad hacia la comisión de un hecho delictuoso.

6.- INEXISTENCIA DEL OBJETO JURIDICO o MATERIAL

La inidoneidad de la tentativa puede ser de dos clases: “la absoluta o relativa. Es absoluta cuando los medios empleados por el autor son totalmente inadecuados para lograr la consumación del delito (pretender hacer abortar con una infusión de té) o cuando el bien del ataque es inexistente en la realidad (pretender matar a una persona que ya falleció). Las hipótesis de tentativa absolutamente inidóneas constituyen el denominado delito imposible. Y habrá inidoneidad relativa cuando los medios que ha usado el sujeto activo, siendo

²⁰⁷ Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., pag. 387.

intrínsecamente aptos para alcanzar la consumación del delito, no los son en el momento de actuar por las circunstancias concretas concurrentes (disparar un balazo al sujeto que está protegido por un chaleco antibalas). Se da también la inidoneidad relativa cuando existiendo el objeto de la agresión, por circunstancias accidentales no se encuentra en el lugar del ataque (se dispara para herir a una persona mientras duerme en su lecho, en circunstancias que ésta lo acaba de abandonar). Esta tentativa es punible porque en su caso existían los elementos fundamentales requeridos por el tipo: el medio apto en sí mismo para lograr el resultado, como el objeto material en contra del cual se dirige el ataque, sin perjuicio de que el hecho se frustré porque el autor incurre en error (error de tipo al revés) al creer que se daban, en el momento y circunstancias de actuar, la inidoneidad del medio o la presencia del objeto agredido lo que no era así.”²⁰⁸

La doctrina contemporánea emplea la palabra “vencible” para indicar el error reprochable e “invencible” para su contrario, lo que, según la terminología de nuestro texto, sería “imputable” y “no imputable”.

En la actualidad se afirma generalmente que existe una tentativa inidónea cuando la consumación del delito que se intenta es imposible debido a la idoneidad del objeto sobre el que se actúa, de los medios que utilizan o de ambos, o cuando los actos que utiliza el agente del delito sean inidóneos o inadecuados para causar el resultado, o éste no pueda producirse por falta de sujeto pasivo o por falta de objeto o bien aún dándose tal resultado el mismo no esté penado por la Ley a pesar de creer el sujeto que sí lo está, ejemplo: cuando A toma su propia cartera en la creencia de que pertenece a B, o bien en el caso de que C dispare sobre D con la intención de matarle, cuando éste ya estaba muerto sin que C lo supiera, pues en estos casos falta uno de los elementos exigidos en el tipo legal: la ajeneidad de la cosa en el primer caso y el objeto en el segundo; en estos casos se encuentran satisfechos la forma completamente objetiva

²⁰⁸ Garrido Montt Mario, Op. Cit. pag. 290,

del delito excluyendo de todos los momentos subjetivos: la norma prohíbe matar a un hombre, no a un cadáver; coger una cosa ajena, no la propia. Quien realiza estas acciones no ejecuta nada prohibido por la norma. En este sentido a la falta de tipo se constituye un delito putativo.

Si la acción carece concretamente de alguna de las características necesarias para causar el delito, no constituye tentativa. La acción inidónea para consumar el delito no sólo no es punible, sino que ni siquiera está prohibida por la norma. Toda tentativa inidónea es, según Binding, un delito putativo. "Todas las acciones a las cuales les falte tan sólo alguna característica (del delito) no están prohibidas por la norma".

Entre la tentativa imposible y el delito putativo, existen diferencias: "hay delito putativo cuando el agente juzga el hecho de modo exacto, pero cree erróneamente que su ejecución es punible; en la tentativa imposible el agente considera de modo exacto que el hecho que aspira a realizar es punible, pero yerra en cuanto a la posibilidad de poder realizar el delito con el medio empleado o sobre el objeto propuesto; en este error se refiere a alguno de los elementos objetivos que integran el tipo delictivo (el agente toma por vivo un hombre muerto y dispara), en aquél el error no se refiere a la tipicidad sino a la antijuridicidad. Algunos autores distinguen entre delito imposible y tentativa inidónea. El primero comprende los supuestos en que la idoneidad reside en la inexistencia o inidoneidad del objeto del delito; la tentativa inidónea comprende los casos en que la imposibilidad de la consumación se encuentra en el medio empleado."²⁰⁹

El delito putativo es un delito imaginado por el sujeto que cree realizar un acto injusto contrario a derecho, en circunstancias que no existe tal contrariedad. Incurrir en un error de prohibición al revés: actúa con pleno conocimiento de los elementos objetos de su acción, sabe claramente lo que en la materialidad hace, su confusión incide en la valoración que hace de ese acto, lo supone ilícito siendo que no lo es. En esencia, tiene un errado concepto de la

²⁰⁹ Farre Trepas Elena, Op. Cit., pág. 348.

antijuridicidad de su conducta. “El delito imposible o tentativa inidónea absoluta es una situación diversa: cuando el sujeto actúa cree que concurren un elemento del tipo penal que en la realidad no existe, sea porque el medio empleado es totalmente inadecuado o porque no hay objeto que agredir.”²¹⁰

De modo que habría delito putativo o imaginario si el sujeto supone que su acción es apta para cometer el hecho a pesar de ser absolutamente inidónea al efecto (pretender matar con maleficios), o dirige su actuar en contra de un objeto inexistente (disparar con el fin de matar, en contra de una persona muerta).

Es posible realizar el hecho descrito en la figura típica, con el propósito de alcanzar el resultado final, pero éste no lograrse, ya sea porque se esté empleando un medio idóneo para llegar a él, “o bien porque el objeto sobre el cual recae la acción no es susceptible de recibir el daño propuesto por el autor.”²¹¹

Es preciso aclarar que para que la tentativa resulte imposible, es necesario que el medio empleado sea absolutamente inidóneo, y el objeto, absolutamente inepto para recibir el daño o amenaza de daño. Si el medio utilizado era esencialmente idóneo, pero su inidoneidad resulta de la cantidad o del modo empleados, no es posible deducir de esto que se trata de un medio inidóneo, y habrá tentativa.

No puede surgir responsabilidad penal alguna respecto de este supuesto, porque la imaginación del auto no puede fundar la antijuridicidad. La completa captación de una conducta no punible como penalmente prohibida, no fundamenta tentativa alguna. En este tipo de ilícito no basta que la persona crea que está realizando un hecho castigado con una pena para que de él se deriven consecuencias penales. Es delito imaginario el que tiene lugar cuando el autor yerra creyendo que su conducta está prohibida por una norma y no lo está, como, por ejemplo, cuando cree que están penadas las relaciones homosexuales; cuando el sujeto cree que actúa

²¹⁰ Garrido Montt Mario, Op. Cit., pág. 292.

²¹¹ Ferreira D. Francisco José, Op. Cit., pag. 229.

típica y antijurídicamente, pero la ley que establece la tipicidad es declarada inconstitucional, etc. La carencia en la tipicidad objetiva de la tentativa deviene de que todavía no se llegó a ella, pero no de que no existen los elementos requeridos para llegar a la misma. La suposición de un deber es, en realidad, la suposición de una antijuridicidad que no existe y, por lo tanto, es la suposición de un delito que no existe. Este supuesto, en consecuencia es el de un delito putativo.

El delito imaginario nunca se puede relevar, aún cuando se trate del caso de un “error de prohibición al revés” que, por efecto de un error de la apreciación de la situación objetiva, dé por resultado que en realidad se cometa una acción típica. Este sería un caso de doble error, en que el sujeto conoce la antijuridicidad de su acción, pero cree que está realizando una acción distinta de la que realmente realiza. Por consiguiente, no podrá reprochársele la realización de una acción cuya antijuridicidad no comprendió, fundando el reproche en que comprendió la antijuridicidad -sólo imaginada por él- de una acción que también se imaginó cometer pero que no cometió.

El delito putativo se puede distinguir con la tentativa inidónea o delito imposible, en el sentido de que el delito imaginario es un “error de prohibición al revés”, en tanto que la tentativa inidónea es un “error de tipo al revés”, pero respecto de cierto elemento del tipo objetivo y no de cualquiera. Los casos auténticos de delito putativo, son aquellos en los cuales media un error acerca del contenido del derecho. “Es sumamente común que la doctrina distinga al delito imaginario o putativo de la ausencia de tipicidad, que tiene lugar en el caso en que falta algún elemento del tipo además de los que deben faltar por la simple circunstancia de configurar una tentativa y no un delito consumado. En este caso -como es el de quien quiere matar a un muerto- no hay tipicidad de tentativa, de modo que se trata de una ausencia de tipo.”²¹²

²¹² Zaffaroni Eugenio Raúl, Op. cit., pag. 467.

En los delitos putativos, existe un error que no se refiere a la tipicidad del hacer, sino exclusivamente a la antijuridicidad. El autor considera su hacer, reconocido correctamente en sus características materiales, erróneamente como antijurídico (error de prohibición al revés). Otro caso de delito putativo es la supuesta lesión de un deber jurídico especial del autor, no existente. Sólo puede cometer un delito aquella persona que le incumbe realmente el deber, ejemplo: soldados, médicos, abogados, etc.

En realidad, la imposibilidad de delito que no es una tentativa inútil es una forma de "error de tipo al revés", pero es necesario advertir que hay un error de tipo en cualquier tentativa, sólo que en la tentativa se opera la inversión de un error sobre la causalidad y en la ausencia del tipo se invierte un error sobre cualquiera de los restantes elementos del tipo objetivo. En efecto: la tentativa (idónea o inidónea), el sujeto siempre quiere el resultado y la causalidad se desvía de lo previsto en forma que no puede terminar la conducta o causar el resultado. Es una inversión del error de tipo en la forma del error sobre la causalidad, porque en éste la causalidad se desvía en forma que da lugar a la tipicidad objetiva, pero elimina la tipicidad subjetiva. En la imposibilidad del delito por ausencia de tipo lo que se invierte es un error sobre el objeto, sobre el sujeto pasivo, sobre la propia calidad del sujeto activo, sobre las circunstancias, etc., que el autor imagina, pero que no existen más que en su imaginación. Esta es precisamente la ausencia de tipo, o sea, la inversión del caso en que el autor ignora cualquiera de esos elementos cuando están dados en la realidad. La distinción entre la ausencia de tipo y el "delito imaginario" (o delito putativo) es, en principio posible, puesto que la ausencia de tipo sería una inversión del error de tipo que afecta cualquiera de los elementos del tipo que no sea la causalidad, en tanto que el delito imaginario sería una inversión del error de prohibición. No obstante, "tan imaginario es el delito en uno como en otro caso. No hay delito más que en la imaginación del autor, cuando supone que se lleva el paraguas ajeno y se está llevando el propio. Si hay general acuerdo en que la falsa creencia acerca de la antijuridicidad no puede fundar un injusto, no vemos en qué puede fundarse la tipicidad de la conducta que

sólo existe en la imaginación del autor: no puede afirmarse que la imaginación de la tipicidad pueda fundar un injusto.»²¹³

Los esfuerzos por distinguir ambos supuestos imaginarios son ingentes, pero no puede extraerse de ellos ninguna consecuencia práctica. Otto, por ejemplo, afirma que _en la tentativa inútil el autor yerra sobre facticidades o sobre conceptos jurídicos no pertenecientes al derecho penal, cuya existencia real correspondería a un tipo dado. En el delito imaginario, el autor conoce exactamente el contenido real efectivo, pero supone erróneamente que esta realidad configura un delito cometido a pena, es decir que yerra sobre lo que determinado tipo somete a pena.

En la llamada “inidoneidad del objeto” no es posible hablar de tentativa, puesto que ella requiere el comienzo de ejecución de un “delito”, es decir, de una tipicidad objetiva y no comienza a ejecutarse ninguna tipicidad objetiva cuando no hay objeto idóneo, sin que interese si esa inidoneidad es “fáctica” o “jurídica”: no comienza ninguna tipicidad objetiva quien pretende hacer abortar a una mujer que no está embarazada, ni tampoco el que se apodera de una cosa propia. La inidoneidad del autor, se da cuando un sujeto comienza a ejecutar lo que cree que es un delito, pero no lo es porque el tipo requiere cierta calidad en el autor que él no posee, no está comenzando la ejecución de ningún delito. En la tentativa inidónea siempre también ha de existir objetivamente un principio de ejecución, esto es, la acción tiene que representar, si fuera idónea, un principio de ejecución. Ejemplo: Si la embarazada compra un té inofensivo en la creencia que es un medio abortivo, se está ante una acción preparatoria. La tentativa empieza, como un medio idóneo, en el momento de tomárselo.

En la tentativa inidónea, “el autor cree que se da una característica que en realidad no existe, del tipo objetivo de lo injusto (error de tipo invertido). En el delito putativo, el autor cree erróneamente que su conducta cae bajo una norma prohibitiva, la que sólo existe en su

²¹³ Ibidem.

imaginación o que extiende excesivamente en perjuicio suyo a causa de una interpretación falsa (error de prohibición, de subsunción o acerca de la punibilidad invertido).”²¹⁴

Se presentan casos de delito putativo especialmente: cuando alguien cree que su conducta (ejemplo, amor lésbico) infringe disposiciones penales que en realidad no existen (error de prohibición invertido); cuando considera que su conducta, justificada por legítima defensa, es punible, porque ignora, en perjuicio suyo, los límites de la legítima defensa, por ejemplo, si cree que ésta sólo está permitida para proteger el cuerpo o la vida y no también valores materiales (error de permiso invertido); cuando, conociendo plenamente la situación del hecho y el significado concreto de todas las circunstancias del hecho, ignora, por interpretación errónea, una norma que se dirige contra él mismo y extiende excesivamente, en perjuicio suyo, su ámbito de aplicación: es el caso, por ejemplo, de creer que son documentos falsificados aunque se sepa que les falta determinación probatorio y que no existe un librador (error de subsunción invertido); cuando considera que su conducta es punible, porque no está enterado de la existencia de una causa personal de exclusión de la pena de carácter político-criminal que interviene en su favor, coito entre parientes (error acerca de la punibilidad invertido).

La teoría señaló que existía otro tipo de tentativa, que lo es la irreal, debido a que, según la teoría subjetiva, la idoneidad objetiva de la acción no tiene ninguna relevancia para la determinación de la punibilidad de la misma en todos aquellos casos en que la acción es subjetivamente idónea, es decir, es idónea desde el punto de vista del autor para producir el resultado perseguido. Aquel que quiere envenenar a alguien con azúcar, sabiendo que lo es, o bien quién quiere matar a su enemigo clavando agujas en un muñeco que lo representa, en estos casos se ha manifestado externamente la voluntad de lesionar un bien jurídico. Sin embargo, muy pocos autores han aceptado esta consecuencia. También se le conoce como “Tentativa supersticiosa”. En este no se trata de una tentativa que obedece a un error grosero del autor

²¹⁴ Wessels Johannes, Op. Cit., pág. 181.

acerca de la idoneidad de su comportamiento en el momento de emprender la conducta, sino de un caso en que no comienza la ejecución del hecho directamente, porque cree que se vale de fuerzas cuya existencia no puede comprobarse científicamente y que, por consiguiente, debe tenerse por no existentes. “La tentativa no es un simple error en la causalidad, sino que es la creencia en una causalidad que no es admisible en forma verificable. Aquella persona quien se vale de espíritus y formas de pensamientos mágicos, totalmente imaginarias, no puede decirse que comienza la ejecución.”²¹⁵

Ya que el derecho penal exige un mínimo de idoneidad objetiva y abstracta en el medio, pues de lo contrario se caería en lo absurdo. Debe dejarse bien claro que la tentativa irreal es aquella que únicamente pretende valerse de “medios o influencias absolutamente inexistentes conforme al conocimiento científico”, en tanto que la tentativa inidónea es cuando “el autor supone erróneamente fuerzas reales y con su ayuda quiere realizar el tipo”, como por ejemplo, cuando se atribuye a una substancia una calidad abortiva que no tiene. Faltan aquí los presupuestos del dolo y del tipo y, por consiguiente, “una decisión de realizar el hecho” penalmente relevante.

7.- DESISTIMIENTO

El desistimiento “es la cesación voluntaria, de parte del sujeto, de la realización de la acción que ya había iniciado (desistimiento propiamente tal); puede asimismo el desistimiento consistir en que el autor impida la consumación del hecho por la realización ya realizada por él (desistimiento eficaz o arrepentimiento).”²¹⁶

²¹⁵ Zaffaroni Eugenio Raúl, Op. Cit. pág. 477.

²¹⁶ Garrido Montt Mario, Op. Cit., pág. 278.

“Habrá desistimiento siempre que el autor, una vez iniciada la ejecución, por su voluntad no consumare el hecho.”²¹⁷

El desistimiento libera de pena al sujeto por lo ya hecho, salvo que la parte de acción llevada a cabo hasta el momento del desistimiento constituya por sí misma un delito autónomo (el homicida alcanzó a herir a su víctima, pero al verla tan indefensa, abandona su propósito de matarla; en esta hipótesis no podrá castigarse la tentativa de homicidio, pero sí las lesiones que el autor materialmente infirió). El desistimiento es cuando el sujeto activo suspende espontáneamente los actos tendientes a cometer el delito o impide su consumación, no se le castiga. Más modernamente, se ha entendido que se trata de un caso de eliminación de la pena fundado en la circunstancia de que el autor, con su desistimiento, ha demostrado que su voluntad criminal no era suficientemente fuerte o intensa, por lo que, tanto, desde el punto de vista preventivo especial como preventivo general, la pena aparece como innecesaria.

El fundamento del desistimiento, la más antigua fundamentación es la denominada teoría de la política criminal, llamada también teoría del premio, que evoca Feuerbach. “Según esta posición la ley ha querido crear un motivo para que en vista de la eximición de la pena el autor desista de su hecho. Muchos autores han seguido esta posición recordando la frase de Von Liszt de que la ley otorgaba “un puente de oro”, al delincuente que se retiraba de la comisión del delito. La teoría ha sido criticada por M. E. Mayer en el sentido de que, en la medida en que la mayoría no tiene conocimiento de este “puente de oro”, mal puede constituirse en motivo del desistimiento. La teoría de la culpabilidad de Welzel, decía que el fundamento del desistimiento reside precisamente en la reducción de la culpabilidad hasta lo insignificante. También encuentra aquí un lugar la idea de que el autor resulta menos culpable en la consideración global del hecho como consecuencia de una cierta compensación entre

²¹⁷ Malo Camacho Gustavo, Tentativa del delito, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, México 1971, pag. 160.

un disvalor inicial del auto y un acto posterior positivo, aunque esto sólo debería dar lugar a una atenuación de la pena y no a su exclusión total.”²¹⁸

Para determinar su naturaleza jurídica varios autores españoles sostienen que el desistimiento es una causal de atipicidad; Eduardo Novoa lo califica como elemento negativo del tipo, o sea un elemento que necesariamente no debe concurrir para que se pueda calificar de tentativa una actividad determinada. Sin embargo no se puede considerar como causal de atipicidad de la tentativa desistida, porque aceptar lo anterior importaría aceptar que también la tentativa en sí constituye un tipo independiente al tipo consumado. Existen tendencias hoy en día a calificar el desistimiento como una circunstancia personal que tiene efecto marginador de la pena, no con fundamento en la teoría del delito, porque desde esa perspectiva no se puede explicar, sino por razones de política criminal, ya que la sanción dejaría de tener justificación desde la perspectiva de la prevención especial, como también de la general; además, el autor se hace merecedor del perdón de la pena que corresponde a su acto -el ya realizado-, por haber regresado al campo del derecho por su propia voluntad.

Para Latagliata hay en el desistimiento una atipicidad, pero por ausencia de dolo. Afirma Latagliata que siempre es el último acto “el que debe ser querido para que pueda configurarse el delito doloso: es esto lo que hace de una acción un hecho incriminado a título de dolo. Cuando el último acto no se cumple con la intención de causar el evento criminal, sino, por el contrario, con la voluntad de cesar de la realización proyectada, el comportamiento no corresponde al tipo de conducta incriminada a título de dolo, porque el mismo momento

²¹⁸ Bacigalupo Enrique, Manual de Derecho Penal Parte General, Ed. Temis S.A., Segunda reimpresión, Bogotá-Colombia 1994, pág. 174.,

esencial para configurar el modelo legal, se comete no sólo sin la intención de realizar el evento, sino con una determinación volitiva contraria.”²¹⁹

El desistimiento “es la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado.”²²⁰

El desistimiento debe ser voluntario o libre, es decir que el sujeto haya actuado con un ámbito de autodeterminación de considerable amplitud. Frank dice: hay desistimiento voluntario cuando el autor se dice “no quiero, aunque puedo, y no existe si dice “no puedo, aunque quiero”. Sin embargo no cualquier “no puedo” excluye la voluntariedad, porque la falta de valor del agente también es un “no puedo” y no puede afirmarse en ese caso que el desistimiento no sea voluntario. por otra parte, más bien parece una fórmula que sirve para determinar cuándo la tentativa está fallida que para averiguar cuándo el desistimiento es voluntario. Por ello el desistimiento implica interrupción del proceso ejecutivo (tentativa inacabada) y voluntariedad de la decisión de abandonar la ejecución de los actos futuros, pero próximos y necesarios para arribar el resultado. Una de las características del desistimiento es que es voluntario en la decisión de abandonar la ejecución de los actos futuros, pero próximos y necesarios para arribar el resultado. En el desistimiento la voluntad del autor es esencial, pues es esta el factor interruptivo del proceso de la ejecución material y por ende del resultado. El desistimiento presenta los siguientes elementos: a) una voluntad inicial respecto al resultado; b) un comienzo de ejecución del delito; c) una voluntad subsecuente, libre y espontánea de desistir de la ejecución; d) interrupción del proceso ejecutivo, y e) No verificación del resultado.

Desistir es abandonar espontáneamente la actividad típica mientras aún está en la etapa de ejecución; el sujeto, de propia voluntad, interrumpe la continuación de la actividad personal que él requiere realizar para que se verifique el hecho. De suerte que sólo puede haber

²¹⁹ Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, parte General, T. IV. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor., Primera Edición en México 1988, pág. 480.

²²⁰ Pavón Vasconcélos Francisco, Breve Ensayo sobre la Tentativa, . Ed. Porrúa S.A., México 1989, pag. 101.

desistimiento cuando el delito, para consumarse, es susceptible de una actividad fraccionable en el tiempo, (el malhecho escala la reja que protege la casa donde pretende robar, pero una vez que lo ha salvado, se desiste de cometer el delito y vuelve a salir sin sustraer bien alguno).

En caso de desistimiento voluntario en el momento de la tentativa, se dijo “que el agente no es punible porque con su conducta anula su propia voluntad y su actividad criminal, pero el fundamento de semejante impunidad se halla en claras razones de política criminal, en la conveniencia de proporcionar motivos al agente para que abandone su empresa criminal (a enemigo que huye puente de plata).”²²¹

El abandono voluntario del hecho delictivo, como sostuvo la escuela clásica, constituye realmente una negación del delito, pues la actividad criminosa queda negada por aquella otra actividad que impide la violación del derecho, por lo cual ya no es precisa la negación del delito que constituye el hecho social de la pena, y por otra parte, el desistimiento voluntario es también una manifestación de falta de peligrosidad en el agente o de su menor peligrosidad. Sin embargo, el que desiste por propia voluntad debe responder de los hechos punibles realizados hasta el momento en que desistió del delito.

La ley habría querido crear un incentivo al autor para que no dejara que el hecho iniciado llegase hasta el resultado, construido al autor “puente de oro para la retirada”. La ley premia con libertad el mérito del desistimiento, que lo considera como un retorno a la vida socialmente correcta equilibrada en parte el disvalor de la acción y la culpabilidad de la tentativa, así como la influencia negativa del autor sobre la conciencia jurídica de la comunidad, de suerte que puede negarse la necesidad del castigo de la tentativa. No es compatible con este criterio la opinión sustentada por la “teoría del fin de la pena”, según la cual, en caso de que el desistimiento sea espontáneo, no es necesario castigar la tentativa por razones preventivas generales o preventivas especiales.

²²¹ Cuello Calón Eugenio, Op. Cit., pág. 649.

Es obvio que el desistimiento no puede ser de otra cosa que de una tentativa, pero ello requiere algunas aclaraciones. Si bien está demás insistir en que no puede haber desistimiento alguno cuando la tentativa ha desaparecido porque se han completado los requisitos del tipo objetivo, no sucede lo mismo en el caso que la tentativa ha cesado porque se hace inconcebible el dolo, que es el supuesto que se da cuando la tentativa está fallida, al menos en la representación del autor. La tentativa sea idónea o inidónea, podrá desistirse, siempre que el autor no haya reconocido su inidoneidad. Cuando el autor ha reconocido su inidoneidad de la tentativa, el desistimiento no puede acarrearle la impunidad, puesto que llevar adelante la conducta representaría para él una necesidad. Ejemplo: La tentativa será fallida cuando el sujeto conozca, no sólo que su comportamiento no es idóneo para la consumación, sino también cuando conozca que el objeto al que quería alcanzar tampoco es idóneo o se haya vuelto inidóneo en el curso de la tentativa. Habrá una tentativa fallida de secuestro cuando la víctima muera durante la misma, a partir del momento en que el autor se percató de la muerte no se concibe el dolo de privar de la libertad, de modo que no puede haber desistimiento de tal conducta.

Desde el punto de vista legal, la regulación del desistimiento por el mismo legislador pone de relieve que se acepta como voluntad delictiva también aquella que no es absolutamente irrevocable. Ya que el autor puede abandonar la ejecución del delito en algún momento de la comisión del mismo, lo cual es considerado como desistimiento y no como irresolución, es que también puede comenzar la ejecución del delito con una voluntad de ejecución que no sea del todo firme, ni tampoco irrevocable. En la tentativa resulta esencial que el delito no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad. En el desistimiento, en cambio, resulta esencial que el resultado no se produzca por su voluntad.

El desistimiento procede en la tentativa propiamente tal; el arrepentimiento en el delito frustrado, desistirse de continuar con la acción cuya realización comenzó, o arrepentirse de la ejecución que ya ejecutó y terminó, pero que aún no ha alcanzado a consumir el delito por no

haber provocado el efecto esperado. El desistimiento es voluntario cuando una nueva y libre decisión del agente es causa determinante de la inconsumación del delito, pues opera como obstáculo interruptivo del proceso causal. Frank tenía una fórmula clara y elocuente: el desistimiento es voluntario cuando el sujeto no quiso llegar hasta el fin, aunque pudo hacerlo; no es voluntario cuando no pudo llegar hasta lo último, aunque quiso llegar. El arrepentimiento es voluntario cuando el agente, después de haber realizado todos los actos que debieron producir la consumación del delito, impide por actos posteriores propios o ajenos impulsados por él, la producción del resultado típico. El arrepentimiento sólo puede darse en los delitos materiales, esto es, en aquellos delitos que para su integración requieren un resultado fenoménico. El móvil que determina el desistimiento o el arrepentimiento, puede el sujeto ser impulsado por inquietud o pesar de conciencia, repugnancia ante su propia obra, miedo a ser descubierto, temor a la pena e insatisfacción acerca de lo que obtendría consumado el delito. Lo que importa es que el agente decida por su propia voluntad paralizar la ejecución o impedir la causación del resultado que debería producirse a consecuencia de su conducta. El desistimiento debe ser espontáneo, es decir que no debe estar provocado por motivos forzosos; debe surgir de un motivo autónomo, no siendo necesario que se éticamente valioso (por ejemplo, remordimientos, arrepentimiento, vergüenza, piedad para con la víctima, conmoción espiritual).

“Es fundamental en el desistimiento que el sujeto activo abandone la realización de la acción que ha iniciada; hay abandono cuando el sujeto cesa subjetiva y objetivamente en su actividad, quedando otros actos que realiza por el mismo para poner término a la ejecución. El principio a seguir en esta materia consiste en que la voluntaria interrupción de la ejecución del hecho debe constituir, en la realidad material, el impedimento de su consumación.”²²²

²²² Garrido Montt Mario, Op. Cit., pág. 282.

El desistimiento “debe ser espontáneo (voluntario), se ha preferido emplear la voz “espontáneo” en lugar de “voluntario”, para precisar mejor la noción, pues como el delincuente abandona la continuación de la acción iniciada porque la policía se acerca, lo hace también voluntariamente, pero esta dejación de la ejecución no importa un desistimiento liberador de pena. El sentido que debe darse a la exigencia de que el abandono sea voluntario lo ilustra la fórmula empleada por Frank. Si el sujeto se dice: no deseo llegar al final, aunque podría lograrlo, el desistimiento es voluntario; es involuntario cuando piensa; aunque deseo continuar con la acción, no es posible que alcance mi objetivo. De modo que el abandono será espontáneo si el sujeto está en posibilidad de escoger con cierta libertad entre continuar o no con la ejecución.”²²³

Así mismo el desistimiento de parte del sujeto debe subjetivamente tener la voluntad de abandonar de manera definitiva la ejecución del delito.

De lo anterior podemos concluir que el desistimiento presenta presupuestos objetivos y presupuestos subjetivos. a) presupuesto objetivo del desistimiento es que se trate de una tentativa, puesto que habiendo consumación no puede haber desistimiento; b) presupuesto subjetivo, se deriva al igual que el objetivo, que haya tentativa. Y hay tentativa mientras se mantiene el dolo, es decir, la voluntad realizadora dirigida hacia el fin típico. Deja de haber tentativa y por consiguiente, no puede haber ya desistimiento, no sólo cuando el tipo objetivo se cumple, sino también cuando desaparece el dolo del delito, lo que acontece cuando el sujeto toma conocimiento de que su tentativa está fallida.

No será punibles, dentro de la redacción del precepto, aquellas tentativas en las cuales el resultado no se produce en virtud del propio desistimiento, o cuando por la actividad voluntaria del autor, a tal fin, se impide la consumación del delito a pesar de haberse realizado todos los actos de ejecución.

223 Ibidem.

Respecto al desistimiento considerado como una atipicidad sea objetiva o subjetiva, y como una inculpabilidad, hacemos objeciones, respecto a la atipicidad yace con la imposibilidad de que el desistimiento tenga la virtualidad de dejar atípica una conducta que ya era típica. Si el comienzo de ejecución es objetiva y subjetivamente típico, no se comprende cómo un acto posterior pueda eliminar lo que ya se afirmó como prohibido, situación que resulta sumamente parecida a la del consentimiento subsecuente. Y respecto a la inculpabilidad, no se comprende cómo un motivo posterior puede cancelar la reprochabilidad de la parte de conducta ya realizada.

Requisitos del desistimiento en la tentativa inacabada: la omisión de la continuación en la realización de las acciones tendientes a la consumación; b) la voluntariedad del desistimiento. En general, se acepta que la voluntariedad puede ser analizada en base a la fórmula de Frank "no quiero, aunque puedo" (voluntario); "no puedo, aunque querría" (no voluntario).. En principio el desistimiento es voluntario en la medida en que provenga de la propia decisión del autor y no de circunstancias exteriores. El desistimiento voluntario es posible en la tentativa inidónea, en tanto el autor no conozca la inidoneidad. c) el desistimiento debe ser definitivo.

Se hace evidente que la imposibilidad de que una etapa posterior cancela la tipicidad o la culpabilidad que ya han sido afirmadas para una etapa anterior, lleva a buscar la naturaleza del desistimiento en una problemática que está fuera de la teoría del delito, es decir, en la teoría de la coerción penal. Se trata a nuestro juicio, de una causa personal que cancela la punibilidad del delito, pero que no afecta ninguno de sus caracteres, que permanecen completamente inalterados. Como consecuencia de la naturaleza jurídica que damos al consentimiento, los participantes no se benefician con el desistimiento del autor, salvo que ellos mismos desistan.

La impunidad del desistimiento no puede tener otro sentido que el de una renuncia hecha por el derecho en razón de que el mismo hace desaparecer el peligro creado por la tentativa y, al mismo tiempo, cancela en el caso concreto la impresión amenazadora que la tentativa presenta. Cuando el propio autor es el encargado de cancelar el avance de las etapas

previas hacia la consumación, queda de alguna manera compensada la amenaza que la acción de tentativa importa. Esto no explica que la acción quede atípica, pues la amenaza al bien jurídico, aunque sea compensada por el desistimiento, ya se dio en el tiempo y, por consiguiente, el injusto no puede desaparecer en función de un advenimiento posterior. De allí que el único camino sea la impunidad por la vía de una causa personal de cancelación de la punibilidad, cuya naturaleza última es una suerte de gracia concedida por la Ley al hombre que desiste, como premio al desistimiento. Algunas de las razones que avalan la impunidad en el desistimiento son: a) que el derecho penal no quiere colocar al autor en la disyuntiva entre la pena de la tentativa y la del delito consumado, estimulándolo en cualquier momento para que desista. b) que en la mayoría de los casos, el desistimiento demuestra por sí mismo que la pena se hace innecesaria. Al respecto ya Liszt y Feuerbach, señalaban en sus tesis, que la impunidad constituye un estímulo permanente que mantiene la ley hacia el autor para que desista, es decir que, en cualquier momento anterior a la consumación, la ley le tiende al autor un “*punte de oro*” para que en toda instancia evite el resultado sin que ello le acarree consecuencias. Róxin, consideraba que el desistimiento demuestra que se ha alcanzado *el fin de la pena*, sin necesidad de aplicar la misma. La liberación de la pena por desistimiento de la tentativa sólo se obtiene si el hecho no está consumado, o sea, si no está realizado completamente el tipo objetivo de lo injusto.

El desistimiento deja impune la tentativa- es “voluntario” en la terminología legal- cuando no está fundado en la representación de una acción especial del sistema penal y no está coaccionado por un tercero. Verbigracia: Cuando el coautor se arrepiente y amenaza al otro para que no continúe adelante, el amenazado no desiste voluntariamente. El desistimiento debe entenderse que es voluntario, únicamente cuando no se funda en la representación de una acción especial del sistema que pueda conducir a la punición o cuando el autor no actúa coaccionado pro otro, sin que sea menester, en modo alguno, que el autor se funde en normas éticas o morales; el desistimiento voluntario puede estar fundado en un puro temor a la pena o

en un cálculo especulativo (por ejemplo, que los beneficios que obtendría de abstenerse, son mayores que los que pueda reportarle el delito).

Un particular y complejo problema plantea la cuestión acerca de si puede desistir voluntariamente un inimputable. No hay cuestión alguna cuando el sujeto es inimputable al comienzo de la ejecución, porque en tal caso hay una inculpabilidad que elimina la delictuosidad de la tentativa, pero el problema se ofrece cuando el sujeto alcanza la inimputabilidad en el curso de la ejecución. Creemos que en tal estado no puede relevarse el desistimiento, puesto que el autor no se halla en situación de desistir "voluntariamente" en el sentido que da la ley aquí a esta palabra. Si el inimputable no tiene la capacidad psíquica para motivarse en la norma, tampoco la tiene para motivarse con la amplitud que la voluntariedad del desistimiento presupone. Por otra parte, en muchos casos puede ser más que dudoso que haya un verdadero desistimiento, pues queda abierta la posibilidad de que el sujeto quiera llevar adelante la acción en caso de retornar al estado de imputabilidad. El desistimiento es una excusa absolutoria personal y, por eso, obra sólo en favor del concurrente que se ha desistido en forma eficaz. Si el autor se desiste, no por eso quedará impune los partícipes. El partícipe, en particular, sólo quedará impune cuando todos desistan o cuando él evita el resultado o cuando, por lo menos, anula totalmente su contribución.

ARREPENTIMIENTO

El arrepentimiento se da en el delito frustrado o tentativa inacabada y tiene lugar en relación al delito frustrado, "cuando el sujeto ha realizado en su totalidad la actividad personal que le correspondía llevar a cabo para que el hecho se consumara, o sea cuando termina con su

acción, pero ésta requiere para perfeccionar el delito -además de la acción- el desarrollo de un proceso causal posterior o de la intervención de terceros para que el resultado se verifique.”²²⁴

Como en el delito frustrado el delincuente ha puesto de su parte todo lo necesario para que el hecho se consuma, esto es ha terminado su actividad personal, para que su arrepentimiento sea eficaz jurídicamente, debe realmente evitar el resultado de su actividad típica. La actividad de impedición del resultado puede ser realizada tanto personalmente por el sujeto activo (luego de haber engañado a la víctima, que ingiere el veneno que le preparó, se arrepiente y le suministra un antídoto que evita su muerte), como por terceros a requerimiento del propio delincuente, al arrepentirse el sujeto activo no cuenta con un antídoto, llama al médico para que se lo suministre). Además en el arrepentimiento debe existir la no producción del resultado por voluntad del sujeto y la acción evitadora que en sí es constitutiva de delito.

El arrepentimiento es voluntario cuando el agente, después de haber realizado todos los actos que debieron producir la consumación del delito, impide por actos posteriores propios o ajenos impulsados por él, la producción del resultado típico. “El arrepentimiento sólo puede darse en los delitos materiales, esto es, en aquellos delitos que para su integración requieren un resultado fenoménico.”²²⁵

Nada importa la índole del móvil que determina el desistimiento o el arrepentimiento; puede el sujeto ser impulsado por inquietud o pesar de conciencia, repugnancia ante su propia obra, miedo a ser descubierto, temor a la pena e insatisfacción acerca de lo que obtendría consumado el delito. Lo que importa es que el agente decida por su propia voluntad paralizar la ejecución o impedir la causación por propia voluntad paralizar la ejecución o impedir la causación del resultado que debía producirse a consecuencia de su conducta. El desistimiento se exterioriza generalmente en una inercia, ya que desistir implica un no hacer, excepto, como bien indica Vannini, en los delitos de comisión por omisión, y en aquellos otros en los cuales

²²⁴ Garrido Montt Mario, Op. Cit., pag. 284

²²⁵ Jiménez Huerta Mariano, Op. Cit., pág. 392.

una parte del proceso ejecutivo esta constituido por el despliegue de una energía mecánica o ha de ser realizado por el comportamiento inconsciente de una tercera persona, comprendida entre éstas la víctima designada, en los que ontológicamente ha de traducido en una actividad; en el arrepentimiento es necesario intervenir activamente. Más lo que, “en verdad, distingue el desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz no es la forma exterior del comportamiento en que se manifiesta la voluntad del agente de no consumir el delito, sino el momento en que dicha voluntad interviene: desistimiento voluntario, si interviene durante el iter criminis renunciado a completar o agotar la acción ejecutiva; el arrepentimiento eficaz, si interviene después del agotamiento de la acción ejecutiva logrando impedir el resultado de los delitos materiales, o sea, la consumación del delito.”²²⁶

Muñoz Conde afirma que no puede estimarse que el desistimiento o el arrepentimiento excluyan la tipicidad ni la culpabilidad, pues uno y otro tiene lugar cuando el injusto del conato o de la actividad preparatoria, con su específica reprochabilidad, han sido ya realizados.

8.- DELITO FRUSTRADO

El delito frustrado, se define como la ejecución razonada y libre de un acto físico externo, simple o complejo, del cual deriva, de ordinario, un efecto injustamente nocivo para otro, llevada, en cuanto se pudo, al extremo al cual el accidente, o sea, el caso, impidió obtener ese efecto; y en cuánto, precisamente falta por accidente ese mismo efecto nocivo. Francesco Carrara, lo definía “como la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación de un delito, hecha con intención explícitamente dirigida a ese delito, pero no seguida del efecto querido, por causas independientes de la voluntad y de la manera de obrar del culpable.”²²⁷

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ Carrara Francesco, Op. Cit., pág. 272.

También Groizard señalaba: Hay delito frustrado, cuando consumada la acción subjetiva del delito, queda, sin embargo, sin realizar su acción objetiva. El jurista Cuello Calón señalaba, "hay delito frustrado cuando el agente ejecuta todos los actos propios y característicos del delito de modo que éste queda materialmente ejecutado, pero sin que el resultado responda a la intención de aquél por causas independientes de su voluntad, o, como dicen otros, cuando el agente ha hecho todo cuanto era necesario para su consumación sin que ésta llegue a producirse."²²⁸

Francesco Carrara, distinguía el delito en perfecto e imperfecto, decía que es perfecto cuando el hecho ha alcanzado su objeto jurídico, vale decir, cuando ha violado el derecho protegido por la ley penal que constituye la esencia del delito respectivo. Cuando el hecho no ha producido la violación del derecho, sino que solamente lo ha agredido y lo ha puesto en peligro, hay también delito, pero se llama imperfecto. La perfección del delito se determina por su naturaleza de ente jurídico. El delito imperfecto se subdivide en delito frustrado y delito tentado. Se dice que hay delito frustrado cuando el agente ha ejecutado todos los actos que eran necesarios para producir la deseada violación del derecho, pero no llega a producirla por un hecho fortuito, independientemente de su voluntad que ha impedido el resultado.

Se dice que una tentativa es "*frustrada*" cuando la acción emprendida para realizar el tipo penal no ha logrado su objetivo y el autor está seguro que no lo logrará, porque el resultado al que mira ya no puede lograrse en general o puede lograrse únicamente sobre la base de una nueva decisión de cometer el hecho o de una nueva tentativa. por ejemplo, si la caja de caudales que ha sido forzada está vacía, si el único tiro posible no ha alcanzado a la víctima o si el mecanismo detonante de un cuerpo explosivo instalado en el lugar del hecho falla al disparar.

²²⁸ Farre Trepas Elena, Op. Cit., pag. 256

Es la práctica de todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente. Romagnosi consideró "que para quien lo ejecuta, el delito frustrado se debe considerar como un verdadero delito consumado, exponiendo posteriormente. Se puede, pues, decir que el delito que llamamos frustrado está objetivamente consumado; es decir, que lo está relativamente al hombre que lo comete, pero no lo está objetivamente, es decir, en consideración al objeto contra el cual iba dirigido y a la persona que habría sufrido el perjuicio, tiene lugar siempre que no se haya producido el resultado del delito."²²⁹

Romagnosi consideró que para quien lo ejecuta el delito frustrado se debe considerar como un verdadero delito consumado, entendiéndose que el llamado delito frustrado esta subjetivamente consumado; es decir, que lo está relativamente al hombre que lo comete, pero no lo está objetivamente, es decir, en consideración al objeto contra el cual iba dirigido y a la persona que habría sufrido el perjuicio. Romagnosi fue de los primeros en establecer la distinción entre tentativa y frustración, fundándose en la diferencia existente entre ejecución subjetiva y objetiva. "En la tentativa, la ejecución resulta incompleta tanto subjetiva como objetivamente, mientras en el delito frustrado la acción es completa en el ámbito subjetivo pero incompleta en el objetivo, en virtud de la no verificación del evento por causas ajenas a la voluntad del actor." La ejecución puede ser subjetivamente completa y objetivamente incompleta o imperfecta, en cuyo caso se habla de delito frustrado. El jurista Eusebio Gómez, refiere que en la actualidad la distinción entre tentativa y delito frustrado carece de importancia, pues los códigos la hacen innecesaria al comprender, en un solo concepto (tentativa), lo antiguamente conocido como instituciones diversas de un mismo proceso ejecutivo. En el delito frustrado deben existir idoneidad de los actos, ya que a la falta de éstos se destruye el mismo, en la frustración el resultado es atribuible únicamente a caso fortuito.

²²⁹ Romagnosi Giandomenico, Genesis del Derecho Penal, Ed. Temis. Bogotá-Colombia 1956

La estructura típica del delito frustrado, comienza en la parte subjetiva del tipo, a ella pertenece la voluntad de cometer el delito, con los elementos subjetivos exigidos en cada figura delictiva, y la parte objetiva le pertenece la realización de todos los actos que deberían producir el delito, elemento diferencial con el delito intentado, así como la no producción del delito consumado, que constituye evidentemente la diferencia con la consumación, a menudo se exige la idoneidad de la conducta realizada para producir el resultado delictivo, así como la ausencia de un arrepentimiento eficaz. Deberán concurrir en la frustración todos los elementos subjetivos que caracterizan la concreta figura delictiva. Así por ejemplo, la madre que realiza todos los actos de ejecución necesarios para dar muerte a su hijo sin conseguirlo, cometerá un delito de parricidio frustrado si no concurre el ánimo de ocultar la deshonra, mientras que de concurrir éste los mismos actos objetivos darían lugar a un delito frustrado de infanticidio.

Nuestro código no hace distinción que recepta el código español entre “delito tentado” y “delito frustrado”, es decir, entre la tentativa que tiene lugar cuando el autor interrumpe su conducta y la que se produce cuando el autor acaba su conducta, pero no sobreviene el resultado típico. En nuestra Ley, además, todos los delitos dolosos, en principio admiten la tentativa, a diferencia de otras legislaciones en las que sólo la ley determina en qué casos la tentativa es punible.

Ciertamente, hay que concluir que en la frustración el autor realiza todos los actos que son necesarios para la consumación, en otras palabras es lo que llamamos tentativa acabada. La voluntad de ejecutar estos actos efectivamente manifestada equivale, pues, a la voluntad de consumación. El término de delito frustrado, según la teoría española se equipara a la tentativa acabada en nuestro derecho Mexicano, tal y como se encuentra consagrada en el Código Penal para el Distrito Federal, en su numeral 12.

9.- AGOTAMIENTO Y CONSUMACION

Para que un delito sea agotado “es menester, además, que el delito haya producido todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación y a los cuales tendía el agente, de modo que este no pueda ya impedir tales efectos.”²³⁰

Ejemplo: En la fabricación de moneda falsa, éste delito queda perfeccionado tan pronto como la falsa moneda es acuñada, pero que solo queda agotado cuando la moneda es puesta en circulación, porque el falsificador mismo, arrepentido, puede destruirla. Se define al delito consumado como la realización de todos los elementos, tanto los elementos objetivos como los subjetivos, del tipo del delito previsto en la parte especial. Sin embargo, de forma un poco más general, puede establecerse en virtud de las diferentes clases de tipos que se recogen en el Código Penal, que por ejemplo, los delitos de mera actividad se consuman con la sola realización de la conducta prohibida. En los delitos de resultado debe haberse producido, por el contrario, el resultado separado espacio-temporalmente de la conducta. En los delitos de lesión se requiere la lesión del bien jurídico protegido, en los delitos de peligro, el peligro actual. Los delitos de omisión propia se entiende que se consuma en el momento en que el sujeto deja pasar la última posibilidad de realizar la acción debida. La consumación del hecho no depende, pues, de si el autor ha conseguido la meta o el resultado propuesto. “La consumación es un concepto de naturaleza formal que se determina según la respectiva figura legal, con la realización de todas las características objetivas y subjetivas del tipo penal descrito en la parte especial. Por ello se diferencia de la consumación formal del delito la terminación del mismo, también denominada consumación material y en nuestra doctrina en alguna ocasión: agotamiento del delito.”²³¹

²³⁰ Carrara Francesco, Op. Cit., pág. 58.

²³¹ Farre Trepas Elena, Op. Cit., pág. 236.

Para delimitar la distinción entre consumación formal y terminación se ha puesto como ejemplo: la estafa, que se consuma formalmente tan pronto como mediante el doloso engaño adecuado se provoca un perjuicio en el patrimonio ajeno, pero se agota, o termina, solamente cuando el autor obtiene el beneficio que perseguía. La terminación, agotamiento o consumación material del hecho tiene lugar cuando el suceso ha encontrado su verdadera terminación, más allá del cumplimiento del propio cumplimiento del tipo, en especial cuando se han realizado eventualmente intenciones del autor unidas al hecho.

El delito consumado, es aquel que cumple con todas las condiciones subjetivas y objetivas enumeradas por la figura penal, aquel en que se da, por su integridad, el proceso conductual y material descrito por el tipo respectivo. La doctrina particularmente alemana, hace diferencia entre tipo “consumado” y “agotado”, en éste no sólo se cumple el proceso descrito por la ley, se llega más allá: en definitiva, se concreta la aspiración del autor propuesta por el tipo y que aquel debe perseguir, aunque no se exige que se materialice para consumir el delito. No se considera injusto y punible el resultado en sí mismo, sino una actividad humana que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, entendiendo tal la actividad en su concepción final, se concluye que lo desvalorado por el derecho es la acción. Ese desvalor no puede ser igual en el caso de la actividad terminada que cuando queda inconclusa, y en eso radica precisamente la diferencia entre frustración y tentativa propiamente tal: la primera corresponde a un comportamiento personal terminado por el sujeto activo, la segunda a una actividad incompleta, el autor no alcanzó a realizar aquello que personalmente y conforme a su plan debía ejecutar, le quedaron actor por hacer. Tanto el delito intentado, frustrado como el consumado tienen en común que en todos ellos para que existan, debe el autor iniciar la ejecución del hecho. El consumado se diferencia del intentado y frustrado en que el primero el resultado prohibido se produce, lo que nunca puede suceder en el intentado propiamente tal y en el frustrado.

La consumación, “acontece cuando se realiza la totalidad de los elementos del tipo del injusto de que se trate, esto es, no sólo la actividad o actividades descritas por él sino también y plenamente, el resultado típico, produciéndose, de modo completo, el desvalor global de la figura delictiva.”²³²

En aquellos delitos en los que la terminación se producen un momento distinto a la consumación la doctrina alemana clasifica:

a) La distinción entre la consumación formal y la terminación del delito reside en que, por razones político criminales, en estos la punición penal se adelanta a un momento anterior a la efectiva producción de aquello que se quiere evitar.

b) Un segundo grupo señala en el que la terminación del delito no coinciden con la consumación, la estructura de los tipos se desarrollan progresivamente a través de acciones u omisiones practicadas con el mismo dolo.

c) Aquellos casos en los que el resultado final o total del hecho se consiguen mediante acciones que no corresponden ya en sentido formal a la descripción del tipo.

d) la consumación se produce con el cumplimiento completo del primer tipo incluido en el conjunto. La terminación se produce con la consumación o bien con la terminación del último.

El delito consumado es siempre punible y en toda su extensión. Al respecto se distingue entre consumación formal y consumación material. Según el tipo de delito se determina cuándo un delito está formalmente consumado. El delito está consumado con el total cumplimiento del tipo. La ley establece preponderantemente la consumación en relación a la producción del resultado lesivo. Sin embargo, ella admite a menudo ya con anterioridad la consumación. La consumación se produce cuando se realiza plenamente el tipo penal. En los delitos materiales, la consumación se da cuando se produce el resultado y, con él, la lesión del bien jurídico

²³² Cobos del Rosal M. y Vives Antón T.S., Derecho Penal parte general, Ed. Tiran Lo Blanch, Tercera Edición, Valencia 1991 pag 558

protegido. En los delitos de simple actividad, cuando se han practicado todos los elementos del tipo. El llamado delito agotado se da cuando el sujeto, no sólo ha conseguido consumar el delito que se proponía cometer, sino que ha logrado también la finalidad última para la que se lo propuso.

A partir del momento en que tiene lugar la consumación, queda excluida toda punibilidad por tentativa. No obstante, no puede afirmarse que este momento sea invariablemente el que agota la ejecución del delito, porque no siempre la cumplimentación de todos los requisitos típicos importa que el autor haya logrado ya la finalidad que se proponía, sino que, frecuentemente, ésta se extiende en el tiempo más allá de este momento, sostenida durante ese tiempo -por supuesto- por la voluntad criminal del autor. De esta forma, es frecuente que la consumación formal y el agotamiento material se distancie, dando lugar a un período en que el delito está consumado, pero no está agotado. El delito se ha consumado cuando el autor ha concretado todas las acciones contenidas en el tipo, lesionando o poniendo así en peligro el bien jurídico tutelado.

Se hace evidente que el delito continuado, por ejemplo, la ejecución del mismo continúa mientras que mantiene el estado de permanencia consumativo del delito y, recién cuando éste cesa, puede afirmarse que el delito se halla agotado.

CAPITULO IV
TENTATIVA EN LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION

CAPITULO IV

1.- TENTATIVA EN LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION

El tipo penal de la Tentativa en los delitos de comisión por omisión, no es un tipo cuya conducta se encuentre descrita en un artículo del Código Penal específicamente, sino que dada su naturaleza ya que éste, es en sí, por ser la realización omisiva en parte o en su totalidad de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, se encuentra descrito no únicamente en un tipo penal básico, sino que deberá complementarse con la descripción de los actos ejecutivos la cual se encuentra descrita en el artículo 12 del la Ley Penal Sustantiva para el Distrito Federal. Así pues el delito a estudio, es de aquellos que adquiere complejidad dada su naturaleza jurídica del mismo, y dado que deberá tenerse muy presente que no se trata de un delito consumado, sino que se trata de un delito tentado. Se llama tentativa en los delitos de comisión por omisión, es la (omisión de intentar cumplir con el mandato de acción y dado a ello se produce un resultado material). La punibilidad de la omisión del intento de cumplir el deber sólo es punible si se toma en cuenta un punto de vista subjetivo, de acuerdo con el cual "la tentativa omisiva comienza y (acaba) en el {ultimo momento en que el obligado tendría que haber realizado eficazmente la acción según su representación.

2.- ELEMENTOS DEL TIPO

a) CONDUCTA (comisión por omisión)

Para poder determinar la conducta que realiza el sujeto activo en la tentativa de un delito de comisión por omisión, se debe partir primeramente que en el delito de omisión, "la

conducta que realiza el sujeto es la acción esperada que a omitido emprender. Porque no ha emprendido esta acción que de él se esperaba, es por lo que es punible, siempre que esa acción esperada le sea exigible”²³³.

Es así que en los delitos de comisión por omisión, “la conducta realizada por el activo del delito es aquella no realización esperada y exigida”²³⁴.

La cual produce un resultado no solamente típico sino que además material, pues causa un cambio en el mundo externo, pero cuya conducta no realizada (acción esperada) sea impuesta como deber de obrar y de abstenerse. Por ello mientras en los tipos penales de acción individualizan la conducta prohibida a través de su descripción, “los tipos omisivos, en cambio, exigen ser descritos señalando la conducta debida y, consecuentemente, estableciendo la prohibición de realizar cualquier otra conducta que sea diferente de la expresamente ordenada. ejemplo: en el delito de omisión de auxilio, se describe la conducta que se ordena, prestar el auxilio necesario y, como consecuencia, se prohíbe realizar cualquier otra conducta que no sea precisamente lo que se esta ordenando.”²³⁵

En el delito de comisión por omisión el sujeto activo debe guardar una calidad respecto al bien jurídico, es decir deberá tener la calidad de garante, y en base a ésta debe dejar de hacer lo que se le ordena, violando con ella normar preceptivas y prohibitivas, causando un resultado material. La tipicidad así conformada, considera como elemento objetivo la existencia de la descripción típica de la conducta que se ordena. El delito omisivo, comportamiento omisivo típico u omisión típica, se conforma con la exteriorización de voluntad en un sentido distinto al previsto y ordenado por la conducta prevista en el tipo que ordena la omisión. Como delimitación, sólo requiere que la misma sea físicamente posible, para que se de la violación al

233.- Jiménez de Asúa Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1989, pag. 216.

234.- Porte Petit Candaudap, Op. Cit., pag 247.

235.- Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Primera Edición 1997, Porrúa S.A. México 1997, pag. 455.

deber omisivo, que constituye la lesión al bien jurídico protegido que, a su vez, conforma el delito omisivo; en cambio, si la conducta ordenada no existe, es evidente que no es posible cumplirla y por lo mismo el delito no se presenta. De lo anterior podemos concluir que en la tentativa de los delitos de comisión por omisión, la conducta consistirá en que la resolución de cometer un delito se exterioriza, omitiendo (dejar de hacer) en parte o totalmente los actos que deberían evitar el resultado, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente: Ejemplo: en el supuesto de que la madre no amamantara a su menor hijo, éste podría perder la vida, sin embargo al omitir los actos que deberían producir el resultado de privar de la vida al pequeño, no se consuman por causas ajenas a la voluntad de la madre, toda vez que una tercera persona se percatara de tal situación y da alimento al menor salvándole así la vida, en este caso se produciría una tentativa de Homicidio por omisión, ya sea que en el ejemplo en concreto la madre realizara totalmente o en parte los actos ejecutivos que deberían producir la muerte del menor. Por ello la conducta en los delitos de tentativa de comisión por omisión, depende del tipo básico en el cual se puede dar lugar a una omisión y la causación de un resultado no solamente típico sino material, traducéndose así en la resolución de cometer un delito, omitiendo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían evitar el resultado, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

b) LESION AL BIEN JURIDICO O PUESTA EN PELIGRO

En toda tentativa, la tipificación se funda en que la conducta amenaza al bien jurídico, es decir, en que la conducta es temible porque es la amenaza de un mal. Carrara sometía a pena un hecho incompleto diciendo que si éste no se consumó, el derecho tutelado no alcanzó a lesionarse. Pero que si se le hizo correr un riesgo, el daño lo amenazó injustamente, y ello debía ser castigado como una tentativa de cometer delito. “Recordemos que Carrara también distinguía dos tipos de riesgo o peligro, el peligro corrido y el peligro por correr, el primero

consistía en los hechos ejecutados por el agente que se colocan en una posición tal frente al derecho tutelado, que constituyen un riesgo o amenaza de próximo o directo e inmediata para él, porque solo entonces serán inequívocos, puesto que con ellos se pretende un daño, con los actos que hasta ese momento se han ejecutado. En cambio los segundos, son los actos que podrían realizarse en un futuro, es decir, son el peligro por correr. Los primeros son una amenaza real, en tanto que los segundos son supuesto de amenaza.”²³⁶

“Por peligro corrido en el derecho Penal se entiende la posibilidad inmediata de un resultado.”²³⁷

Es decir únicamente se pone en peligro el bien jurídico tutelado en un tipo penal, sin que se pueda traducir en la causación de un resultado de tipo material. En el caso de la tentativa en los delitos de comisión por omisión, la tentativa es posible, si el sujeto que tiene una relación con el bien jurídico tutelado se percata del peligro y omite contrarrestarlo con su actuación, siendo el evento que pudo provocar un resultado de carácter material impedido por una circunstancia ajena a su voluntad. (ejemplo: si una madre omite darle de comer a su hijo, le causará a éste la muerte, pero si una persona ajena a la madre alimenta al niño su conducta no se habrá consumado), dicho en otras palabras un tercero que actúa en salvamento sin o contra la voluntad del garante). Es importante no pasar por desapercibido que al momento de realizar el estudio del delito de comisión por omisión, se estableció que la persona que omite una acción esperada y con ello produce un resultado material, deberá tener una calidad específica con relación al bien jurídico que se tutela, es decir deberá tener la calidad de garante y con ello al omitir su conducta pondrá en peligro el bien jurídico que se tutele.

²³⁶.- Ferreira D. Francisco José, Op. Cit., pag. 224.

²³⁷.- Mezger Edmund, Op. Cit., pag. 127

c) FORMAS DE INTERVENCION DE LOS SUJETOS

La forma de intervención de los sujetos se encaminan siempre a la conducta que realizan respecto a la comisión de un delito, siendo la participación que se tiene. Francesco Carrara “distinguía entre responsables principales y accesorios, decía que los principales es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso; en cambio, los delincuentes accesorios o cómplices son quienes directamente cooperan para la producción del delito.”²³⁸

Autor “es quien ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito *in species*.”²³⁹

Autor es el sujeto que pone una causa eficiente para la producción del delito; es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante. Así si el delito lo ejecuta una sola persona se llamará autor material, si lo ejecutan dos ó más sujetos se llamaran coautores y se les denominara cómplices a los que contribuyan secundariamente y su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso. En la tentativa en su aspecto externo, la participación en un hecho sólo es punible cuando la acción comienza a ser típica y antijurídica con la tentativa. La participación en etapas preparatorias de un hecho que no llegan a tentativa no constituyen participación, salvo que expresamente se prevean tales actos como delitos. Por regla general la participación siempre tendrá el carácter de dolo, pues es necesario que el sujeto que participe en la comisión de un hecho, tenga el conocimiento, voluntad de realización del evento, se niega en forma rotunda la participación culposa. El delito de Omisión presupone la presencia de un sistema de relación social para que pueda ser exigible a alguien la realización de una acción. Por otra parte, supone también un contenido normativo específico que explica e identifica a la

²³⁸ Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., Pág. 296.

²³⁹ Jiménez de Asúa Luis, Lecciones de Derecho Penal, Vol. 3, Ed. Harla, México 1997, 337.

omisión como algo exigido en un cierto ámbito situacional de la relación social, indispensable para que el mandato que supone el delito omisivo se explique y justifique. De esta manera el sujeto activo del tipo penal a estudio (tentativa de un delito de comisión por omisión) será aquel que exteriorice la resolución de cometer un delito omitiendo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían evitar el resultado, no consumándose éste por causas ajenas a la voluntad del agente; en el tipo penal infringido por el activo del delito deberá violar un deber jurídico de obrar y un deber jurídico de abstenerse, es decir, la unión de un tipo preceptivo y un tipo prohibitivo que cause un resultado material, y además que tenga un vínculo entre el bien jurídico que se puso en peligro y él, es decir deberá ser garante en relación a éste bien jurídico.

d) REALIZACION DOLOSA Y CULPOSA DE LA OMISION

Sin duda los delitos de omisión pueden presentarse en forma dolosa, ya que para la realización de éste el sujeto deberá tener conocimiento y voluntad de no realizar una acción ordenada, para así lesionar un bien jurídico tutelado por la ley, es evidente que el delito doloso omisivo, el autor propone la finalidad de un resultado típico penal, se presenta la posibilidad del resultado y selecciona mentalmente los medios para alcanzarlo, y si para este efecto se percatara de que no es necesaria su acción para poner en marcha un cierto curso causal, sino que simplemente es suficiente con dejar que el curso causal ya iniciado continúe y produzca sus consecuencias, ello no altera el contenido subjetivo del tipo omisivo. También podrá presentarse en el delito omisivo la culpa, que según el artículo 9o. párrafo segundo del Código Penal, al consagra la realización culposa, la describe de la siguiente forma: el que produce un resultado típico, que no previo siendo previsible o previó confiando que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. En el caso de la omisión culposa, “deberán ser

consideradas las características específicas tanto de la culpa, respecto de la necesidad de violación al deber de cuidado, como respecto del delito omisivo, sobre en el caso de la comisión por omisión, que derivan de la posición de garante.”²⁴⁰

El delito omisivo admite las formas de realización tanto de la culpa consciente como de la culpa inconsciente, un ejemplo típico de la culpa inconsciente es la realización de los “delitos de olvido”, en donde se produce un resultado típico, que incluso puede llegar a ser de graves proporciones, como consecuencia del olvido del agente (ejemplo: la persona que olvida apagar la estufa del departamento en que vive y ocasiona el incendio del edificio). El caso naturalmente supone la violación tanto del deber de cuidado, a la base de la culpa, que tiene el autor, como también a especial cuidado que la ley pone a su cargo como posición garante en el delito omisivo.

La tentativa exige como requisito el dolo, respecto del resultado no alcanzado. Nunca podrá hablarse de una tentativa en la culpa, porque los actos no podrán demostrar inequívocamente que siguieran el camino doblemente causal que enlaza al autor con el resultado punible. Si se es negligente o imprudente, pero el resultado no se logró por intervención de una fuerza ajena al agente mismo de la negligencia o imprudencia, nada podrá demostrar que de esta negligencia o imprudencia se habría obtenido el resultado culposo por lo que la simple imprudencia o negligencia jamás podrá resultar inequívoca. Precisamente el error acerca de la causalidad es lo que hace que en toda tentativa haya dolo, o sea, el querer el resultado típico, puesto que si el sujeto conociese efectivamente que en el caso el medio no causará el resultado, no actuaría con el fin de causarlo. “La diferencia que media entre el error relevante de tipo que recae sobre la causalidad y el error que es propio de la tentativa, finca en que el primero elimina el dolo y el segundo es el que hace que haya dolo. El primero determina que el sujeto no prevea que causará de ese modo el resultado, en el primero no prevé el

²⁴⁰ Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa S.A., primera edición, México 1997.

resultado producido y en el segundo prevé un resultado no producido. El primer error da por resultado que no haya querido lo que pasó; en el segundo error que haya querido lo que no pasó. Toda vez que el desvalor jurídico no recae únicamente -ni mucho menos- sobre la producción física de un resultado, sino que es decisiva la dirección que la voluntad quiso imprimirle a la causalidad, en el primer caso faltará una voluntad dirigida al resultado que sea desvalorada como dolo, pese a existir el resultado; en el segundo estará esa voluntad (dolo), pese a no existir el resultado.”²⁴¹

Pavón Vascóncelos, dice: “como consecuencia lógica del carácter común existente entre el dolo del acto ejecutivo y el del delito consumado, es imposible la configuración de la tentativa de los delitos culposos, los cuales se caracterizan por la ausencia de voluntad de causación del resultado. Jiménez Huerta expresa: El dispositivo de la tentativa se fundamenta en su creación y se justifica en su existencia por la incontrovertible antijuridicidad objetiva que matiza la conducta encaminada en forma inequívoca a la realización del comportamiento descrito en un tipo penal. Esta antijuridicidad se plasma y manifiesta en la puesta en peligro de bienes jurídicos que el derecho protege. Trátase, pues, de una antijuridicidad objetivada en un peligro para un bien jurídico, creado por una concreta conducta.”²⁴²

En las tentativas de los delitos de comisión por omisión, la forma de realización deberá llevarse a cabo dolosamente, ya que atendiendo a que la tentativa exige como elemento primordial que el sujeto al exteriorizar la resolución de cometer un delito, omitiendo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían evitar el resultado, si aquél no consumase por causas ajenas a la voluntad del agente, tenga la intención de cometer un delito determinado, siendo no de esta forma que no se concibe la tentativa en forma de culpa.

²⁴¹ Zaffaroni Eugenio RAUL, Tratado de Derecho Penal parte general, Primera Edición México, Ed. Cárdenas Editores y Distribuidores, México 1988, pÁg. 473.

²⁴² Vela Treviño Sergio, Miscelanea Penal, Ed. Trillas, México 1990, pág. 121.

e) CALIDAD DE LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.

A diferencia de lo que sucede en el delito de acción, en el delito de comisión por omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido, para imputar un resultado al sujeto de la omisión. Es preciso, además, que este sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión. "Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que el resultado producido no se realice, de ahí el nombre de posición de garante."²⁴³

Podemos decir que solo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido, pueden ser considerados garantes de la integridad de un bien jurídico. Así por ejemplo: la madre del recién nacido tiene especial obligación de alimentarlo para que no muera. En estos casos, la omisión de una acción esperada no fundamenta un simple delito de omisión pura, sino, en la medida en que el resultado se produzca, una comisión de un resultado por omisión. La razón de ello está en que tanto un precepto legal, como el ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligro, impone a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo.

f) RESULTADO Y ATRIBUIBILIDAD DE LA OMISION

Recordemos que por resultado típico o jurídico se entiende, la lesión o daño del bien jurídico penalmente protegido, en el cual no se produce un resultado dañoso material o tangible y por resultado material, entenderemos por daño materialmente, aquel daño que produce una mutación o cambio en el mundo externo y que puede ser tangible. En el caso de la tentativa en

²⁴³.- Muñoz Conde Francisco, Teoría General del delito, reimpresión, Editorial Temis, Bogotá-Colombia 1990. pag 34.

los delitos de comisión por omisión el resultado que se presenta es un resultado de carácter formal, ya que no se causó ningún resultado formal, sino que únicamente se puso en peligro el bien jurídico tutelado por ley del delito en específico, aún y cuando se exija como requisito indispensable en los delitos de comisión por omisión que exista un doble resultado, por una parte un resultado jurídico que es cuando se lesiona una norma penal y otro resultado que es de carácter material en el cual se deberá causar un daño jurídicamente palpable. El hecho por el cual el resultado que se presenta en las tentativas del delito de comisión por omisión, es porque la tentativa es la resolución de cometer un delito, omitiendo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado (jurídico y material), pero como ese resultado no se produjo por causas ajenas a la voluntad del agente, no se llegó a la consumación sino que únicamente se puso en peligro el bien jurídico, con ello no quiere decir que por la no causación del resultado material no se pueda presentar la tentativa en los delitos de comisión por omisión, sino que por el contrario el delito de tentativa de comisión por omisión se encuentra integrado, únicamente que la causación de un resultado de carácter material no se produjo a consecuencia de que no se consumó el resultado por causas ajenas a la voluntad del activo. Es importante dejar bien claro que por regla general para que pueda presentarse el delito de comisión por omisión se deberá presentar un doble resultado como ya se ha estudiado, pero en la tentativa la no realización del resultado material, no trae como consecuencia que el delito de comisión por omisión no se haya integrado en sus elementos pues faltaría el resultado material, sino que como es bien sabido el resultado material existe, únicamente que no se produjo ya que existió una causa ajena a la voluntad del agente para que se realizara. Sin embargo en el supuesto que se acreditaran todos los elementos del tipo penal de tentativa de un delito de comisión por omisión, la conducta traducida en la omisión del sujeto que mantiene una calidad de garante con el bien jurídico tutelado, que omitiera en parte o totalmente actos ejecutivos que deberían evitar el resultado, debe ser atribuible al sujeto activo, pues como se reitera que aún y cuando no se haya causado el resultado material no imputable a él, sino que no se causó por una causa

externa a la voluntad del agente, pero su intención de éste era producirlo, deberá tener su conducta atribuibilidad por lo exteriorizado en la omisión.

g) OBJETO MATERIAL

Sobre el particular, se debe tener bien presente, que en la comisión de un hecho delictivo sea cometido por una conducta de acción o una conducta omisiva, siempre va a resultar la producción de un resultado, en algunos delitos en particular la realización de tales conductas recaen sobre un objeto (material), en materia penal existe un objeto material que lo va a constituir la persona o cosas sobre quien recae el daño o peligro, es decir la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa; “el objeto jurídico será el bien protegido por la ley y afectada por el delito, o dicho en otras palabras es el valor o bien tutelado por la ley penal, por ejemplo en el robo el bien jurídico tutelado por la ley lo será la propiedad de las personas.”²⁴⁴

El objeto forma parte del contenido del tipo pues es inconcebible éste sin aquél, pudiendo ser el objeto jurídico o material. De esta manera en las tentativas de los delitos de comisión por omisión, se presentara un objeto jurídico y uno material, ya que la conducta exterioriza por un sujeto en parte o en su totalidad va dirigida a un objeto siempre de carácter material, es así que cuando un sujeto tiene la resolución de cometer un delito omitiendo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían evitar el resultado, pone en peligro el bien jurídico de un tipo penal concretamente, y el objeto material lo será el objeto o cosa sobre la cual estaba dirigida la conducta omisiva, aún y cuando no se consumase el resultado por causas ajenas a la voluntad del agente.

²⁴⁴ Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., pág. 152.

h) MEDIOS UTILIZADO

Los medios que utilizara el sujeto activo para la concretación del tipo penal de tentativa en los delitos de comisión por omisión, lo serán todos aquellos de que se sirva el activo para poder exteriorizar la resolución de cometer un delito en concreto, omitiendo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían evitar el resultado, para poder determinar de que medios se basó el activo de la tentativa del delito en comento es necesario primeramente establecer el tipo base o el delito que se trató de concretizar y posterior ello se podrán saber cuales fueron los medios que utilizó el activo para llevar a cabo dicha conducta.

i) CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO, MODO Y OCASION

El tipo penal de la tentativa de los delitos de comisión por omisión, deberá atenderse primeramente a un delito en concreto, ya una vez establecido éste, se determinara si éste requiere alguna circunstancia especifica de lugar, (ámbito situacional en donde se presenta el hecho delictivo), tiempo (si se requiere que de un momento específico), modo (forma en como deba realizarse el hecho) u ocasión (es decir que respecto a la comisión del hecho se requiera algún tiempo o lugar para ejecutar el delito).

J) ELEMENTOS NORMATIVOS

Por lo que respecta a los elementos normativos del tipo penal de la tentativa en los delitos de comisión por omisión, es necesario observar que deberá reconocerse su presencia a partir del concepto del especial deber que deriva de la posición de garante y la íntima relación que esto guarda con los elementos descriptivos objetivos. En efecto, aún con mayor claridad que en el caso del delito de acción dolosa, destaca, en el tipo omisivo por comisión, la

necesidad de su descripción dentro de su ámbito situacional, es decir la relación que guarde el sujeto con el bien jurídico, que es la única forma en que es posible determinar con precisión la acción exigida por la ley. Esto significa que para que sea dable el delito omisivo en la realidad social, han de darse todas las características situacionales relativas tanto a la persona del sujeto activo, como al pasivo y a las circunstancias, sólo así será posible atribuir la omisión al ámbito situacional descrito por el tipo legal penal omisivo en comento.

K) ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIFICOS

El segundo elemento que compone el tipo subjetivo de la tentativa del delito son los especiales elementos subjetivos del injusto en todos aquellos casos en que el correspondiente delito consumado lo exige. Desde que la existencia de estos elementos subjetivos y su necesidad de configurar el injusto en determinados delitos, ha sido aceptada por la doctrina, no se ha puesto en duda que la concurrencia de los mismos es indispensable también para configurar el tipo subjetivo del delito intentado. "Para que exista una tentativa de hurto, por ejemplo, no basta con que concurra la voluntad de tomar una cosa mueble ajena, sino que es preciso que también se de el ánimo de apropiarse de ella y de obtener una ventaja patrimonial."²⁴⁵

El elemento subjetivo en el delito intentado no ofrece modalidades especiales. "El dolo del delito consumado es el mismo que el del delito intentado: o sea, el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de concretarlo. También deben concurrir los elementos subjetivos del injusto que requieren ciertos tipos para que pueda haber tentativa o frustración, como sucede con el ánimo de lucro en el robo."²⁴⁶

²⁴⁵ Farre Trepas Elena, Op. Cit., pag. 68.

²⁴⁶ Garrido Mont Mario, Op. Cit., pag. 269.

Por lo que respecta al dolo eventual, "la doctrina mayoritaria acepta que puede darse en la tentativa el dolo eventual. El delincuente que coloca una carga explosiva en el auto de la víctima, con el objetivo de destruir el vehículo, pero prevé al hacerlo la posibilidad de que la explosión se produzca estando su propietario en él, si la víctima efectivamente se sube al automóvil pero se percata a tiempo del peligro y desactiva la bomba, habrá homicidio frustrado a título de dolo eventual, además del delito de daño frustrado."²⁴⁷

El elemento subjetivo de la conducta típica omisiva dolosa, se presenta en el momento cognoscitivo o intelectual de la representación que reúne las características de la exigencia del efectivo conocimiento. Cuando se trata de la omisión impropia "es necesario que el sujeto tenga conocimiento y conciencia de su calidad, derivada de su posición de garante, no siendo necesario que tenga plena conciencia de cuales son todas las consecuencias que le derivan de dicha posición garantizadora."²⁴⁸

El elemento volitivo de los delitos dolosos y un delito doloso omisivo, no existe particular diferencia pues es uno y en otro es el mismo, es decir realiza una conducta determinada con plena voluntad, la base de la representación de su objetivo al realizarlo, atiende a lo necesario para llevarlo a efecto y, en este sentido, lo mismo puede concluir, la realización de su conducta a través de una acción, como también concluir, en base a su experiencia, que el mismo proceso causal se ocupe de producir los efectos deseados, sin necesidad de intervenir, evitándolos, como la ley lo ordena, ejemplo: en el caso de la madre que decide la muerte de su hijo, desde el punto de vista del elementos subjetivo, el aspecto cognoscitivo, se reconoce en la representación mental que tiene la madre acerca del posible resultado de muerte del hijo y en seguida en base a dicha representación la madre valora las diversas formas en que puede llevar a cabo su objetivo y, así, lo mismo se plantea la posibilidad

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa S.A., Primera Edición, México 1997. pág. 460.

de asfixiarlo, como también la de alcanzar el mismo resultado de muerte deseado, simple y sencillamente con no darle de comer y dejarlo morir de hambre.

3.- NEXO DE CAUSALIDAD EN LA TENTATIVA DEL DELITO DE COMISION POR OMISION.

Por nexo de causalidad debemos entender la relación jurídica que se establece entre una conducta y un resultado, en el caso del delito de comisión por omisión es un delito de resultado, en el que el resultado producido deber se imputado al sujeto de la omisión; se habla de “causalidad de la omisión” aunque realmente la omisión 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 (*ex nihilo fit*). 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. Si se da por seguro, o por lo menos, como muy probable que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada, el resultado no se hubiera producido, entonces se podrá imputar el resultado al sujeto de la omisión.”²⁴⁹

Habrá que plantearse si la realización de la acción esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado, si su omisión suponía una falta de diligencia, si incrementaba el riesgo de producción del resultado. De esta forma el nexo de causalidad en las tentativas de los delitos de comisión por omisión se encontrara cuando la resolución de cometer un delito se haya exteriorizado omitiendo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían evitar el resultado, (es decir la conducta del sujeto se traduce en una omisión) conducta que se encuentra vinculada con el resultado que se hubiera consumado si no hubiese

²⁴⁹ Muñoz Conde Francisco, Teoría General del delito, reimpresión, Editorial Temis, Bogotá-Colombia 1990. pag 33.

intervenido una persona ajena a la voluntad del agente, nexo causal que es traducido en una acción esperada por parte del sujeto activo, es decir por algo que dejó de hacer.

4.- PARTICIPACION EN LA TENTATIVA DE LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION

Como ya lo hemos mencionado el sujeto es un elemento del tipo, el delito puede ser ejecutado por una o varias personas, según que el respectivo tipo sea monosubjetivo o plurisubjetivo. Armin Kaufmann, “sienta las bases de la moderna dogmática de los delitos de omisión, se rechaza en éstos la autoría mediata, pues el que no realiza la actividad ordenada es autor directo, sin más, de la omisión.”²⁵⁰

En los casos de la omisión simple, se produce desde que el sujeto lleva a cabo una conducta distinta a la ordenada por la ley, resulta difícil imaginar casos en que un sujeto pueda realizar un tipo omisivo a través de otro impidiendo actuar, mediante una omisión, a un sujeto obligado a ello. Los argumentos que esgrimen los autores que rechazan la autoría mediata en la omisión son: en primer lugar, la exigencia de que el sujeto de atrás se sirva de otra persona, dándole el impulso necesario para que cometa el hecho, lo que le debe convertir en dominador del mismo; en segundo lugar, porque la no evitación del resultado supone ya la plena responsabilidad por omisión, y, por último, porque donde no existe diferencia entre las fuerzas de la naturaleza y el factor humano la autoría mediata en la omisión, la identidad normativa entre la no evitación del resultado que se ha comprometido a evitar y que realiza otro, es decir, quien no evita que un tercero actúe puniblemente es autor mediato en comisión por omisión. El delito de omisión, se encuentra construido sobre las bases de un mandato, imponer el deber de actuar ante una situación de peligro para un bien jurídico, pero tiene un ámbito más restringido,

²⁵⁰.- Hernández Plasencia Jose Ulises, La Autoría Mediata en derecho Penal, Ed. Comares, Granada 1996, pag. 344.

pues si bien se dirige indistintamente a cualquier individuo no todos ellos están en disposición de omitir.

Es claro que no siempre que una pluralidad de personas intervienen en la ejecución de un delito estamos ante una coparticipación, porque los tipos penal plurisubjetivos exigen la presencia de varios agentes; no es lo mismo, en efecto, ser autor o copartícipe de un delito o contravención que serlo de un hecho típico; la primera supone la afirmación supone que la conducta atribuida a uno cualquiera de tales sujetos sea típica, antijurídica y culpable; en cambio, la segunda exige simplemente que hayan realizado comportamiento (de acción o de omisión, según el caso) subsumible en un tipo penal determinado. En el delito de comisión por omisión no basta con una determinada posición del sujeto que posibilite la evitación del resultado, sino un acto personal de asunción de dicha evitación: "si la conducta consiste en no intervenir, no actuar frente a un peligro ya existente, da origen diverso a la propia omisión (procedente de causas naturales, de actuaciones de terceros o incluso de una actuación no dolosa del propio sujeto) y conológicamente anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural y desemboque en una lesión del bien jurídico, esa omisión no equivale ni puede equivaler sin más a producir la lesión -creando el peligro- por el simple hecho de que el sujeto tenga un específico deber de garantía (de evitar el resultado) respecto del bien jurídico."²⁵¹

Algunos autores consideraban que la autoría mediata se podía dar en los delitos de comisión por omisión, en los supuestos en que el deber del autor consiste en evitar los resultados de las acciones peligrosas de otros sujetos. "Si el sujeto omite la acción que evitaría el resultado, podría entenderse que éste, si bien no activamente, lo ha conseguido a través de la acción de otro, pues al omitente se le imputa precisamente el resultado que causa el tercero: el enfermero de un psiquiátrico que no evita el ataque de un paciente a otro, se dice, es autor de

²⁵¹.- Hernández Plasencia José Luis, Op. Cit. pag. 347.

un delito de comisión por omisión, y el resultado se ha producido por la acción de otro sujeto.”²⁵²

Sin embargo, si la omisión es la que crea la situación típica de peligro, entonces el omitente es autor directo puesto que realiza todos los elementos del tipo. De manera que, en la propia esencia de la omisión está que el deber de actuar surja después, y no antes, de que otro realice una acción peligrosa y, además, este peligro es insuficiente, pues la omisión del autor debe desencadenarlo o aumentarlo, convirtiéndose entonces en típico. Y si la única forma de convertir en típico un peligro es mediante la propia omisión, ello significa que actúa por sí mismo realizando los elementos típicos. Por si no fuera suficiente lo anterior, la realización de un hecho omisivo a través de otro, para que constituya autoría mediata, debe producir en el que actúa delante una instrumentalización a través de la coacción o del error. La coacción a través de la omisión es ciertamente difícil, aunque el error algo menos. Los supuestos en que el sujeto actúa para que otro omita deben considerarse como casos de acción. Si un sujeto coacciona a otro impidiéndole la salvación de su hijo, no comete un delito de omisión en comisión por omisión, puesto que no tenía la posición de garante, o si creó o incrementó con su acción el peligro, ya no se trataría de una omisión.

La autoría del delito de omisión depende de la infracción del deber de actuar o de impedir el resultado que sea evitable a su producción activa. “La coautoría no es posible ya que, al no darse en los delitos de omisión un dolo en el sentido de los delitos de comisión, no es posible una decisión común al hecho.”²⁵³

Tampoco es posible hablar de una “autoría mediata omisiva” en el caso en que uno, mediante fuerza irresistible, impide que otro realice la acción mandada, no se da sino la acción positiva del que impide realizar la acción y produce la lesión del bien jurídico. La participación

252.- Hernández Plasencia José Luis, Op. Cit. pag. 348.

253.- Bacigalupo Enrique, Delitos impropios de omisión, Ed. Temis, segunda Edición, Bogotá-Colombia 1983, pag. 399.

debe tratarse en dos formas distintas: la participación mediante un comportamiento omisivo y la participación activa en un delito de omisión.

1.- La participación mediante un comportamiento omisivo en un delito de comisión. La participación omisiva en un delito de comisión podría adoptar la forma de instigación o de complicidad (necesaria o no). La teoría dominante rechaza la posibilidad de instigación por omisión. El fundamento de este punto de vista consiste en que el instigador debe crear el dolo del delito en el autor, es decir, la decisión del hecho. Mediante omisión no se crea la decisión sino que sólo no se impide que ésta surja. Por el contrario, se piensa que no-impedir que el autor tome la decisión del hecho debe sancionarse en la forma correspondiente al acto positivo de inducir o instigar, si el omitente era garante del no surgimiento de la decisión. El fundamento de esta posición reside en que la inducción o instigación no requiere expresamente una forma activa, por cuya razón sería posible aceptarla también omisivamente. De esta manera si se aceptara que el abogado es garante de que el testigo no cometa falso testimonio, el no impedir que en el último surja la decisión de declarar falsamente sería suficiente para condenar al abogado como instigador de falso testimonio. La cuestión de si es posible una complicidad activa en un delito de omisión no sería concebida sino como una “ayuda psíquica”, para la omisión de la acción que hubiera evitado el resultado. Por lo tanto, valen aquí las mismas conclusiones que respecto de la instigación. Se niega a la categoría de la omisión por comisión toda autonomía conceptual y se afirma rotundamente que “no existe”, pues en estos casos se trata de verdaderos delitos de comisión realizados en autoría mediata (cuando se impide obrar a un tercero obligado). Sin embargo, “la autoría mediata activa no resulta adecuada cuando el propio obligado se pone en condiciones que le impiden cumplir con el deber de acción o

cuando desiste del cumplimiento ya iniciado del deber impuesto. En estos supuestos, sin embargo, tampoco podrá hablarse de una categoría específica.”²⁵⁴

La culpabilidad del delito de omisión coincide sustancialmente con la de los delitos de comisión. En la teoría dominante el punto de vista de que la gravedad de la culpabilidad de una comisión por omisión es menor que la de la realización activa del tipo.

“Es inútil hacer diferencia entre la acción del sujeto singular y la de sujeto plural, a lo que se hizo alusión al estudiar la teoría de la acción. Ambas situaciones tienen naturaleza óptica diversa, aunque la manera de analizar el acto intentado es igual en una y otra alternativa, pero las consecuencias que se derivan son distintas según se trate de la actividad realizada por un sujeto único o de las realizadas por varios individuos en coautoría, o sea concertados previamente, lo que significa que adoptaron la resolución delictiva en común, elaboraron el plan de acción y se distribuyeron la actividad que cada uno desarrollaría tendiente a concretar el objeto perseguido por todos.”²⁵⁵

Cuando dos sujetos se ponen de acuerdo para matar a un tercero y aquel que está en condiciones se compromete a conseguir una pistola y entregársela al segundo con las municiones del caso, siendo este último el que disparará en contra de la víctima porque tiene una buena puntería, hay un plan y hay también distribución del trabajo a realizar. Aquí ese “matar a otro” es una acción que conforme a lo proyectado por los dos delincuentes consiste en que uno provea al otro del arma y que éste dispare. Si bien actos como la búsqueda de la pistola, la compra de la misma, no quedan comprendidos entre los directos, la entrega del arma si queda comprendida, porque en la realidad fáctica ese suministrar la pistola es parte de la actividad requerida para que el segundo sujeto proceda a disparar en contra de la víctima. Al cumplir su cometido el primer delincuente, materializó la porción de actividad que de acuerdo

²⁵⁴ Enrique Bacigalupo, Manual de derecho Penal parte General, Ed. Temis, reimpresión, Bogotá-Colombia 1989, pag. 402.

²⁵⁵ Garrido Montt Mario, Op. Cit., pág. 276.

al concierto aporta a la ejecución del delito; por ello es autor y no cómplice. Debe diferenciarse la actividad que constituye una manera directa de iniciar la comisión del hecho (y que da la calidad de autor a quien la ejecuta), de la que consiste en una mera colaboración a la ejecución del hecho (que da lugar a la complicidad). Esta última no significa haber comenzado esa realización y, por ello, tampoco puede ser tentativa. Sólo el autor puede iniciar la comisión del delito (aún en el caso de la autoría mediata); el cómplice colabora a la actividad del autor. En este supuesto la actividad del cómplice se presta “antes” de que se dé comienzo a la ejecución (como sería facilitar la pistola sin previo concierto); esta actividad es “accesoria” a la del autor y queda a ella subordinada. Si el autor no inicia la ejecución del delito, los actos del cómplice no son punibles; son atípicos. Se sostiene por ejemplo, que si dos personas deciden matar a una mujer y para lograr optan obsequiarle una caja de chocolates envenenados, obligándose uno a adquirirlos, inyectarles la sustancia letal y luego entregárselos al otro para que los lleve a la víctima, sólo habrá tentativa cuando este último trate de cumplir su cometido, o sea entregar el obsequio; de manera que la preparación del confite y la entrega efectuada por el primer sujeto sería un acto preparatorio, pero no ejecutivo, por lo tanto, tales actividades no constituirían tentativa y no serían punibles si el segundo no intenta entregar el regalo; solamente esta actividad sería iniciar la ejecución del delito. Sin embargo, aceptan que si no existe acuerdo entre los sujetos, el que adquiere y envenena los chocolates, por el solo hecho de entregar la caja al segundo para que los haga llegar a la víctima, no comete únicamente tentativa, sino delito frustrado de homicidio por si por cualquier razón el encargado de la entrega no la cumple y la víctima no recibe el presente chocolate o no lo consume.

“Pueden concurrir en la ejecución material de un delito, además del sujeto activo primario que efectúa la conducta descrita en el tipo penal -privar de la vida- en el homicidio,

apoderarse, en el robo, etc. otras personas que, si bien intervienen con actos propios y simultáneos en la ejecución de la conducta principal, no realizan dicha conducta.”²⁵⁶

En las tentativas aunque autor y cómplice intervengan en el proceso ejecutivo de un hecho punible, puede acontecer que una circunstancia ajena a la voluntad de ambos impida la consumación, en cuyo caso cada uno y otro responderán de tentativa del delito en el cual participaron, aquel en su condición de autor y este en calidad de cómplice, ejemplo: Cuando “A” le entrega a “B” el arma de fuego con la que dispara sobre su enemigo para ultimarle sin que la muerte de la víctima se produzca gracias a que el disparo fue desviado por “C”, no hay duda alguna de que ambos responden de tentativa de Homicidio, el primer como cómplice y el segundo como autor. En el caso del delito a estudio (tentativa de los delitos de comisión por omisión), debe tomarse en cuenta que el activo del delito deberá tener una calidad de garante, es decir deberá tener un vínculo jurídico con el bien jurídicamente tutelado por la ley, de esta forma que al realizar la conducta en el referido ilícito únicamente será participe la persona que mantiene esa relación con el bien jurídico y exterioriza la resolución de cometer el delito.

5.- JURISPRUDENCIAS

A continuación transcribiremos algunas jurisprudencias para abordar con mayor profundidad lo expuesto:

COMPLICIDAD OMISIVA. En el caso, el procesado acepto que en su presencia golpearon al ahora occiso, además de que estando este en la cárcel permitió la entrada a los coacusados para que le dieran una calentada. posteriormente se dio cuenta de que estaba muerto el detenido y ayudo a sus coacusados para aparentar que aquel se había suicidado. lo anterior es mas que suficiente para advertir que el

²⁵⁶ Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Cuarta Edición, Ed. Porrúa S.A., México 1983, pag. 414.

ahora quejoso actuó en complicidad por omisión, pues siendo comandante de la policía municipal, tenía el deber jurídico de actuar; al no hacerlo y permitir que golpearan al occiso y cooperando como lo hizo, posibilitó la comisión del delito de homicidio; sin que para ello hubiera sido menester un acuerdo previo, pues fue concomitante al hecho y de naturaleza tácita entre los participantes. por lo tanto, actuó en complicidad omisiva en términos del artículo 13 del Código de defensa social del estado de Puebla.

Amparo directo 4664/86. Alejandro Chávez Pedraza. 19 de octubre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Carlos Enrique Rueda Davila.

Séptima Epoca
Instancia: Primera Sala
Fuente: Informes

PRETERINTENCIONALIDAD, INEXISTENCIA DE LA. El concepto de violación en el cual la quejosa afirma debió sancionársele con las penas señaladas para el homicidio preterintencional es infundado. En efecto, el artículo 9o. del Código Penal del Distrito Federal precisa, en su último párrafo, que el resultado típico mayor al querido o aceptado por el autor, se atribuye preterintencionalmente cuando se produce por imprudencia, lo que se excluye definitivamente si se tiene en cuenta que la conducta, realizada por la hoy quejosa, de tomar la pistola que el hoy occiso había dejado en el entrepaño del ropero y con ella disparar contra él, cuando éste se dirigía al baño, según se desprende de su confesión inicial, cuyo valor resulta preponderante, revela claramente que hubo en ella representación o previsión del hecho, es decir que tuvo plena conciencia del alcance ilícito de su proceder, por su contrariedad al derecho, no obstante lo cual no se detuvo en su actuar causalmente homicida, lo que pone de relieve su libre determinación de matar. No es exacto, por ello, que la quejosa obrara preterintencionalmente, porque esta forma de actuación precisa que la voluntad no se encamine a la producción del resultado causal obtenido a consecuencia de la acción u omisión, sino a un daño menor, y que el evento mayor se produzca a virtud de que el autor no actuó de tal manera que el efecto dañoso se limitara al representado y querido, sino por lo contrario, su proceder infringió, además, el deber de cuidado que le incumbía para así evitar un daño mayor, en cuyo caso éste le sería imputable a título preterintencional, lo que no ocurrió en la especie, según se tiene dicho, pues obró intencionalmente al tener plena conciencia del hecho típico (homicidio) y querer libremente dicho evento.

Amparo directo 5795/86. Silvia Elena Alfaro Sánchez. 12 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretaria: Olga Estrever Escamilla.

Séptima Epoca
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 217-228 Segunda Parte

OMISION. INDEBIDA ESTIMACION DE UN HECHO POSITIVO COMO.

No constituye entidad jurídica independientemente, la supuesta comisión por omisión de un agente, porque al inducir a otro a ejecutar un homicidio y transmitirle oralmente su pensamiento, realizó una autentica comisión por acción que, vincula a otras actitudes positivas del sujeto, vino a ser aquella una de las etapas del inter criminis, revelando su participio y por ende su responsabilidad.

Amparo No. 5500/54/2a. Quejoso: Delfino Vargas Vergara. 7 de marzo de 1956. Unanimidad de 5 votos. Ministro: Lic. Agustín Mercado Alarcon. Secretario: Lic. Rubén Montes de Oca.

Quinta Epoca
Instancia: Primera Sala
Fuente: Informes
Tomo: Informe 1956

PIEDAD SOCIAL, TENTATIVA NO CONFIGURABLE EN EL DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). El delito contra la piedad social previsto en el artículo 228 del Código Penal del Estado de Chiapas, exige entre sus elementos típicos que el conductor de un vehículo deje en estado de abandono, en lugar donde no pueda ser auxiliada oportunamente, sin prestarle o facilitarse asistencia, a la persona a quien atropelló; de modo que aunque el inculpado haya pretendido huir, si las personas atropelladas no quedaron carentes de auxilio, sino que por el contrario, se les prestó atención médica de inmediato, ello impide la integración del ilícito. Sin que pueda por otra parte estimarse que el delito se configuró en grado de tentativa, en virtud de que los delitos de omisión simple, como es el del caso, no admiten la comisión en grado de tentativa.

Amparo directo 1675/82. Manuel Pérez Jiménez. 22 de octubre de 1982. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.
Séptima Epoca
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 163-168 Segunda Parte
Página: 80

CONCLUSIONES

Primera., los delitos de comisión por omisión, aunque a veces aparecen taxativamente formulados en los Códigos, no suelen definirse como tales y lo que acontece es que la gran mayoría de los tipos concebidos como de hacer, pueden perpetrarse no haciendo, y por eso, a diferencia de las omisiones simples, los delitos de comisión por omisión pueden darse con más frecuencia, en consecuencia la tentativa del delito de comisión por omisión, son tipos penales que no se encuentra descritos en un tipo penal específicamente, sino que para poder determinar la existencia de éstos se atenderá primeramente a la descripción de un tipo penal básico, al existir éste se estudiara si la comisión del delito puede dar lugar a una comisión dolosa (es decir con el querer realizar el delito y aceptar la consecuencias de dicha comisión) o culposa (producir un resultado típico que no previo siendo previsible en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias personales), posteriormente si el sujeto tiene la resolución de cometer un delito, omitiendo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían evitar el resultado

Segunda, la tentativa es sólo una ampliación de la tipicidad a una etapa previa a la consumación, es decir, que la carencia en el tipo objetivo de la tentativa es la que surge únicamente de la anticipación cronológica de la prohibición que la tentativa implica; por regla general el delito culposo no se puede dar en la tentativa, ya que la tentativa exige comenzar a ejecutar una actividad que la voluntad del sujeto (dolo) dirige hacia un objetivo injusto, el que no se alcanza porque no se logra terminar esa actividad o no se produce el resultado esperado. Para la tentativa son esenciales el dolo y una acción susceptible de fraccionarse en su

concreción. El delito de omisión sucede otro tanto; no es susceptible de concretarse en forma parcial; se sabe que omitir es infringir un mandato de obrar, que puede ser doloso. En la omisión dolosa, ese elemento subjetivo tiene características propias que permiten diferenciarlo del dolo del delito de acción; En la omisión el dolo se satisface con el conocimiento de las circunstancias fácticas creadoras de la obligación de actuar del sujeto o de evitar el resultado típico; no exige voluntariedad, es innecesario “querer” no cumplir el mandato de actuar. No puede haber tentativa de omisión, menos omisión frustrada.

Tercera, la tentativa es factible respecto a los tipos penales de omisión impropia -también llamados de comisión por omisión- pues en ellos el proceso ejecutivo puede interrumpirse antes de la verificación del resultado, aún y cuando el delito de comisión por omisión exija la causación de un resultado material, sin embargo ya que la tentativa es un proceso de realización total o parcial de los actos ejecutivos tendientes a la consumación de un resultado, es indispensable que la misma no se consume por causas ajenas a la voluntad del activo del delito, concluyendo que el resultado en este tipo penal no se consumará.

Cuarta, la tentativa funda su punibilidad en la impresión que produce en el derecho, por ser amenazadora para el bien jurídico, lo que ya representa una forma de afectarlo. Si importa también -como es usual- peligro para el bien jurídico o, incluso cierto grado de lesión, de cualquier manera el injusto es atenuado, pero se atenúa más aún, si únicamente importa amenaza. Es importante que el legislados no pase por desapercibida esta figura jurídica, ya que como se ha analizado tiene una especial naturaleza jurídica y una complejidad en su desarrollo.

Quinta, en la tentativa de los delitos de comisión por omisión es necesario que el sujeto activo mantenga una calidad específica respecto al sujeto pasivo, pues deberá tener la calidad de garante para que se pueda establecer la relación que el tipo penal exige, entre el sujeto activo y el pasivo, dicha relación puede provenir de una ley, de un contrato o de la costumbre misma, y después de omitir la totalidad o parcialmente los actos de ejecución tendientes a evitar la producción de el resultado siempre de carácter material, no consumándose el resultado por causas ajenas a la voluntad del omitente, estaremos ante una tentativa de un delito de comisión por omisión.

Sexta, el nexa causal que se presenta en las tentativas de los delitos de comisión por omisión, es el vínculo que se establece entre la conducta desplegada por el omitente que es la no realización de una conducta que le era exigida causando con ello un resultado de carácter material, lo que se traduce en que éste no realiza la acción esperada, es decir aquella que debía realizar; no debe pasarse por alto que al referirnos a la producción de un resultado material en los delitos de comisión por omisión, dicho resultado no se presenta, por causas ajenas a la voluntad del omitente, como lo exige la tentativa, y lo que si resulta es poner en peligro el bien jurídico tutelado en el tipo penal en concreto.

Séptima, en las tentativas de los delitos de comisión por omisión, la legislación penal no prevee una penalidad establecida, sino que el juzgador para efectos de imposición de una pena deberá atender primeramente al numeral básico del delito que se pretendió cometer, posteriormente en relación al numeral 63 donde establece la forma de imponer la penalidad en relación a los delitos tentados, o tentativas, aún y cuando la legislación sustantiva de la material no señala explícitamente la forma en como se deben sancionar las conductas omisivas, el juzgador para hacerlo atenderá a las facultades que la misma legislación penal le concede en el

artículo 52 del Código Penal, tomando en consideración la forma en como el sujeto activo realizó el evento delictivo, el grado de educación y otros muchos más elementos que la misma legislación establece.

Octava, la forma de participación de los delitos de tentativa de comisión por omisión, podrá ser como autor material, cuando el sujeto activo mantenga una relación específica, es decir adquiera la calidad de garante con relación al pasivo, ya que como se ha analizado el delito de comisión por omisión exige que el activo mantenga una relación específica entre éste y el bien jurídico tutelado, pero también podrá ser autor, cuando la persona con la cual comete el ilícito mantiene la misma calidad en relación al ofendido.

Novena, para poder determinar si en los delitos de comisión por omisión la realización de los actos ejecutivos encaminados a la producción de un resultado, se realiza total o parcialmente es imprescindible que respecto a la forma de ejecución del hecho en concreto se analicen los actos que realizó el activo del delito, pues como se estudio la comisión del hecho varia respecto al tipo penal en concreto, por lo que es necesario que después de estudiar la ejecución de los actos idóneos se establezca si existe una tentativa acabada cuando el activo omitió en su totalidad los actos ejecutivos que deberían evitar el resultado; o si el activo omitió en parte sus actos ejecutivos que deberían evitar el resultado, que sería lo que conocemos como tentativa inacabada, por ello respecto al grado de ejecución podremos establecer si en el delito de tentativa de comisión por omisión se produjo una tentativa acabada o inacabada.

Décima, los delitos de tentativa de comisión por omisión no se encuentran descritos en el Código Penal, con un artículo en concreto que reglamente la comisión, por lo cual al momento del estudio del tipo en concreto se debe ser cuidadoso en relación a saber si dicho tipo penal puede ser cometido por comisión por omisión, pues como se ha estudiado éste presenta un grado de complejidad alta y puede ser confundido con facilidad con la figura jurídica de la culpa, la cual es la producción de un resultado típico que no previo siendo previsible en virtud de la violación de un deber de cuidado, figura jurídica que le falta el elemento volitivo, es decir la voluntad de realización, aún y cuando deje de hacer lo que debe hacer, en tanto que la comisión por omisión es dejar de hacer lo que se debe, causando un resultado material, pero en éste sobresale el elemento volitivo que lo hace diferente de la culpa, por lo que de ninguna manera los delitos de comisión por omisión pueden ser cometidos por culpa.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- AMUCHATEGUI REQUENA Irma Griselda, *Derecho Penal Curso primero y segundo*, Editorial Harla, México 1993.
- 2.- ACEVES MAGDALENO José, *Psicología general para bachillerato y normal*, Editorial Publicaciones Cruz S.A., primera edición, México 1981.
- 3.- BACIGALUPO Enrique, *Manual de derecho Penal Parte General*, Editorial Temis, Segunda Reimpresión, Bogota-Colombia 1989.
- 4.- BACIGALUPO Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Editorial Temis, segunda edición, Bogotá-Colombia 1983.
- 5.- CARRARA Francesco, *Programa de Derecho Criminal parte general. Vol. I*, Editorial Temis S.A., reimpresión, Bogotá-Colombia 1988.
- 6.- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl, *Derecho Penal Mexicano parte general*, Editorial Porrúa S.A., Décima sexta edición, México 1988.
- 7.- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl y CARRANCA Y RIVAS Raúl. *Derecho Penal Criminal parte general*, Vol. I, Editorial Porrúa S.A., Décima octava edición, México 1995
- 8.- CASTELLANOS TENA Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal parte general*, Editorial Porrúa S.A., vigésimo novena edición, México 1991.
- 9.- COBO DEL ROSAL M. y VIVES ANTON T.S., *Derecho Penal parte general*, Editorial Tiran lo Blanch, tercera edición, Valencia 1991.

- 10.- CREUS Carlos, *Derecho Penal parte general*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires, Argentina 1988.
- 11.- CUELLO CALON Eugenio, *Derecho Penal parte general T. I. Vol. I*, Revisado y puesto al día por Cesar Camargo Hernandez, Editorial Bosch casa editorial S.A., décimoctava edición, Barcelona 1981.
- 12.- DAMIANOVICH LAURA T. A., MOLINA José F., MORAS MON Jorge R., VERGARA Esteban R., *Derecho Penal parte general. Vol. I*, Editorial Ediar S.A., comercial, industrial y financiera, primera edición, Buenos Aires Argentina 1972
- 13.- FARRET TREPAT Elena, *La tentativa del delito*, Editorial Librería Bosch, Barcelona 1986.
- 14.- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental (teoría General del delito y punibilidad)*, vol. II , Editorial Temis, Bogotá-Colombia 1989.
- 15.- FERNANDEZ CARRAZQUILLA, Juan, *Dinamarca de la Teoría del Delito*, Editorial Temis, Bogotá-Colombia 1989.
- 16.- FERREIRA D. FRANCISCO JOSE, *Teoría general del delito*, Editorial Temis, Bogotá-Colombia 1988.
- 17.- FONTAN BALESTRA Carlos, *Tratado de derecho Penal parte general T. I.* Editorial Abeledo-Perrot, segunda Edición, Buenos Aires 1980.
- 18.- FONTAN BALESTRA Carlos, *Tratado de derecho Penal parte general T. II*, Editorial Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires 1980.
- 19.- FONTAN BALESTRA Carlos, *Derecho Penal. introducción y parte general*, Actualizada por C. Ledesma Guillermo A., editorial Abeledo-Perrot, deudodécima edición, Buenos Aires 1985.

- 20.- FRANK A. Geldard, Fundamentos de psicología, Editorial Trillas, tercera reimpresión, México 1974.
- 21.- GARCIA MAYNEZ Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa S.A., cuadragésima quinta edición, México 1993.
- 22.- GARIBOTO Juan Carlos, La causa final del acto jurídico, Editorial Abeledo Perrot, primera edición, Buenos Aires Argentina 1985.
- 23.- GARRITO MONTT Mario, Nociones fundamentales de la teoría del delito. etapas de ejecución del delito. autoría y participación, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Chile 1984.
- 24.- GIUSEPPE Maggiore, Derecho Penal Vol. I, prefasio por el Dr. Sebastian Soler, Editorial Temis, reimpresión de la Segunda Edición, Bogotá-Colombia 1989.
- 25.- GONZALEZ QUINTANILLA José Arturo, Derecho Penal Mexicano parte general y especial, (Metodología jurídica y desglose de los constantes, elementos y configuraciones de los tipos penales), Editorial Porrúa S.A., cuarta edición, México 1997.
- 26.- GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo, Derecho Penal Mexicano, parte general, Editorial Porrúa S.A., México 1991.
- 27.- GRAMATICA FILIPPO, Principios de Derecho Penal Subjetivo, traducido del italiano por Juan del Rosal y Victor Conde, Editorial Instituto Editorial Reus, Madrid 1941.
- 28.- GUNTHER Jakobs, Derecho Penal parte general (fundamentos y teoría de la imputación), traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez Murillo, Editorial, Marcial Pons ediciones jurídicas S.A., segunda edición, Barcelona 1995.
- 29.- HERNANDEZ PLASENCIA José Ulises, La autoría mediata en Derecho Penal, Editorial Comares, Granada 1996.

- 30.- HERRERA Z. Tarsicio y PIMENTEL A. Julio, *Etimología Grecolatina del Español*, Editoriral Porrúa S.A., Vigésima Cuarta Edición, México 1997.
- 31.- ISLAS Olga y RAMIREZ Elpidio, *Lógica del tipo en el derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, primera edición., México 1970.
- 32.- JIMENEZ DE ASUA Luis, *Principios de Derecho Penal. la Ley y el delito*, Editorial Abeledo-Perrot, sudamericana, Buenos Aires Argentina 1989.
- 33.- JIMENEZ DE ASUA Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Harla, México 1997.
- 34.- JIMENEZ HUERTA Mariano, *Derecho Penal Mexicano (introducción al estudio de las figuras típicas)*, T. I, Editorial Porrúa S.A., Cuarta Edición, México 1983.
- 35.- JURGEN Baumann, *Derecho Penal (conceptos fundamentales y sistema)*. Editorial Depalma, reimpresión de 1973, Buenos Aires 1981.
- 36.- KAUFMAN Armin, *Pensamiento jurídico Aleman contemporáneo. teoría de las normas. fundamento de la dogmática penal moderna*, versión al castellano de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Váldez, Editorial Depalma, Buenos Aires 1977.
- 37.- LOPEZ BETANCOUR Eduardo, *Teoría Del Delito*. Editorial Porrúa S.A., Cuarta Edición, México 1997.
- 38.- LOPEZ BETANCOUR Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Porrúa S.A., segunda edición, México 1994.
- 39.- MALO CAMACHO Gustavo, *Tentativa del delito*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición, México 1971.
- 40.- MALO CAMACHO Gustavo, *Derecho Penal Mexicano (Teoría General de la Ley. Teoría General del Delito. Teoría General de la culpabilidad y el Sujeto Responsable y Teoría de la Pena)*. Editorial Porrúa S.A., Primera Edición, México 1997.

- 41.- MARQUEZ PIÑERO Rafael, *Derecho Penal parte general*, Editorial Trillas, Tercera Edición, México 1994.
- 42.- MEZGER Edmund, *Derecho Penal parte general*, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México 1990
- 43.- MUÑOZ CONDE Francisco, *Teoría general del delito*, Editorial Temis, reimpresión, Bogotá-Colombia 1990.
- 44.- MUÑOZ CONDE Francisco y García Arán Mercedes, *Derecho Penal parte general*, Editorial Tiral La Blanch, Valencia 1993.
- 45.- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de Omisión*, Editorial Delpalma, Buenos Aires 1984.
- 46.- ORELLANO WIARCO Octavio Alberto, *Teoría del delito. sistema causalista y finalista*, Editorial Porrúa S.A., México 1994.
- 47.- OSORIO Y NIETO Cesar Augusto, *Síntesis de Derecho Penal parte general*, Editorial Trillas, segunda edición, México 1986.
- 48.- PALACIOS VARGAS, J. Ramón, *La Tentativa*, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, segunda edición, México 1979.
- 49.- PAVON VASCONCELOS Francisco, *Breve Ensayo sobre la tentativa*, Editorial Porrúa, cuarta edición, México 1989.
- 50.- PAVON VASCONCELOS Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, Prólogo de Jiménez Huerta Mariano, Editorial Porrúa S.A., novena edición, México 1990.
- 51.- PORTE PETIT CANDAUDAP Celestino, *Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal I*, Editorial: Porrúa S.A., Undécima Edición, México 1987.

- 52.- RECASENS SICHES Luis, Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A., quinta edición, México 1979.
- 53.- REYES ECHANDIA Alfonso, Tipicidad. Editorial Temis S.A., primera reimpresión de la Sexta Edición, Santa Fe Bogota-Colombia 1994.
- 54.- ROJAS R. ABELARDO, El derecho subjetivo y el deber jurídico, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de derecho, México 1954.
- 55.- ROMAGNOSI Giandomenico, Genesis del Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá 1956.
- 56.- SAINZ CANTERA José A., Lecciones de Derecho Penal parte general, Editorial Bosh Casa Editorial S.A. tercera Edición, Barcelona 1990.
- 57.- SANCHEZ SODI Horacio, Compilación Penal. Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Greca, cuarta edición, México 1999.
- 58.- SANCHEZ TEJERINA Isaías S., Teoría de los delitos de omisión. delitos de simple omisión. delitos de comisión por omisión. delitos de omisión espiritual, prólogo de Jiménez de Asúa Luis, Editorial, Hijos de reus, España Madrid 1918.
- 59.- SOLER Sebastian, Derecho Penal Argentino T. I., actualizado por J. FIERRO Guillermo, Editorial TEA Tipografía Editora Argentina, décima reimpresión total, Buenos Aires 1992.
- 60.- SOLER Sebastian, Derecho Penal Argentino T. II., actualizado por J. FIERRO Guillermo, Editorial TEA Tipografía Editora Argentina, Décima Reimpresión Total, Buenos Aires 1992
- 61.- TERAN LOMAS Roberto A.M. La teoría del autor en la sistemática del derecho Penal y otros ensayos, Editorial Manes, primera edición, buenos aires 1964.

- 62.- VELA TREVIÑO Sergio, *Miscelanea Penal*, Editorial Trillas, México 1990.
- 63.- VILLALOBOS Ignacio, *Derecho Penal Mexicano parte general*, Editorial Porrúa S.A., Quinta Edición, México 1990.
- 64.- WELZEL Hans, *Derecho Penal Aleman parte general*, Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Décima Primera edición, Cuarta Edición Castellana, Chile 1993.
- 65.- WESSELS Johannes, *Derecho Penal parte general*, Editorial Depalmar, Traducción de la sexta Edición Alemana de 1976 por D.R. Conrado A. Finzi, Buenos Aires. 1980.
- 66.- ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Tratado de derecho Penal parte general, T. IV*, Editorial Cárdenas Editor y distribuidor, Buenos Aires 1981.
- 67.- ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal parte general*, Editorial Ediar S.A., Comercial Industrial y Financiera, sexta edición, Buenos Aires 1988.

HEMEROGRAFICA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- 2.- Código Penal Vigente para el Distrito Federal.
- 3.- Gaceta Oficial del Distrito Federal, 3 de mayo de 1999, Novena Epoca, Número 55. pag. 2
- 4.- Diccionario Jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa S.A., y Universidad Nacional Autónoma de México, T. I, II, III, IV., Décima Segunda Edición, México 1998.