



# **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ACATLÁN**

**“PROPUESTA DE REFORMA A LA CALIDAD DE GARANTE  
DEL ARTICULO 16 DEL NUEVO CODIGO PENAL DEL  
DISTRITO FEDERAL”**

**TESIS**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:**

**LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:**

**MONICA GONZALEZ ALVARADO**

**ASESOR: LIC. LUIS FERNANDO PENICHE GIORDANI**

**SEPTIEMBRE 2006**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

## **AGRADECIMIENTOS**

*A DIOS*

*A MI PADRE*  
En memoria a él.

*A MI MADRE*  
Por su apoyo incondicional, su confianza y su amor que ha sido base primordial de mi vida.

*A MI ESPOSO*  
Por su apoyo, y por darme su amor.

*A MIS HERMANOS*  
Por creer en mi.

*A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.*  
Por darme la oportunidad de formar parte de ella y las oportunidades de superación

*A MIS MAESTROS*  
Por ser más que una guía en la enseñanza, un ejemplo para seguir estudiando en aras del conocimiento.

*AL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL*  
*E*  
*INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES.*  
Por su apoyo en la realización del presente trabajo.

*A LA LICENCIADA MARIA DEL CARMEN PATRICIA MORA BRITO.*  
Por su confianza, apoyo y solidaridad, pero sobre todo por compartir conmigo sus conocimientos.

*AL SÍNODO*  
Por el apoyo y tiempo que le dedicaron al estudio del presente.

*A TI.*  
Que de alguna manera, ya sea con tu apoyo, con tu presencia, con una palabra aliciente, contribuiste para que escalara este peldaño.

**MUCHAS GRACIAS.**

<b>INDICE GENERAL</b> .....	2
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	4

## **CAPITULO I**

### **Omisión en el Derecho Penal**

1.1 Causalismo Natural.....	8
1.2 Causalismo Valorativo.....	22
1.3 Finalismo.....	31
1.4 Funcionalismo.....	47

## **CAPITULO II**

### **Clases de Omisión**

2.1 Clases de Omisión .....	62
2.1.1 Criterios de Distinción .....	62
2.2 Omisión Simple. ....	66
2.2.1 La estructura del Tipo Omisivo Objetivo.....	66
2.2.2 La estructura del Tipo Omisivo Subjetivo.....	68
2.3 Comisión por Omisión .....	70
2.3.1 La estructura del Tipo omisivo .....	73
2.3.1.1 La Situación Típica.....	76
2.3.1.2 Ausencia de acción.....	77
2.3.1.3. El poder final del hecho.....	79
2.3.1.4 La característica de autor.....	85
2.4 Tipo Subjetivo.....	86
2.4.1 El dolo .....	87
2.4.2 La culpa .....	91
2.5 La Antijuridicidad .....	93
2.6 La culpabilidad .....	94
2.7 Tentativa de Omisión.....	95
2.8 Participación .....	97

**CAPITULO III**  
**Calidad de Garante.**

<b>3.1</b>	Clasificación de las fuentes de la calidad de garante.....	103
<b>3.2</b>	Deber jurídico derivado de la Ley.....	112
<b>3.3</b>	Deber jurídico derivado de un contrato.....	114
<b>3.4</b>	Deber jurídico derivado del propio actuar precedente.....	115

**CAPITULO IV**  
**Comisión por omisión en el artículo 16 párrafo segundo del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.**

<b>4.1</b>	Consideraciones finales sobre el artículo 16 párrafo segundo del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.....	119
<b>4.2</b>	Casos Prácticos.....	125
<b>4.3</b>	Jurisprudencia.....	128

<b>CONCLUSIONES</b> .....	136
---------------------------	-----

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	138
---------------------------	-----

## **OBJETIVO**

Establecer las bases dogmáticas para que exista un criterio de interpretación del artículo 16 Párrafo Segundo inciso c) del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, relativo a la calidad de garante en los delitos de Comisión por Omisión.

## **JUSTIFICACION**

En la actualidad aún con las reformas que entraron en vigor el día doce de Noviembre del año dos mil dos, realizadas en el Nuevo Código Penal Vigente en el Distrito Federal, existe Inseguridad Jurídica en la aplicación de una pena, por no haber uniformidad en la interpretación del deber jurídico del propio actuar precedente, como fundamento en un delito de Comisión por Omisión.

## INTRODUCCIÓN

El estudio de los delitos de comisión por omisión en el marco de la legislación Penal en el Distrito Federal, es un camino que aún está por recorrerse. Muy poco es lo que se ha escrito al respecto por autores mexicanos, pongan sus ojos en ella y prodiguen la atención que sin duda merece.

No hay, pues, una gran cantidad de bibliografía disponible y ello dificulta, así sea sólo parcialmente, en nuestro sistema penal. Sin embargo, y por contrapartida, esta situación ofrece la interesante posibilidad de tener un vasto campo que, al permanecer inexplorado, constituye una fuente de planteamientos y problemas nuevos que requieren una solución tanto práctica como técnica.

Por un lado, casi huelga decir que la literatura es prácticamente nula en el examen de los llamados delitos “impropios de omisión” o de “comisión por omisión”. Por otro lado, los escasos autores nacionales que los mencionan no se han interesado en examinarlos con mayor detalle.

No pretendo desde luego, desconocer que esto se origina fundamentalmente por que en el mundo entero no hay uniformidad de criterios para fundamentar la atribuibilidad de un resultado material a un agente criminal que no se vincula causalmente con el mismo. Lo que contribuye a la inseguridad jurídica de los gobernados al momento de la aplicación de las normas punitivas al respecto, en el marco juridicopenal del Distrito Federal.

Sin embargo, no deja de mencionarse que si bien son pocos los autores mexicanos que la mencionan, no menos cierto es que muchos son los estudiosos extranjeros que la manejan a profundidad y marcan los lineamientos en que deben fundarse la aplicación de un delito por comisión por omisión.

En estas condiciones es que se considera de gran aportación, el reportar un estudio dogmático del presente título, cuyo futuro en el medio jurídico nacional se encamina más a la perfección que, con posibilidades de acaparar la atención de ulteriores estudios.

Lo anterior en virtud de que es de suprema importancia para el marco legal que se llegue a una sana y correcta interpretación del artículo 16 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, con la finalidad de salvaguardar las garantías constitucionales que enmarca nuestra Carta Magna y que le son inherentes a los gobernados, ya en en la entidad federativa que se examina en la presente investigación o en alguna otra de la Nación.

De ahí que sea menester explotar, si quiera, ligeramente su origen histórico, naturaleza jurídica, finalidad, alcance jurídico y fundamentación, no obstante que el legislador se empeñe en fundamentarlos escuetamente presuponiendo conocido su estructura e interpretación, sin regular los aspectos más importan de sus bases para su aplicación, tal situación hace que el Juzgador al encuadrar la norma al caso concreto lo haga valiéndose de su muy particular punto de vista.



Hacemos el intento en este trabajo de realizar un análisis general de los criterios de interpretación de las bases legales y dogmáticas de los pluricitados delitos de comisión por omisión. Tratando de establecer las bases de una reforma al numeral precitado a efecto de que se salvaguarde la legalidad e igualdad de fundamentación de la estructura típica al caso en particular, es decir en la *praxma*. Poniendo de manifiesto la poca congruencia de las resoluciones judiciales con la teoría que dio vida a esta clase de delitos.

## **CAPITULO I**

### **OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL**

A lo largo del estudio que se realice en los apartados que integran este capítulo, habremos de hacer un breve recorrido histórico de la figura de la omisión desde sus inicios, hasta nuestros días; llevando a cabo una semblanza de la concepción que de ella hacen las corrientes dogmáticas más sobresalientes.

Sin embargo, encontramos que Nagler, hace referencia a que antes de la etapa del estudio sistematizado de los elementos del delito, la omisión tuvo antecedentes históricos en la Ley IV-12 del Rey Erich del Antiguo Derecho Danés, que establecía que aquel que, a sabiendas, utilizara un caballo que tuviera la costumbre de patear hacia atrás y diera ocasión para ello, sería responsable de la misma manera que si él mismo hubiera pegado el golpe, en caso de que alguien saliera lesionado.

En el Derecho Jónico, en forma similar se presentó esta figura, ya que en este sistema jurídico, se establecía que las personas que tuvieran animales salvajes en su casa, se responsabilizaban por los daños que causaran dichos animales; criterio que se extendió en el Antiguo Derecho Germánico en un caso de la muerte y heridas de un hombre, bajo el régimen de Rey Waldemar.

En la codificación Justiniana se encuentra la oposición de *occidere*, proveniente de la *lex Aquilia*, con *mortis causam proestare* para la cual CELSO solamente admitió la *actio in factum*.

En el Derecho Romano se tuvo antecedente de un caso de la muerte de un hombre provocada por la omisión de darle sustento y además, por la no continuación del tratamiento médico.

En la *Constitutio Criminalia Carolina*, en el artículo 122 se observaba la equiparación de la no evitación de actos impúdicos por parte de los padres y de la esposa con la acción activa de ese delito.

## **1.1 CAUSALISMO NATURAL**

La dogmática penal, entendida como el análisis del delito a partir de la ley penal en forma sistemática, nace con la corriente llamada "Causalismo Natural" a fines del siglo XIX.

Entre los principales exponentes de esta corriente encontramos a Franz Von Liszt y Ernst Von Beling, en donde el primero de los mencionados su fundador, exponiendo su teoría en su obra "Tratado de Derecho Penal".

Autor que partió su estudio del concepto que de delito hacia el Código Penal Alemán de 1871 (que era la legislación Vigente en esa época) en el que se señalaba

que delito era “la acción sancionada por las leyes penales”. Por lo que partiendo de esta idea de delito es que el citado autor, realiza un análisis sistematizado del derecho penal y el delito.

En este orden de ideas como una cuestión preliminar, a efecto de poder situar el lugar de la omisión dentro de esta corriente, es menester hacer alusión a la percepción que tenían de acción, los pensadores de ésta dogma.

En esta tesitura encontramos la explicación que de acto o acción humana se basaba en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, causa-efecto.<sup>1</sup>

Liszt, concebía que la voluntad tenía dos caracteres: el interno que era el contenido de la voluntad, y otro externo referente a la manifestación de la voluntad.

Liszt, señala que, en el terreno de la acción únicamente debe plantearse lo relativo a la manifestación de la voluntad, no él por qué, de la misma, o finalidad (pues esta correspondía a otro plano, como lo era la culpabilidad). Punto de vista que el maestro español Jiménez de Asúa comparte con Liszt al señalar que la acción no está matizada con la finalidad que persigue: que es acromática, y así nos dice: "A nuestro

---

<sup>1</sup> ORELLANO WIARCO, Octavio Alberto, "TEORÍA DEL DELITO", Sistemas Causalista y Finalista, Segunda edición, Editorial Porrúa, México 1995, p 9 ss.

juicio, de acuerdo con Von Liszt, se debe dar a la acción personalidad propia. Es lo natural, que no debe teñirse prematuramente de valor jurídico"<sup>2</sup>

A partir del fundador de la teoría causal es que se señaló que el acto o acción tenía tres elementos: a) Manifestación de la voluntad (que consistía en la enervación voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal, o en su inactividad); b) Resultado, (referente a la mutación del mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza); c) Un nexo causal, que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto por la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa a efecto).<sup>3</sup>

Es así, que partiendo de lo anteriormente expuesto encontramos que en el sistema de LISZT, el concepto de omisión y el de acción establece un marco en el que se desenvuelve el problema de la equiparación; toda vez que si bien es cierto inicialmente sostuvo posturas próximas a las LUDEN (omisión no es 'no hacer', sino, 'hacer de otro modo'), posteriormente abandona perspectivas naturalistas en la definición de omisión y la concibe como 'no realización de una acción esperada'. Sólo la omisión de una acción esperada puede considerarse equiparable a la acción causal (acción en sentido estricto).

---

<sup>2</sup> Ibidem p 11.

<sup>3</sup> Idem

Pues en la concepción más avanzada de este dogma tenemos que la omisión, se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior.

El fundador del Sistema Causalista plantea como solución al nexo causal, la teoría de la equivalencia de las condiciones al señalar que el resultado debe ser causado, por un movimiento corporal, así, el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efectos (relación de causalidad).

Afirmando que existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando éste no hubiera tenido lugar sin aquél; es decir, cuando no se puede suponer el movimiento corporal, sin que se produzca el resultado ocurrido (*conditio sine qua non*), De este modo, se considera el resultado en forma concreta, y todas las condiciones del resultado son, por consiguiente del mismo valor.<sup>4</sup>

Por su parte, Enrique Díaz Aranda, señala que "la punibilidad del resultado presupone que éste se encuentre en relación de causalidad con el acto de voluntad del que actúa. El acto de voluntad es causal respecto al resultado cuando, suprimido in mente (mentalmente) desaparecería también el resultado en su forma concreta...<sup>5</sup>

LISZT, agrupa en su doctrina la 'acción causal' y 'omisión contra expectativa', en un concepto de acción en sentido amplio;<sup>6</sup> ya que, según su concepción, la "acción" y la "omisión" se pueden equiparar, pues la producción de un resultado y la no evitación

---

<sup>4</sup> Ibidem pp 14-15.

de un evento, resultan de la voluntad del sujeto y de la antijuricidad de ellos; en razón de que según se consideró la omisión encontraba su fundamento en no impedir voluntariamente el resultado.

Ahora bien, para el segundo representante de esta teoría Beling, acción es movimiento corporal voluntario; y la omisión en sí, es corporal voluntaria, como contención de los nervios motores y que es dominada por la voluntad. Entendiendo a la voluntad, como factor que distingue la conducta humana del acaso (causalidad), y constituye así un elemento esencial.

De lo que se advierte que si bien es cierto, la concepción que hace de acción y omisión es un concepto naturalístico, no menos cierto es que su concepción no es causal. Ello permite agrupar a acciones y omisiones, en el marco de la teoría de la acción, o sea, en la noción de comportamiento humano voluntario. Así, aun reconociendo que el delito de omisión consiste en no-hacer-algo, puede decir que el concepto de omisión es intransitivo: la ausencia querida de todo movimiento corporal.<sup>7</sup>

Lo anterior se sostiene en razón de que en la impresión 1944 de su obra **“Esquema de Derecho Penal”**, el ilustre Ernst Von Beling, señalaba que los tipos constituidos por la producción de un resultado positivo, o sea, los delitos de resultado material, también podían cometerse por omisión, es decir por la omisión de aquella

---

<sup>5</sup> DÍAZ ARANDA, Enrique; “DOLO”, Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 2001, p 6

<sup>6</sup> Idem p 11

<sup>7</sup> Idem, p 21

actividad que habría evitado el resultado típico, dando pie ya a los llamados delitos de comisión por omisión.

Apuntando: “No existe motivo alguno para dudar, de que, entre lo negativo (no hacer) y positivo (resultado, cambio en el mundo exterior) puede haber relación causal, pues tal duda arraiga en consideraciones de orden filosófico (conocimiento del sistema total de relación) y prescinde de la cuestión jurídica, que es la única que interesa. Esta Cuestión es sencillamente la de ver si la omisión puede ser comprendida en el cuadro representativo a que se refiere el delito tipo (matar a un hombre, etc.) Esto puede afirmarse sin duda alguna en el sentido de la “causalidad típica”; el uso verbal corriente, empleado por el legislador, bajo las expresiones “matar” o las demás correspondientes a los otros tipos, comprende también el no evitar el resultado.”<sup>8</sup>

El concepto fundamental de la dogmática de la omisión en Beling es la omisión de algo. Un concepto próximo al de Beling define hoy Baumang, quien señala que se trata, de una forma de conducta que se incluye en el concepto más amplio de acción, entendida como comportamiento humano regido por la voluntad. La omisión — no hacer nada- también lo es. Ni el contenido de la omisión (que se omite), ni la posibilidad, ni el ser esperado, son elementos del concepto de omisión, sino que afectan a la tipicidad o la antijuricidad.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> BELING Von Ernest, “ESQUEMA DE DERECHO PENAL”, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina 1994; Traducción del alemán por el Dr. Sebastián Soler Ed. Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003. P 68

<sup>9</sup> Ididem, p 23



En este sentido Beling sostenía que, para esos modos de realizar el delito-tipo debía emplearse una medida especial en la antijuricidad, es decir, el deber jurídico de obrar positivamente para evitar el evento típico está más estrechamente delineado que el de omitir producirlo.

Para que pudiera surgir tenían que concurrir algunas características especiales, o de lo contrario la omisión de evitar el evento no es antijurídica y con ello no es punible, entre ellas encontramos:

1- Que fuera exigido por un precepto específico;

2- O que estuviera incluido en el conjunto de deberes que por ley importa una determinada situación jurídica (padres, empleados, etc.)

3- O que alguien haya tomado voluntariamente a su cargo el evitar peligros posibles ya sea:

a) porque se ha obligado por los peligros resultantes de una acción, aunque no sea prohibida o culpable, (v gr. Introducción de animales salvajes)

b) porque espontáneamente haya asumido una función tutelar, (v. gr. Tomar a su cargo un niño expósito)

Ahora bien por lo que respecta al ilustre Liszt, se apunto con anterioridad, en la primera edición de su Tratado ya había puesto de manifiesto que omitir no es no-hacer-nada sino no-hacer-algo, quien, en la segunda edición, utiliza por primera vez el término <<transitivo>>.<sup>10</sup>

La transitividad implica para este autor, concebir la omisión como no hacer algo, siendo ese algo una acción. El carácter asignado a esa acción depende de las diversas teorías acerca del concepto. Sí la acción viene dada por la existencia de una voluntad, un hecho y una relación de causalidad entre ambos, nada de eso es esencial al concepto de omisión. Ni es preciso, que para que haya una omisión, ésta sea querida: puede ser inconsciente. Por último, tampoco puede hablarse de relación de causalidad, ya sea conciba como vínculo entre la ausencia de movimiento corporal y algún acontecimiento real, ya como conexión entre la voluntad corporal y algún acontecimiento real, ya como conexión entre la voluntad de omitir y la propia ausencia de movimiento corporal.<sup>11</sup>

Así, para Radbruch, el concepto de omisión carece de elementos positivos. Ya que según él, su contenido se agota en la no-realización de una acción determinada que, además fuera posible para el autor. Entendiendo que se omite si no se realiza una acción cuando se tenía posibilidad físico-objetiva de realizar. Cuando afirma que omitir es un verbo transitivo que no quiere decir necesariamente no hacer nada, sino hacer lo

---

<sup>10</sup> Ibidem, p 24

<sup>11</sup> Ibidem, pp 24, 30.

contrario de lo mandado. La aludida posibilidad es un elemento del concepto de omisión, pero no, uno que tenga en común con la acción.<sup>12</sup>

Acción y omisión resultan ser conceptos contradictorios, que se comportan entre sí como afirmación y negación, como a y no-a. Las omisiones no sólo no contiene, elemento positivo alguno, consecuentemente, no es posible hallar un supraconcepto que las englobe junto con las acciones, llámese acción en sentido amplio o comportamiento. Ambos conceptos se encuentran en el mismo sistema sin relacionarse, el uno junto al otro. De ello se sigue la necesidad de dividir el sistema en dos partes sólo vinculadas entre sí por el concepto formal de delito como supuesto de hecho al que el Derecho asigna la pena como consecuencia jurídica.<sup>13</sup>

Beling por su parte reprocha a la tesis (transitiva) de Radbruch que responde a una incorrecta introducción del contenido de la acción o la omisión en sus respectivos conceptos: a la confusión de no-hacer y no hacer algo, según él, deben distinguirse dos niveles: el comportamiento (actividad o inactividad), y el de su contenido (donde tanto la actividad como inactividad pueden verse como omisión de algo).<sup>14</sup>

El Doctor Jesús Silva Sánchez, en su obra *El delito de Omisión, Concepto y Sistema*; afirma que en el sector doctrinal abundan los autores que consideran que el concepto de omisión se configura, con la no realización de una acción posible, y la

---

<sup>12</sup> Ibidem, p 30.

<sup>13</sup> Ibidem, p 31.

<sup>14</sup> Ibidem, p 24.

ayuda de otros elementos, además, de la posibilidad, mencionando que entre ellos figuran:

Jescheck haciendo alusión que señalaba que si la capacidad general de acción se une a la no realización de la acción esperada por la norma, se constituye el concepto de omisión típico.

De igual forma resalta que Rudolphi, es un autor que, requiriendo el ser-esperado de la acción no realizada como elemento del concepto de omisión, entiende la posibilidad en sentido individual (capacidad individual de acción).

Posibilidad que puede comprender varios aspectos, entre ellos:

1- La posibilidad físico-objetiva. Que son las condiciones externas, situaciones de realización de la acción, así como la posesión por parte del sujeto de las capacidades corporales e intelectuales, conocimientos técnicos y medios materiales para llevarla a la práctica.

2- La posibilidad subjetiva. Esta a su vez presenta dos vertientes: 1) La relativa al conocimiento de los medios existentes, su selección y conducción: junto con la posibilidad físico-objetiva, determina la posibilidad de realización de una decisión previamente adoptada; y 2) La relativa al conocimiento del fin de la acción, es decir de una situación en la que es factible la realización de una determinada acción: por sí sola,

esta vertiente configura la posibilidad de adopción de una decisión y es, en consecuencia, presupuesto de la posibilidad de su realización.

De la noción de posibilidad como elemento del concepto de omisión debe excluirse todo tipo de consideraciones relativas a la culpabilidad. Desde esta perspectiva debe distinguirse la capacidad de acción, como expresión de la finalidad potencial, de la capacidad de culpabilidad. Incluso en el caso límite, en que la capacidad de acción aparece como posibilidad de adopción de decisión, interesan sólo los factores externos (y su conocimiento) que posibilitan tal decisión. No se tiene en cuenta, en este punto, la configuración psíquica del sujeto ni los factores de su motividad.<sup>15</sup>

El citado autor no deja de mencionar que para Grünwaldo la posibilidad individual es ciertamente, elemento del concepto de omisión, pero sólo como posibilidad objetiva.

En tanto que Kollmann, define la concepción sintomática del delito, niega que en la omisión haya proceso externo alguno y, consiguientemente, también la posibilidad de un concepto unitario que agrupe acciones y omisiones. Omisión es para este autor un enunciado negativo.

---

<sup>15</sup> Ibidem, p 29.

Sostiene una concepción sistemática del delito, que niega que en la omisión haya proceso externo alguno y consiguientemente, también la posibilidad de un concepto unitario que agrupe acciones y omisiones.

Omisión es pues, para este autor, un enunciado negativo; la omisión penalmente relevante es aquella en la que el citado juicio se apoya en una norma que reclama un hacer positivo. Su aportación es situar a la omisión en un nivel diferente del comportamiento en sí, como expresión de una relación entre dos términos que en definitiva, se produce en un proceso de conocimiento o de comunicación, y no existe como tal en la realidad externa.

En mérito de lo anteriormente expuesto se concluye que la acción para el sistema causalista es concebida de un modo "naturalístico", como relación de causa a efecto.<sup>16</sup>

La acción es así, un proceso causal, un movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, en donde no interesa analizar aspectos internos, sino externos; se pone énfasis en el resultado, más que en la acción misma; debe constatarse la causa, y el nexo entre ésta y el resultado.

La acción debe ser voluntaria, para diferenciarla de la acción de carácter físico-natural, sin embargo, el estudio de esa voluntariedad se reduce a establecer que el

---

<sup>16</sup> Ibidem, p 12.

movimiento corporal, efectuado por la persona, fue voluntario, el estudio del fin o sentido de la acción que se persigue con esa enervación muscular pertenece a la culpabilidad.

Advirtiéndose que en el marco del naturalismo, surge una concepción intransitiva y una transitiva de omisión.

En el naturalismo, aparece la posibilidad como elemento caracterizador de un concepto; desde la perspectiva estrictamente naturalista, es imposible decidir por qué sólo la no-realización de acciones posibles, constituirá omisión. La posibilidad como causalidad potencial es, desde luego, un elemento extraño en el esquema, pero no menos extraño de lo que puede parecer la referencia a la voluntariedad en el concepto causal-naturalístico de acción.

La posibilidad de la acción no realizada se estima, como condición indispensable de la existencia de una omisión.

Sostener que la acción no realizada debe haber sido posible no implica, referencia alguna, acerca de para quién debe haberlo sido y en qué circunstancias. Se habla solo de acciones humanamente posibles, sin más precisiones; o posibles para el hombre, en la situación del sujeto; o, en fin, posibles para éste en su concreta individualidad. Ello sugiere la alternativa entre un criterio general y un criterio individual de posibilidad.

---

Los partidarios de la posibilidad general entienden que, si el hombre medio en la situación del autor había podido realizar la acción, el sujeto que no la realiza omite, aunque personalmente no pudiera llevarla a término. Algunos, incluso, toman como referencia no <<lo posible al hombre medio>> en la situación de que se trate, sino lo humanamente posible. Los defensores de la concepción de la posibilidad individual parten de los conocimientos y capacidades personales del sujeto en cuestión y de sí éste, en determinada situación, habría podido cumplir la acción analizada. Si no es así, no omite.

Luden es el primer autor que parte de la causalidad natural como criterio esencial de imputación, con él una serie de autores influidos por las ciencias empíricas y conscientes de la ausencia de causalidad natural en la omisión en sí, tratan de hallar una fórmula que permita afirmar que determinados supuestos de omisión se causa el resultado. Así surgen las teorías “del actuar de otro modo” del “actuar precedente” y de la “interferencia”.

Octavio Alberto Orellano Wiarco, apunta: "siguiendo el pensamiento más avanzado del sistema causalista, la "omisión" se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal "esperado" que debía producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa (en la acción la norma es prohibitiva)"<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> **Idem.**



Así el mantenimiento de la óptica naturalista obliga a definir a la omisión de un modo negativo, como no hacer algo; y como acción esperada.

Pese a las consideraciones de estos autores, existe una imposibilidad de resolver los problemas de la omisión a partir de perspectivas Causalistas Naturalistas.

## **1.2 CAUSALISMO VALORATIVO**

Los cambios conceptuales en la transición del sistema clásico al sistema neoclásico fueron realizados no sólo para superar las críticas realizadas al primero, sino que obedeció principalmente a la influencia filosófica de la época, en el siglo XX aproximadamente entre 1907 y 1930, tratando de superar la crítica, el Sistema Clásico (Causalismo Natural) presenta una transición y dando cavidad al Sistema Neoclásico (Causalismo Valorativo).

La corriente dogmática que recibe el nombre de Causalismo Valorativo o Neocausalismo, se caracteriza principalmente por una progresiva pérdida de importancia de la teoría de la acción a favor de la teoría del tipo, los autores representativos de esta corriente, convierten el elemento constitutivo de los conceptos de acción y omisión en 'formas de comportamiento humano'.

El contexto cultural del naturalismo positivista, que sustentó al sistema clásico, fue superado por la filosofía neokantiana, de acuerdo con la cual el centro del análisis debía recaer en la comprensión del significado valorativo de los conceptos jurídicos.

De ahí que su principal representante, Mezger, manifestara: “para mí, metodológicamente, cada vez gana más terreno el carácter dualista empírico-valorativo de todos los conceptos jurídicos... La acción, la culpabilidad, la personalidad, etc. Tienen sus raíces en el firme terreno de lo empírico y de las leyes naturales; pero como acción querida, culpabilidad punible, personalidad motivada, etc. Caen en realidades empíricas bajo la <<selección >> del mundo de valores... Así habrá de resolverse la especial <<secular>> misión de nuestra época: incorporando de modo orgánico los resultados de la ciencia jurídico-penal valorativa... he intentado continuar esta tarea de establecer posteriores líneas de enlace entre las direcciones empírico-psicológicas de los últimos tiempos y el mundo de los valores jurídico-penales”<sup>18</sup>

La concepción del tipo pasó de ser puramente objetivo hacia el positivismo-valorativo, en el cual el tipo describía una conducta a la cual correspondía una pena no

El fundamento filosófico naturalista y formalista que es la base del sistema causalista propugnado por Liszt y Beling, (causalismo natural), se contrapuso el criterio

---

<sup>18</sup> Ibidem, pp20-21

teleológico que hace referencia a los valores, desarrollado por la escuela de la "filosofía de los valores" o causalismo valorativo o neocausalismo también llamada sudoccidental alemana, en donde el resultado dogmático más importante es el desplazamiento del concepto formal de la antijuridicidad, como contradicción a la ley, a un concepto material, referido a un fin de protección jurídica, a bienes jurídicamente protegidos.

Al igual que el anterior sistema, la corriente neoclásica siguió manteniendo la fundamentación del tipo objetivo en las teorías causales, aunque rectificadas; pero el cambio más relevante radica en la inclusión de los elementos normativos, con lo cual el tipo objetivo quedaría conformado de elementos descriptivos (causales) y elementos normativos. Aunado a que se incorporaron los elementos subjetivos distintos al dolo, los cuales dieron origen a la inclusión del tipo subjetivo. Desde entonces y hasta el día de la fecha el tipo se divide en tipo objetivo y tipo subjetivo.

El sistema causalista valorativo, aunque con las correcciones que anteriormente hemos anotado, seguía recurriendo a las teorías causalistas para determinar los elementos descriptivos del tipo.

Sin embargo, hubo grandes avances pues MAX ERNST MAYER puso en evidencia que junto con los elementos descriptivos del tipo, perceptibles a través de los sentidos, existen otros elementos que hacen necesaria una valoración anterior a la antijuridicidad misma, es decir, que forman parte del tipo. V gr. <<ajeneidad>>; de

acuerdo con este autor los elementos normativos tienen una doble posición al encontrarse tanto en el tipo como en la antijuricidad.<sup>19</sup>

Así pues con el descubrimiento de la existencia de ciertos elementos del tipo que son de naturaleza subjetiva, se obligan a la inclusión del tipo subjetivo.

El tipo es entendido en un sentido estricto, como descripción de los elementos exteriores de la acción, esto es, de la parte que se encuentra fuera del ánimo del autor, además, como algo aún totalmente libre de desvalorar, de antijuricidad neutra, es decir, definido en forma puramente descriptiva pero no valorado normativamente.

La antijuricidad es concebida bastante formal como una contraposición del hecho objetivo con el orden jurídico, concepción que concuerda con la consideración causal, ciega, de la acción. Es en la afirmación de la antijuricidad de la conducta, que se da por primera vez la formulación de un juicio de valoración.

La culpabilidad era concebida puramente subjetiva, como una relación psíquica entre el autor y la parte externa del hecho (resultado producido). Es en la culpabilidad donde se plantea apenas el problema sobre el contenido de la voluntad; por ello, es que el dolo y la culpa aparecen como formas de ésta.

---

<sup>19</sup> Ibídem, p 24

La imputabilidad, en cambio, fue entendida como un presupuesto de la culpabilidad, y el estado de necesidad como causas excluyente de la culpabilidad, Las intenciones, motivos, tendencias, que en numerosas disposiciones penales son previstas, fueron también ordenadas como elementos subjetivos de la culpabilidad.

La tentativa y la consumación, la autoría y la participación, la unidad y la pluralidad de delitos, son resumidas como forma de aparición del delito, como variaciones de la forma fundamental, caracterizada por la acción de ejecución y el resultado.<sup>20</sup>

De lo anterior se advierte que el Sistema Causalista Valorativo retomó la base del injusto material, y le agregó los elementos subjetivos, en consecuencia inevitablemente se comenzó a plantear problemas sobre la esencia puramente objetiva del injusto.

Fue gracias a FISCHER y HEGLER, que se descubrió que en muchos supuestos de hecho se debe atender a la dirección que el autor da a su manifestación exterior de la voluntad para determinar cuál es el tipo en el que se puede subsumir la conducta, o si, por el contrario, ésta es atípica. <<ánimo de apropiación>>.

De ahí que el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto haya constituido uno más de los argumentos en contra del sistema clásico al confirmar, una vez más, que el injusto no está conformado exclusivamente de elementos objetivos y, en consecuencia, no se puede establecer una división absoluta de análisis entre

elementos objetivos únicamente en el injusto y subjetivos exclusivamente en la culpabilidad, como sostuvo el sistema clásico del delito.<sup>21</sup>

Por lo que respecta a los delitos de omisión simple y de comisión por omisión responden a la naturaleza de la norma. Si ésta es prohibitiva: "no mataras", su quebrantamiento crea un delito de acción; si es imperativa: "socorrerás", el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión.

Pero la claridad cesa cuando queremos discernir el fundamento punible de las omisiones y esclarecer el tema de su causalidad.

MEZGUER, sostenía: "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 sea exigible"<sup>22</sup>.

MEZGUER escribe en orden a los "propios delitos de omisión", como sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, "resulta absolutamente correcto que ésta sólo se fundamente desde afuera (externa, normativamente) y que por tanto, no el que omite, sino el que juzga, de existencia a la omisión.

---

<sup>20</sup> Ibidem, pp134-135

<sup>21</sup> Ibidem, pp28-29

<sup>22</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL", La Ley y el Delito, Editorial Abeledo-Perrot, Sudamericana, Buenos Aires, Argentina p 136

Como ha quedado anotado a lo largo del presente trabajo, los conceptos de acción u omisión son puntos de partida en la teoría del delito.

MEZGER, al referir a la teoría de la acción o hacer activo, señala que se integra por un acto de voluntad que "es un suceso psicológico el que esta dominado por una relación finalista", limitando esta relación finalista a la voluntariedad del movimiento corporal, y su valoración la remite a la culpabilidad, dejando a la tipicidad y antijuricidad, la valoración del aspecto puramente causal del comportamiento humano.<sup>23</sup>

La fundamentación que realizó Liszt, fue perfeccionada por MEZGER quien señaló: que todo delito de omisión tiene su fundamento en una "acción esperada" y sin esa acción esperada, exigida por la ley, no puede existir omisión alguna en sentido jurídico. Así pues, no basta, el no "impedir voluntariamente el resultado lesivo", sino que al fundamentarse externamente la exigencia de la conducta "esperada", se va a juzgar la omisión, desde el punto de vista de quien juzga si el omitente no realizó la conducta esperada por la ley, no desde la óptica de quien no realizó la conducta.<sup>24</sup>

El sistema causalista de Mezger, que circunscribe la omisión, a relaciones causales, sigue siendo un proceso causal "ciego", ya que la finalidad del sujeto omitente, se examina a nivel de la culpabilidad, sea a título de dolo o de culpa.

---

<sup>23</sup> Ibidem, p138

<sup>24</sup> ibidem, p139

Se admite por los resultados, encabezados por MEZGER, que en los delitos de comisión por omisión el sujeto viola una forma preceptiva (deja de hacer lo que debe hacer) y una prohibitiva (producir un resultado que no debe producir).

Jiménez de Asúa, considera que MEZGER, tiene razón cuando nos dice:

“La adecuación de sí, un delito ha de estimarse de naturaleza directamente comisiva, o de sí es de los llamados de comisión por omisión, depende de momentos subjetivos (ánimicos) del agente”.<sup>25</sup>

MEZGER, para apoyar a su argumento acude a Liszt, al señalar un ejemplo, que consiste en que un médico "A", al efectuar una operación quirúrgica, no peligrosa, a un sujeto "B", decide en ese momento matarlo, y lo deja desangrar.

Desde antaño se negaba el nexo de causalidad en los delitos de comisión por omisión, pues se sostenía; de la nada, nada puede resultar.

Sin embargo, varias teorías dentro del sistema causalista trataron de explicar el nexo causal en los delitos de omisión impropia, como la teoría del *alium actum*, *agere* o *facere*, o sea, que la omisión radica en la ejecución de una acción diversa a la que se realizó; esta teoría fue criticada, pues si la madre no alimentaba al hijo, por tejer medias, la causa de la muerte sería esa actividad.

---

<sup>25</sup> *idem*, pp141.142



Otra teoría es la llamada de "la acción precedente", criticada porque la actividad precedente no es lo imputable al sujeto, sino la omisión a la cual se le atribuye un resultado material antijurídico.

Dentro de los penalistas neocausalistas la teoría de mayor aceptación la de la "acción esperada" de MEZGUER. Esto es, del deber jurídico de obrar que debe existir para que se considere a la omisión delictuosa. La omisión es causal en orden al resultado, cuando de realizarse la acción esperada no se hubiera producido el resultado.

Aquí vemos que MEZGER, acude a la teoría de la equivalencia de las condiciones, para resolver el problema del nexo causal en los delitos de omisión impropia, pues si suponemos en el ejemplo de la madre, si ésta hubiera alimentado al hijo, éste no hubiera muerto, con lo que se demostraría la relación causal entre la omisión de la madre y el resultado, o sea, la muerte del hijo.

Así pues la tesis que ya desarrollaba Liszt en su obra de la acción esperada, es desarrollada en mayor amplitud por MEZGER, dando así la fundamentación de la omisión simple, incluyendo a los delitos de olvido; al referir: "lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido realizar. Porque no ha realizado esa acción que de él se esperaba, es por esa razón que es punible, en tanto que la acción esperada también puede serle exigida".

Así, los juristas que se agrupan en torno del sistema neocausalista, aceptan que el primer elemento del delito lo constituye una "acción u omisión causal", que se concreta en un movimiento, o en ausencia de movimiento, corporal voluntario; el examen del proceso psicológico que determinó esa acción u omisión, es decir, del dolo o la culpa, no pertenecen al estudio de la fase objetiva del delito, sino de la subjetiva, o sea de la culpabilidad.

Para el neocausalismo, pertenece a la fase objetiva de la mecánica delictiva, la acción (y la omisión), la tipicidad y la antijuricidad; a la fase subjetiva, corresponde la culpabilidad (el dolo, la culpa) y para algunos la preterintencionalidad.

### **1.3 FINALISMO**

Ahora toca el turno a la corriente en la que descansa nuestro Derecho Penal Mexicano, llamada teoría finalista de acción o finalismo.

El relativismo y el progresivo juridicismo en la elaboración conceptual del delito, con la finalidad de superar a las críticas del sistema causalista dan paso al finalismo; dogmática en la que sus pensadores van a concentrar su atención en la referencia a valor, o sea, finalidad, convirtiéndolo en elemento constitutivo de los conceptos de acción y omisión, ya que las mantienen como formas de comportamiento humano.

Es así que, la “teoría de la acción final”, nace con el jurista Hans Welzel, quien inspirado en la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana (filosofía de los valores y la sociología del pensamiento de Richard Höningstal), inicia durante los años treinta la conformación de esta nueva teoría que descansa en la concepción final de acción, presentando su trabajo por primera vez en 1940, en su obra su obra “Studien zur System des Strafrechts”, (Estudio del Sistema Penal Alemán), en el que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal completamente revolucionaria y que se aparta de la concepción sistemática de la dogmática "causalista".

El estudio que Welzel, presenta parte de una estructura lógico-objetiva de la acción, tomando como base la realidad objetiva, ontológica, de la cual, sostiene, sólo cierta parte de ella interesa al Derecho Penal, esa parte de la realidad (elementos ontológicos) se describe lingüística y conceptualmente en tipos a los cuales se les vinculan sanciones penales conformando así tipos penales, los cuales, a su vez, se actualizan cada vez que en el mundo ontológico se realiza la conducta descrita en uno de esos tipos penales.<sup>26</sup>

Como anteriormente ha quedado asentado acción (y omisión), es punto de partida en la dogmática penal; siendo en este sistema finalista, cuando dan un cambio radical a la concepción de acción (y omisión), ya que en el sistema finalista se afirma que la acción es actividad final, el derecho prohíbe, ordena conducta, pero estas

---

<sup>26</sup>Ibidem, p 43

prohibiciones no están dirigidas a procesos causales "ciegos" (causalismo), sino a procesos causales dirigidos por la voluntad del hombre, es decir, con una finalidad.<sup>27</sup>

De lo que se advierte que el sistema causal fija más su atención al resultado que produce la acción y el finalismo en la dirección de la acción.

Para esta corriente jurídica, en la acción esta implícita la conducta necesaria para consecución del fin, de esta manera el dolo en el sistema finalista, va a quedar contenido como elemento de la acción típica, y no de la culpabilidad, como en el sistema causalista.

De lo que podemos observar que, mientras que para la teoría causalista, la acción es una manifestación de voluntad (movimiento corporal o ausencia de movimiento), que va a producir un cambio en el mundo exterior (resultado), o sea, la conciben como un proceso causal, donde la "acción" es la causa del resultado, ya que como proceso causal naturalístico tiene que existir forzosamente un nexo causal, entre la "acción" y su "resultado". Para la teoría finalista de la acción, la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista, es decir, acción es, para este sistema es un acontecimiento "finalista" o actividad finalista.

Parten de la idea, que la finalidad (de la acción u omisión) es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no está dirigida desde

---

<sup>27</sup> Ibidem, p137

el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes.

El sistema finalista, parte de una acción (u omisión) finalista; ubica el dolo y la culpa en el terreno de la acción (u omisión) típica; no acepta la distinción de los causalistas en fase objetiva y subjetiva del delito; le otorga a la culpabilidad un contenido diverso, excluyendo de este elemento el dolo y la culpa, que se ubica en el estudio de la tipicidad.

Junto a la acción aparece la omisión como una segunda forma independientemente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin.

“Welzel parte de una estructura lógico-objetiva de la acción, para lo cual toma como base la realidad objetiva: ontológica, de la cual, sostiene, sólo cierta parte de ella interesa al Derecho Penal, esa parte de la realidad (elementos ontológicos) se describen lingüística y conceptualmente en <<tipos>> a los cuales se les vinculan <<sanciones penales>> conformando así <<tipos penales>>, los cuales, a su vez, se actualizan cada vez que en el mundo ontológico se realiza la conducta descrita en uno de esos tipos penales.”<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Ib idem 44-45

Los autores de esta corriente, señalan que no se puede dar relevancia penal a cualquier conducta del mundo ontológico por el simple hecho de provocar un resultado contrario a derecho, toda vez, que además de ese desvalor de resultado, se requiere un juicio objetivo-valorativo de la conducta. Así la conducta disvaliosa pasa a ser en el concepto finalista, conductas típicas, al contener un disvalor de acción. Lo anterior en virtud de que las normas de derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente o las omisiones de tales actos.<sup>29</sup>

Así pues, acción en el sistema finalista, consiste en el ejercicio de una actividad finalista, o sea, una dirección del curso causal por la voluntad humana.

El penalista alemán y principal representante de la corriente finalista, Welzel, señalaba “acción humana es ejercicio de actividad final...La <<finalidad>>, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de esos fines”. A esa posibilidad de prever los resultados de la acción se le denomina <<capacidad de voluntad>>, la cual constituye el fundamento de la conocida frase <<la finalidad es vidente, la causalidad es ciega>>”.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Ibem

<sup>30</sup> Idem pp 45

El Doctor en Derecho Enrique Díaz Aranda, en su libro de DOLO, aduce que algunos autores como Hans Welzel y José Arturo Rodríguez Muñoz, indican que la acción final posee o se conforma de dos fases: una subjetiva y otra objetiva. De igual forma hace referencia a que la forma subjetiva, se desarrolla sólo en el pensamiento; se inicia con la proposición de un fin, la selección de medios para conseguirlo y la consideración de efectos concomitantes, ello con conocimiento sobre procesos causales; a este proceso se le denomina <<de retroceso>>, pues, el sujeto ha ido retrocediendo en su pensamiento para buscar entre sus conocimientos especiales, cuáles son los medios necesarios para provocar el resultado y conforme a ello seleccionar los más apropiados. Y la objetiva se manifiesta en el mundo real con la realización de los medios preparatorios hasta llegar a la realización de la conducta típica (tentativa) y, en su caso, la producción del resultado (consumación).

Sin embargo, la fase subjetiva, por muy reprochable que sea, es atípica por sí sola, pues el Derecho penal no tutela el ánimo, por sí mismo, sino que se encarga de esos pensamientos sólo en el caso que conduzcan a un hecho real y que ese hecho real sea relevante para el derecho penal.

Para la teoría finalista el tipo no está constituido únicamente de elementos objetivos-descriptivos y excepcionalmente de elementos subjetivos distintos al dolo, sino que como anteriormente se ha indicado, adicionan el elemento subjetivo dolo o en su caso la culpa, que viene a formar parte del propio tipo penal.

TIPO OBJETIVO: El sistema finalista de acción, en cuanto al tipo objetivo, asume los postulados de las anteriores teorías causalistas. El sistema final de acción no varió esencialmente el tipo objetivo, sin embargo su aporte básico y que vino a revolucionar la concepción de la conformación del tipo penal, radicó en la inclusión definitiva del tipo subjetivo, en el cual centró su atención.

TIPO SUBJETIVO: De acuerdo con el sistema finalista “el tipo subjetivo del injusto” comprende a su vez: EL DOLO O LA CULPA Y LOS ELEMENTOS ESPECIALES DISTINTOS AL DOLO.

Es hasta la teoría final de acción de Welzel cuando se presenta la argumentación ontológico-valorativa y la sistemática suficiente para aceptar dicho cambio.

“La teoría dominante está obligada, por necesidad lógica, a reconocer al dolo como elemento subjetivo de lo injusto de todos los tipos dolosos... [Pues]... toda acción consiente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere –el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo –el momento volitivo-; ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo... empero, se debe precisar]... el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo... [de ahí que éste se conciba



como ] la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. Y dicha conducta es disvaliosa”<sup>31</sup>

De lo anterior se advierte que el dolo penal, contiene dos dimensiones: 1.- La voluntad tendiente a la realización del acto y 2.- La voluntad que domina dicha realización, o sea, la posibilidad de influir con la conducta final en el resultado típico.

El dolo exige así a) el conocimiento de las circunstancias del hecho ya existentes, b) la previsión del resultado y c) la previsión del curso de la acción (nexo causal). Lo anterior significa que en el dolo del autor, quedarán abarcados todos aquellos resultados derivados de la voluntad final de acción. <sup>32</sup>

Siguiendo la línea de Hans Welzel, Antonisei manifiesta que “dolo es la forma típica de la voluntad culpable y en cierto sentido su verdadera forma... normalmente el dolo exige que tanto el comportamiento como el resultado sean queridos.”<sup>33</sup>

Desde el punto de vista sistemático, la reubicación del dolo, de la culpabilidad al tipo, supuso su conformación únicamente con el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita en el tipo y quedaba fuera de este la conciencia de la antijuricidad, ello significó dejarlo con un contenido avalorado o neutro, pues si bien el

---

<sup>31</sup> Ibidem pp 51-52

<sup>32</sup> Ibidem pp 54

<sup>33</sup> Idem pp54

sujeto podía conocer y querer los elementos del tipo, con eso no se excluye la posibilidad de que ese hecho pueda estar permitido, en general por el orden jurídico.

Hans Welzel señala: “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 independientemente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin.”<sup>34</sup>

En este orden de ideas, señala “...Acción y omisión de una acción son subclases independientes dentro de la “conducta” susceptible de ser regida por la voluntad final”<sup>35</sup>.

Así apunta que la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno “limitativo”; es la omisión de una acción posible del autor, que esta subordinada 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 con determinada acción. Omisión significa un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta.<sup>36</sup>

Este ilustre jurista, señala que el derecho Penal se ocupa de la omisión de acciones, toda vez que existen normas jurídicas que ordenan efectuar acciones para la

---

<sup>34</sup> HANS WELZEL. DERECHO PENAL ALEMÁN. PARTE GENERAL 11ª. Edición. 4ª. Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. pp 237

<sup>35</sup> *Ibidem* pp 238

<sup>36</sup> *Idem* 238

producción de resultados socialmente deseados o para evitar aquellos socialmente indeseados. Estas normas se lesionan mediante la omisión de la conducta mandada. La lesión de estas normas de mandato, que se produce por la omisión de la acción mandada, que se produce por la omisión de la acción mandada, esta en cierta medida sujeta a pena: en los llamados delitos de omisión.

Sólo el dominio del hecho posible concretamente o final potencial de una persona conviene un no hacer en omisión.

El finalismo adopta, ante el estudio del concepto de omisión, un punto de vista ontológico, es decir, pretende aprehender la estructura lógico-objetiva del ser hombre, del actuar y del omitir, que determina el juicio del valor subyacente a la norma y al injusto. Desde esta perspectiva, omite el que no realiza una acción final, pese a tener capacidad de acción.

En el sistema finalista el fin perseguido en la omisión, como el fin propuesto en la acción deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una inactividad en omisión.

Para la teoría finalista en los delitos de omisión simple, la vinculación entre la conducta y el resultado versa en razón de un nexo jurídico; en los delitos de comisión por omisión en que se da un resultado material el nexo causal se plantea en la posibilidad de que el resultado no se hubiera producido si el sujeto realiza la acción ordenada por la ley, teniendo el deber jurídico de obrar; de esta manera el sujeto

obligado, por la norma tiene la llamada posición de "garante", es decir, tiene deber de evitar el resultado, posición que se desprende de la ley cuando ésta señala al sujeto determinados deberes cuyo cumplimiento, derivan de su cargo, profesión, empleo, lazos familiares, etc.

“Así en la omisión simple, o en la llamada comisión por omisión, encontramos un "deber jurídico" impuesto por la norma y una obligación específica de quien debe cumplir con ese "deber jurídico" (posición de garante).” Desde esta perspectiva, omite el que no realiza una acción final, pese a tener capacidad de acción.

Para el finalismo el poder de la voluntad no se agota en el ejercicio de la acción final, sino que comprende también la omisión de ella.

Para Welzel, la acción y la omisión, no son sino dos subclases de la conducta típica, ambas susceptibles de ser dirigidas por la voluntad final.

La omisión, para este sistema, está referida necesariamente a una acción, de esta manera no se puede hablar de omisión en sentido abstracto, sino de la omisión de una acción, de aquella exigida por la ley.

Así pues, en la omisión debe exigirse del sujeto una acción y él deber de tener "el poder final del hecho", es decir, quien omite la acción debe tener la posibilidad de actuar, así pueda omitirla en forma dolosa, o bien, en forma culposa, cuando olvida ejecutar una acción que con adecuada dirigencia debía recordar.

WELZEL afirma: "el autor de omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado.

Para Welzel el fundamento de la omisión es una "acción esperada", propugnada por MEZGER es equivocada, ya que no es posible apoyar una posible acción, de una indeterminada serie de acciones, la "esperada", ni del supuesto de que la víctima "esperada" la acción del sujeto, sino que la omisión se fundamenta:

a) En el poder de hecho, que tenía el omitente, de haber realizado la conducta, sujeta a su vez al conocimiento de la situación típica y a la posibilidad real de evitar el resultado.

b) A la posición de garante, del omitente, respecto del bien jurídico lesionado, posición que debe provenir de la ley, o de un deber contractual, o de una obligación profesional, o de una especial relación de lealtad, y respecto de esas particulares situaciones el omitente tiene la obligación de actuar, se encuentra en una posición en que su actuar está a su cargo, su posición es de garante.

La teoría finalista concibe a la omisión dentro del concepto conducta humana, es decir, el concepto de acción abarca también a la omisión.

En el sistema finalista el fin perseguido en la omisión, como el fin propuesto en la acción, deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una inactividad en omisión.

Tanto en la omisión simple, como en la llamada comisión por omisión, encontramos un "deber jurídico" impuesto por la norma y una obligación específica de quien debe cumplir con ese "deber jurídico" (posición de garante).

WELZEL afirma que: Los delitos de comisión por omisión son, por ello, no sólo ontológicamente verdaderos casos de omisión, sino que también siguen dogmáticamente las reglas especiales de los delitos de omisión.

Para el finalismo, la solución al problema de los delitos de omisión o comisión por omisión, se sitúa en la tipicidad, precisamente en la posición de garante del omitente, pues su posición lo obliga, no sólo a impedir que el bien jurídico corra peligro, sino también del daño material, como en el caso de los delitos de comisión por omisión, lo que ocurre, es que en los delitos de omisión propia o impropia se trata de tipos abiertos, en los cuales el juzgador tiene que completar la formulación de la ley, y resolver si en el suceso puesto a su consideración el sujeto presunto responsable, tenía o no el poder final del hecho y la posición de garante, lo que la ley no puede consignar en tipos cerrados, porque sería insuficiente cualquier fórmula frente a la inmensa posibilidad de situaciones concretas.

Sin embargo, varias teorías dentro del sistema causalista trataron de explicar el nexo causal en los delitos de omisión impropia, como la teoría del *alium actum, agere o facere*, o sea, que la omisión radica en la ejecución de una acción diversa a la que se realizó, esta teoría fue criticada, pues si la madre no alimentaba al hijo, por tejer medias, la causa de la muerte sería esa actividad. Otra teoría es la llamada de "la acción precedente", criticada porque la actividad precedente no es lo imputable al sujeto, sino la omisión a la cual se le atribuye un resultado material antijurídico. La teoría de mayor aceptación entre los causalistas es la MEZGER, de la "acción esperada".

Para el finalismo lo importante es la "acción u omisión final", es decir, que en la omisión debe estarse a la finalidad perseguida por el sujeto, en ello va a radicar el desvalor de su conducta.

Welzel y los finalistas, han señalado que el sujeto al proponerse una conducta, debe considerar "la potencialidad" de su acción, o de su omisión, y es por ello, que al perseguir un fin, la omisión de la conducta a la que estaba obligada a realizar para su calidad de garante y no afectarla es la que le es reprochable.

Para Zaffaroni, sólo hay acciones, como única forma de conducta anterior a cualquier referencia típica.

Por su parte Armin Kaufman, señala que el concepto finalista de acción no puede servir de concepto genérico que englobe a la omisión, pues en esta faltan, como ha señalado la causalidad y la finalidad.

Armin Kaufman, trata de hallar, sin embargo una nota común a los conceptos de acción y de omisión, y la encuentra en la capacidad de acción. La omisión no es un concepto negativo (no acción), sino limitativo, es la no acción, es la no acción con capacidad concreta de acción.

La capacidad de acción es, según ARMIN KAUFMAN, la nota común a los conceptos de acción y de omisión. Conducta es la actividad o pasividad corporal comprendidas en la capacidad de dirección finalista de la voluntad. Es evidente, sin embargo, que con ello Armin Kaufman descubre únicamente la raíz común de la acción y la omisión pero no logra un verdadero concepto de la conducta, que englobe a la acción y a la omisión. Se trata de un concepto meramente descriptivo.

Este autor, señala que la omisión, es la no acción con posibilidad concreta de acción; es decir, la no realización de una acción finalista que el autor podía realizar en la situación concreta.

El finalismo recibe fuertes críticas, por que presenta problemas al tratar de explicar la fundamentación de los delitos culposos y los de omisión. Sin embargo a pesar, de éstas críticas, el finalismo da un planteamiento, sin lugar a dudas, eficaz para todas las cuestiones respecto de los delitos dolosos, centrando en ellos su atención.



Motivo por el cual, aunque se siguen buscando diferentes correctivos en la teoría del delito, para tratar de explicar las problemáticas que presenta la sistemática finalista de acción, se deja incólume el concepto final de acción.

En el sistema finalista la culpabilidad, paso a ser un juicio puramente normativo, en el cual había una doble relación 1) la acción del autor no es la exigida por el Derecho y 2) el autor pudo comportarse conforme a lo dispuesto por la norma. Lo anterior se materializa en el juicio consistente en determinar si se le puede reprochar al autor el haber actuado contra lo establecido por el orden jurídico, en consecuencia la culpabilidad en el sistema finalista se conforma de 1.- La imputabilidad, 2.- La conciencia de la antijuridicidad y 3.- la falta de excluyentes de la culpabilidad. Es así que la concurrencia del dolo o la culpa en el tipo penal no presuponen la existencia de la culpabilidad,<sup>37</sup>

La conformación objetivo subjetiva del tipo penal en el sistema finalista trajo aparejadas diversas críticas: conceptuales, derivadas por la inclusión del dolo y la culpa; conceptuales, derivadas de la ausencia de una finalidad delictiva en las conductas culposas, de insuficiencia para delimitar las fronteras entre dolo eventual y culpa consciente, así como la propia concepción de los delitos de omisión.

Pues en torno a la concepción de los delitos de omisión, esta corriente finalista recibe insuperables críticas, pues presenta serios problemas para sostener los delitos de omisión, los cuales evidentemente no tienen relación causal óptica, entre la

conducta final y el resultado acaecido; ya que desde el punto de vista óntico, el proceso causal desencadenante del resultado le es ajeno a quien omitió la conducta debida; problema que se agudiza a un más, en los delitos de comisión por omisión, pues en estos, no tan sólo se le atribuye el no haber evitado el resultado relevante para el derecho, sino que más aún se le atribuye el resultado como si el mismo lo hubiera producido.

Es así, que en los delitos de omisión, el autor es castigado no por haber causado el resultado, sino por no haberlo evitado.

Las insuperables críticas desarrolladas en contra del Sistema finalista, que rezan en torno a la culpa y la omisión, han dado como consecuencia el desarrollado de varios proyectos sistemáticos, entre los que figuran: la síntesis Neoclásica-Finalista, por Gallas, Jescheck y Wessels; el modelo de Gütnter Jakobs y el Racional-final también llamado teleológico o funcional de Claus Roxin. Estos proyectos tiene como coincidencia que rechazan el concepto final de acción, pero mantienen la postura de mantener la ubicación del dolo en el tipo con distinta fundamentación.<sup>38</sup>

#### **1.4 FUNCIONALISMO**

Como parte final del estudio de la evolución histórica del análisis sistemático del delito, corresponde el turno a la Teoría Funcionalista cuyo expositor principal, es el

---

<sup>37</sup> Ibidem pp 59-61

Doctor Claus Roxin, quien da origen a tal dogma aproximadamente en 1970, con su obra "política criminal y Sistema del Derecho Penal".

Inicialmente es de señalarse que al igual que las dos últimas teorías estudiadas, surge con la finalidad de superar las críticas hechas a la teoría que le antecede (finalismo); en este caso en torno a la culpa y a la omisión; por lo que su autor, partiendo desde un punto de vista teleológico del derecho intenta superar, por un lado la división entre finalistas y causalistas y, por otro el análisis puramente sistemático del concepto de delito introduciendo como criterio rector final para la resolución de problemas dogmáticos la política criminal, entendiendo a este como el derecho penal orientado político criminalmente o a sus consecuencias.<sup>39</sup>

En otras palabras, el Doctor Claus Roxin, retomando los pensamientos neohegeliano y neokantiano, desarrolla sistemáticamente la estructura del delito bajo las bases de la moderna teoría de los fines de la pena, la cual se enmarca a su vez dentro de los principios rectores de un Estado Social y Democrático de Derecho.<sup>40</sup>

El Sistema Funcionalista presenta dos innovaciones centrales: la teoría de la imputación al tipo objetivo y la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imposición de la pena.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Ibidem11, pp 78-79

<sup>39</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz M.; "TIPICIDAD E IMPUTACION OBJETIVA", Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina 1998, p 58

<sup>40</sup> Ibidem p 81

<sup>41</sup> Ibidem p 80

Es así, que a partir de la concepción preventiva de los fines de la pena, El Doctor Claus Roxin intenta reenfocar los problemas que presenta la dogmática penal, ya que concibe el fin de la pena como la prevención tanto general (positiva o integradora) como especial, pero, en aras de la libertad limitada por el principio de culpabilidad.

Por lo que partiendo de estos conceptos es que reintroduce los conceptos de “imputación” en la tipicidad, concibiéndose así “la imputación objetiva” como sistema superador del dogma causal. Para este ilustre autor, el tipo objetivo no se puede reducir a la conexión de condiciones entre comportamiento y resultados, sino que los resultados, conforme a pautas político criminales, tendrían que ser imputadas a su autor como su obra.<sup>42</sup>

Desde esta perspectiva a la antijuricidad corresponde la catalogación de valores de la vida en sociedad, tales como el de proporcionalidad, ponderación de bienes, etc., que sirven para comprobar si un hecho típico puede ser admitido por el ordenamiento jurídico como permitido; en tanto que a la Culpabilidad se le da la tarea de tratar de averiguar si el sujeto es “responsable” del hecho cometido, y si existen razones de prevención que justifiquen la imposición de una pena.<sup>43</sup>

De tal suerte que el creador de la Teoría en estudio vincula a cada uno de los elementos del concepto de delito, diversos valores que los rigen, obteniéndose que a la

---

<sup>42</sup> Ibidem p 58

<sup>43</sup> Idem

tipicidad se le asocia la determinación de la ley penal de acuerdo al principio “nullum crimen”; en tanto que a la antijuridicidad, le es asociada en el ámbito de soluciones sociales de los conflictos y por último a la culpabilidad, se le enlaza la necesidad de pena resultante de consideraciones preventivas.<sup>44</sup>

Partiendo de lo anterior es que el injusto en los ilícitos de resultado ha de ser definido a partir de la creación de un riesgo prohibido por el ordenamiento que produce como consecuencia la lesión de un bien jurídicamente tutelado, o sea, el desvalor de acción consistirá en la puesta en peligro objetivo y desvalor de resultado en la imputación puramente objetiva, desvinculándose del concepto de injusto personal propio del finalismo.

En tal orden de ideas, como posteriormente lo apuntará Frisch, funcionalmente el objeto del dolo no es el tipo, sino el comportamiento típico, basado en la creación de un riesgo, de lo cual se obtiene que basta con que el sujeto tenga conocimiento de la peligrosidad de su comportamiento y de que tal puesta en peligro es contraria al ordenamiento jurídico.<sup>45</sup>

Ahora bien, en cuanto a la culpabilidad El Doctor Roxin, redefine el concepto de reprochabilidad como responsabilidad y para fijarla parte del “criterio de la normalidad”, que le permite explicar las causas de exclusión de la culpabilidad.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Ib idem 59

<sup>45</sup> Ibidem p 60

En la tesitura del funcionalismo acción es entendida como todo aquello que se puede atribuir al sujeto como centro anímico-espiritual de acción, es decir, una manifestación de la voluntad materializada en una conducta que conviene a una expectativa social.

De lo que se obtiene que el concepto personal de conducta como manifestación de la personalidad sirve para excluir del ámbito penal conductas de animales o de personas jurídicas, así como los meros pensamientos o actitudes internas y de igual forma los supuestos en los cuales el cuerpo humano funciona como una masa mecánica, lo cual sucede en los casos de vis absoluta y vis compulsiva.<sup>47</sup>

Ahora bien, por lo que respecta al tipo, las conductas descritas en este, son entendidas en función de la necesidad abstracta de la pena para un supuesto regular, y no basado en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de la actuación.

Es de soslayarse el hecho, que fundamentalmente la distinción de esta teoría con las que le anteceden, radica en el nexo, en razón de que la teoría final de acción al igual que el causalismo, acudió al nexo causal existente entre la conducta y el resultado, para sustentar la imputación de un resultado a una conducta.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> idem

<sup>47</sup> Ibidem p 82

<sup>48</sup> Ibidem pp 82-83

A decir de los funcionalistas, el finalismo, a pesar de la inclusión de los elementos subjetivos dentro del tipo penal no consiguió dar una explicación satisfactoria a los problemas de la culpa y la omisión en razón de que hacía descansar su construcción en el tipo subjetivo.<sup>49</sup>

A decir del Doctor Enrique Díaz Aranda, en contrapartida a lo que el finalismo sustenta, (que le fuera severamente criticado por los tratadistas), los integrantes del funcionalismo lo que hacen, es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquélla (desde la causalidad hacia la acción) sin encontrar un lugar sistemático correcto.

De tal suerte que a diferencia de las corrientes antes analizadas en este estudio, el funcionalismo vincula la atribuibilidad de un resultado al sujeto basados en un **NEXO DE IMPUTABILIDAD** y como consecuencia a ello su adecuación, pertenencia o subsunción en el tipo objeto.

“Se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del mismo”<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Ibidem p 84

<sup>50</sup> Ibidem p 86

Cabe advertir que no existe todavía unidad de rubros bajo los cuales se puedan identificar los principios o reglas de la teoría de la imputación objetiva, empero, el Doctor Díaz Aranda en su obra "DOLO", retoma el estudio dogmático que al respecto realiza el ilustre Doctor en Derecho **CLAUS ROXIN**, señalando al respecto que los delitos encuentran su imputación a un sujeto partiendo de:

### **1).- CREACIÓN DE UN RIESGO NO PERMITIDO.**

*A).- Exclusión de la imputación en supuestos de disminución del riesgo.* En estos presupuestos existe un proceso generador de riesgo para el bien jurídico tutelado proveniente de una causa externa ajena al sujeto activo, quien interviene para disminuir la lesión al bien.

En este sentido la antijuridicidad de la conducta también podría quedar posteriormente excluida al amparo de la causa de justificación de estado de necesidad. Sin embargo la aplicación de este criterio de la teoría de la imputación objetiva del resultado evita llegar hasta el análisis de la antijuridicidad para excluir la responsabilidad penal de una conducta que, desde una interpretación del tipo como captador de conductas disvaliosas, debe quedar excluida del ámbito de prohibición.<sup>51</sup>

*B).- Exclusión de la imputación si falta la creación de peligro.* El peligro de lesión de bienes jurídicos que representan determinadas conductas desde una perspectiva *ex ante* (**antes de**) sirve como criterio para excluir conductas que pese a ser las causantes



de resultados no se pueden imputar al tipo objetivo debido a que no representaban previamente dicho peligro de lesión.<sup>52</sup>

Al respecto cabe mencionar que tales supuestos se contraponen a lo expuesto por Welzel en el finalismo, ya que a decir de Claus Roxin, la exclusión de la imputación de resultados a conductas no peligrosas **ex ante**, es un problema concerniente al tipo objetivo y no al tipo subjetivo, como lo afirma el máximo exponente de la corriente antecesora.

C).- *Creación de peligro y cursos causales hipotéticos.* Se refiere a “la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustitutivo, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción)”.<sup>53</sup>

D),. *Exclusión de la imputación en supuestos de riesgo permitido.* En estos presupuestos se encuentran aquellos en donde una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y, por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.

## **2).- REALIZACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO.**

---

<sup>51</sup> Ibidem pp 86-87

<sup>52</sup> Idem

A).- *Exclusión de la imputación por falta de realización del peligro.* Existen supuestos en los cuales se ha realizado una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado, pero la lesión de dicho bien se debe a otro curso causal imprevisible aunque relacionado con el riesgo original.<sup>54</sup>

El planteamiento sostenido con antelación, es independiente de la representación que haya tenido el agente sobre el acontecer causal, basta con que el hecho aparezca como peligroso y que el resultado sea efecto del peligro que, desde una perspectiva **ex ante**, entrañaba la conducta para poder ser imputada al autor. La verificación de un proceso causal diverso al representado por el autor no excluye la imputación del resultado a su conducta, por el contrario, sí que se le puede imputar el resultado porque es producto de la realización de un peligro creado por su conducta.

B).- *Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido.* Existen ciertas conductas que se encuentran debidamente reguladas e imponen deberes específicos a quienes las realizan, pues su inobservancia presupone la generación de riesgos que pueden desembocar en la lesión de bienes jurídicos. Pero estos riesgos están previamente determinados y precisamente en función de ellos se han establecido los deberes que debe observar el autor, si por el contrario éste no observa dichos deberes y, por tanto eleva el riesgo, pero si el resultado de todas

---

<sup>53</sup> Ibidem p 90

<sup>54</sup> Ibidem p 94

formas se habría producido aunque el autor hubiese observado dicho deber, entonces ese resultado no se puede imputar a su conducta.

*C).- Exclusión de la imputación si el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado.* Ciertas normas imponen especiales deberes de cuidado cuyo fin es la protección de determinados bienes jurídicos; sin embargo, cuando el autor eleva el riesgo al desobedecer el deber impuesto produciendo un resultado cuya evitación no estaba dentro del fin de protección de la norma, entonces se puede negar la imputación de la conducta al tipo.

*D).- Conducta alternativamente conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo.* Bajo este rubro se encuentran aquellos en los que el agente desobedece un deber de cuidado, eleva el riesgo y lesiona la conducta un bien jurídico tutelado, resultando que de haber realizado la conducta debida probablemente o posiblemente habría evitado el resultado. Es decir, en los supuestos, incluido bajo este rubro, la conducta debida <posiblemente> o <probablemente> hubiese evitado el riesgo, lo cual visto desde otra perspectiva significa que la conducta indebida elevó efectivamente el riesgo que se materializó en la lesión del bien jurídico y de ahí su imputación al tipo objetivo.

### **3).- EL ALCANCE DEL TIPO.**

La elevación de un peligro por encima del riesgo permitido da lugar a la imputación al tipo penal, dentro de la cual encontramos:

A).- *La cooperación en una auto puesta en peligro dolosa.* Son aquellos en los que la propia víctima se pone en peligro concurriendo la cooperación o participación de terceros, se les ha denominado también como supuestos de auto lesión.<sup>55</sup>

La imputación a la víctima o imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima se conforma de un conjunto de criterios normativos a través de los cuales se intenta determinar los supuestos en los cuales el resultado lesivo le es imputable a la propia víctima y no al sujeto activo, dando lugar a la exclusión de la tipicidad de la conducta de este último y por tanto a su impunidad. Bajo este rubro se encuentran los supuestos de auto riesgo asumidos por la propia víctima quien durante la conducta riesgosa cuenta con la participación de terceros.

B).- *La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste.* Diferentes son los supuestos denominados de heterolesión, en los cuales la víctima también participa, pero su lesión si le es atribuible al sujeto activo.

Es preciso señalar que el desarrollo de los criterios normativos sobre los cuales se delimita la imputación a la víctima están en sus inicios y siguen siendo debatidos hasta el presente día.

---

<sup>55</sup> Recientemente Cancio Melia, los llama bajo el rubro de imputación de la víctima.

Ahora bien, es necesario no pasar por alto que dentro del ámbito de protección de la víctima existe también un importante estudio dogmático realizado por Schünemann, llamada **la victimodogmática**.

Teoría que parte de los presupuestos que rigen al derecho penal: protección de bienes jurídicos fundamentales fragmentariedad y **ultima ratio**, a partir de los cuales se puede llegar a sostener que ciertos sujetos pasivos tienen la posibilidad fáctica de autoprotección y, por tanto, no necesitan de la protección penal y pueden quedar fuera del ámbito de protección de la norma penal que le asiste a la mayoría de la sociedad.

Ahora bien, toca el turno al tipo subjetivo, dentro de esta teoría, se conforma tanto del dolo como de los subjetivos distintos al mismo.

Hablando ya del plano de la responsabilidad (misma que resuelve los problemas de, en que supuestos, un sujeto es penalmente responsable por un injusto realizado por él, haciéndose acreedor, desde los parámetros del derecho penal, a una pena. En este sentido encontramos que son dos los presupuestos que para el funcionalismo son parte de la responsabilidad:

a).- CULPABILIDAD. Roxin afirma que un sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.

b).- NECESIDAD DE LA PENA. La teoría funcionalista da un giro a la función de la pena, ello en razón de que a diferencia de las corrientes que le preceden, pues ahora lo importante no radica en el estudio de los elementos del delito, poniendo a la pena en un segundo plano, sino que por el contrario dentro de la corriente funcionalista primero se toma en cuenta cuáles son los fines de la pena para determinar si la interpretación dogmática que se realiza es acorde en sus resultados con dichos fines, es por ello que ahora se habla de responsabilidad y no sólo de culpabilidad.

En el funcionalismo, la culpabilidad es la medida de la pena hacia arriba, pero deja de ser determinante hacia abajo; es decir una conducta puede ser típica, antijurídica y culpable, y sin embargo no ser punible cuando los fines de la pena así lo indiquen, quedando excluida así, la responsabilidad como categoría del delito.

El sistema funcional opta por acudir a otro tipo de penas, como pudieran ser las económicas o administrativas, y reducir al máximo la imposición de la pena de prisión; esta restricción del derecho penal obedece al principio de intervención mínima o de ultima ratio.

A pesar de que esta corriente recibe críticas por la indeterminación de los criterios o reglas de la imputación al tipo objetivo; sin embargo partiendo de los criterios sostenidos por los funcionalistas, es que se ha permitido solucionar satisfactoriamente los viejos problemas que tanto el sistema causalista (tentativa y omisión) como el finalismo (culpa y omisión) fueron incapaces de resolver.

Sin embargo, y en virtud de que el Derecho Positivo Mexicano, prohíbe la aplicación de la pena por medio de la imputación objetiva, es que nuestro estudio será dirigido bajo un enfoque finalista, que es el que retoma nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

## CAPITULO II

### CLASES DE OMISIÓN

En el presente capítulo centraremos nuestro estudio en la omisión penal en sentido amplio, tratando de explicar sus diferentes formas y excepciones con la finalidad de ir puntualizando nuestro objetivo.

La dogmática Penal distingue los tipos penales según expresen en la forma de la infracción de *una prohibición de hacer* o en la forma de *desobediencia a un mandato de acción*. En el primer caso se tratan de delito de comisión, donde se sanciona la omisión de otras acciones que hubieran sido las adecuadas al derecho, y en el segundo se trata de *delitos de omisión*, donde lo que se sanciona es la realización de una acción que no es la mandada.<sup>1</sup>

De igual forma el Derecho Positivo, reconoce la conducta humana bajo dos formas, como conducta positiva (*facere*) y como conducta negativa (*non facere*). Ello resulta indiscutible en el Derecho Mexicano, por virtud de que el artículo 15 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se afirma que “el delito sólo puede ser realizado por acción u omisión”. De lo que se puede afirmar que el legislador reconoce la diversidad de la acción y la omisión, en cuanto formas homogéneas de conducta con identidad distinta.

---

<sup>1</sup> BACIGALUPO Z, Enrique. “MANUAL DE DERECHO PENAL”. Parte General. Editorial Temis. S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia.1998



Omisión al igual que la acción, es una técnica empleada para prohibir conductas humanas, que surge con la forma de enunciar la norma que da origen al tipo, o sea, su contenido descansa en enunciados preceptivos, (ayudaras) en tanto que la acción lo hace en enunciados prohibitivos (no mataras). Es decir, en los tipos de omisión lo contrario a derecho es el realizar cualquier otra acción que no sea la que individualiza el verbo rector.<sup>2</sup>

## **2.1 CLASES DE OMISIÓN**

La aparición de una delincuencia económica que utiliza con preferencia la omisión como forma de comportamiento típico y de la cual la sociedad debe protegerse, así como la función de promoción que asume el Derecho Penal al constituirse en un medio de contribuir a la evolución del modelo social, ha llevado al legislador a introducir en el Código Penal un principio de solidaridad social en virtud del cual se responsabiliza al sujeto que omita realizar determinada prestación conducente a la salvaguarda de un bien jurídico, o que no impida la producción de un resultado típico estando obligado a ello.<sup>3</sup>

### **2.1.1 Criterios de Distinción**

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “MANUAL DE DERECHO PENAL” Parte General. Cárdenas Editor Distribuidor, S.A. Buenos Aires, Argentina 2000. P 481

Así pues, el Nuevo Código Penal en el artículo 15° señala: “...(Principio de acto). El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.”

Desprendiéndose así que, los delitos según la forma de conducta del agente, o sea, de acuerdo a la manifestación de la voluntad, pueden ser de acción o de omisión.

“El concepto de omisión típica se podría formular de la siguiente manera: comportamiento consistente en un no hacer, normativamente desvalorado.”<sup>4</sup>

Al respecto, el Doctor Bustos Ramírez, en su obra Lecciones de Derecho Penal, indica que los delitos de omisión se clasifican en delitos de omisión propia y omisión impropia o comisión por omisión, pormenorizando que los delitos de *omisión propia*, son aquellos que están expresamente tipificados por el legislador, como la omisión de socorro (artículo 156 y 157 N. C. P.), o la omisión de impedir o perseguir determinados delitos; así como, que los delitos de *omisión impropia* son aquellos que no están directamente tipificados por el legislador, sino que son constituidos por el intérprete a partir de tipos de comisión, tal es el caso del artículo 122 del N. C. P., (delito de homicidio) cuyo tipo también puede hacerse a través de una forma omisiva, como sucede, de acuerdo al ejemplo clásico, con la madre que no amamanta a su hijo y lo deja morir de hambre.

---

<sup>3</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y otros. “LECCIONES DE DERECHO PENAL”, Editorial Praxis, S.A., Barcelona 2000, p. 177.

<sup>4</sup> Idem

Por su parte, respecto de la forma de clasificar los delitos, la Doctora De la Cuesta, apunta que los mismos presentan las siguientes clasificaciones:

### **1.- Según la estructura típica:**

De la misma manera que en los delitos de acción, los de omisión se distinguen entre delitos de resultado o de mera inactividad, según que el tipo exija o no la producción de un resultado en los delitos de omisión habrá de distinguirse entre los de omisión pura y los de comisión por omisión, entendiendo por los primeros aquellos delitos de mera inactividad, es decir donde lo punible es no realizar la acción esperada, sin que sea necesario que ello se derive un resultado lesivo; en tanto que en los de **comisión por omisión**, por el contrario, son delitos de resultado, en los que el tipo exige la producción de un resultado en el mundo exterior distinto y separable de la acción.

### **2.- Según la forma de tipificación:**

Mientras que los primeramente anotados, vienen expresamente tipificados en la ley penal, los de comisión por omisión, se deducen **interpretativamente** de algunos tipos penales, es decir no se concreta la forma en que debe producirse el resultado prohibido, se pueden considerar tipos resultativos.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Ibidem 215

Retomando la anterior anotación de la Doctora de la Cuesta, debemos advertir, que al igual que ella, varios doctrinarios coinciden en este criterio de clasificación, es decir, si la ley tipifica expresamente o no los delitos de omisión.

Sin embargo, partiendo de la anterior descripción que se realiza de los delitos de comisión por omisión, es que surgen algunos cuestionamientos o dudas, acerca de su apego al principio general de legalidad, sin embargo la explicación a tal duda, en nuestro Derecho Penal Mexicano se ve claramente superada, con la introducción del párrafo primero del artículo 16 que al respecto señala: “...(Omisión Impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo, sí: I Es garante del bien jurídico; II De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y III Su inactividad es, en su eficiencia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es garante del bien jurídico el que: a) Aceptó efectivamente su custodia; b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.<sup>6</sup>

De tal suerte, que del anterior numeral se advierte que nuestra Legislación Penal Mexicana, contiene una cláusula genérica de conversión de delitos “activos” en

---

<sup>6</sup> Código Penal para el Distrito Federal.

“omisivos”, con la cual se ve superada la duda de la legalidad de los delitos de comisión por omisión.

## **2.2 OMISIÓN SIMPLE**

Los delitos de omisión simple, es un grupo de disposiciones en las cuales la infracción consiste en quebrantar un deber de actuar y el autor puede ser cualquiera que se encuentre en la situación típica; en estos delitos se falta a una actividad jurídicamente ordenada, es decir, como Welzel apunta, en estos delitos se castiga al agente delictivo, no por el resultado, sino por no haberlo evitado.<sup>7</sup>

### **2.2.1 LA ESTRUCTURACIÓN DEL TIPO OMISIVO OBJETIVO.**

“Del mismo modo que en los delitos comisivos, también se distinguen en la estructura típica de estos delitos, elementos objetivos y subjetivos, mediante los cuales se define un ámbito situacional de riesgo para un bien jurídico. Sin embargo, si en los delitos de acción este ámbito situacional de riesgo prohibido ha sido creado dolosa o culposamente por el autor, en los delitos de omisión el riesgo prohibido puede provenir de cualquier fuente y la responsabilidad penal sobrevendrá para él, teniendo la

---

<sup>7</sup> Algunos autores como Hans Welzel e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, coinciden en afirmar lo que en este párrafo se señala.

obligación jurídica de actuar, no evite que la situación de riesgo no se transforme en una afectación del bien jurídico.”<sup>8</sup>

El tipo omisivo tiene un aspecto objetivo y uno subjetivo que presentan características diferentes a los delitos de comisión, puesto que es una estructura típica diferente del tipo activo doloso.

Las peculiaridades del tipo de omisión pura se centran, básicamente, en el tipo objetivo, en el cual han de concurrir los elementos en los que los Doctores en Derecho De la Cuesta Aguado y Bustos Ramírez, coinciden en anotar que se conforman de 3 tres, que resultan ser:

**a).- Situación típica. Que es la descripción típica que se realiza en la ley.**

Aquí se establece el presupuesto de hecho que da origen al deber de actuar y que varía según el tipo específico.

**b).- La ausencia de la acción esperada, es decir la falta del actuar exigido por el tipo de mandato.** Este elemento se da según el caso y obedece específicamente a la acción que desarrolla cada tipo y su conversión al tipo omisivo.

---

<sup>8</sup> Op cit. p. 206

**c).- La capacidad para realizar esa acción, es decir, la existencia de la posibilidad real psicofísica y normativa de actuar del individuo.** Este elemento obedece a que concurran determinadas condiciones externas y personales, que el sujeto cuente con los suficientes conocimientos y facultades intelectuales para realizar la acción esperada.

En efecto, se advierte que en el aspecto objetivo del tipo omisivo encontramos ante todo una situación típica, que en el artículo 156 del Nuevo Código Penal Vigente para el Distrito Federal, es el encontrarse frente a la persona necesitada de auxilio y en otros casos es una situación en que la afectación del bien jurídico equivaldría al de una estructura típica activa. En ese sentido el tipo objetivo omisivo siempre es un tipo circunstanciado. En esa concreta situación típica debe darse también una exteriorización de una voluntad distinta de la voluntad realizadora de la conducta debida. Además el tipo objetivo omisivo requiere que la conducta debida sea físicamente posible lo que se funda en el principio general del derecho que impide que este ordene lo imposible. No hay conducta debida de auxiliar cuando no existe posibilidad de prestar auxilio.

Anotado lo anterior, se hace necesario establecer que por su parte el Ilustrísimo Hans Welzel, coincide con los anteriores elementos objetivos integrantes de los delitos impropios de omisión

### **2.2.2 LA ESTRUCTURA DEL TIPO OMISIVO SUBJETIVO**

Al respecto la Doctora de la Cuesta apunta que, cuando esta clase de delitos se realice dolosamente, el dolo habrá de abarcar todos los elementos del tipo, entre ellos la conciencia de la situación típica y la decisión de no actuar.

Por otro lado, en cuanto a este punto se refiere es importante señalar que “si, la conducta humana que constituye el presupuesto indeclinable de todo delito es un comportamiento voluntario, la omisión sólo podrá considerarse incluida en ese concepto básico si, a la par de la acción, aparece también como la manifestación de un querer interno del sujeto. El problema de la voluntariedad de la acción debe plantearse en los mismos términos para el hacer activo y para el omitir.”<sup>9</sup>

Empero, en contra partida con lo afirmado en el párrafo que antecede el doctrinario Rodríguez Mourillo, indica “Los delitos que aquí se estudian tiene características especiales, que han llevado a llamarle al dolo, *cuasidolo*... y ello porque como no esta referido a un proceso de dirección real (ya que es justamente la no realización de una acción determinada exigida) no se da el aspecto volitivo del dolo, que esta precisamente en relación a una realización (el delito de comisión doloso, es la realización querida). Aquí en cambio, el proceso real se produce en forma ajena al actuar del sujeto (por fuerzas de la naturaleza, v. gr. La persona desamparada, en la omisión de socorro, o por fuerzas humanas: la realización de un delito en la omisión de impedir determinados delitos). De modo, entonces que para la existencia de dolo en el

---

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ MOURILLO, Gonzalo, “LA OMISIÓN DE SOCORRO EN EL CÓDIGO PENAL”, Editorial Tecnos., Madrid 196, p. 37.



delito de omisión basta con el aspecto cognitivo, es decir, que el sujeto tenga conciencia de la situación típica, de la acción que se le exige y de su capacidad psicofísica de actuar. El aspecto volitivo resulta totalmente indiferente y sin sentido exigirlo el que internamente se requiera que se realice el delito o el peligro para el desamparado es indiferente, lo importante es que no se actúa, a pesar de ser consciente del aspecto objetivo de la omisión típica. Más aún, plantear la exigencia del querer sería llevar al querer a la impunidad todo delito de omisión, pues resultaría muy difícil probar un mero proceso interno que no es una voluntad realizada. Como se vio en los delitos de omisión no hay posibilidad de causalidad y, por ello mismo tampoco, de dirección o finalidad. Luego tampoco puede haber querer, en el sentido de voluntad realizada en actos como en los delitos de comisión dolosa, el querer en realización al que nos referimos en los delitos de acción, sólo puede presentarse respecto de la acción exigida, cuya presencia justamente elimina el delito de omisión.<sup>10</sup>

### **2.3 COMISIÓN POR OMISIÓN**

Los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión son llamados así pues en ellos no se castiga al autor, por la producción del resultado, sino por no evitar su producción.

---

<sup>10</sup> Ib idem p 209.

La mayoría de los autores, coinciden en indicar que la principal diferencia con los delitos propios de comisión, (aquellos en los que se castiga al autor por la producción del resultado), radica en el hecho de que, estos no están tipificados por la ley misma, sino que por naturaleza constituyen tipos abiertos, que tienen que ser complementados por el juez con los puntos de apoyo que le da la ley; por lo tanto aparejados a ellos siempre se tendrá un tipo de acción equivalente; de tal suerte, que la diferencia entre ellos, no es de carácter material, sino meramente de derecho positivo.

Sin embargo en contra partida Welzel anota que la diferencia del de comisión y de omisión se orienta de acuerdo a la causalidad o no causalidad de la conducta.<sup>11</sup>

Partiendo de la anterior base, tenemos que los llamados delitos de comisión por omisión o de omisión impropios, son aquellos mandatos que obligan a evitar la inminente lesión de bienes jurídicos, sin estar típicamente descritos por la ley, si no que, su trasgresión se castiga, generalmente de acuerdo al marco penal de aquellos delitos de comisión que se refieren de la misma lesión del bien jurídico.<sup>12</sup>

En los delitos de omisión se viola una norma positiva y el objeto prohibido es una abstención del agente, consistente en la no ejecución de algo ordenado por la ley, en estos las causas que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio. Aquí el autor sólo

---

<sup>11</sup> Op cit 280

<sup>12</sup> Ib idem 287

puede ser quien se encuentra dentro de un limitado círculo que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo.

El no evitar el resultado típico en el sentido de un delito de comisión, por una persona con poder para ello, es delito de omisión impropio. En estos casos la autoría debe ser fundada independientemente, junto a la conducta típica, por características especiales de autor; sólo el no evitar un resultado típico por parte de una determinada persona con poder para ello, convierte a dicha persona en autor en el sentido de un delito de omisión impropia.<sup>13</sup>

La omisión simple y la comisión por omisión responden a la naturaleza de la norma. Si ésta es prohibitiva: "no mataras", su quebrantamiento crea un delito de acción; si es imperativa o positiva: "socorrerás", el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión.

Como se ha anotado con antelación, en los delitos de comisión por omisión, el juzgador mediante una complementación del tipo, tiene que encontrar las características objetivas de autor, toda vez que de la descripción legal equivalente (acción) sólo podrá obtener la conducta típica, es decir, el evitar el resultado típico, de ahí que se afirme que son tipos que en parte son de formación legal y en parte de formación judicial.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Op cit 287

<sup>14</sup> Ibidem 288.

**En lo anterior radica el problema decisivo de los delitos de impropios de omisión, tanto desde el punto de vista dogmático como práctico o de derecho positivo. De tal suerte es que del vacío en la descripción legal típica resulta dogmáticamente la inseguridad para el juez de circunscribir con suficiente precisión las características típicas no escritas del autor de la omisión.<sup>15</sup>**

### **2.3.1 La estructura del Tipo omisivo**

Retomando lo anotado con antelación, es menester indicar que los tipos de omisión impropia son tipos que se generan a partir de una conversión del enunciado de una norma prohibitiva en una norma preceptiva, la norma enunciada prohibítivamente, tiene un alcance mucho menor que el que surge de su enunciado preceptivo.

De ahí que en los tipos impropios de omisión o comisión por omisión, el autor sólo puede ser quien se encuentra dentro de un limitado círculo que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo.

Sólo pueden ser autores de conductas típicas de omisión impropia quienes se hallen en posiciones especiales, es decir, en una posición tal respecto del sujeto pasivo

---

<sup>15</sup> Idem

que les obligue a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado.

Los tipos de omisión impropia tienen un tipo activo equivalente y la posición en que debe hallarse el autor, se denomina "posición de garante".

De ahí que el matiz de esta estructura típica lo de la característica de autor ya que siempre en estos casos sólo entran en consideración como autores personas que de antemano están en una relación estrecha al bien jurídicamente lesionado; en la misma forma, el no evitar un resultado típico, por parte de alguna persona con poder del hecho, no basta, ya que el no evitar el resultado típico, es típico en el sentido de un delito de omisión impropia sólo para determinadas personas con poder del hecho, que de antemano estén en una relación estrecha respecto al bien jurídico. Los delitos de omisión impropios comparten, al igual que los delitos especiales propios, la peculiaridad de carácter típico de que la antijuridicidad de la conducta del autor, sólo se funda mediante la adición de características objetivas especiales del autor (calidad de garante).<sup>16</sup>

Ello por virtud de que en los delitos especiales propios, se describe concretamente en el tipo, por las características objetivas de autor, sin embargo, por regla general, al convertir cualquier tipo de comisión, en un tipo de omisión impropio, no

---

<sup>16</sup> Idem

puede obtenerse ninguna característica especial de autor, sino que para su determinación señalan “el que”.<sup>17</sup>

Al respecto Welzel sostiene que: “Los tipos de los delitos impropios de omisión por consiguiente son sólo en parte tipos de formación legal y en parte, por el contrario, de formación judicial”; y continúa anotando autor de omisión es sólo aquel que tiene una posición de garante efectiva respecto del bien jurídico y en esta posición no evita el resultado típico, a pesar de poder hacerlo. Y si bien en la estructura del tipo de los delitos de omisión impropios coincide con la de los propios. Su sello especial se lo da la característica de autor de la posición de garante. Ya que a la estructura de la tipicidad objetiva de la comisión por omisión corresponde a la de las omisiones propias salvo que hay que agregar a cada elemento el tipo objetivo un nuevo comportamiento.

En efecto, los Doctores, Welzel, De la Cuesta Aguado, Bustos Ramírez, Righi, Fernández y Bacigalupo, coinciden en indicar que los elementos de estos tipos impropios omisivos son:<sup>18</sup>

- 1.- La situación Típica,
- 2.- La no ejecución de una acción con tendencia a no evitar el resultado
- 3.- El poder final del hecho y
- 4.- La característica de autor.

---

<sup>17</sup> Idem

<sup>18</sup> Al respecto es valioso apuntar que la Doctora Paz M. De la Cuesta Aguado, en su obra “*Tipicidad e Imputación Objetiva*”, coincide en la clasificación realizada por Hans Welzel, al igual que el Doctor Bustos Ramírez, en su obra “*Lecciones de Derecho Penal II*” que aunque anotado en otras palabras, es convergente con los elementos aquí

Elementos que tienen la finalidad de permitir comprobar que la acción realmente realizada por el omitente es la acción mandada; la comprobación de la tipicidad de esta clase de delitos se basa en la operación inversa a la que correspondería llevar a cabo, en los delitos de comisión, toda vez que en esta clase de ilícitos, lo que se pretende acreditar es precisamente, el hecho de que la inactividad del agente criminal no se subsume en modelo o esquema al de la acción que requiere el ordenamiento jurídico.<sup>19</sup>

No se deja de anotar que, los tres primeros elementos a que hemos hecho referencia, resultan ser comunes a los delitos propios de omisión; sin embargo al ser precisamente el delito de comisión por omisión la parte total de nuestro estudio los abordaremos de nueva cuenta, sin temor a ser repetitivos.

### **2.3.1.1 La Situación Típica**

**a) A la situación típica.** El primer elemento objetivo típico de los delitos de omisión se refiere a la situación de hecho, de la que surge el deber de realizar una determinada acción. Esta situación representará en todos los casos un peligro para un bien jurídico, de tal suerte que se genera un deber de actuar.<sup>20</sup>

---

anotados; sin embargo al ser precisamente el catedrático alemán el que realiza un estudio más detallado, es que se retoman su obra y palabras para ilustrar el presente trabajo.

<sup>19</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús, “EL DELITO DE OMISIÓN CONCEPTO Y SISTEMA”, Barcelona 1992, p.228.

<sup>20</sup> Ibidem pp 226-227

Welzel, por su parte afirma que ésta, consiste en la producción de una lesión o en una puesta en peligro de un bien jurídico, es decir, en la producción de un resultado típico en el sentido de un delito de comisión. En tanto que para Righi y Fernández señalan que, las circunstancias que determinan el deber de actuar deben surgir del texto legal; pues sólo surge cuando concurren las circunstancias en las que determinada persona tiene el deber de obrar, y por consiguiente, sólo cuando las mismas concurren, se cumple este elemento.<sup>21</sup>

### **2.3.1.2 Ausencia de acción**

Como ha quedado apuntado, la omisión impropia o comisión por omisión equivale a la realización activa de un delito de resultado, en este orden de ideas, hablaremos del criterio que permita equipara la omisión a la causación del resultado.

La doctora de la Cuesta, afirma que a este elemento debe seguirle la aparición de un resultado. Ello en tanto que Righi y Fernández en su obra "*Derecho Penal*", señala que el agente realiza el tipo, cuando esta obligado a actuar, que no arbitra los medios necesarios para cumplir el mandato que le ha sido impuesto; por consiguiente, en estos delitos falta la tipicidad, no sólo cuando el obligado cumple exitosamente el mandato, sino también cuando en forma seria intenta cumplirlo, aunque no alcance el fin buscado.

---

<sup>21</sup> RIGHI Y FERNANDEZ, "DERECHO PENAL", Ed. Hammulabi, Buenos Aires, Argentina, pág. 259



De tal suerte que, la comprobación de este extremo se logra mediante la comparación de la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. Pues en efecto, la acción exigida es la que técnicamente impedía la producción del mismo; sin embargo en las diversas situaciones, en las que el resultado corre el peligro de producirse, es sumamente difícil establecer que acción debe realizar el obligado. La acción mandada se tendrá por cumplida cuando el obligado haya intentado seriamente su realización.<sup>22</sup>

“La equiparación entre acción y omisión, se resuelve con dos condiciones: a) que la equivalencia se realice según el sentido del texto de la Ley; y b) la existencia de un especial deber jurídico del autor.”<sup>23</sup>

Primera condición: El contenido de esta, obedece a que la equiparación debe realizarse según el sentido del texto de la Ley, incluye la satisfacción de dos exigencias: a’) que el delito de resultado admita su realización por la vía omisiva y a’’) que el resultado pueda ser imputado a la conducta omisiva.

“Como se habrá podido percibir el método utilizado no es otro que el de la ‘conditio sine qua non’ adaptado a la omisión”.<sup>24</sup>

Segunda condición: Esta condición exige que la no evitación del resultado suponga la infracción de un especial deber jurídico del autor; o sea, que el autor

---

<sup>22</sup> Ibidem 227

<sup>23</sup> Ib dem

portador de un deber jurídico, está obligado a interponer la acción adecuada que evite la producción del resultado (calidad de garante).

En consecuencia estos delitos restringen el círculo de posibilidades de autores a aquellos que reúnen esta calidad personal.

### **2.3.1.3. El poder final del hecho**

La capacidad del obligado de realizar la acción mandada o de, en su caso, evitar el resultado es el tercer elemento del tipo objetivo del delito de omisión. Se trata de un elemento individual, el cual puede definirse de dos maneras: en primer lugar debe evaluarse sin tomar en cuenta el conocimiento que el autor tenga de ella; desde otro punto de vista se requiere que el obligado haya “podido tomar 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 cognosibilidad de los medios para realizar la acción y el conocimiento del fin de la acción. Finalmente se requiere el conocimiento de la situación típica, la existencia de los “presupuestos exteriores” (cercanía, medios) para la realización de la acción, así como las fuerzas físicas y capacidades técnicas del omitente. Por encima de estos elementos exige que el conocimiento se haya representado o podido representar el fin de su acción como posible. Unas posiciones se diferencian de otras en matices poco significativos.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Idem

<sup>25</sup> Ibidem pág. 228

La conducta es típica si el sujeto obligado tiene capacidad para desarrollar la acción mandada. Debiendo en estos casos más que apreciarse en abstracto la capacidad del omitente, debe tomarse en consideración, el poder real de hecho que tuvo el tiempo del suceso.<sup>26</sup>

**En orden del planteamiento que antecede tenemos que** la capacidad para la evitación del resultado dirigida finalmente, presupone en particular<sup>27</sup> el **conocimiento de la situación típica**, es decir, de la inminente producción del resultado. Es suficiente con contar con la producción del resultado; el tener que conocer no basta.

**2).- La posibilidad de reconocer la vía para evitar el resultado** (capacidad de planteamiento para evitar el resultado); El que no actúa tiene que poder reconocer la vía y los medios para salvar el bien jurídico amenazado.

**3).- La posibilidad real-física de evitar el resultado.** Para ello hay que emitir un juicio causal hipotético sobre si, la respectiva persona podría haber evitado el resultado con su actividad. La no evitación del resultado junto a otros presupuestos sólo puede equipararse a la producción del resultado cuando se pueda predecir con un grado de una probabilidad que prácticamente limita con la certeza que el resultado se habría evitado con la ejecución de la acción omitida.

---

<sup>26</sup> Ibidem págs 259-260

<sup>27</sup> NOTA: La Doctora de la Cuesta, entre otros es una, de los autores que coinciden en señalar la clasificación que en este punto se hace.

“La persona que ha omitido no ha evitado el resultado cuando la acción omitida no puede ser agregada mentalmente sin que el resultado desaparezca”<sup>28</sup>

Aunque aparentemente es convergente, lo real es que Bacigalupo diside con lo anotado anteriormente, al respecto en su obra *Delitos Impropios de Omisión* señala:

La capacidad de acción comprende una serie de elementos

1.- Una posibilidad física de actuar, externa y objetiva (fuerzas físicas, habilidades, condiciones externas de realización de la acción), que se refiere al hecho de que una decisión de obrar en forma determinada pueda ser realizada.

2.- Una capacidad de conducción final. Esta abarca dos grupos de cuestiones: 1- por un lado, la adopción de la decisión; y 2- por el otro, el control del proceso que se ha puesto en movimiento.

Para todo ello son precisos una serie de conocimientos que, en la terminología de Kaufman, constituyen los requisitos intelectuales de la capacidad de acción.

La posición de garante depende de varios presupuestos para su configuración. La capacidad de para evitar el resultado actúa como presupuesto y a la vez como límite

---

<sup>28</sup> Ibidem págs. 291-292 ss.

de la posición de garante. Se puede ser garante sólo en la medida en que se está en condiciones de evitar el resultado y a su vez se es garante hasta el límite de esa posibilidad.

Es así que de lo anterior se puede concluir que la capacidad de evitar el resultado comprende:

a) La posibilidad física real

de evitar el resultado,

b') conocimiento de la situación típica

b) Presupuestos intelectuales de

la capacidad de evitar el resultado

b") Cognoscibilidad de los medios para llevar a cabo la acción mandada por el ordenamiento jurídico.

La posibilidad física real de evitar el resultado, es un presupuesto básico. Nadie puede garantizar la conservación de un bien jurídico más allá de lo que la realidad permite. Los límites de esta posibilidad pueden depender de los conocimientos especiales que una persona tenga o de sus especiales habilidades para extender las posibilidades abiertas naturalmente. Así tanto el objeto de la acción, como los medios de realizarla, deben existir y además ser disponibles.

“La determinación de la posibilidad de evitar el resultado se realiza mediante un juicio causal hipotético que por supuesto, no afirma una realidad, sino una probabilidad,

que debe permitir sostener que el resultado se hubiera evitado con seguridad rayana en la certeza. Esta posibilidad de evitar el resultado requiere, sin embargo algo más, que corresponde al sujeto: la finalidad potencial”<sup>29</sup>,

Los presupuestos intelectuales de la capacidad de evitar el resultado, Se refieren a la exigencia de presupuestos intelectuales, es decir, que se refieren al conocimiento de autor de determinadas circunstancias.

El primero de los elementos intelectuales reside en el conocimiento de la situación típica, es decir, en el conocimiento de la posibilidad cierta de producción de una lesión del bien jurídico.

La exigencia de un conocimiento de la situación típica aparece en el derecho penal como consecuencia de la propia estructura de la voluntad prejurídicamente considerada.

La libertad de voluntad de la acción se trata de un auténtico poder. La decisión no puede ser absolutamente independiente de la situación de la posibilidad real. Así “WELZEL Y KAUFMANN fundamentan la exigencia en el derecho penal, para el caso de la omisión impropia de un conocimiento real de la situación de peligro del bien jurídico, en este punto también MAURACH coincide.”<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> BACIGALUPO, Enrique, “DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN”, p. 150

<sup>30</sup> Idem

El segundo elemento consiste en la cognoscibilidad de los medios para llevar a cabo la acción mandada por el ordenamiento jurídico. La sola posibilidad del conocimiento de los medios ya es suficiente para que el sujeto que conoce, sea capaz de actuar.<sup>31</sup>

“Cuando se afirma la capacidad para realizar una acción determinada no se requiere comprobar la existencia del conocimiento de los medios para realizar la acción”<sup>32</sup>.

La relación del conocimiento de la posición de garante con el deber jurídico de garantía. El conocimiento de los presupuestos es decisivo para la existencia del deber de garantía.

En el delito de omisión impropia o comisión por omisión, el deber de garantía solo es admisible en la medida en que el autor es capaz de impedir el resultado. Esta capacidad requiere que el autor tenga conocimiento de la situación típica. Luego, el deber depende de ese conocimiento.

#### **2.3.1.4 La característica de autor**

---

<sup>31</sup> Idem

<sup>32</sup> ibidem.

La Característica de autor, en estos delitos la da la posición de garante del omitente respecto al bien jurídico lesionado. Es así que el autor tiene una gran importancia en los tipos omisivos dando lugar a la clasificación de los mismos. Posición de garante no es cualquier cumplimiento de una obligación jurídica que hubiese evitado el resultado, sino un especial deber de garantía. En todos los tipos impropios de omisión que hallamos en el Código Penal, nos encontramos con la “posición de garante” del autor.<sup>33</sup>

**Es preciso señalar que el mandato de los delitos de omisión puros y de comisión por omisión, tiene por objeto la misma función de defensa de un bien jurídico en una situación determinada, es decir, ambas omisiones tiene el mismo contenido, lo diferente es la posición de autor.<sup>34</sup>**

La llamada posición de garante es un elemento de la autoría que se presenta cuando un sujeto ha sido puesto por el derecho en estrecha relación con la protección de un bien jurídico.<sup>35</sup>

Para que pueda considerarse equivalente en la producción de un resultado prohibido una omisión a una acción, es preciso que quien omite aparezca en una especial función de protección respecto al bien jurídico, es decir, que el sujeto omite, para que se le pueda imputar objetivamente a su omisión la producción de un resultado

---

<sup>33</sup> Ibidem págs. 292-293

<sup>34</sup> Ibidem pág. 149

<sup>35</sup> Ob cit pág. 263



prohibido, ha de encontrarse en posición de garante de la indemnidad del bien jurídico lesionado. De esta forma, cualquiera no puede ser sujeto activo en estos delitos si no que únicamente aquellas personas que tengan el deber jurídico de evitar el resultado.<sup>36</sup>

El problema más grave que presenta la comisión por omisión es que, conforme a la doctrina dominante, no todos los tipos de omisión impropia se hayan escritos. Se argumenta que es imposible la tipificación legal de todos los supuestos en que un sujeto se halla en una posición de garante que haga que su conducta distinta de la debida equivalga a la causación del resultado típico. Se trataría de un caso similar a la culpa, y por ende, no quedaría más recurso que considerar que prácticamente detrás de casi todos los tipos activos hay una suerte de “falsete”, que es el tipo omisivo equivalente no escrito, que funciona como un tipo abierto y que el juez tiene que cerrar en cada caso con la norma que incluye al autor en la posición de garante.<sup>37</sup>

## **2.4 TIPO SUBJETIVO**

Tocante a los elementos subjetivos tocaremos los genéricos como lo es el dolo y la culpa.

### **2.4.1. EL DOLO**

El dolo en la estructura omisiva ha aparejado serios problemas, no siendo el más simple de ellos, el de la finalidad.

---

<sup>36</sup> Ibidem págs. 221

Varias teorías dentro del sistema causalista trataron de explicar el nexo causal en los delitos de omisión impropia, como la teoría del *alium actum*, *agere* o *facere*, o sea, que la omisión radica en la ejecución de una acción diversa a la que se realizó, esta teoría fue criticada, pues si la madre no alimentaba al hijo, por tejer medias, la causa de la muerte sería esa actividad. Otra teoría es la llamada de "la acción precedente", criticada porque la actividad precedente no es lo imputable al sujeto, sino la omisión a la cual se le atribuye un resultado material antijurídico. La teoría de mayor aceptación entre los causalistas es la de MEZGER, de la "acción esperada".

Zaffaroni, sostiene que "se puede hablar de una verdadera finalidad en los tipos omisivos y que, por ende, la situación no cambia sustancialmente respecto de los tipos dolosos activos, al menos en una medida tan grande como para que se pretenda que no hay dolo en esta forma de tipicidad. El dolo no se monta sobre una causalidad, sino que es finalidad típica en el sentido de que dirige la causalidad pero teniendo como base una previsión de la misma. Lo que es fundamental para el dolo es la prevención de la causalidad, que en la omisión existe de la misma manera que en la tipicidad activa. Que en la estructura típica omisiva el dolo requiera ciertos conocimientos que le son propios y que para hacer efectiva la finalidad requiera que ponga en funcionamiento otra causación que en sí es penalmente irrelevante, serán componentes que revelan las particularidades que presenta el dolo en la tipicidad omisiva, como conceptos que quizá haya que "adaptarlo" (Jescheck), pero de todas

---

<sup>37</sup> Ibidem págs. 292-293

maneras abarca una actividad final prohibida dirigida a la realización de un tipo objetivo.

Sin embargo, en el finalismo Hanz Welzel señala: “El aspecto cognoscitivo, dolo dentro de la estructura típica omisiva requiere el efectivo conocimiento de la situación típica y la previsión de la causalidad. Cuando se trata de una omisión impropia, requiere además que el sujeto conozca la calidad o condición que le pone en posición de garante, pero no el conocimiento de los deberes que le incumben como consecuencia de esa posición, porque ese conocimiento es un problema de culpabilidad. Del mismo modo, el sujeto debe tener conocimiento de que le es posible impedir la producción del resultado, es decir, del “poder de hecho” que tiene para interrumpir la causalidad que desembocará en el resultado.”<sup>38</sup>

En el esfuerzo de los dogmáticos por explicar el nexo entre la conducta omisiva y el resultado lesivo, han llegado a la conclusión de que el aspecto básico subjetivo dolo tiene en los delitos de omisión características especiales, mismas que han conllevado a que no sea aceptado por la mayoría de los autores hablar propiamente de dolo, sino que se inclinan por llamarlo cuasidolo, ya que en éstos no hay un proceso de dirección real (ya que es justamente la no realización de una acción determinada exigida).

A decir del doctor Bacigalupo, en esta clase de delitos no existe voluntad de realización, lo cierto es que se requiere una actividad equivalente, por lo que se exige

---

<sup>38</sup> Op cit

la voluntad de omitir para que concurra el tipo subjetivo, siendo admisible el directo como el eventual.<sup>39</sup>

Aquí, en cambio, el proceso real se produce en forma ajena al actuar del sujeto, de modo que para la existencia del dolo, en el delito de omisión basta con el aspecto cognoscitivo, o sea, que el sujeto tenga conciencia de la situación típica, de la actuación que se le exige y de su capacidad psicofísica actuar, de ahí que el aspecto volitivo resulta totalmente y sin sentido exigirlo, el que internamente se quiera el resultado, ya que lo importante es que no se actúa, a pesar de ser conciente del aspecto objetivo de la omisión típica.<sup>40</sup>

Es así que en los delitos dolosos, de comisión por omisión, el dolo (solo el aspecto cognoscitivo) deberá abarcar, no sólo la ausencia de la acción debida, sino también la posibilidad de producción del resultado.<sup>41</sup>

Más aún, plantear la exigencia del querer sería llevar a la impunidad todo delito de omisión, pues resultaría muy difícil probar un mero proceso interno, que no es una voluntad realizada, pues como anotamos con antelación, toda vez que en los delitos de omisión, no hay posibilidad de causalidad y por ello mismo tampoco, de dirección o

---

<sup>39</sup> Ibidem págs. 267-268

<sup>40</sup> BUSTOS, Ramírez Juan J., "LECCIONES DE DERECHO PENAL", p. 209

<sup>41</sup> Ibidem págs. 225

finalidad; luego tampoco puede haber querer en el sentido de la voluntad realizada en actos, como en los delitos de comisión dolosa.<sup>42</sup>

Coincidiendo con lo anterior, Righi y Fernández anotan: “Es preciso que el autor conozca los elementos objetivos típicos, es decir, que sepa:

- 1.- Que omita la acción ordenada
- 2.- Que concurre la situación típica que genera el deber,
- 3.- Que tiene el poder de hecho para hacerlo,
- 4.- Que conozca los elementos de los que surge la posición de garante, y
- 5.- Que asuma el resultado como consecuencia de su comportamiento omisivo.

Un error superable en relación a cualquiera de estos elementos abre la posibilidad de una imputación por el delito culposos.

Por otro lado, es imprescindible, dejar claro que El “cuasidolo” no requiere el conocimiento del deber que surge de la situación de garantía, siendo suficiente v. gr. que la omitente sepa que es la madre del bebe a quien no proporciona alimentos, aunque ignore que la ley civil le impone el deber de hacerlo, ya que tal error al no ser de tipo, sino de prohibición, no corresponde su estudio en la tipicidad sino debe resolverse en el ámbito de la culpabilidad.

---

<sup>42</sup> Ibidem pág. 209

### 2.4.2 LA CULPA

El delito culposo se presenta no sólo en supuestos de acción sino también de omisión, siendo más frecuente en los tipos impropios que en los de omisión propia. En estos casos, la imputación depende del incumplimiento de todos los elementos que contienen los tipos dolosos de omisión, con la salvedad de que la inactividad no es intencional, sino por falta de cuidado.<sup>43</sup>

No resulta ninguna dificultad concebir que los delitos de omisión impropios puedan presentarse en forma imprudencial o culposa, ello partiendo del hecho de que la omisión implica una relación determinada en cuanto existe la exigencia de una determinada acción respecto de otra persona.<sup>44</sup>

Invariablemente, debe estar presidido por el elemento fundamental de violación del deber de cuidado. La violación del deber de cuidado puede surgir en especial en los siguientes casos:

a).- En la apreciación de la situación típica: viola el deber de cuidado quien oye los gritos del que demanda ayuda y sin detenerse a averiguarlo mayormente, cree que se trata de una broma.

---

<sup>43</sup> Ibidem pág. 286

<sup>44</sup> Ibidem pág. 210

b).- En la ejecución de la conducta debida: el que por atolondramiento echa gasolina en lugar de agua para apagar el incendio.

c).- En la apreciación de la posibilidad física de ejecución: el que da por sentado que no podrá salvar al que se está ahogando porque el agua es profunda, sin detenerse a comprobarlo.

d).- En el conocimiento de su condición que le pone en posición de garante.

La culpa, dentro de la estructura típica omisiva, puede tener tanto la forma de culpa consciente como inconsciente. La culpa inconsciente en la omisión da lugar a los llamados “delitos de olvido”.

En tal tesitura tenemos que en la culpa siempre hay un deber de cuidado que no se ha observado, sin embargo, puede creerse que en la culpa siempre hay una omisión de la realización cuidadosa de la conducta, con lo que todo caso de culpa sería un caso de omisión, empero la realidad no es así, sino que no siempre en la culpa la conducta atípica del tipo culposo es la realización de la conducta cuidadosa. Por ende, en la culpa no siempre hay una omisión de la realización cuidadosa de la conducta, por lo que no puede afirmarse que todo caso de tipicidad culposa sea asimilable a un caso de tipicidad omisiva, porque ello implicaría (al menos en algunos casos), prohibir la realización de una conducta distinta de la que el agente no puede realizar físicamente.

## **2.5 LA ANTIJURICIDAD.**

La antijuricidad de un comportamiento típico se define como la realización del tipo no amparada por causas de justificación: todo comportamiento típico será antijurídico, a menos que esté autorizado por una causa de justificación. Esto rige tanto para un delito de comisión como para uno impropio de comisión.<sup>45</sup>

En los delitos de omisión impropios también el cumplimiento de la tipicidad indica la antijuricidad. La posición de garante es una característica de autor del tipo. El deber de garante, que debe diferenciarse de la posición de garante, se da en forma concluyente cuando está afirme el cumplimiento del tipo (y no concurren causales de justificación).<sup>46</sup>

En la práctica se presentarán con mayor frecuencia casos de estado de necesidad por colisión de deberes, en cuanto a este respecto la teoría más moderna admite la existencia de un estado de necesidad justificante en los casos de colisión de deberes de igual jerarquía, pues, se afirma que quien de todos modos cumple con un deber no obra antijurídicamente. La diferencia de soluciones radica en la naturaleza de la colisión de deberes.<sup>47</sup>

La antijuricidad del no cumplimiento de un deber de garante puede ser excluida, al ser contrarestada por un deber jurídico de mayor o igual valor (o sea, en el caso de colisión supralegal de deberes o por la concurrencia de otras causales de justificación).

---

<sup>45</sup> Ibidem págs. 154-155

<sup>46</sup> Ibidem pág. 231



## 2.6 LA CULPABILIDAD

Sea la omisión propia o impropia, rigen también las reglas del delito comisivo, en todo lo relativo a la capacidad de culpabilidad y al conocimiento de la prohibición. Se sostiene en función de que el ámbito de exigibilidad es más reducido en la omisión, que la magnitud de la culpabilidad es menor que en los delitos de acción.<sup>48</sup>

**El error sobre el deber de garante o error de mandato.** Sí el omitente conoce la relación que lo une al bien jurídico, o sea, su posición de garante, de ello surge objetivamente su deber de impedir el resultado, empero cuando a pesar de su conocimiento de la posición de garante, el omitente cree no tener ningún deber de impedir el resultado, se encuentra en un error de mandato (error de prohibición). Pues el error sobre el deber de impedir el resultado en los delitos de omisión impropios es imposible que sea tratado en forma diferente al error sobre el deber de actuar en los delitos de omisión propios.<sup>49</sup>

**La no exigibilidad de otra conducta, o de la obediencia al derecho.** En esta clase de delitos al igual que en los propios de comisión o de omisión, no procede la reprochabilidad de la lesión del deber, si el omitente contraviene un deber de impedir el

---

<sup>47</sup> Ibidem págs. 154-155.

<sup>48</sup> Ibidem pág. 269.

<sup>49</sup> Ibidem pág. 303

resultado, porque su cumplimiento sólo habría sido posible mediante el sacrificio de interés legítimo.

## 2.7 TENTATIVA DE OMISIÓN.

“En general, la opinión predominante ha distinguido el caso de la omisión propia del de la omisión impropia, en lo que gravitaron sin duda dos puntos de vista: el primero consistente en una equiparación de la omisión propia con el delito de pura actividad, y el segundo, también relacionado con éste, consistente en distinguir el contenido del deber de actuar en uno y otro caso.”<sup>50</sup>

Los autores finalistas, con excepción de Grûnwald, piensan que no es posible hablar de una “tentativa de omisión” sino que, en la falta de una acción, el fenómeno correspondiente es el de la “omisión del intento de cumplir con el mandato”.<sup>51</sup>

En primer lugar, por el hecho de que la circunstancia de que es esencial en esta el desenvolvimiento activo de una voluntad de realización de una acción que es en sí misma constitutiva del tipo penal. Como hemos visto, una voluntad de realización no es compatible con la negación de una acción, razón por la cual en la omisión no tiene sentido hablar de etapas de realización. Y en segundo lugar porque el concepto de tentativa requiere como esencial el de comienzo de ejecución.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Idem

<sup>51</sup> Ibidem pág. 188

Es evidente que en la medida que entre el autor y su acción no existe una relación causal, hablar de “comienzo de ejecución” en estos casos, implica una reducción del concepto sólo el conocimiento del peligro para el bien jurídico por parte del garante. Es evidente que en la falta de una acción no hay, en todo caso, más que un conocimiento de las circunstancias de peligro para el bien jurídico por el garante y en el mayor de los casos una resolución. En este contexto, -como ya lo hizo notar Binding- no es, obviamente, posible hablar de tentativa.<sup>53</sup>

“La posición de garante solamente se relaciona con la evitación del resultado, por lo cual, en la medida en que ésta no es todavía punible, no hay aun conducta punible; pero una vez que la lesión ya no es evitable la punibilidad no presenta duda alguna”<sup>54</sup>

Se trata de la omisión de la tentativa de impedir el resultado. La persona que no ha actuado no ha “hecho la tentativa de omitir la salvación”, sino que ha omitido hacer la tentativa de salvarla. Lo que se omite es la tentativa de impedir un resultado típico. Este omitir la tentativa de impedir el resultado corresponde a la tentativa acabada de comisión; la “tentativa de omisión” comienza (y termina) en el momento en que el obligado a más tardar debería haberla emprendido, si de acuerdo a su representación habría sido exitosa.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Idem

<sup>53</sup> Idem

<sup>54</sup> Idem

<sup>55</sup> Ibidem pág. 304

“En conclusión, resulta imposible concebir una aplicación del concepto de tentativa a los delitos impropios de omisión, tanto como a los propios de omisión. Lo impiden las especiales características del contenido de desvalor de la acción en la forma más grave y la imposibilidad de determinar el principio de ejecución.”<sup>56</sup>

## 2.8 PARTICIPACIÓN

Tanto en los delitos de omisión propios como en los delitos de omisión impropios no existe la participación.

No hay participación en el delito de comisión por omisión: el garante que omite evitar la agresión al bien jurídico que tiene que proteger no es punible como “cómplice de homicidio por omisión”, sino como autor de omisión (homicidio por omisión); pues él, con la capacidad de acción, tiene el dominio final del hecho para repeler al homicida.

Una vez que se ha fijado nuestra postura, respecto a este punto, no deja de anotarse, aunque sólo a manera de comentario, que desde los lineamientos sostenidos en la Teoría de Autor, planteada por el ilustre jurista Doctor Claus Roxin, se ha sustentado que en la omisión, como en los delitos de acción se puede concebir la complicidad, ello en razón, de su concepción del delito omisivo, ya que a diferencia del concepto de tipo preceptivo de garante, lo conciben como un delito de infracción de

---

<sup>56</sup> Ibidem pág. 192

deber personalísimo, en donde el sujeto que no tiene dominio del hecho o que no tiene deber, sólo puede ser concebido en el hecho criminal como cómplice.<sup>57</sup>

Sin embargo, como se ha anotado la postura que para nuestro estudio nos regirá es la sostenida por Armin Kaufmann y Grûnwald, en el que se sostiene que la única forma de comisión que acepta la omisión es en calidad de autoría.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Claus Roxin, “Autoría y Dominio del Hecho”, pág. 35 s.s.

<sup>58</sup> Idem

### CAPITULO III CALIDAD DE GARANTE

La posición de garante, es aquella que destaca a una persona de las demás, que le hace responsable del bien juridopenalmente protegido, y que, en consecuencia y si no evita su lesión le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción, históricamente su fuente derivaba de una ley o de un contrato y posteriormente aparece el propio actuar precedente.

Como se ha anotó al inicio del presente estudio, la doctrina históricamente desde un comienzo se planteo dar un fundamento legal y material al castigo de la omisión señalando que el sujeto debe ser castigado por que ha omitido una acción a la que estaba jurídicamente obligado, porque ha infringido un deber jurídico de actuar.

Es así que por elemental congruencia, al igual que el dogma penal, el deber jurídico de actuar en los delitos de comisión por omisión, ha presentado cambios a medida que las corrientes doctrinales han revolucionado.

El expresión *garante* como omitente responsable del resultado, porque garantiza frente a la comunidad la integridad del bien jurídico, fue acuñada por Biding, *Normen II*, 1926 2ª ed. Pp 553 ss., y resucitada e introducida definitivamente en el vocabulario juridicopenal por Nagler, Gs 111 (1938), pp. 55 ss.<sup>1</sup>

Así encontramos que en los sistemas causalistas, que dominaron la doctrina penal hasta la primera mitad del siglo próximo pasado, el deber jurídico se encontraba fundado en fuentes formales; ya que el castigo de la omisión de una acción se fundamentaría en la identidad entre uno y otro tipo de comportamiento en la causación de un resultado; es decir, el fundamento y eje del delito de omisión impropia descansa en: **una acción esperada**, que se omite y **la causalidad entre la acción omitida y la afección del bien jurídico**. Si se dan copulativamente estos dos requisitos se ha de estimar que dicha afección equivale a su causación.<sup>2</sup>

Esta teoría es desarrollada con mayor amplitud por Edmundo Mezger, en las que se sientan las bases de todas las omisiones, definiendo a la omisión como “el juicio discrepancia entre la conducta efectiva y la que el agente voluntario se representa como relativamente posible”, sin embargo la idea deviene de Luden, exponiendo “si el agente no ejecuta la acción esperada, realiza otra” y reaparece en Franz Von Liszt, en su segunda edición de su Lehrbuch, 1984, (pág 116), en la que indica: “el resultado producido hubiera sido evitado por el acto que, a pesar de ser posible para el autor y esperado para nosotros, fue omitido por este” y en Roberto Von Hippel, quien al respecto escribe “la omisión no significa idiomáticamente no hacer, sino no hacer algo determinado, es decir, lo que en un caso dado era posible de esperar”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Estudios sobre el delito de omisión”, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, p. 129 s.s.

<sup>2</sup> Ibidem pág. 214 -215

<sup>3</sup> Op cit pág. 411

De esta manera según la mencionada postura doctrinal, la omisión se equipara a la acción si se comprueba: A) la existencia de un deber jurídico de actuar; y B) que esa acción de haberse realizado hubiera evitado el resultado; esto último, mediante el recurso de la causalidad hipotética, es decir, aceptando la hipótesis de que mediante un juicio ex ante, se pueda concluir que esa acción de haberse realizado hubiera evitado el resultado.<sup>4</sup>

Ya en esta teoría, el deber de actuar podría presentarse derivado de:

- a) Las obligaciones de actuar que emanan de la ley;
- b) Las obligaciones aceptadas en virtud de un negocio jurídico, es parcialmente un contrato.

Se considera necesario anotar al margen que Mezger, postularía en lo que concierne a la pena pero no en cuanto a su estructura la equivalencia entre la acción y la omisión, proponiendo una atenuación de la pena de forma análoga a la tentativa y a la complicidad.<sup>5</sup>

A este criterio le fue severamente criticado que fundara exclusivamente el deber de actuar en fuentes puramente formales, sin considerar la legitimidad material de la fuente y sus límites, ya que no podría fundamentar, por ejemplo, un deber de evitar el resultado entre una pareja de novios o entre tío y sobrino aún cuando vivieran bajo el

---

<sup>4</sup> Ibidem pág. 215

<sup>5</sup> Idem



mismo techo, pues no hay obligación entre ellos ni de carácter contractual ni legal; al contrario, si serviría para fundamentar una responsabilidad por omisión entre conyugues no divorciados que llevaran separados de hecho muchos años incluso cuando sean incapaces de reconocerse en la calle.

Ante estos inconvenientes, se planteó una formula que fundamentaría el deber jurídico de actuar, a partir de la vinculación real concreta del sujeto con el bien jurídico en peligro, la consideración de esa vinculación material pone el acento no en los aspectos formales sino en los aspectos de carácter material a efecto de fundamentar una obligación de salvamento del bien jurídico, (*fundamento en fuentes materiales*). Apareciendo así la calidad derivada el propio actuar precedente. Se trata de determinar materialmente que personas estas socialmente en una posición de garante frente a un bien jurídico, por eso se consideran delitos especiales que tiene un deber jurídico específico que deriva de su posición de protección al ambiente jurídico protegido, puede llegar a establecer una responsabilidad por una omisión. De esta manera, la responsabilidad en la omisión impropia esta condicionada a la acreditación de una posición de garante.<sup>6</sup>

Welzel y los finalistas, han señalado que el sujeto al proponerse una conducta, debe considerar "la potencialidad" de su acción, o de su omisión, y es por ello, que al perseguir un fin, la omisión de la conducta a la que estaba obligada a realizar para su calidad de garante y no afectarla es la que le es reprochable.

---

<sup>6</sup> Ibidem págs. 215 s.s.

Rudolphi y Ernenst Amadeus Wolf por su lado han procurado obtener una caracterización del contenido del mandato de evitar el resultado, el primero de los citados, trata de encontrar el punto de vista valorativo en la cual apoya la solución del problema de la equiparación de acción y omisión; desde este punto de vista “el papel social del omitente tiene que ser de tal clase que según socialmente dado y los contenidos de valor del orden jurídico, le incumba a él, solo o conjuntamente con otros decidir si un peligro de lesión de un bien jurídico debe continuar o no”. En tanto que el segundo de los citados fundamenta a través de la dependencia del bien jurídico de la libre decisión del autor respecto al suceso y a su continuación, “es una relación de dependencia, lo que significa que si el dependiente no obtiene lo que le corresponde, el motivo no reside en la comprobación de una necesidad natural sino de una libre decisión. Por otra parte el dependiente no obtiene lo que le corresponde no se trata de una <<desarmonía real>> de comprobación necesaria real, sino que su motivo residirá en la libre decisión de otro”.<sup>7</sup>

Sin embargo a ambos casos, les es criticable que el criterio que proponen no pertenece con exclusividad a la omisión impropia, sino que también se da en la omisión propia.<sup>8</sup>

### 3.1 CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DE LA CALIDAD DE GARANTE

---

<sup>7</sup> Ibidem pág. 139

<sup>8</sup> Ibidem pág. 140

Empero al ser la corriente finalista, la adoptada por nuestra legislación penal, en cuanto a los delitos de comisión por omisión, es que centraremos en ella nuestro estudio sobre la clasificación que de las fuentes de la calidad de garante, se realizará en el presente apartado.

A decir del Doctor Bacigalupo, en su obra delitos impropios de omisión sostiene que la posición de garante requiere esencialmente que el sujeto éste encargado de la protección o custodia del bien jurídico que aparece lesionado o amenazado de lesión; y que la posición de protección aparecen en dos formas:

- a) Cuando el sujeto del mandato aparece “puesto” como defensor de uno o varios bienes jurídicos contratado ataque que puedan sufrir; y
- b) Cuando del encauzamiento y la custodia del peligro que emana de una fuente determinada en relación con todo bien jurídico que pudiera resultar afectado por ella.

Refiriéndonos al primer grupo citado encontramos aquellos casos en los que el garante puede estar relacionado tanto con uno con varios bienes jurídicos y pueden pertenecer a un titular o a varios, es así que quedan comprendidas las relaciones de protección del derecho de familia o materialmente similares, aquí la posición de protección requiere estar dirigida directamente a la defensa del bien es decir en esta forma de la posición de garante la vinculación con el bien jurídico proviene de la relación existente con el sujeto titular el bien jurídico.

Aquí el deber de acción para la defensa del bien jurídico puede emanar simultáneamente de una ley o de un contrato y ello podrá serlo en forma explícita o tácita; pero fundamentalmente lo que determinará el deber de evitar el resultado cuya infracción será adecuada al tipo de un delito de comisión, será el grado de intimidad de la relación del sujeto con el bien jurídico que le impondrá su tarea de defensa frente a cualquier amenaza de lesión. Esta estrechez está dada aquí por la relación social que el omitente guarda con el titular del bien jurídico.

El garante cumple determinadas funciones necesarias para salvaguardar la integridad de un bien jurídico incluido en su esfera de competencia. El contenido de estas funciones se manifiesta doblemente: como función de protección de un determinado bien jurídico y como deber de vigilancia de una fuente de peligro.

En ocasiones determinadas personas están obligadas a velar por la integridad de un bien jurídico debido a que el mismo se encuentra dentro de su ámbito de dominio. Así estos sujetos han adquirido el compromiso jurídico de evitar que pueda ser puesto en peligro o incluso lesionado el bien jurídicamente tutelado por la norma; ya que si a consecuencia de su conducta, contraria a derecho, tal resultado se produce, responderán como garantes de un delito en comisión por omisión.

La posición de garante no se deduce de consideraciones prejurídicas, sino del propio ordenamiento jurídico, ya que es el ordenamiento jurídico en su totalidad el que

debe determinar, en cada caso y con respecto a cada tipo penal, cuándo se da la posición de garante.<sup>9</sup>

Ni la existencia de un deber de actuar consignado en la ley, ni un hecho anterior, ni la aceptación de un deber en forma contractual, son suficientes para la determinación de la posición de garante. Por lo tanto, nuestra tarea inmediata no consistirá en determinadas fuentes del deber de actuar sino la posición de autor, al cual incumbe ese deber frente al deber jurídico.

Así encontramos que la teoría Alemana, predominante en la teoría finalista encontramos que las fuentes se dividen de la siguiente forma:

1.1. Deber de protección entre parientes cercanos

1.- Ley

1.2 Deber de alimentos.

2.1. Contrato

2.- Asumir de hecho la garantía

2.2 Injerencia

3. Actuar precedente

4.1 Comunidad de vida

4. Especial relación

4.2. Comunidad de lealtad de peligro

4.3. Estrechadas relaciones de comercio

---

<sup>9</sup> Ibidem pág. 148

1.- Una posición de garante puede estar reconocida directamente en un precepto jurídico, así sobre todo, en las instituciones jurídicas del matrimonio, de la familia, de la patria potestad, de la paternidad, etc. De ellas se desprenden deberes jurídicos de garante en sentido estricto; a ellos pertenecen sobre todo los deberes del derecho de familia.

1.1.- El subgrupo más importante del primer grupo de garante 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. El deber de garante entre parientes cercanos se limita a evitar un peligro para la vida o la integridad corporal, desde luego que también recíprocamente.

1.2.- El segundo subgrupo, es el de dar alimentos. Delimitar el ámbito del círculo de miembros que entran en consideración respecto de una situación de garante es difícil en estos casos límites ya que debería bastar cualquier descendencia lineal.

2.- La posición de garante puede provenir además por asumirse de hecho la garantía.

2.1.- Contrato.- debe tenerse presente el deber de garante no es idéntico al deber contractual vigente toda vez que es decisivo asumir fáctico de la posición de deber correspondiente al contrato ya que la posición de garante surge solo cuando comienza la situación de peligro de cuyo manejo esta encargado el garante.

Al respecto Welzel afirma que la calidad de garante derivada del contrato no depende de la eficacia jurídica del contrato así mismo señala que puede existir el abandono de la posición de garante antes de la puesta en peligro del bien jurídico protegido lo que nos lleva a la violación del contrato y en materia penal sería irrelevante de lo que se advierte que hay una separación de la responsabilidad penal de garante, del contrato.

2.2.- La posición de garante por haber asumido la garantía puede provenir también de una acción fáctica de asunción o injerencia. Que son aquellos casos como los servicios de urgencias medicas, las relaciones de favor que no han llegado a hacer contratos pero que constituyen la base de una posición de garante como por ejemplo, ayuda en el cruce de una calzada, llevar a casa un ebrio, prevenir los que vienen atrás en él transito.

3.- La practica judicial a llevado al nacimiento de la posición de garante derivado del actual presente peligroso (injerencia): Quien con su hacer activo, aunque sea sin culpa, a dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene que impedir el resultado. El principio jurídico sobre la posición de garante por un actuar precedente empleado actualmente es inobjetable.

*Es de señalarse en este punto que, el propio actuar precedente es muy ilimitado ya que los criterios que fundamentan la responsabilidad son evidentemente muy diferenciados y complejos, ya que encuentran su fundamento desde el punto de vista de una responsabilidad por situación respecto a un determinado ámbito social de*

*señorío; toda vez que en la concatenación de la vida social moderna es muy grande el contacto y el roce de intereses, de ahí que algunos autores afirmen que, los delitos de comisión por omisión, dependan, por sobre todo de quienes en el ámbito de señorío (social), le corresponda evitar el resultado.*

*Actualmente la injerencia sigue siendo un problema sin solución y únicamente se pueden señalar determinadas partes: Hay que establecer restricciones sobre todo en los casos que se interponen entre la puesta en peligro y la producción del resultado el actuar responsable de un tercero. Como censura respecto al actual presente tiene, una significación práctica la antigua teoría de Frank de “prohibición de regreso” en estos casos sólo una especial e inadecuada puesta en peligro puede fundamentar la especial responsabilidad de garante.*

4.- Finalmente, puede fundarse la posición de garante en una especial relación de lealtad.

4.1.- El subcaso más importante es el de la posición de garante en la llamada “comunidad de vida“. Afirma que la relación amorosa libre debe ser suficiente como posición de garante.

4.2.- Otro subcaso es la llamada “comunidad de peligro “sin embargo apunta Welzel que esta compleja figura se reduce a otro, enraizadas con la injerencia: por un lado de una garantía de protección asumida recíprocamente; y por otro la “concepción



de monopolio, esto es el estar dependiente de una ayuda recíproca. La comunidad ocasional de peligro no debe, por consiguiente, fundar ninguna posición de garante.

4.3 Un último subcaso de este deber de garante proviene de relaciones especiales de lealtad, son los deberes de aclaración en el ámbito de relaciones comerciales estrechas, en los cuales una parte dependen en especial de la honradez de la otra.”<sup>10</sup>

Por su parte el doctor Bustos Ramírez en su obra *Lecciones de Derecho Penal*, considera que las fuentes de posición de garante se clasifican en fuentes de posición de garante que surgen por: a) un deber de defensa, de determinados bienes jurídicos ajenos; y b) los que surgen por un deber de supervigilancia de determinadas fuentes de peligro, para cualquier bien jurídico.

a) El deber de defensa de determinados bienes jurídicos presupone que hay una persona que no está en condiciones de proteger sus bienes jurídicos, su vida, salud o bienes por ejemplo, y que hay otra que tiene el deber de salvarlos; entre los que hay que distinguir: 1) deberes de garante derivados de relaciones familiares de cuidado; 2) deberes de garante derivados de la condición de representante de un titular de un bien jurídico; 3) deberes de garante derivados de las estrechas relaciones de comunidad; 4) deberes de garante derivados de la asunción voluntaria de una función de protección; 5) deberes de garante asumidos unilateralmente.

---

<sup>10</sup> Op cit.

b) Las posiciones de garante derivadas de la posición de supervigilancia de una fuente de peligro, se plantean a partir de la constatación de que, dentro de nuestro ámbito social, pueden haber fuentes de peligro respecto de las cuales tenemos un deber de vigilancia para evitar que esos peligros se concreten en lesiones de los bienes jurídicos ajenos; entre los cuales se distinguen: 1) las posiciones de garante que surgen de la supervigilancia de una fuente de peligro que está dentro de nuestro ámbito de dominio material, y 2) posiciones de garante que surgen de la supervigilancia que ha de ejercerse sobre el actuar de terceros que están bajo nuestro cuidado.

**También caen bajo este rubro los hechos que responden a la idea de ingerencia (hecho anterior), en los muy contados casos y con las limitaciones con que hoy pueden admitirse estos casos como fundamento de una posición de garante. Los casos son suficientemente conocidos. Este deber jurídico puede emerger de la sostenida conducta precedente del autor que le exigía un comportamiento activo para precaver el inminente riesgo por él creado; agregándose que el deber deriva contemporáneamente de la relación con la víctima.<sup>11</sup>**

En tanto que según nuestro Nuevo Código Penal Vigente en el Distrito Federal, las fuentes del deber jurídico posibles son:

---

<sup>11</sup> Ibidem pág. 146

- a).- la ley,
- b).- el contrato, y
- c).- el propio actuar precedente.

De lo anteriormente anotado podemos concluir que hasta el finalismo la omisión impropia puede presentarse cuando el deber de actuar surja derivado de la ley, el contrato, el hecho anterior e incluso una cuarta fuente aunque no siempre aceptada, llamada comunidad de vida o de peligro; empero centrandolo nuestro estudio nos abocaremos a las fuentes que cita nuestra legislación mexicana.

### **3.2 DEBER JURÍDICO DERIVADO DE LA LEY**

Como cuestión previa al presente estudio se considera necesario anotar que hasta antes de los años treinta, se consideraba que sólo se podía fundamentar la posición de garante, sobre la base del principio de legalidad, cuando derivaba del derecho, y no así de la moral.

Este deber jurídico en los delitos de omisión, al igual que el de los contratos (que analizaremos con posterioridad), fueron formuladas por primera vez por Feurbach.

Se ha sostenido que un sujeto es garante en relación a un bien jurídico cuando un precepto legal le impone el deber de actuar, en esta calidad de garante deriva de una obligación específica legal de actuar se encuentra las estrechas relaciones naturales, sobre todo en el ámbito familiar ya que en ellas se tutela la dependencia

absoluta de una o varias personas respecto de otras, sin embargo no se debe olvidar que para que exista posición de garante, la situación de absoluta dependencia debe producirse en el caso concreto.<sup>12</sup>

Bajo esta primicia encontramos que como concepto de ley, se entiende en sentido amplio, es decir, ley, decreto, reglamento, orden ministerial e incluso ordenanza municipal (sobre todo en su acepción culposa), ya que en ellas se abarcan las obligación del comportamiento esperado en donde se advierte su fundamento en leyes extrapenales de derecho público (deberes funcionariales de vigilancia), o de derecho privado (derecho de familia), en las que se coloca al omitente precisamente en esa calidad especial de autor que lo coloca como responsable del resultado no impedido.<sup>13</sup>

En cambio, el resto de los ciudadanos no garantes, que no tienen la obligación *especial extrapenal* de garantizar la vida de determinadas personas, sino sólo la obligación general jurídico penal que nos afecta a todos de socorrer a cualquier ser humano, responderían si no interviniesen, únicamente por delitos de omisión propia.

### **3.3 DEBER JURÍDICO DERIVADO DE UN CONTRATO**

Esta calidad existe de una específica obligación contractual de evitar el resultado.

---

<sup>12</sup> Ibidem pág. 220

“La doctrina ha llamado la atención sobre el hecho de que un excesivo formalismo puede llevar a esta fuente a límites demasiado amplios y, por el contrario, también a dejar fuera situaciones que parece razonable que deba quedar dentro de su ámbito; así, no bastara simplemente con el perfeccionamiento del contrato que términos jusprivatistas podrían ya hacer exigibles las obligaciones que de él se desprenden para las partes, si que es preciso que la obligación de velar por un determinado bien jurídico se haya asumido tácticamente. En estos casos la obligación de salvamento no es de carácter general respecto de todos los bienes jurídicos, si no solo respecto de aquellos cuya protección se a asumido por el contrato”.<sup>14</sup>

Sin embargo a pesar de que los pensadores penalistas de antes de los años treinta, consideraban que el deber de actuar sólo podía encontrar su fundamento en el derecho y no en la moral, en la práctica nunca se aplicó, consecuentemente, tal contradicción llevo a un grupo de autores alemanes a argumentar la necesidad de liberar el Derecho Penal de la influencia civilista y con un pensamiento jurídicopenal nacionalsocialista y del llamado *derecho penal de autor*, y manifiestan abiertamente, que también meras obligaciones morales o sociales podían servir de base para fundamentar una comisión por omisión; punto de vista que ya sin los condicionamientos políticos de éstos, actualmente otro sector de la dogmática da entrada abiertamente a tales deberes extrajurídicos para fundamentar la posición de garante.<sup>15</sup>

### **3.4 DEBER JURÍDICO DERIVADO DEL PROPIO ACTUAR PRECEDENTE.**

---

<sup>13</sup> Ibidemp. 129 s.s.

<sup>14</sup> Ibidem pág. 229

Este deber, también es conocido como injerencia tiene razón de ser, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una omisión acción u omisión precedente, es decir estamos en un supuesto en que el sujeto, al haber creado una situación social de riesgo para un bien jurídico, genera para sí un deber jurídico de actuar a fin de que ese riesgo no llegue a concretarse en una lesión efectiva para el bien jurídico. En suma, aparentemente y de acuerdo con el tenor literal del precepto, la omisión de auxilio puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de omisión impropia.<sup>16</sup>

Esta tercera fuente de posición de garante tiene su origen ya en el año 1828 en Stübel, posteriormente en 1855 con Krug, con Glaser en 1858 y con Merkler en 1867. Sin embargo concebida como tal, es decir, como el principio de que el propio actuar precedente obliga a evitar el resultado se desarrolla en el siglo pasado para demostrar la causalidad de la omisión.<sup>17</sup>

Empero se debe estar claro que el delito de omisión impropia o comisión por omisión por injerencia queda reducido a los casos de provocación dolosa de la situación de riesgo para el bien jurídico. Ello en razón que no debemos olvidar que el sujeto responderá si el resultado, es naturalmente imputable a la desestabilización producida por la inactividad del que tenía la obligación de controlar el riesgo.

---

<sup>15</sup> Ibidem p.134 y 137

<sup>16</sup> Ibidem pág 230

Pues, no todo hacer precedente condicionalmente después de un resultado típico crea una posición de garante; pues si así fuera, acciones completamente alejadas del resultado nos harían responder rocambolescamente de éste, con lo que se llegaría a una situación parecida a la del *regresum in infinitud* de una teoría causal de la condición llevada hasta sus últimas consecuencias.<sup>18</sup>

De lo anterior claramente se advierte que la fuente que en este momento se estudia es verdaderamente amplia, es por ello que debe tenerse claro que ésta, no debe de convertirse en fundamento de responsabilidad para todo aquello vinculado de alguna manera en sucesión causal al hacer precedente, porque entonces todo se difumina y todo el mundo responde de todo.<sup>19</sup>

En base a lo anterior es que la propia doctrina ha establecido limitantes para esta clase de posición de garante, coincidiendo en señalar a la primera, como el hecho de que tal calidad de autor sólo puede provenir de un hacer precedente *peligroso* en sí para la producción del resultado; sin embargo y pese al esfuerzo realizado por los dogmáticos en cuanto a las restantes restrictivas aún y cuando se hablan de algunos criterios para poner tales limitantes, lo cierto es que no han logrado unificar tales juicios.

---

<sup>17</sup> Ibidem, p.138

<sup>18</sup> En cuanto a este punto, Welzel y Rudolphi, han señalado que de tomar en serio la tesis de que una acción precedente no peligrosa en sí desencadena un deber de garante, siempre que en su posterior desarrollo causal lleve alguna vez a un peligro para un bien jurídico, ello conduciría a una vinculación obligatoria insoportable para cualquier ciudadano. Día a día tendría suficiente que hacer con controlar el ulterior desarrollo de procesos causales desencadenados alguna vez por él y, en su caso, con evitar los peligros para terceros provenientes de aquéllos.

Una minoría dirección, que tiene su impulsor principal en Shüenmann, niega que el hacer precedente, pueda convertir al injerente y, con ello, en autor de un delito de comisión por omisión.

Lo anterior en razón de que desde su planteamiento *“El injerente se encuentra frente al ulterior acontecimiento, antológicamente, igual que cualquier otra persona, por lo que las sucesivas etapas del proceso causal se le pueden imputar a su esfera de dominio sólo sobre la base del acto desencadenante. Cuando el injerente se convierte repentinamente en doloso, ello es un dolo sin dominio y, por consiguiente, una mala voluntad sin hecho. Un dominio requiere un sustrato material sobre el que actúa; y este no lo puede consentir el mero proceso causal, si no se quiere incurrir en el error de equiparar el dominio (actual) con la posibilidad de evitación (potencial)”*<sup>20</sup>

Desde estas consideraciones, se asienta que no se puede imputar un resultado (doloso) a quien cuando desencadena el proceso causal, no actuaba dolosamente, porque ello supondría dar entrada de alguna manera al *dolo susequens*.

Sin embargo, no abundaremos más al respecto, en razón de que tal como se ha estudiado,<sup>21</sup> la posición que sostiene el referido autor esta más que debatida en los lineamientos fijados con prelación en la teoría del garante, y que indubitablemente nos llevan a establecer que precisamente en los delitos de comisión por omisión, el criterio

---

<sup>19</sup> Al respecto y a mayor amplitud véase Gimbernat Ordeig Enrique 2003, p.139 y Welzel 1987.

<sup>20</sup> Al respecto veasé Gimbernat Ordeig pág 146 s. s.

<sup>21</sup> Ver supra



de equiparación, descansa en esa desvinculación causal de la conducta del autor con el resultado.

**CAPITULO IV**  
**COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL ARTÍCULO 16 PÁRRAFO SEGUNDO DEL NUEVO**  
**CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

**4.1 CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL ARTÍCULO 16 PÁRRAFO**  
**SEGUNDO DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

En efecto, tal como se ha establecido con prelación, en el Derecho Mexicano para dar fundamento legal a la punición de la omisión impropia se optó por establecer en el artículo 16 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, una cláusula general de remisión a los delitos de acción de la parte Especial.

De acuerdo con este presupuesto legal la construcción de un delito de omisión impropio o la conversión de un delito de acción a uno de omisión “como dice Jakobs (DP, 951 ss.) aparentemente se hace descansar en dos condiciones puramente formales: a) en la infracción de un especial deber jurídico de autor de evitar el resultado; y b) en la equivalencia <<según el sentido de la ley>> de ambos comportamientos, condición que se daría si hay una obligación legal contractual de actuar o una obligación de actuar derivada de un hacer precedente.”<sup>1</sup> .

Sin embargo, en cuanto a este punto el Doctor Bustos Ramírez difiere del Dogmático Jakobs, apuntando que las dos condiciones aparentemente

---

<sup>1</sup> Idem

complementarias, se reducen a una sola por virtud de que el segundo punto señala quienes están obligados a actuar, lo que identifica <<deber jurídico>> y <<equivalencia>>; y continúa apuntando que en realidad la posible construcción del delito de omisión a partir de un delito de acción, esta sujeta a condiciones de carácter material y no meramente formales. De tal suerte que en el artículo 16 del Novísimo Código Punitivo, hay dos momentos valorativos diferentes, el del deber de actuar y el de la equivalencia entre ambas formas de comportamiento.

Una vez asentado lo anterior, antes de seguir con el estudio que nos ocupa en el presente capítulo, la suscrita considera necesario hacer un breve acotamiento sobre el artículo 16 del Nuevo Código Penal, mismo que se realiza retomando las consideraciones que realiza el Doctor Bustos Ramírez, respecto de la parte general de los delitos de comisión por omisión retomados en el Código Penal Español, por virtud de que los mismos encuentran gran similitud con los planteamientos vertidos en el numeral supra indicado del Nuevo Código Punitivo.

En este sentido se advierte, que el legislador, entre diferentes posibilidades de política legislativa, optó por el sistema de incorporar una cláusula en la Parte General del Nuevo Código Penal, de *numerus apertus*, misma que por su generalidad, amplía considerablemente el ámbito de aplicación de un delito que originariamente ha sido concebido para penalizar la infracción de prohibiciones. Lo que conlleva al intérprete a

determinar en cada caso, sobre la base de las condiciones de la cláusula general, si el delito admite también la omisión.<sup>2</sup>

Ello es así, por virtud de que el Nuevo Código Adjetivo en la materia, en su artículo 16, contiene una cláusula única en la parte general, que satisface las exigencias mínimas del principio de legalidad, pues establece de modo general las condiciones bajo las cuales ciertos y determinados delitos de acción pueden dar también lugar a la construcción de un delito de omisión.

Empero, no deja de reconocerse, que a pesar de las dificultades interpretativas que pueda presentar esta cláusula general de la equivalencia de los delitos de omisión a los de acción, en la medida que la condiciona, cumple una función restrictiva, pues no toda omisión será punible, sino sólo aquella que cumpla con las exigencias que dicho precepto establece. Pues una simple equiparación, sin ningún condicionamiento, podría conducir al no deseable resultado de ampliar indeterminadamente mediante los delitos de omisión impropia al ámbito de protección al bien jurídico ya establecido y fijado en el correspondiente delito de acción.

Puntualizando en la médula de nuestro estudio, se piensa que es imprescindible, que la regla genérica de los delitos de comisión por omisión, además de comulgar con el principio de legalidad, al mismo tiempo en que debe de satisfacer las exigencias del

---

<sup>2</sup> Ibidem p. 204

principio de legalidad debe dar fundamento a la intervención penal en ciertos y determinados casos. Pues para el caso del propio actuar precedente como deber jurídico en los delitos de comisión por omisión, la norma penal debería establecer un criterio más restringido de interpretación del mismo, lo que como consecuencia generaría menos incertidumbre sobre su interpretación y consecuente aplicación al caso concreto.

Pues tal como se ha dejado entre ver a lo largo del presente trabajo, en la corriente adoptada por el Nuevo Código Penal, de alguna forma en los delitos de acción con la presencia de elementos valorativos en el tipo (y sobre todo con los pocos satisfactorios resultados que se consiguen con la causalidad), la indeterminación de lo mandado aparece con más fuerza en delitos de omisión.

Acción y omisión son vinculaciones diferentes y, por tanto, las consideraciones hechas en relación con la acción no pueden serle aplicables. Así, es generalmente reconocido por la doctrina en general que los criterios naturalísticos de la causalidad no pueden aplicarse a los delitos de omisión y que debe recurrirse a criterios de carácter valorativo.<sup>3</sup>

Es así que al no poder aplicar el nexo causal, en los delitos de comisión por omisión (e incluso en los de omisión propia), el juzgador tenga que valerse de un criterio valorativo para poder establecer en el caso concreto la adecuación de un tipo comisivo

---

<sup>3</sup> Ibidem pág. 206

a uno de omisión impropia, que generalmente tiene su base en la Teoría de la equivalencia de las condiciones.

Ello en razón de que de acuerdo al párrafo primero del artículo 16 del Nuevo Código Penal condiciona la transformación de un delito de resultado de acción en uno de omisión a que el comportamiento omisivo <<equivalgan, según el sentido del texto de la ley>> a la causación de un resultado. El núcleo de los delitos de omisión impropia está constituido por éste juicio valorativo de equivalencia.<sup>4</sup>

Ahora bien, la valoración de esta equivalencia exige, una interpretación armónica de los párrafos del precepto, ya que de esa interpretación resulta que el juicio de equivalencia es el resultado de dos juicios valorativos propiamente entre el comportamiento omitido y la acción prohibida y de un juicio sobre el deber jurídico de evitar el resultado.

La posición de garante, el deber de actuar, es sólo un aspecto del juicio de valor, es necesario que previamente se valore la situación social de peligro, concreta a fin de establecer si el sujeto concreto enfrentado a esa fuente de peligro tiene un deber de control de ella.

La resolución del problema de la equivalencia tiene que partir, como se ha anotado, de la conducta que de haber realizado hipotéticamente hubiera evitado el resultado y la conducta contenida en el tipo de acción; es así que el problema no es la

equivalencia entre una omisión y una acción, sino entre una acción hipotética salvadora del bien jurídico y la acción antinormativa contenida en el tipo de acción, es decir, de la equivalencia entre dos acciones, es decir este juicio valorativo de equivalencia requiere de un juicio valorativo complejo, en el que se trata de determinar, que acción hubiera evitado la lesión del bien jurídico y si el obligado a actuar estaba en condiciones psíquicas y físicas de realizarla y, además si en la situación concreta esa acción hubiera evitado con seguridad la lesión al bien jurídico.<sup>5</sup>

Establecida la equiparación entre las acciones en los términos señalados anteriormente, la equivalencia entre la acción prohibida y la omisión de la acción hipotéticamente salvadora del bien jurídico resultará de la aplicación del *principio de inversión*, entendido como aquel, en el que partiendo de la diferente estructura de la acción y la omisión, señala que, tratándose de la omisión, los aspectos esenciales de la misma deben plantearse en forma inversa a como han sido tratados en los delitos de acción.

No obstante ello, no debe perderse de vista que el Nuevo Código Penal exige sólo la equivalencia entre la acción y la omisión no entre dos acciones.

**De lo anterior es evidente que en los delitos de comisión por omisión, el nexo que une la inactividad del agente con el resultado, obedece al criterio que el**

---

<sup>4</sup> Ib idem pág. 224

<sup>5</sup> Ibidem pág. 226

**juzgador establece no en razón de la causalidad sino, con base a un criterio valorativo análogo.**

## **4.2 CASOS PRÁCTICOS**

**El médico y dos pacientes.** *“El doctor Hartmann atiende a su paciente Saldaño en un pueblo que se halla a 150 km de la primera unidad hospitalaria en la que existen instrumentos idóneos para darle al enfermo la atención necesaria para evitar su muerte. No hay un modo más rápido de conducir a Saldaño a aquel hospital, que llevarlo en un automóvil particular. Existen en la localidad dos o tres automóviles veloces, además del auto del propio médico; pero Hartmann decide llevar a Saldaña personalmente, por sí, en el camino, requiere asistencia médica. Antes de salir, avisa por teléfono acerca de la urgencia que requiere el caso, a fin de que fueran preparados los elementos necesarios para dar la más rápida asistencia en caso de que el enfermo llegara efectivamente con vida. Lo acompaña su enfermera Verónica, que no sabe conducir.*

*Cuando el médico se dirige hacía el lugar indicado, a la mayor velocidad que le permite su pericia, ve que, a unos quinientos metros delante de él, un automovilista ha atropellado a un niño que ha quedado al costado del camino sin atención alguna. Ni él ni Verónica han alcanzado a ver las circunstancias del hecho, ni las características del vehículo, cuyo conductor ha huido. Inmediatamente, Hartmann disminuye la velocidad y Verónica nota cierta actitud indecisa del médico entre atender al niño y continuar la marcha. Al llegar adonde está el pequeño, advierten que se desangrará de modo*



*irremediable si no se le asiste en el acto. A Hartmann le preocupa más, de todos modos, su antiguo paciente.*

*En tales condiciones, la enfermera le insiste para que bajen del automóvil todo lo necesario para aplicar un vendaje mínimo en las zonas más afectadas y suministrarle medicamentos que disminuyan la hemorragia, para llevarlo desde luego con ellos al hospital. Verónica no podría hacer esto por sí sola.*

*Hartmann teme por la vida de Saldaño, pero decide hacer como opina la enfermera. Estos auxilios insumen unos treinta minutos, sin computar la demora que produjo el disminuir la velocidad, detenerse, y recuperar luego el ritmo anterior a aquel accidente. Luego, Hartmann vuelve a conducir todo lo rápido que le permite su destreza.*

*Al llegar al hospital, veinte minutos después, Saldaño ya moría y nada podía hacerse por él, que muere al poco rato. El niño, en cambio, sobrevive, después de algunos días de mantenerse en estado sumamente grave.*

*Durante el proceso, los peritos dictaminaron que Saldaño, de haber llegado al hospital, entre 20 veinte y 30 treinta minutos antes, podría haber sido atendido con buenas posibilidades de sobrevivir.”<sup>6</sup>*

---

<sup>6</sup> SANCINETTI Marcelo A., “Casos prácticos de derecho penal”, Editorial Hammutabi R. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 122 s.

En cuanto a este primer asunto, es de observarse que ofrece una gran variedad de soluciones, pues retomando que de conformidad con nuestra legislación el nexo entre el resultado y la conducta omisiva, descansa precisamente en el juicio valorativo que del caso en concreto realice el juzgador, de ahí que las diversas soluciones descansen en el criterio de la persona que resuelva y no propiamente en el sentido de la ley.

**El incendio de la discoteca “Lobombo”.** Es del dominio público la tragedia ocurrida en tal centro nocturno, en donde los resultados penalmente relevantes en tal acontecimiento (muertes y lesiones), pueden ser imputados tanto al dueño del lugar como al inspector, respecto al primero la imputación se sustenta no en el hecho de ordenar la construcción de un centro de espectáculos, (actividad penalmente irrelevante) ni en el hecho de ordenar el uso de materiales eléctricos defectuosos o tomas de agua falsas, sino en el hecho de ordenar su apertura y funcionamiento con pleno conocimiento del peligro que conllevaba para la seguridad de los asiduos al lugar.

Por otro lado pero en el mismo sentido, los resultados típicos a que nos hemos referido, también podrían ser atribuibles al inspector (de la delegación Cuauhtémoc), por haber otorgado un informe favorable, cuando tenía pleno conocimiento de las carencias de las medidas mínimas de seguridad del lugar, ya que las mismas conllevaban un incremento del riesgo en el funcionamiento de dicho establecimiento.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Estudios sobre el delito de omisión”, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, p. 10-11

Sin embargo, es del dominio público que tal asunto quedo para los efectos del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, pues el Juzgador consideró que no había elementos para imputar los resultados al dueño del centro de espectáculos, y mucho menos al inspector de la Delegación.

**Caso de las incubadoras de Comitlán Chiapas.** Este es otro caso, que conmociono a nuestro país, ya que en tal comunidad, murieron varios recién nacidos por que los doctores y/o enfermeras decidieron colocar a dichos bebes en incubadoras cuyo funcionamiento era deficiente, lo que llevo al deceso de los mismo, es así que en este caso los resultados típicos podrían ser imputados a los profesionistas antes mencionados precisamente porque a sabiendas del mal funcionamiento de tales aparatos decidieron colocar y dejar ahí a los infantes.

Empero, este asunto no fue una excepción a la regla, pues tampoco prosperó acción penal alguna en contra de los citados médicos o enfermeras.

#### **4.3 JURISPRUDENCIA**

En México, no podemos hablar propiamente de jurisprudencia al respecto, en razón de que sólo encontramos tesis aisladas, y dentro de las cuales se encuentran:

***“DOLO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE UN DELITO. PARA QUE EXISTA ES NECESARIA LA DECISIÓN DEL AUTOR DE PERMANECER INACTIVO. Para que exista dolo en un delito por omisión, el autor tiene que, por una parte, conocer por lo menos la posibilidad de una intervención que impida la producción del resultado y, por otra, tener la disposición de asumir la lesión del bien jurídico como consecuencia***

*del propio comportamiento; de otra manera faltarían los elementos característicos del dolo, es decir, conocimiento y voluntad. En este sentido, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, cuando no está probado en autos la decisión por parte del ahora quejoso (voluntad) de dejar que las cosas sigan su curso a la vista de una evolución peligrosa, verbigracia, dejar todos los días las averiguaciones previas que tiene a su cargo en la oficina, en condiciones que denoten la probabilidad de su pérdida por no haber un lugar especial donde puedan guardarse. En tal supuesto, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, a lo sumo es posible deducir que el quejoso produjo un resultado típico que previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, porque al no representarse al borde de la conciencia la acción ordenada, resulta evidente la falta de decisión.*

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.**  
I.2o.P.48 P

*Amparo directo 582/2000. 15 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Olga Estrever Escamilla. Secretario: Alfonso Pérez Daza.*

*Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIV, Octubre de 2001. Pág. 1118. Tesis Aislada.*

**NEXO DE CAUSALIDAD.** *Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad.* **TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.**

IV.3o.144 P

*Amparo directo 485/94. Andrés Béjar Méndez. 1o. de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Ángel Torres Zamarrón.*

*Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo XV-II, Febrero de 1995. Pág. 415. Tesis Aislada.*

**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.*

1a.

*Amparo No. 5500/54/2a. Quejoso: Delfino Vargas Vergara. 7 de marzo de 1956. Unanimidad de 5 votos. Ministro: Lic. Agustín Mercado Alarcón. Secretario: Lic. Rubén Montes de Oca.*

*Instancia: Primera Sala. Fuente: Informes, Quinta Época. Informe 1956. Pág. 64. Tesis Aislada.*

**COMPLICIDAD OMISIVA.** *En el caso, el procesado aceptó que en su presencia golpearon al ahora occiso, además de que estando éste 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 ayudó a sus coacusados para aparentar que aquél se había suicidado. Lo anterior es más que suficiente para advertir que el inculpado 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.*

1a.

*Amparo directo 4664/86. Alejandro Chávez Pedraza. 19 de octubre de 1987.*

*Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Carlos Enrique Rueda Dávila.*

*Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 217-228 Segunda Parte. Pág. 18. Tesis Aislada.*

**PARTICIPACION POR OMISION.** *La participación por omisión se da cuando el sujeto está en el deber jurídico de actuar y contradiciendo tal deber hace posible la comisión del delito, y está poniendo culpablemente una condición para la producción de la lesión jurídica que la ley ha erigido en tipo. Si bien es cierto la participación es generalmente activa (en el sentido que se da al término en la problemática de la acción), puede ser también omisiva, cuando se está en el deber jurídico de actuar y no se actúa; como ocurre en el caso de que exista el auxilio prestado por el sujeto activo, "que brindaba en su calidad de jefe de la policía para que los delincuentes actuaran libremente" en la comisión del delito, del cual debe el activo ser considerado como responsable.*

1a.

*Amparo directo 104/76. Teodoro Rodríguez Salinas. 14 de octubre de 1976.*

*Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.*

*Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 91-96 Segunda Parte. Pág. 37. Tesis Aislada.*

Una vez sentados los criterios federales, que residen dentro del marco jurisprudencial de nuestro país, se hace imprescindible retomar las anotaciones realizadas con prelación, en donde se dejó por sentado que en los delitos de omisión, ya sean propios o impropios, no se puede vincular el resultado con la conducta del agente, basados propiamente de un nexo causal, ya que en ellos, lo que vincula el resultado a la conducta del sujeto activo lo es el juicio o criterio valorativo del juzgador para poder establecer en el caso concreto la adecuación de un tipo comisivo a uno de

omisión (impropia o propia), que generalmente descansa su base en la Teoría de la equivalencia de las condiciones.

Ello en razón de que no debemos dejar de lado, que de conformidad con nuestra codificación penal se condiciona la transformación de un delito de resultado de acción en uno de omisión a que el comportamiento omisivo <<equivalga, según el sentido del texto de la ley>> a la causación de un resultado. De ahí que se sostenga que el núcleo de los delitos de omisión impropia está constituido por éste juicio valorativo de equivalencia.

Finalmente es de abordar a las tesis en las que se ha sostenido que en los delitos de comisión por omisión se puede hablar de participación, toda vez que se ha dejado plenamente establecido que en los ilícitos de omisión sólo se puede hablar de intervención, es decir que el garante que omite evitar la agresión al bien jurídico que tiene que proteger no es punible como “cómplice de homicidio por omisión”, sino como autor de omisión (homicidio por omisión); pues él, con la capacidad de acción, tiene el dominio final del hecho para repeler al homicida.

Es así que los criterios federales, con los que no se comulga, por encontrarse alejados de la esencia de la dogma imperante en el Código Penal vigente hasta el día de la fecha, lo único que hacen es patentizar con mayor claridad la inexacta aplicación de la ley, en los delitos de comisión por omisión.

Lo que descansa, a criterio de la suscrita, justamente por la amplitud de la regla general contenida en el artículo 16 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

De ahí que se proponga la reforma al párrafo segundo inciso c) del artículo 16 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, debiendo quedar en los siguientes términos:

**“Artículo 16... “c) cuando con una actividad precedente culposa o fortuita, generó naturalmente la desestabilización y puesta en peligro para el bien jurídico, del que socialmente tenía la obligación de controlar...”.**

Reforma, al Código Penal que necesariamente, tendría que realizarse de conformidad con lo preceptuado en el Capítulo Segundo “DE LA INICIATIVA Y FORMACIÓN DE LAS LEYES”, de Nuestra Carta Magna, específicamente por sus numerales 71 y 72, que a la letra establecen:

**“Artículo 71.** El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

- I Al presidente de la República;
- II A los diputados y senadores al Congreso de la Unión y
- III A las legislaturas de los Estados.

Las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por las legislaturas de los Estados, o por las diputaciones de los mismos, pasarán desde luego a comisión.

Las que presentaren los diputados o los senadores se sujetaran a los trámites que designe el Reglamento de Debates“.

“**Artículo 72.** Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.

- a) Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá el Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.
- b) Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que corriendo este término, hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.
- c) El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara revisora. Si por ésta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación.

Las votaciones de ley o decreto serán nominales.

- d) Si algún proyecto de ley o decreto fuese desechado en su totalidad por la Cámara de revisión, volverá a la de su origen con las observaciones que aquella le hubiese hecho. Si examinado de nuevo, fuese aprobado por la



misma mayoría, pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción a); pero si lo reprobare, no podrá volver a presentarse en el mismo período de sesiones.

- e) Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado, o adicionado por la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin poder alternarse en manera alguna los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fuesen aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presente en la Cámara de su origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo, para los efectos de la fracción a). Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueron reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverán a aquélla para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de votos presentes se desecharen en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A). Si la Cámara revisora, por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados, y que se reserven los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes:
- f) En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observaran los mismos trámites establecidos para su formación.

- g) Todo proyecto de ley o decreto que fuere desechado en la Cámara de su origen, no podrá volver a presentarse en las sesiones del año.
- h) La formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.
- i) Las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la Cámara en que se presenten, a menos que transcurra un mes desde que pasen a la comisión dictaminadora sin que ésta rinda dictamen, pues en tal caso el mismo proyecto de ley o decreto puede presentarse y discutirse en la otra Cámara.
- j) El Ejecutivo de la unión no puede hacer observaciones a las resoluciones del Congreso o de alguna de las Cámaras, cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios de la Federación por delitos oficiales.

Tampoco podrá hacerlas al decreto de convocatoria a sesiones extraordinarias que expida la Comisión Permanente”

## CONCLUSIONES

Los cuestionamientos realizados por los tratadistas, en torno a la omisión han sido motor determinante en la evolución del derecho penal sistematizado.

El estudio sistematizado del derecho penal, distingue las formas de realización del delito en dos formas: *acción y omisión*.

El Derecho Mexicano, converge con la anterior conclusión, pues indica que el delito sólo puede ser realizado por acción u omisión.

El tipo de omisión impropia es un tipo abierto.

Sin embargo, resulta innegable que la legislación penal carece de una descripción de lo que se debe entender por propio actuar precedente como deber jurídico en los delitos de comisión por omisión.

En consecuencia, se erige la falta de uniformidad del Órgano Jurisdiccional, para interpretar tal concepto como deber jurídico en los delitos de comisión por omisión.

Lo anterior conlleva a una inminente inseguridad jurídica de los gobernados, toda vez que se trastoca el derecho constitucional de la prohibición de aplicación de la ley penal por analogía.

Tal inconveniente deviene de la generalidad de la norma, ya que por la falta de concepción, amplía considerablemente el ámbito de aplicación de un delito que originalmente ha sido concebido para penalizar la infracción de prohibición.

Ello obliga a la Autoridad, a determinar en el caso en concreto, según su criterio, sobre la existencia o no de los elementos de un tipo de comisión por omisión.

Se concluye que lo favorable sería que en la parte Especial del Código Punitivo, se señalara en cada caso, *numerus clausus* quizá con indicaciones de las personas obligadas a actuar, dejando a la doctrina que de acuerdo a principios generales y garantías fijara las condiciones de la punibilidad de las omisiones impropias.

Así mismo, es indispensable que por razones de justicia, se incorporara en la punición de los delitos de comisión por omisión una atenuación fundamental de la pena de carácter facultativo respecto del marco penal de los delitos de comisión.

## BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, Francisco. LA ACCIÓN Y EL RESULTADO. Ed. Jurídica Mexicana. México. 1959

BACIGALUPO, Enrique. MANUAL DE DERECHO PENAL. Ed. Temis. Bogotá Colombia. 1998

BACIGALUPO, Enrique. DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN. Ed. Bogotá Colombia. 1983

BAUMANN, Jürgen. DERECHO PENAL. Parte General. Ed. Porrúa S.A. México. 1981

BUSTOS, Ramírez Juan J., "LECCIONES DE DERECHO PENAL", Volumén II Editorial Trota S.A., Madrid España. 1999.

CARRARA, Francisco. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. Parte General. Ed. Temis. Bogotá Colombia. 1991.

CUESTA AGUADO DE LA, Paz M. TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA. Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo Argentina. 1998.

DÍAZ ARANDA, Enrique. DOLO. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México, Ed. Porrúa México 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Estudios sobre el delito de omisión", Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina. 1958.

JESCHECK, Hernich. TRATADO DE DERECHO PENAL Parte General Ed. Barcelona España. 1978.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. TRATADO DE DERECHO PENAL. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1992

MUÑOZ CONDE, Francisco. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Ed. Temis, Bogotá Colombia. 1999

NOVOA MONREAL, Eduardo. FUNDAMENTOS DE LOS DELITOS DE OMISIÓN. Ed. Depalma S.A., Buenos Aires, Argentina. 1984

RIGNI Y FERNÁNDEZ, DERECHO PENAL, la ley, el delito y la pena. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1996.

ROXIN, Claus. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO Ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Madrid España. 1998

SANCINETTI A. Marcelo. CASOS DE DERECHO PENAL. Ed. Hammurabi S. R. L. Buenos Aires, Argentina. 1986

SILVA SANCHEZ, José María. EL DELITO DE OMISIÓN CONCEPTO Y SISTEMA Ed. Bosch. Barcelona España. 1986

WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALEMÁN. Parte general. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1987

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. Ed. Ediar S.A. Buenos Aires, Argentina. Quinta reedición 2000.

## **LEGISLACIÓN**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ed. Porrúa. México. 2006

NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ed. Subjúdice, México. 2006