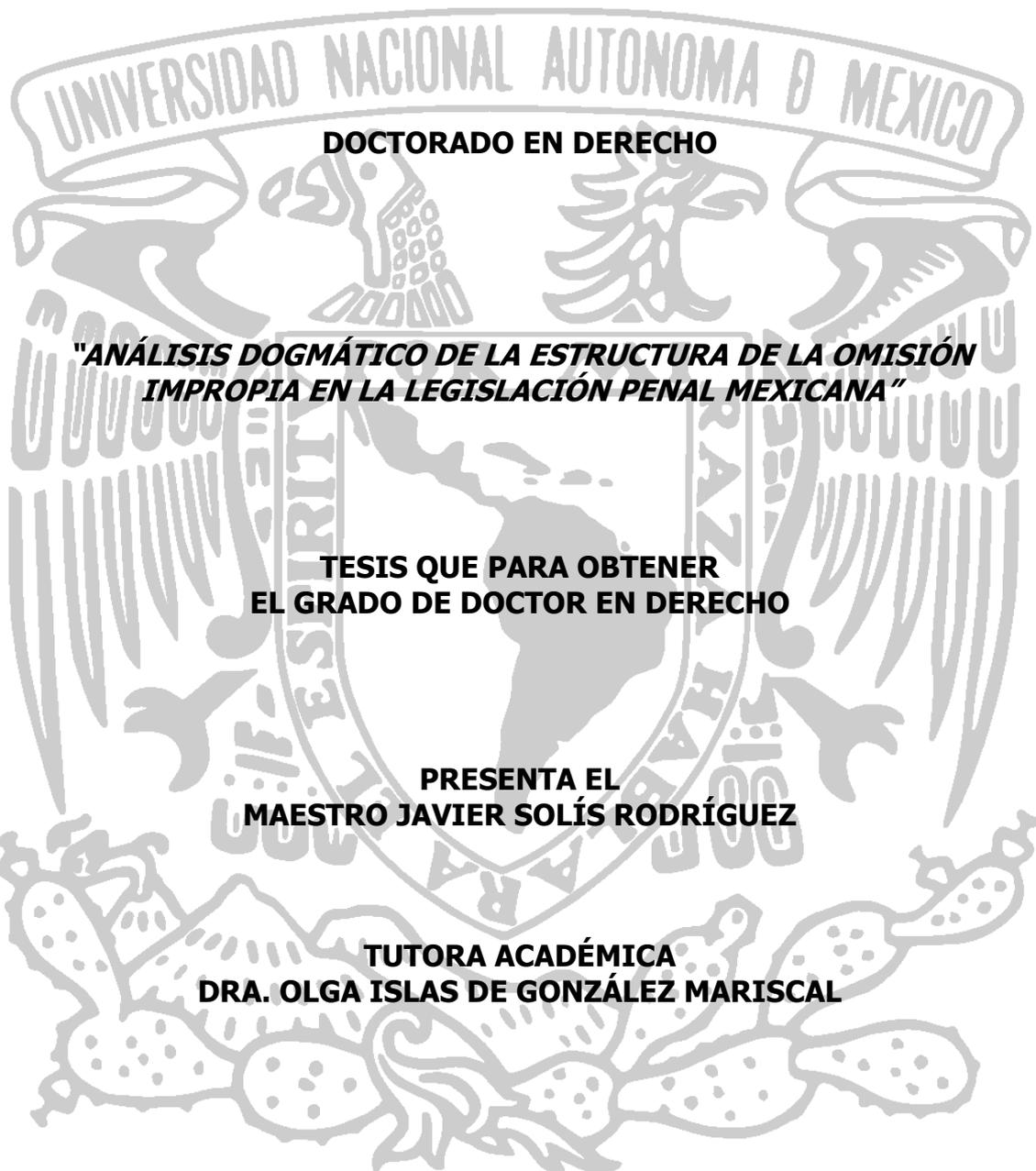


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO



DOCTORADO EN DERECHO

***"ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN
IMPROPIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA"***

**TESIS QUE PARA OBTENER
EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO**

**PRESENTA EL
MAESTRO JAVIER SOLÍS RODRÍGUEZ**

**TUTORA ACADÉMICA
DRA. OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL**

CIUDAD UNIVERSITARIA, AGOSTO DE 2010



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.

ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA
LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I EL DELITO Y LA ACCIÓN (COMISIÓN)	4
1. El delito	4
1.1. Concepto	4
1.1.1. Etimología y significación gramatical	4
1.1.2. Doctrina	4
1.2. Formas de comisión	20
1.2.1. De acuerdo con la ley	20
1.2.2. De acuerdo con la doctrina	20
1.2.3. Terminología	21
1.2.4. Acción	24
CAPÍTULO II LA OMISIÓN	36
1. La omisión	36
1.1. Conceptos doctrinales	36
1.2. Clases	62
1.2.1. Propia	63
1.2.2. Impropia (comisión por omisión)	69
CAPÍTULO III LAS FUENTES DE LA CALIDAD DE GARANTE (TEORÍA MATERIAL DE LAS FUNCIONES)	80
1. Calidad de garante (concepto)	80
2. Teoría material de las funciones	92
2.1. Por la función de protección del bien jurídico	93
2.1.1. Estrecha vinculación familiar	93
2.1.2. Comunidades de vida o peligro	99
2.1.3. Aceptación voluntaria	104
2.2. Por el deber de control de una fuente de peligro	112
2.2.1. El actuar precedente (injerencia)	112
2.2.1.1. Concepto	112
2.2.1.2. Cualidad de la acción previa creadora de peligro	121
2.2.1.3. El rechazo de la injerencia como fuente de posiciones de garante	131
2.2.1.4. Una especie de la injerencia: la responsabilidad por el producto	134
2.2.2. Control de fuentes de peligro operantes en el propio ámbito de dominio	141
2.2.3. Responsabilidad por la conducta de terceras personas	148
3. La concepción de Jakobs (exposición general)	161
3.1. Estatus general y estatus especial como fundamento de la responsabilidad	161
3.2. El estatus general: La competencia por organización	162
3.2.1. Deberes de aseguramiento	162
3.2.2. Deberes de salvamento por asunción	164
3.2.3. Deberes de salvamento por injerencia	165
3.2.3.1. La conducta precedente antijurídica	166
3.2.3.2. El sometimiento a riesgos especiales	168

ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA
LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

3.2.3.3. Injerencia y comisión activa	171
3.3. El estatus especial: La competencia institucional	171
3.3.1. La relación paterno-filial	172
3.3.2. El matrimonio	173
3.3.3. La confianza especial	175
3.3.3.1. Confianza que genera garantía	176
3.3.3.2. Confianza que proporciona garantía	178
3.3.4. Los deberes genuinamente estatales	179
3.3.4.1. Relaciones estatales de poder	179
3.3.4.2. Los fines estatales	180
3.3.4.2.1. Previsión social elemental	182
3.3.4.2.2. La seguridad interna y externa	182
3.3.4.2.3. Los principios básicos del Estado de Derecho	183
CAPÍTULO IV LAS FUENTES DE LA CALIDAD DE GARANTE EN EL DERECHO PENAL MEXICANO	184
1. Código Penal Federal (artículo 7)	184
1.1. La ley	184
1.2. El contrato	188
1.3. El actuar precedente	189
2. Código Penal para el Distrito Federal (artículo 16)	189
2.1. Aceptación efectiva de la custodia	190
2.2. Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza	190
2.3. Actuar precedente culposo o fortuito	191
2.4. Efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo	195
3. Las fuentes de la calidad de garante en las entidades federativas	196
3.1. Códigos Penales con filiación al Código Penal Federal	196
3.2. Códigos Penales con filiación al Código Penal para el Distrito Federal	200
3.3. Otros códigos penales que también regulan la omisión impropia en su parte general	203
3.4. Código Penal del Estado de San Luis Potosí	205
3.5. Códigos penales que no regulan delitos de omisión impropia	207
CAPÍTULO V REQUISITOS DE LA DOCTRINA PARA LA PROCEDENCIA DE LA OMISIÓN IMPROPIA	209
1. Situación típica	209
2. Posición de garante (primer criterio de equivalencia)	220
3. Ausencia de la acción indicada	230
4. Capacidad de acción	247
5. Correspondencia (segundo criterio de equivalencia)	287
6. Resultado material	303
CAPÍTULO VI REQUISITOS PARA LA INTEGRACIÓN EN LA OMISIÓN IMPROPIA EN NUESTROS CÓDIGOS PENALES	322
1. Código Penal Federal (artículo 7)	322
2. Código Penal para el Distrito Federal (artículo 16)	324

ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA
LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

3. Códigos penales de las entidades federativas	326
3.1. Códigos penales con filiación al Código Penal Federal	327
3.2. Códigos penales con filiación al Código Penal para el Distrito Federal	330
3.3. Otros códigos penales que también regulan la omisión impropia en su parte general	332
3.4. Código Penal del Estado de San Luis Potosí	334
CONCLUSIONES	337
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	354
HEMEROGRAFÍA	359
DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS	359
LEGISLACIÓN	359
OTRAS FUENTES	360

INTRODUCCIÓN

La intención que impulsa este trabajo se proyecta básicamente en una dirección, la cual consiste en el análisis de las construcciones dogmáticas que han influido en el estudio y sistemática de la omisión impropia a partir de esquemas formales y funcionales, con el objeto de conocer, dentro de nuestra legislación penal, la regulación más plausible a este respecto.

En consideración a este propósito, la hipótesis que constituye el hilo conductor de este esfuerzo, propone el análisis de la estructura de la omisión impropia con base en la existencia de especiales situaciones que vinculen materialmente al omitente con un bien jurídico o con la fuente de peligro que amenace lesionarlo, enfoque dogmático coincidente con la teoría funcional acuñada por Armin Kaufmann; así las cosas, esta hipótesis es reflejo del empleo de la metodología científica, en cuya fase de investigación, para efectos de contraste, se acudió como métodos de apoyo, básicamente, al analítico, sintético y analógico o comparativo.

Para mostrar los resultados, en orden a la consecución del fin expresado, he dividido la presente exposición en la forma que a continuación se indica:

En el primer capítulo se abordan las concepciones relativas al delito, procurando mostrar su evolución dogmática y determinar, conforme a la doctrina y legislación, sus formas de comisión, abocándose al tratamiento en forma particular, de la acción *stricto sensu*.

En el capítulo segundo, se lleva cabo el estudio de la omisión, siguiendo la misma orientación del capítulo precedente, y abordando las especies de aquella que generalmente ocupan a los estudiosos, a saber: *la omisión propia e impropia*.

La finalidad de estos capítulos, basados en la delimitación de distintos conceptos, es el establecimiento de las características designativas a que debe atenderse, cuando en posteriores apartados se haga referencia a los mismos; situación que en modo alguno se traduce en la renuncia a profundizar en diversos aspectos vinculados con dichos elementos teóricos que, en definitiva, permitirá arribar a un nivel de detalle en la problemática con ellos relacionada.

En el capítulo tercero se analizan, desde la óptica de la Teoría Material de las Funciones, las fuentes de la calidad de garante que atienden a los deberes de protección de bienes jurídicos y control de fuentes de peligro, incursionando en este último ámbito, en un tema vinculado, y del que recientemente se ha ocupado la doctrina: *la responsabilidad por el producto*.

Si bien es cierto que es de gran importancia el conocimiento que aporta la dogmática, pues indudablemente influye como fuente del derecho en la legislación, también lo es que en cualquier trabajo como el presente es necesario acudir a la regulación prevista en el derecho positivo, con la finalidad de advertir sus deficiencias y proponer los cambios conducentes; en este sentido, el cuarto capítulo se ocupa de estudiar las fuentes de la calidad de garante previstas en los Códigos Penales Federal y para el Distrito Federal, así como de los demás Estados de la República.

En el capítulo quinto se analizan los requisitos que la doctrina ha considerado para la procedencia de la omisión impropia, a efecto de conocer sus implicaciones e importancia, lo que eventualmente permitirá formular propuestas y determinar el alcance de nuestra legislación.

Con este ánimo, en el último capítulo, después de la consulta doctrinal que implica el desarrollo del anterior, se acude nuevamente a nuestra legislación penal, a fin de examinar los requisitos en ella previstos para la integración de las omisiones en comento.

Por último, he determinado una serie de conclusiones que permiten conocer el resultado de este trabajo; asimismo, proporciono en los correspondientes apartados, la bibliografía, hemerografía y legislación consultadas, con la idea de que sirvan a quien se interese en el tema objeto de la presente investigación.

CAPÍTULO I

EL DELITO Y LA ACCIÓN (COMISIÓN)

SUMARIO. 1. El delito. 1.1. Concepto. 1.1.1. Etimología y significación gramatical. 1.1.2. Doctrina. 1.2. Formas de comisión. 1.2.1. De acuerdo con la ley. 1.2.2. De acuerdo a la Doctrina. 1.2.3. Terminología. 1.2.4. Acción.

1. El Delito.

1.1. Concepto.

1.1.1. Etimología y significación gramatical.

La palabra *delito* proviene del latín *delictum*, propiamente participio de *delinquere*, que significa “faltar”, “cometer una falta”¹, compuesto de *de* que expresa separación, y de *linquere*, cuyo significado es “dejar”.²

De esta manera, en forma preliminar, desde el punto de vista de su etimología y significación gramatical, podemos entender al delito como una infracción o quebrantamiento de las prescripciones legales, situación que permite advertir la existencia de dos ámbitos, a saber: a) La actuación del hombre en acatamiento al orden establecido en una sociedad determinada, esto es, el respeto del individuo por la legalidad; y b) El quebrantamiento del orden jurídico establecido, a partir de lo cual es dable pensar en un apartamiento o abandono de lo que se considera correcto para el efecto de lograr una convivencia armónica en el grupo social al que se pertenece.³

1.1.2.- Doctrina.

¹ Cfr., Corominas, Joan. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, España, Editorial Gredos, 1980 (1ª reimpresión de 1984), volumen II (CE-F), p. 440.

² Cfr., Cuervo, R.J. *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*, España, Editorial Herder-Instituto Caro y Cuervo, 1998, tomo segundo (C-D), p. 883.

³ En este sentido Vid, Carrara, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal*, Tr. Jorge Guerrero y José J. Ortega Torres, Colombia, Editorial Temis, 1991, volumen I, parte general, p. 44. En efecto, el maestro Carrara, atendiendo al significado etimológico de la palabra delito, con el propósito de proporcionar una panorámica mas completa en su exposición, explica que la palabra delito “...se deriva comúnmente de *delinquere*, abandonar, y equivale a abandono de una ley.”

La concepción que se pueda tener del delito, está íntimamente ligada a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época; así, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, en cambio, conductas a las que no se les atribuía el carácter de delitos, han sido erigidas como tales. Sin embargo, en el devenir de la historia, los autores han tratado, con las dificultades que conlleva, de producir un concepto de delito con validez universal para todos los tiempos y lugares; buscando el establecimiento de un constructo dogmático que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como tal y ser sancionado, en consecuencia, con una pena.⁴

Desde la óptica de la Escuela Clásica, Von Liszt concibe el delito como "...el acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena."⁵ concepto en el cual, el propio autor, destaca tres elementos genéricos y uno específico, a saber:⁶

A) De acuerdo con este autor, el delito siempre será un acto humano, por lo que nunca llegarán a constituir tal, los acontecimientos fortuitos o de la naturaleza, independientes de la voluntad humana; en este punto es importante mencionar que el acto humano, implica el actuar estricto y el omitir, al ser considerado como la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior.

B) La contradicción con el derecho, según Liszt, se desdobra por un lado, en la contravención formal⁷ a un mandato o prohibición del orden jurídico, y por el

⁴ Para lograr este propósito, es necesario delimitar el ámbito dentro del cual se desarrollará el esfuerzo de construcción conceptual, a efecto de evitar distorsiones provenientes de ópticas diversas; así, es preciso evitar partir de preguntas tales como ¿qué es X?, puesto que tal clase de interrogantes da margen a respuestas provenientes de la sociología, la filosofía, la moral, etc., de ahí que Muñoz Conde nos diga que todo intento de definir el delito debe partir del derecho penal positivo, pues hacerlo al margen de él es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral. *Cfr.* Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*, Colombia, Editorial Temis, 1990, pp. 1-2.

⁵ Von Liszt, Franz. *Tratado de derecho penal*, Segunda Edición, Tr. Luis Jiménez de Asúa (de la 20ª edición alemana), España, Editorial Reus, S.A., 1927, Tomo Segundo, p. 254.

⁶ *Cfr.*, *Ibidem.*, pp. 252-254.

otro, en la implicación material de la lesión o peligro de un bien jurídico; consecuencia de este juicio de contradicción, la reprobación incide en el acto.

C) El delito es un acto culpable, es decir, un acto realizable dolosa o culposamente por el ser humano, por lo que sobre éste recae la reprobación.

D) Finalmente, como elemento específico, tenemos a la pena representativa de la consecuencia jurídica; la razón para distinguir a la pena respecto de los elementos anteriores, nuestro autor la hace radicar en que el legislador no asocia la pena a toda infracción, sino sólo a ciertos actos exactamente circunscritos, y aún dentro de estos, la hace depender de la presencia de otras condiciones de punibilidad.

La base de este sistema era el concepto de *acción*, entendida de manera totalmente naturalística como movimiento corporal (acción en estricto sentido) y modificación del mundo exterior (resultado), unidos ambos por el vínculo de la causalidad; sin embargo, el punto débil de esta construcción externa u objetiva se evidenciaba a propósito del tratamiento de la *omisión* como un no movimiento corporal.⁸

⁷ Una cuestión relacionada, a propósito de contradicción u oposición con el derecho, es el elemento que Beling hizo resaltar como condición esencial del concepto del delito, esto es, la importancia de los hechos definidos o *tipicidad*. He aquí su definición que creo es compatible con la del maestro Liszt: “*Es delito la acción típica, antijurídica, culpable, sometible a una sanción penal adecuada y suficiente para las condiciones de la sanción penal*”. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de derecho penal*, 5ª edición actualizada, Argentina, Editorial Losada, 1992, tomo III, El Delito, p. 56. A propósito de abordar las definiciones “Dogmática” y “Material” del delito, en términos generales también coincidente en cuanto a los elementos considerados, el propio Jiménez de Asúa caracteriza al delito “...como acto típicamente antijurídico imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”. *Ibidem.*, p. 63. En efecto, al incorporarse a la definición el elemento *acto*, entiendo su carácter superior comprensivo de la acción *stricto sensu* y la omisión; la adición de *típicamente antijurídico* engloba tanto el elemento acuñado por Beling, es decir, la tipicidad, como el diverso de oposición al derecho; aunado a los anteriores, son claramente distinguibles la culpabilidad y su presupuesto, o sea, la imputabilidad, además de la conminación con una pena, y en su caso, la previsión de medidas de seguridad.

⁸ Una vez teniendo la certeza de la presencia de una *acción*, conforme a la Escuela Clásica, es necesario constatar la presencia de los predicados de ésta, es decir, *tipicidad*, *antijuridicidad* y *culpabilidad*; los cuales son clasificables en elementos *objetivos* y *subjetivos*; de esta forma, la parte *objetiva* del delito se compone por la *tipicidad* y *antijuridicidad*, y la *subjetiva* por la *culpabilidad*. El tipo fue entendido como la descripción

Carrara, al igual que Liszt, nos proporciona un concepto que enfocado al quebrantamiento o infracción del derecho, aspira a darle su verdadera esencia, caracterizándolo como "...la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso."⁹

Del concepto transcrito se desprenden los siguientes elementos:¹⁰

A) *Infracción de la ley.* Para estar en aptitud de reprocharle al hombre su acto dañoso, es preciso la existencia de una ley que lo prohíba; de esta manera, dicho acto será delito cuando colisiona con aquélla.

B) *Del Estado.* Para que el delito (hecho dañoso), no se confunda con el vicio, que representa el abandono de la ley moral, con el pecado, que es la violación de la ley divina, se afirma que es la ley del Estado.

C) *Promulgada.* Para que el individuo destinatario de la norma pueda observarla, es decir, cumplirla, primero debe conocerla, lo cual se consigue a través de su comunicación; así, una vez promulgada la ley penal, trae consigo la presunción de su conocimiento por parte de los ciudadanos.

D) *Para proteger la seguridad.* A través de este elemento se pretende destacar que la idea especial del delito, no es transgredir las leyes que protegen

externa de una acción, sin ninguna valoración, la cual debería efectuarse hasta llegar a la antijuridicidad, y atendiendo en esta sede a una óptica netamente objetiva, existiendo entre ambos componentes una relación consistente en que aquélla constituía un indicio para la presencia de ésta. Por cuanto hace al concepto de *culpabilidad*, en éste se incluyen todos los procesos espirituales y psíquicos que en relación con el hecho se desarrollan; la *capacidad de culpabilidad* fue entendida como *presupuesto de la culpabilidad*, el dolo y la imprudencia fueron entendidos como *formas o clases de culpabilidad*. Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, 4ª edición, Tr. José Luis Manzanares Samaniego, España, Editorial Comares, 1993, pp. 182-183.

⁹ Carrara, Francesco. *Op. Cit., Op. Cit.*, nota 3, p. 43.

¹⁰ Cfr., *Ibidem.*, pp. 45-49.

los intereses patrimoniales, violadas por el mero incumplimiento de una obligación civil; ni el quebrantamiento de las que promueven la prosperidad del Estado, que implicaría transgresión, pero no un delito, el cual encuentra su esencia en la agresión a la seguridad.

E) *De los ciudadanos.* Este elemento comprende la seguridad pública y la privada, puesto que con la protección de aquélla se obtiene la de ésta; de ahí que con la expresión *seguridad pública* se dice *de los ciudadanos*. Con el derecho punitivo el gobierno se autoprotege legítimamente, en cuanto su propia tutela es necesaria para la tutela de cada uno de los ciudadanos; por tanto, quien ofende a aquél, ofende a todos los ciudadanos, y del deber que corresponde al Estado de proteger los derechos de los particulares, nace en él el derecho de autoprotección.

F) *Que resulta de un acto externo.* Con este elemento se quiere significar que las opiniones, deseos y pensamientos se sustraen al dominio de la ley penal.

G) *Del hombre.* Sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito.

H) *Positivo o negativo.* Por medio de esta configuración se abarca a las acciones y omisiones.

I) *Moralmente imputable.* Con este elemento se destaca que el hombre se encuentra sometido a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y su imputabilidad moral es el precedente de la imputabilidad política.

J.- *Socialmente dañoso.* Finalmente se agrega este elemento para explicar mejor la idea que ya se contiene en la definición de las palabras "Seguridad de los ciudadanos", y que consiste en que el delito debe perturbar moralmente, en todos los ciudadanos, el sentimiento de la seguridad.

Ahora bien, haciendo un esfuerzo de síntesis, a efecto de traducir en términos más compactos los elementos del concepto aportado por el maestro Carrara, puede observarse, en primer término, que la referencia a la *infracción de la ley del Estado*, presupone, por un lado, la existencia de un precepto legislativo que describa un determinado hecho del hombre, lo valore en forma negativa y asocie a todo esto una sanción, y por otro lado, la actualización práctica de aquél hecho, es decir, su manifestación en la realidad, situación que implica precisamente la infracción del derecho, al estar en contradicción con él, juicio de relación que conocemos como *antijuridicidad*.

El elemento *acto externo del hombre, positivo o negativo*, es posible asociarlo con el concepto jurídico penal de *acción* que tanto ha ocupado a los dogmáticos del derecho penal, y que precisamente ha planteado como parte de su problemática, la inclusión de la *acción stricto sensu* y la *omisión*.

La característica *moralmente imputable*, revela un elemento subjetivo que entra en consideración a propósito de la comisión de un delito, el cual podemos asociar o vincular con lo que tradicionalmente hemos conocido como *culpabilidad*.

El maestro de Pisa no alude en forma expresa a lo que para algunos es elemento del delito, y para otros, su consecuencia, esto es, la *pena*, sin embargo, creo que este elemento puede encontrarse inmerso en el diverso *protección de la seguridad de los ciudadanos*, pues a propósito de éste se indica que dicha finalidad se logra a través del *derecho punitivo*, esto es, mediante las disposiciones legales que prevén sanciones para el eventual caso de su infracción.

En este contexto, es posible distinguir los siguientes elementos del delito en la concepción del maestro Carrara: *acción*, *antijuridicidad*, *culpabilidad*, y en forma implícita, *punibilidad*.

Mezger, empleando la terminología de *hecho punible*, lo define como "...una acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena."¹¹

Con motivo de esta definición, el propio Mezger reconoce que derivado de la evolución legislativa y dogmática, no es posible atenerse a la tradicional distinción que separa como elementos del delito, el aspecto externo (objetivo) y el interno (subjetivo), sino que atendiendo a la orientación de aquéllas en el sentido de independizar la *culpabilidad* del individuo, y tomar en cuenta el *injusto inculpable*, debe partirse, por ende de la bifurcación *antijuridicidad-culpabilidad*.

Con vista de la evolución de referencia y atendiendo a la definición propuesta, se distinguen como elementos de ésta, los siguientes:

A) *Acción*. Cuando se estipula en el concepto que el hecho punible es tal, se entiende dicho término empleado en sentido amplio, esto es, que comprende a la acción en estricto sentido, que denota al hacer activo, y también el omitir.

B) *Tipicidad*. Que en la concepción de este autor no es un elemento independiente del hecho punible sino que funge como adjetivo de los demás;¹² situación que respecto de la culpabilidad parece excesivo, si bien respecto de ésta pueden advertirse sus elementos positivos y negativos.¹³

C) *Antijuridicidad*. Con esta expresión, el autor hace referencia a los aspectos externo (injusto objetivo) e interno del injusto; destacando dentro de

¹¹ Mezger, Edmund. *Derecho penal, parte general*, Segunda Edición, (6ª edición alemana, 1955), México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1990, p. 82

¹² *Cfr.*, *Ibidem.*, p. 80.

¹³ La Doctora Olga Islas al estudiar los elementos del delito en el marco de su Modelo Lógico, precisa que estos se encuentran ya en el mundo de la facticidad, adecuándose a sus correspondientes subconjuntos del tipo, excepción hecha de la culpabilidad, que no es típica, pero se les asocia para constituir el conjunto denominado delito. *Cfr.*, Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Quinta Edición, México, Editorial Trillas, 2004, p. 57.

éste a los elementos subjetivos del injusto a los que atribuye un carácter excepcional.

D) *Personalmente imputable*. De acuerdo con Mezger, la *culpabilidad* tiene en cuenta la imputación personal (subjetiva) de un hecho a un autor determinado, esto es, por un lado se tiene un tipo legal objetivo, y por el otro, la imputación personal de este tipo a una persona determinada.¹⁴

E) *Conminación con pena*. Considerando la tautología que se desprende de este elemento del *hecho punible*, el propio autor renuncia a él, no sin antes destacar la importancia de la consecuencia jurídica en la determinación de su esencia.¹⁵

Dentro del Finalismo, Welzel, atendiendo al sentido y misión que atribuye al Derecho Penal, establece que el delito es "...la acción u omisión intolerable para la comunidad jurídica a causa de su reprobabilidad ético social."¹⁶

Por cuanto hace a la acción u omisión en contraste con el ámbito ético social que refiere la definición transcrita, es preciso ubicar como contexto el sentido y la misión que el propio creador del finalismo atribuye al Derecho Penal; en este sentido, Welzel explica que toda acción humana puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material), y también, con independencia de la consecución del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor de acto).¹⁷

¹⁴ Cfr., Mezger, Edmund. *Op. Cit.*, nota 11, p. 82.

¹⁵ Cfr., *Ibidem.*, p. 83.

¹⁶ Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*, 4ª edición castellana, Tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 18.

¹⁷ Cfr., *Ibidem.*, pp. 1-2. V. gr. Uno de los valores humanos más elementales es el trabajo; su significación puede apreciarse, por una parte, a partir del producto material u obra que genera (*valor de resultado*). Por otra parte, dicha actividad posee una significación positiva en la existencia humana, pues se traduce en una actividad cuya teleología es una obra benéfica, subsistiendo este sentido aún cuando la obra no se logre, puesto que, no obstante ello, se habrá logrado expresar el *valor de acto* del trabajo. Lo mismo rige para lo negativo: el *desvalor de la acción* puede fundarse en que el resultado que produce es valorado como

De conformidad con lo anterior, el Derecho Penal quiere proteger bienes vitales de la comunidad, o sea, valores materiales, lo cual consigue mediante la prohibición y castigo de las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Por tanto, se impide el desvalor de resultado a través de la sanción del desvalor de acto, asegurándose así la vigencia de los valores de acto ético-sociales como son, v. gr., el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc., que constituyen el trasfondo positivo de las normas penales, y cuyo real acatamiento se asegura por el Derecho Penal al castigar la inobservancia expresada mediante acciones desleales, indignas, fraudulentas, etc.

En la inteligencia los elementos anteriores, de acuerdo con el mismo autor, se puede concluir que el Derecho Penal propende a la protección de los valores de acto, y sólo por inclusión, la protección de los bienes jurídicos particulares, la cual lleva a efecto *mandando o prohibiendo* acciones que pueden estimarse desleales, encontrándose detrás de dichos mandatos o prohibiciones los valores de acto o deberes ético sociales, cuya inobservancia conlleva la reprobación referida en el concepto transcrito del maestro alemán, y por ende, la imposición de una sanción.¹⁸

La construcción dogmático filosófica de Welzel respecto de la misión del derecho penal alemán, teniendo como elemento principal de protección los valores de acto, si bien es cierto resulta interesante al contribuir a una formación ética del ciudadano, de manera que desde esa óptica se coadyuve a su integridad, también lo es, en mi opinión, que no existe una correspondencia con la regulación que al efecto se establece en el Código Penal de dicho país, pues basta una mirada a su parte especial para advertir la preponderancia que el legislador otorgó a la protección de los bienes jurídicos, situación que no excluye, a mi entender, la

reprobable, de tal forma que una acción dirigida a producir algo reprobado, también será considerada como reprobable, aún si éste no llega a producirse. *Cfr. Idem.*

¹⁸ *Cfr., Ibidem.*, p. 5

posibilidad de emplear la protección de los valores de acto como medio de la correspondiente a aquéllos; comentario análogo puede reproducirse a propósito del estudio de nuestros códigos penales, tanto el federal como el del Distrito Federal y de los demás Estados de la República, en los que en definitiva, se tiene como objeto primario de protección a los bienes jurídicos.

Por su parte, Maurach entiende al delito como una "...acción antijurídica, penalmente típica y atribuible a su autor...",¹⁹ precisando el propio autor que este concepto permite reconocer una estratificación de elementos que no sólo es importante para una exposición sistemática, sino también para el manejo práctico del derecho penal.

En el concepto de este autor es posible observar como elementos a la acción, tipicidad, antijuridicidad y atribuibilidad, siendo destacables dentro de ellos, el segundo y el cuarto mencionados, por ser éstos los que en mi opinión denotan la orientación dogmática del autor, y sin que esta situación menoscabe la importancia de los restantes elementos en la estructura del concepto.

En este orden, el juicio de tipicidad sobre el hecho, de acuerdo con Maurach,²⁰ comprende la desvaloración de la conducta, no del autor, y también una investigación de las circunstancias de hecho subjetivas para determinar si la conducta es típica y en que consiste esa tipicidad, situación que permite advertir que el tipo se compone de dos partes: el tipo *objetivo*, que comprende el acontecer externo de la acción ilícita y el resultado que se le une; y el tipo *subjetivo*, que contiene las direcciones de la voluntad del autor relevantes para el derecho penal, y dentro de ellas, el dolo. Por lo que hace a la relación con la antijuridicidad, el propio autor entiende a la tipicidad como indicio de aquélla.

¹⁹ Maurach, Reinhart *et al. Derecho penal, parte general*, 7ª edición alemana, Tr. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Argentina, Editorial Astrea, 1994, tomo 1, p. 229.

²⁰ *Cfr., Ibidem.*, p. 231.

En lo referente a la atribuibilidad, que consiste en la posibilidad de atribuir personalmente el ilícito típico a su autor, su examen transita por dos etapas, a saber:²¹

1) En primer término, es necesario constatar que el sujeto activo del hecho haya actuado responsablemente, no siendo el caso cuando cometió el hecho en condiciones tales que hacen inexigible a toda persona, y por tanto, también al autor, la actuación adecuada a derecho; así, v. gr., en un estado de necesidad o coacción no desaparece lo ilícito del hecho, pero sí la posibilidad de responsabilizar a su autor.

2) La culpabilidad, como segunda etapa de la atribuibilidad, es reprochabilidad y representa un juicio de desvalor sobre el autor en la situación concreta, que presupone su capacidad personal para actuar en forma adecuada a la norma, siendo causas de su exclusión la incapacidad de imputabilidad y la falta inevitable de la conciencia de la antijuridicidad.

Siguiendo a Jescheck, que define al delito como "...el *injusto* determinado en sus elementos por el *tipo de la ley penal*, conminado con *pena* y por el que el autor merece un reproche de *culpabilidad*";²² parece reconocer en lo fundamental las tradicionales categorías presentes en un concepto tetratómico.

En efecto, la referencia al *injusto* se corresponde con los elementos *acción*, entendida como el supraconcepto que comprende a la acción en estricto sentido y a la omisión, y *antijuridicidad*, toda vez que aquél consiste en la acción o hecho ya desvalorado; aunado a lo anterior, la determinación de esta categoría a partir del tipo, hace un reconocimiento claro de la importancia que a estos efectos desempeña la *tipicidad*; finalmente, la propia definición alude expresamente a la

²¹ Cfr., *Ibidem.*, p. 232-233.

²² Jescheck, Hans-Heinrich. *Op. Cit.*, nota 8, p. 10.

necesidad de que al autor se le realice un reproche de *culpabilidad*, completando así el conjunto: *acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*. No pasa inadvertida la remisión a la punibilidad contenida en la transcripción, lo que vendría a incorporar un quinto elemento del delito; sin embargo, en mi opinión no puede estimarse tal, sino que representa una consecuencia del mismo, prevista por el legislador.

La construcción que a estos efectos realiza Muñoz Conde, también recoge, en términos generales, los elementos presentes en la definición de Jescheck, al caracterizar al delito como una "*acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible*."²³

Dentro del sistema teleológico funcional, Roxin emplea las categorías básicas del sistema tradicional, pues se revelan como instrumentos de valoración político criminal, siendo en consecuencia irrenunciables para un sistema como el que propone; en este sentido, según Roxin²⁴ los elementos del delito se pueden caracterizar de la siguiente manera:

A) La acción. Afirmar que alguien ha realizado una acción, implica una valoración de su contenido, sin consideración alguna en orden a la causalidad, voluntad o finalidad, que permite imputarle como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer, representando esto una manifestación de su personalidad. El fin político criminal que encierra este elemento consiste en que independientemente de su apariencia externa y consecuencias naturalísticas, al valorar algo como no acción queda excluido todo aquello que no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido.

²³ Muñoz Conde, Francisco. *Op. Cit.*, nota 4, p. 5.

²⁴ *Cfr.*, Roxin, Claus. *Derecho penal, parte general*, Tr. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, España, Editorial Thomson-Civitas, 1997 (2ª reimpresión, 2003), Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, pp. 216-223.

B) El tipo. En el tipo se establece una valoración desde la óptica de la necesidad abstracta de pena, revelándose un fin político criminal en orden a la prevención general, consistente en motivar la omisión de la actividad descrita, o en los delitos de omisión, para que se verifique la conducta ordenada. Esta finalidad, en lo tocante a la hermenéutica, por un lado, conduce a que el tipo se interprete según el fin de la ley, abarcando todas las conductas desaprobadas; y por otra, presupone una precisión de la ley lo más exacta y fiel a su tenor, en atención al principio *nullum crimen sine lege*.

Aunado a lo anterior, el principio de culpabilidad también incide en la tipicidad, pues con base en él se excluye del tipo objetivo las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como resultado de un *versari in re illicita*; de esta manera, dicho principio también es un criterio político criminal rector del tipo.

C) El injusto. "En el aspecto políticocriminal el juicio de injusto se caracteriza por tres funciones: soluciona colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes; sirve de punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas; y entrelaza el Derecho penal con todo el ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas."²⁵

D) La responsabilidad. Una innovación central de este sistema consiste en la ampliación de la *culpabilidad* a la categoría de la *responsabilidad*, en cuanto que a aquélla como condición de la pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal, de manera tal que ambas categorías se limitan recíprocamente, y juntas, dan lugar a la *responsabilidad* personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena.²⁶

²⁵ *Ibidem.*, p. 220.

²⁶ *Cfr.*, *Ibidem.*, p. 204.

E) Otros presupuestos de punibilidad. Desempeñan un papel en algunos pocos preceptos penales, y contienen una decisión sobre la necesidad de punición desde puntos de vista situados fuera de la teoría de los fines de la pena y que por consideraciones ajenas al derecho penal precisamente se cruzan en el camino de dichos objetivos penales.

Corresponde ahora ocuparnos del concepto de Mir Puig, que "...entiende el delito como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable"²⁷

En este concepto es posible destacar como elementos a los siguientes:

A) *Hecho*. Entiendo por este un hecho del hombre, pues sólo los hechos de éste son jurídico penalmente relevantes, prescindiendo pues de aquellos generados por animales o la propia naturaleza.

B) *Antijuridicidad*. Elemento característico prácticamente en toda definición que se analice del delito, que expresa el juicio de contradicción por el cual se desvalora el hecho.

C) *Personalmente imputable*. Elemento subjetivo que hace atribuible el hecho al individuo, y que el autor distingue del de *culpabilidad*.

Siguiendo el pensamiento del mismo autor, es necesario precisar los siguientes aspectos:²⁸

A) La antijuridicidad penal es una especie de antijuridicidad en general que exige por un lado, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, esto es, de los considerados como más importantes, como para preverlo en un tipo penal,

²⁷ Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 7ª edición, Argentina, Editorial B. de F., 2005, p. 147.

²⁸ Cfr., *Ibidem.*, pp. 147-149.

y por el otro, que el bien jurídico en consideración no colisione con otros de manera que se justifique el ataque.

B) La posibilidad de imputación personal supone la infracción personal de una norma primaria; esto significa que la prohibición o mandato (imperativo), dirigida a cada sujeto, solamente puede ser infringida personalmente por él.²⁹ Aunado a lo anterior, en este mismo rubro se precisa de un *sujeto penalmente responsable*, condición que importa la existencia de una capacidad de cumplimiento del imperativo que revista condiciones psíquicas normales con vista a la motivación normativa *versus delicto*.

C) "Al requerir que la antijuridicidad sea penal y que la misma sea imputable a un sujeto penalmente responsable, se hace innecesario añadir a la definición propuesta una nota independiente de punibilidad."³⁰

De esta manera, haciendo abstracción de las particularidades contenidas en la anterior explicación, es posible observar como elementos del delito en la concepción de Mir Puig, en primer termino, al hecho humano, que a su vez debe tener la característica de la antijuridicidad penal, presuponiendo ésta la tipicidad, y en segundo término, la susceptibilidad de imputación personal del hecho, que implica la infracción personal de la norma y la aptitud psíquica de normalidad motivacional.

Ahora bien, el elemento citado en segundo término, se corresponde en términos generales, aunque no específicos, con la tradicionalmente culpabilidad y

²⁹ De ahí que Mir Puig diga que el delito ha de ser un hecho penalmente antijurídico *personalmente prohibido a su autor*. Si las condiciones personales y/o situacionales son normales, el autor hubiera podido evitar infringir la norma primaria; sin embargo, esa evitabilidad no siempre es posible cuando el sujeto no puede advertir la peligrosidad objetiva del hecho o es incapaz de evitarlo *-imposibilidad personal de observar el deber objetivo de cuidado-* y cuando no puede saber su objetiva antijuridicidad *-error de prohibición invencible*. Cfr., *Ibidem.*, p. 148.

³⁰ *Ibidem.*, p. 147.

su presupuesto, la imputabilidad; encontrando así, la agrupación de los elementos anteriores, analogía respecto del moderno concepto cuatripartito del delito, o sea, *acción típica, antijurídica y culpable*, gestado a lo largo de más de cien años y en varias etapas, a partir de las contribuciones de diferentes dogmáticos.³¹

Definiciones de índole doctrinal podemos encontrar en gran número, unas más aceptables y completas que otras, no obstante ello, creemos que existe un casi total acuerdo en estimar al delito integrado por los elementos a que alude Jescheck, a propósito de un concepto cuatripartito.

Por su parte, nuestra legislación penal nos aporta una definición formal, que por sus características, no ha escapado a la crítica de los doctrinarios; así, el artículo 7º de nuestro Código Penal Federal establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", mientras que el Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de no estipular en un concepto propiamente dicho, como una ratificación del principio constitucional de legalidad en materia penal, prevé en sus disposiciones que el delito sólo puede realizarse por acción u omisión (art. 15); considerándose delictivas éstas cuando lesionen o pongan en peligro al bien jurídico tutelado por la ley penal (art. 4) culpablemente (art. 5).

Derivado de las nociones de delito contenidas en el párrafo anterior, advierto que los delitos se pueden realizar mediante actividades, y también, a través de omisiones, distinción importante para los efectos de este estudio, ya que estas últimas, atendiendo a las características que pueden revestir, conducen según sea el caso, al estudio de la omisión impropia, y a la característica necesaria del sujeto activo para esta clase de delitos, esto es, la calidad de garante.

En este contexto, es posible observar que en términos generales la doctrina ha entendido al delito integrado en su núcleo conceptual, al menos por elementos

³¹ *Cfr.*, Jescheck, Hans-Heinrich. *Op. Cit.*, nota 8, p. 180.

tales como *acción o conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y conminación con pena*, a partir de los cuales le ha sido posible evolucionar a la dogmática penal en función de la caracterización y enfoques respecto de cada uno de ellos.

1.2. Formas de comisión.

1.2.1. De acuerdo con la ley.

De conformidad con el primer párrafo del artículo 7 del Código Penal Federal, los delitos se pueden cometer únicamente por acción o por omisión, en forma adicional, el segundo párrafo del propio numeral prevé una regulación especial que, sin hacer referencia expresa a sistematización alguna, involucra a la segunda clase de delitos mencionados, y que la doctrina ha llamado de *omisión impropia*.

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 15, estipula igualmente que los delitos sólo pueden llevarse a cabo por acción u omisión; y haciendo eco de la dogmática de la omisión, en su artículo 16 expresamente establece la regulación de los delitos impropios de omisión también llamados de comisión por omisión.

1.2.2. De acuerdo a la Doctrina.

La doctrina tradicionalmente ha reconocido, al igual que la ley, a la acción y a la omisión como las formas en que pueden cometerse los delitos; a la primera también se le conoce como *comisión*, y en tratándose de la segunda, se ha ocupado de distinguir a la omisión propia o pura y a la omisión impropia.

Por cuanto hace a la última clase de omisión, previo a su regulación en los códigos penales como el español o el mexicano, su aplicación práctica ofrecía inconvenientes con vista al principio de legalidad; sin embargo, toda vez que

actualmente nuestros ordenamientos punitivos Federal y del Distrito Federal prevén ya una regulación al respecto, dichos inconvenientes pueden considerarse desaparecidos, pues se retoma en tales cuerpos normativos los elementos dogmáticos atinentes a las Teorías Formal del Deber Jurídico y Material de las Funciones, respectivamente, siendo esta última en la que al día de hoy se centra la atención de los estudiosos.

1.2.3. Terminología

Aspecto relacionado con el tópico que abordamos, lo constituye la problemática de la *acción*, particularmente en lo tocante a los elementos que comprende, lo cual ha motivado la interrogante relativa a la unificación de las teorías de la acción y de la omisión.

Al respecto, hay quienes desestiman la necesidad del establecimiento de una *teoría general de la acción*, aduciendo que en algunas legislaciones como en la alemana se emplea el término *acción* incluyendo también a la *omisión*, siendo esto sólo una forma imprecisa de lenguaje sin mayor trascendencia científica.³²

No obstante, creo que es de la mayor importancia la formulación de una teoría general al respecto, a fin de caracterizar el comportamiento jurídico-penalmente relevante, *so pena*, en caso contrario, de degenerar el tratamiento de este elemento conceptual hasta convertirlo en uno de mera utilidad didáctica, descriptiva del peldaño inicial del delito.³³

³² Cfr., Muñoz Conde, Francisco. *Op. Cit.*, nota 4, p. 11. Igualmente son empleados términos como *hecho*, *acto*, *comportamiento*, *etc.*, que incluyen a la acción en sentido estricto y a la omisión, sin que estos sean equiparables conceptualmente, pues si bien se encuentran asociados por un concepto superior, definitivamente revisten una significación distinta.

³³ Cfr., Jakobs, Günther. *El concepto jurídico penal de acción*, Tr. Manuel Cancio Meliá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996 (primera reimpresión 1998), Cuadernos de Conferencias y Artículos número 11, p. 9.

Pues bien, aunque no es el propósito de esta investigación incursionar en un esfuerzo de tal entidad, sólo se destaca aquí su importancia, sin perjuicio de anotar posteriormente los comentarios que a propósito de las formas de comisión se relacionan con el mismo.

Nuestros códigos penales emplean en ocasiones la palabra *hecho*, en otras, *conducta*, en unas más hacen referencia a *acción u omisión*, pero debido al contexto en que se ubican, es posible concluir que estas últimas fueron consideradas por el legislador como características designativas o notas distintivas que en todo caso denotan a las palabras mencionadas en forma precedente.

En la inteligencia estas consideraciones, y puesto que en el texto de la parte especial de nuestros códigos se castigan no sólo los delitos de acción (comisión), sino también las omisiones, es obvio que nuestra legislación y en su terminología, la acción *lato sensu* o los diversos conceptos mencionados son considerados por el legislador como una entidad superior que abarca a las formas *acción y omisión*.

Al respecto, Jiménez de Asúa, decantándose por el uso de *acto*, lo define como "...la manifestación de voluntad que mediante *acción* produce un cambio en el mundo exterior, o que por *no hacer* lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda."³⁴

La anterior definición estructura un concepto superior de *acto*, que bien pudiese haber sido cualquiera de los indicados supralineas, al que se le adscriben como elementos a través de los cuales puede manifestarse, a la acción en sentido estricto y a la omisión.³⁵

³⁴ Jiménez de Asúa, Luis. *Op. Cit.*, nota 7, p. 331

³⁵ *Cfr.*, Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al. Derecho penal, parte general*, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 401. Mir Puig emplea el término *comportamiento humano* para abarcar a la acción en el sentido naturalístico positivo del concepto y a la omisión, en el entendido de que aquel concepto no se constriñe, con vista al Derecho Penal, a un movimiento físico, sino que abarca una significación social, precisando respecto de la omisión, y bajo el contexto de la necesidad de un comportamiento externo en todo

En estas condiciones, se puede entender que la *acción o conducta humana* se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones, siendo ambas formas de comportamiento relevantes para el derecho penal.

No obsta para este concepto genérico del que ahora me ocupó, las críticas separatistas que atienden a una naturaleza distinta de las formas de comisión, puesto que en todo caso, es preciso tener presente el carácter prescriptivo de la legislación penal, donde se ha visto claramente la estipulación que coloca *acción y omisión* bajo tal concepto, mismo que puede asumir los términos de que antes me ocupé, amén de que esta situación representa una forma de clasificar necesaria para la sistematización de la ley penal, y como consecuencia, de la dogmática que al respecto se construye.

El anterior aserto no desconoce las implicaciones particulares en cuanto a la naturaleza de las formas de comisión; sin embargo, tampoco hay que perder de vista que cuando hablamos de acciones y omisiones, tratamos de aquellas que son relevantes para el derecho penal, por lo que si bien es cierto que en las omisiones no hay un elemento pretípico conductual que las defina, también lo es que para su existencia jurídico penal se establecen diversas posibilidades de actuación material positiva dentro de las que, aun en forma artificial, entra en consideración la pasividad; así, la actualización de alguna de dichas posibilidades es suficiente para que surja a la vida jurídica aquello que la ley considera omisión, siendo similar la situación de las acciones, en donde su única posibilidad de adquirir significación

delito, que para evitar la consideración de la inexistencia de comportamiento humano como requisito previo del tipo penal, es preciso indicar que esta clase de tipos requieren también un actuar positivo, pero distinto del ordenado, en el que también entra en consideración el permanecer quieto ante una situación demandante de una actividad específica, evitándose con ello el absurdo de admitir la existencia de delitos que no requieren ningún comportamiento, de manera que esto se traduzca en un concepto meramente negativo, de *no hacer*, que como tal no representada *nada ni puede existir*. No pasa inadvertido el carácter un tanto vacilante de este autor al indicar, no obstante, que con esta argumentación no se pretende establecer un *supraconcepto* que abarque como especies a la *acción* y a la *omisión*, en atención a los distintos planos en que estos se mueven, y particularmente porque la omisión no es una clase de comportamiento prejurídico, sino de tipo legal. Sobre estas consideraciones abundaré más adelante. Cfr., Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 27, pp. 189-192.

para el derecho penal radica en adecuarse en forma unívoca, esto es, uno a uno, con los elementos que describe el tipo penal.

1.2.4. Acción.

La palabra *acción* proviene del latín *actio-onis*, referida al acto, hecho, a la realización de una cosa, operación humana o actividad.³⁶

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, además de corroborar la raíz latina del vocablo *acción*, nos dice que ésta constituye "Ejercicio de la posibilidad de hacer; resultado de hacer."³⁷

Como podrá notarse, la palabra *acción* implica, para nuestros efectos, el hacer o la realización de una actividad humana, de carácter positivo, es decir, activo y perceptible por medio de los sentidos, sencillamente como el caminar o correr, entre otras muchas en que es dable concebir ese hacer o realizar positivo.

Ahora bien, según se adelantó, las acciones que aquí interesan son aquellas que tienen relevancia penal; en este sentido, de acuerdo con la sistemática de la Escuela Clásica, y empleando la expresión *acto de comisión* como sinónimo del que ahora me ocupo, Von Liszt indica que éste "...consiste en causar (mejor dicho, provocar) un resultado."³⁸

Ahora bien, para la causación de dicho resultado el propio Liszt determina como requisitos, los siguientes:³⁹

³⁶ *Diccionario de latín (latín-español)*, España, Editorial SOPENA, 1985, A/J, p. 66

³⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Vigésima Segunda Edición, España, Editorial Espasa, 2001, tomo 1, a-apelación, p. 14

³⁸ Von Liszt, Franz. *Op. Cit.*, nota 5, p. 292.

³⁹ *Cfr., Idem.*

A) Una manifestación de voluntad a través de un movimiento corporal voluntario.⁴⁰

Ahora bien, de acuerdo con el *concepto general de acto* postulado por el propio autor, la manifestación de voluntad consiste en una conducta libre de violencia física o psicológica motivada por las representaciones de los cambios en el mundo externo.⁴¹

B) La relación de causalidad entre el movimiento corporal y el resultado,⁴² esto es, entre ambos elementos debe existir una relación de causa a efecto, de manera tal que el segundo no hubiera tenido lugar sin el primero, no pudiendo suprimir el movimiento corporal sin que deba dejar de producirse el resultado ocurrido.

En este contexto, puede observarse el carácter mecánico-causal que en sede de esta escuela se adscribe al movimiento corporal en que se manifiesta la voluntad en la acción *stricto sensu* (comisión), orientación sistemática que tuvo dificultades para explicar la relación con el resultado en los delitos de omisión como se verá en su oportunidad.

⁴⁰ De acuerdo con Fletcher, una primera nota distintiva de esta forma de comisión del delito es un movimiento corporal dirigido como un acto volitivo, implicando ello una contracción muscular voluntaria. *Cfr.*, Fletcher, George P. *Conceptos básicos de derecho penal*, Tr., Francisco Muñoz Conde, España, Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 78. Al ocuparse someramente de *la exigencia de una acción humana*, es decir, de un *concepto jurídico penal de acción*, este autor reconoce que definir la acción como “*movimiento corporal voluntario*” plantea un inconveniente para aquellos casos en que hay ausencia de ese movimiento; en efecto, el problema que implícitamente se indica es el caracterizar a la omisión a partir de los elementos conceptuales que constituyen las características designativas de la acción *stricto sensu*, dificultad de la cual puede dar fiel testimonio la Escuela Clásica, que a este respecto se enfrentó a la cuestión insalvable de la causalidad en la omisión.

⁴¹ *Cfr.*, Von Liszt, Franz. *Op. Cit.*, nota 5, p. 285

⁴² Postura análoga a esta idea, lo es la primera parte de la definición de *acto* del maestro Jiménez de Asúa (*Vid supra*, cita correspondiente a la nota 34), que refiere una acción *stricto sensu* representativa de una manifestación de voluntad que en forma activa o positiva incide en el mundo exterior. *Cfr.*, Jimenez de Asúa, Luis. *Principios de derecho penal, la ley y el delito*, 3ª edición, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1958 (reimpresión 1997), p. 213.

Mezger emplea *hecho de comisión* para referirse al concepto de que ahora me ocupo, refiriéndose a ella como una "...actividad positiva... cuando el autor hace algo que no debe hacer, esto es, infringe una norma prohibitiva...";⁴³ elementos que aportan un esquema general de esta forma de comisión del delito.

Sin embargo, para tener una visión más completa con relación al hecho de comisión en la sistemática de Mezger, es preciso acudir a los elementos conducentes de su concepto general de acción que, en particular, abarca los dos aspectos siguientes:⁴⁴

1) El contenido de *voluntad* de la acción; pues toda acción es una conducta orientada por la voluntad, dirigida a un fin; de tal manera que, toda acción, atendiendo a su naturaleza ontológica, tiene un carácter final; por lo que en el hacer activo, este acto de voluntad constituye siempre un *querer algo*, o sea, incluso en el hacer culposo, un suceso psicológico real referido a un fin.

2) El movimiento corporal externo, derivado del acto de voluntad, con su resultado ulterior, representado por los efectos ocasionados por la conducta corporal.

Atentos a lo anterior, existe una diferencia importante entre la sistemática propuesta por este autor y la diversa de Liszt, pues si bien es cierto que aquí también juega un papel importante el movimiento corporal externo y el resultado por éste producido, también lo es que en dicho movimiento la voluntad final referida constituye su ingrediente principal, elemento que no se observa en la construcción de Liszt, sino hasta el estudio de la *culpabilidad*.

⁴³ Mezger, Edmundo. *Op. Cit.*, nota 11, p. 105.

⁴⁴ *Cfr.*, *Ibidem.*, pp. 88 y 104.

En esta misma línea, Welzel describe a la acción mostrando sus posibilidades de acontecer; así, expone que de las diversas acciones potenciales, el legislador “escoge y prohíbe, en primer lugar, aquellas en las cuales la voluntad de realización (“dolo”) está dirigida a la producción de una situación o un proceso (“resultado”) socialmente no deseado, indiferentemente que ese resultado sea el fin, el medio o un efecto concomitante de la acción. Estos ‘modelos de acción’, valorados jurídicamente en forma negativa, constituyen el cuerpo principal de los tipos penales: los delitos dolosos de comisión.”⁴⁵

Por otra parte, el propio autor indica que también el legislador “...espera que el actor emplee en la elección y en la aplicación de sus medios de acción un mínimo de dirección final, esto es, ‘el cuidado requerido en el ámbito de relación’, para evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados. Por ello, prohíbe la ejecución de acciones cuya realización prescindiera del cuidado requerido en el ámbito de relación... y las conmina con una pena por regla general, es cierto, sólo cuando el resultado no deseado se ha producido. Estos son los delitos culposos de comisión.”⁴⁶

Como puede advertirse, en la exposición de Welzel se ratifica la consideración de la conducta humana, en este caso a través de la actividad, como sometida a la capacidad de dirección final de voluntad,⁴⁷ sin desconocer la presencia en esta clase de delitos de procesos causales, pero vinculados con aquella voluntad, esto es, no considerados desde una óptica exclusivamente

⁴⁵ Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 16, p. 44.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Acorde con estas ideas, Márquez Piñero indica que la acción en estricto sentido consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a obtener un fin determinado; de tal manera que la acción (como hacer activo) en sentido penal exige: a) un acto de voluntad; y b) una actividad corporal dirigida a la producción de un hecho que origine una modificación en el mundo exterior o el peligro de que ésta se produzca; como ejemplo de lo anterior puede considerarse lo siguiente: Si A dispara contra B y lo priva de la vida habrá una modificación exterior (muerte de B), pero si falla el tiro y no le causa la muerte, sólo existirá peligro de dicha modificación. *Cfr.*, Márquez Piñero, Rafael. *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, México, Editorial Trillas, 1997, p. 165.

naturalística o causalmente ciega como se atribuye tradicionalmente a la Escuela Clásica.

Acorde con esta sistemática, Maurach precisa que "...sólo existe una acción comisiva cuando el autor ha provocado activamente un perjuicio a un bien jurídico, mediante una actividad corporal perceptible por el mundo exterior..."⁴⁸ Ahora bien, para contextualizar esta definición debe tomarse en consideración que este autor define a la acción en sentido jurídico penal como "...una conducta humana socialmente relevante, dominada o dominable por una voluntad final y dirigida hacia un resultado",⁴⁹ de lo que se desprende que el perjuicio al bien jurídico que refiere Maurach no obedece a un proceso causal ciego, sino final, en términos análogos a los establecidos por Welzel.

Congruente con el pensamiento de los autores últimamente citados, Jescheck entiende que la característica básica esencial del comportamiento activo es la *finalidad*, "...pues es la capacidad para dirigir cursos causales la que caracteriza a la posición del ser humano en la naturaleza."⁵⁰ Esta definición es necesario enmarcarla dentro del concepto social de acción del propio autor, que al partir de un punto de vista valorativo, permite reunir en el ámbito normativo al hacer positivo y a la omisión, particularmente a través de la búsqueda de la "...relación del comportamiento humano con su entorno. Éste es el sentido del concepto de acción social. De acuerdo con ello la acción es un comportamiento humano con trascendencia social"⁵¹

⁴⁸ Maurach, Reinhart *et al.* *Derecho penal, parte general*, 7ª edición alemana, Tr. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Argentina, Editorial Astrea, 1995, tomo 2, p. 222

⁴⁹ Maurach, Reinhart, *et al.* *Op. Cit.*, nota 19, p. 269.

⁵⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, *et al.* *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición corregida y ampliada, Tr. Miguel Olmedo Cardente, España, Editorial Comares, 2002, p. 238.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 239; reiterando lo dicho, el propio Jescheck precisa que si bien es cierto que el comportamiento puede consistir en el ejercicio de la actividad final, también lo es que "puede limitarse a la causación de consecuencias inintencionadas en la medida en que el acontecimiento puede ser dirigido con la intervención de la finalidad (imprudencia)" *Idem.*

Dentro del sistema teleológico funcional de Roxin⁵², se asume una concepción personal de acción, al estimarse que la conducta del autor es una manifestación de su personalidad que puede consistir en un suceso que parte él o un no hacer.

Así, de acuerdo con este sistema, la acción en estricto sentido se entiende como la manifestación de voluntad que consiste en un suceso que parte del autor, pudiendo tener o no consecuencias separadas espacial o temporalmente; distinción que permite advertir, en la primera hipótesis, la presencia de delitos de resultado, en donde se produce una consecuencia de lesión o puesta en peligro;⁵³ y en la segunda, los delitos de mera actividad, donde "...la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella..."⁵⁴

Por otro lado, en nuestro medio, la *acción* también ha sido definida como "la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello que da lugar a un tipo de prohibición".⁵⁵

Dentro del concepto negativo de acción que sigue Jakobs, la acción en estricto sentido es entendida como "...la realización evitable del resultado,

⁵² Cfr., Roxin, Claus. *Op. Cit.*, nota 24, p. 218 y 252.

⁵³ Cfr., *Ibidem.*, p. 328.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Porte Petit Candaudap, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 17ª edición, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 235. El maestro Porte Petit manifiesta que es casi unánime en la doctrina considerar que la acción está integrada por los siguientes elementos: 1.- Manifestación de voluntad; 2.- Resultado y, 3.- Relación de causalidad, citando, para fundar su dicho a Ferrer Sama, Jiménez de Asúa, Antón Oneca, Puig Peña y V. Liszt. Variando este criterio también cita a Graf Zu Dohna, quien distingue los siguientes elementos en la *acción*: 1.-Decisión de voluntad, 2.- Manifestación de voluntad y 3.- Resultado; observándose que incluye como elemento a la *decisión de voluntad*, que aparece ante nosotros como un elemento previo a aquellos tres considerados en un primer momento, además de que no se hace mención de la *relación de causalidad*. Finalmente, el maestro Porte Petit propone los siguientes elementos de la acción: 1.- La voluntad o el querer; 2.- La actividad y, 3.- Deber jurídico de abstenerse. Ante este panorama estimo que como elementos de la acción se pueden incluir los señalados por el maestro Porte Petit, pero agregando como elementos contingentes al *resultado y al nexo causal o relación de causalidad*; esto, por la existencia de aquellos tipos denominados de mera actividad, en los cuales no se exige un resultado material y, por ende, tampoco una relación de causalidad, lo que justifica el que los haya designado como *elementos contingentes*.

constituyendo resultado ya la ejecución de un movimiento corporal (delitos de mera actividad), o bien una consecuencia situada más allá de este movimiento corporal (delitos de resultado). La evitabilidad, es decir, el dolo o la imprudencia, vincula al resultado con la motivación: Importan aquellos resultados que son conocidos (dolosos) o al menos cognoscibles (imprudentes), y conocidos o cognoscibles como consecuencia de un proceso motivacional. Procesos motivacionales son las direcciones de impulsos voluntariamente conformadas o (en los automatismos) voluntarias y conformables sin ulterior actividad corporal.”⁵⁶

De esta manera, atendiendo a lo expuesto, los delitos de acción se cometen mediante un comportamiento positivo, reconociendo su resultado como causa determinante un hecho positivo del sujeto, traduciéndose esto en una infracción de una norma que prohíbe aquél.

Así, en los delitos de acción se realiza la conducta descrita en la norma (tipo penal), dando lugar, en consecuencia, a la infracción de una prohibición de una intervención activa indeseable por su nocividad, si no concurre ninguna causa de justificación.⁵⁷ Al respecto, se pueden encontrar autores que con relación al deber que implica dicha prohibición lo estiman convertible al que se deriva del tipo de omisión, esto significa que la óptica se posiciona desde una sede imperativa.⁵⁸

En esta línea de pensamiento, en donde se es proclive a un intercambio entre prohibición y mandato, y por ello, entre deberes negativos y positivos,

⁵⁶ Jakobs, Gunther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Editorial Marcial Pons, 1997, p. 940.

⁵⁷ Cfr., Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 27, pp. 308-309.

⁵⁸ Cfr., Islas de González Mariscal, Olga. *Op. Cit.*, nota 13, p. 31. Al respecto, la Dra. Islas afirma que toda prohibición es, al mismo tiempo, un mandato. Si se prohíbe una acción, a la vez se está ordenando una omisión; y si se prohíbe una omisión, ello significa que se ordena una acción.

Jakobs⁵⁹ describe el deber de toda persona que, en todo orden social, consiste en no dañar a los demás, prohibición que denomina *relación negativa*.

A este respecto, este autor precisa que a una persona no sólo se le causa daño cuando se le ataca en forma activa, sino también cuando no se impide que la propia actuación o ámbito de organización, al cobrar autonomía, devenga en una potencialidad de daño al otro; implicando por ello el deber negativo, cuidar que tales elementos no arriben a un estado representativo de daño a otras personas.

En estas condiciones, Jakobs concluye que la *relación negativa* no se compone únicamente de las prohibiciones de iniciar lesiones, sino también de mandatos de abstenerse de gestar lesiones, cuando no de revocarlas.⁶⁰

Vista la posición del maestro alemán, es posible distinguir 2 niveles de deberes, constituido el primero por la *prohibición* y el *mandato*, los cuales representan un metalenguaje de primer nivel, que tiene por objeto a la *acción* y a la *omisión*, mientras que el segundo se ubica por encima de éste, el cual constituye su objeto, pudiéndosele considerar así, como un metalenguaje de segundo nivel.

Resulta interesante la construcción de Jakobs, puesto que permite distinguir en la cúspide un deber que responde a una prohibición general, misma que puede ser infringida a su vez por la infracción de las prohibiciones y mandatos que se encuentran en el nivel inmediato inferior; así, el cumplimiento de un mandato del primer nivel, implica el acatamiento de la prohibición general ubicada en el

⁵⁹ Cfr., Jakobs, Gunter. *Acción y omisión en derecho penal*, Tr. Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, Cuadernos de Conferencias y Artículos número 23, pp. 8-13.

⁶⁰ Jakobs, a modo de ejemplo, indica que se lesiona igualmente un deber negativo, esto es, un deber de no dañar tanto si se azuza al propio perro contra alguien como si, por otra parte, no se le silba al animal agresivo para que regrese cuando éste ha pasado al ataque por su propia iniciativa. Cfr., *Ibidem.*, p. 10.

segundo nivel; en sentido contrario, ésta puede llegar a ser transgredida por la no realización de una actividad ordenada, esto es, por la violación de un mandato.

En este sentido, la configuración de niveles de deberes de Jakobs muestra su habilidad para la abstracción, lo que en principio no es malo, ya que muestra la complejidad de análisis distintiva de los dogmáticos alemanes, con el propósito de catapultarse a superiores estadios del conocimiento; no obstante, si bien es cierto que en un primer momento el análisis es útil, también lo es que las implicaciones entre prohibiciones y mandatos no deben considerarse a partir de posturas generalizadoras, sino que es necesario acudir a la hipótesis específica a fin de corroborar la posibilidad real de reducir los imperativos a las prohibiciones y viceversa, puesto que no me parece que simple y llanamente pueda afirmarse que un deber negativo implique también otro de carácter positivo.

En efecto, Zaffaroni⁶¹ considera que si bien la norma deducida del tipo activo esta enunciada prohibitivamente, en tanto que la resultante del tipo omisivo lo esta imperativamente, tal situación no autoriza a deslizarse en forma indistinta entre los deberes implicados, pues la transformación de una norma prohibitiva a otra imperativa es susceptible de adquirir dimensiones que exceden su alcance inicial; por ejemplo, el deber negativo (prohibición) de privar de la vida a una persona no es idéntico a cuidar de su vida, siendo en último caso posible, sin extender el contenido de lo prohibido, reducir los enunciados imperativos a prohibitivos, de forma que si se ordena una conducta, se prohíben las que son diferentes,⁶² pero el procedimiento inverso no parece ser susceptible de aplicarse con la misma facilidad.

⁶¹ Cfr., Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 35, p. 571.

⁶² Limitar la reducción recíproca de los deberes negativo y positivo proviene de una ineludible limitación del lenguaje que no puede ser desconocida cuando las características de la parte especial de los códigos penales suponen el privilegio de enunciados prohibitivos de las normas deducidas de los tipos, y sólo por excepción se admite el imperativo; esta excepcionalidad, fundada en las limitaciones del lenguaje, es la que impide la asimilación de las estructuras omisivas a las activas, o en el otro extremo, la reducción de las activas a las omisivas, que puede llevar en forma peligrosa a prescindir de la distinción entre acción y comisión por infracción de deberes de aseguramiento o salvamento como lo propone Jakobs. *Cfr., Idem.*

Finalmente, siendo los delitos de acción los que se consuman *haciendo algo*, merced a un acto positivo, según se expuso, es oportuno comentar, de acuerdo con Jakobs, que en éstos constituye resultado ya la ejecución de un movimiento corporal⁶³ en donde el tipo penal se agota, siendo esta clase de delitos a los que se conoce como de “mera actividad.”

Un tanto diferente, aunque no del todo incompatible, lo es a este respecto la postura de Roxin, que entiende a los delitos de mera actividad como “...aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella.”⁶⁴

En este contexto, Jescheck zanja la aparente diferencia anterior, cuando indica que en la dogmática se ha distinguido entre resultado en sentido amplio y estricto;⁶⁵ así, “la acción misma puede ser considerada como una clase de ‘resultado’ al ser el efecto de un impulso de la voluntad del autor”;⁶⁶ pero “sólo el resultado en sentido estricto tiene un significado dogmático pues únicamente en relación con él se plantea el problema de la relación de causalidad”;⁶⁷ así, bajo esta idea, en el delito de mera actividad “...el tipo se agota en la acción del autor sin que el resultado (en el sentido de un efecto externo diferenciable espacio-temporalmente) deba sobrevenir”;⁶⁸ mientras que en un sentido amplio la acción en sí misma debe ser considerada ya como resultado, según se adelantó.

⁶³ Cfr., Jakobs, Gunther. *Op. Cit.*, nota 56, p. 940. En el mismo sentido Vid. Maurach, Reinhart *et al.* *Op. Cit.*, nota 19, p. 357.

⁶⁴ Roxin, Claus. *Op. Cit.*, nota 24, p. 328.

⁶⁵ Esta distinción también es reconocida por Maurach, aunque prefiere partir en todo caso de un sentido amplio. Cfr. Maurach, Reinhart, *et al.* *Op. Cit.*, nota 19, p. 357.

⁶⁶ Jescheck, Hans-Heinrich, *et al.* *Op. Cit.*, nota 50, p. 278

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Ibidem.*, p. 280. En este mismo sentido, Mezger considera que en el delito de mera actividad “...la sola conducta corporal del autor realiza el tipo jurídico-penal, no siendo necesario un resultado externo”. Mezger, Edmund. *Op. Cit.*, nota 11, p. 105. Así, este autor no reconoce en la actividad un resultado en sí mismo, sino que el resultado en sentido estricto es el “externo”, posterior a la conducta corporal del autor. *Ibidem.*, p. 104.

Atendiendo a la distinción entre resultado en sentido amplio y estricto, la expresión *producción de un resultado separable de la acción* empleada por Roxin, la encuentro vinculable al sentido estricto del resultado, y da margen a pensar en forma paralela en un *resultado no separable de la acción*, que se correspondería con el sentido amplio, pues en todo caso aquélla se presenta externamente.

Desde una óptica del resultado en sentido amplio, Zaffaroni puntualiza que “No puede concebirse una conducta penalmente relevante sin exteriorización en el mundo físico, porque no podría configurar un conflicto algo que no tiene expresión sensible. De allí que esta exteriorización constituya el aspecto central y básico del tipo objetivo. La exteriorización de la voluntad importa siempre una mutación física. Esa mutación física también se llama resultado...”⁶⁹

Para robustecer lo anterior, el propio autor explica que: “El tipo es una formula legal con la cual el poder punitivo criminaliza acciones conflictivas... Para ello, en algunos casos pone el acento en el resultado, para abarcar todas las acciones que lo causen; en otros se esfuerza por circunscribir las acciones, abarcando cualquier resultado que causen. Se ha llamado a los primeros tipos de resultado y a los segundos tipos de actividad... El legislador privilegia para la individualización del pragma el eje del resultado o el de la acción, pero así como en el primer caso no se concibe que prohíba resultados sin acciones, en el segundo tampoco es admisible que prohíba acciones sin resultado; primero, porque ninguno de ambos existe en el mundo, y segundo, porque su función política y jurídica es la individualización de un pragma que se integra con ambos.”⁷⁰

Por otra parte, Jakobs también distingue los delitos de resultado, en los cuales éste consiste en “... una consecuencia situada más allá de este movimiento

⁶⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 35, p. 457.

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 458.

corporal";⁷¹ definición que en mi concepto, es plenamente compatible con la de Roxin, que entiende que en esta clase de delitos "...el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción de autor."⁷²

Efectivamente, ambos autores establecen como requisito de los delitos de resultado, la separación entre el movimiento corporal y su consecuencia, que puede implicar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.⁷³

⁷¹ Jakobs, Gunther. *Op. Cit.*, nota 56, p. 940; *Vid* en este sentido Mezger, Edmund. *Op. Cit.*, nota 11, p. 105; Maurach, Reinhart, *et al. Op. Cit.*, nota 19, pp. 357-358; Jescheck, Hans-Heinrich, *et al. Op. Cit.*, nota 50, p. 278

⁷² Roxin, Claus. *Op. Cit.*, nota 24, p. 328.

⁷³ Caracterización que se corresponde en forma directa con el sentido estricto de resultado.

CAPÍTULO II

LA OMISIÓN

SUMARIO: 1. La Omisión. 1.1. Conceptos Doctrinales. 1.2. Clases. 1.2.1. Propia. 1.2.2. Impropia (Comisión por omisión).

1. La Omisión.

1.1. Conceptos Doctrinales.

Para comprender en forma integral la naturaleza y características de la omisión, es necesario abordar previamente su género primario, representado por el concepto de comportamiento al cual pertenece y con el cual, por ende, comparte sus notas esenciales.

Al respecto, Gimbernat¹ expone que el hombre es un ser que se relaciona con el mundo exterior mediante el comportamiento (conducta o acción en sentido amplio); esa relación sólo puede consistir en alguna de dos actitudes: hacer, incidiendo en el mundo exterior o no hacer, dejando que las cosas sigan su curso o que permanezcan como estaban.

Ahora bien, para que exista esa relación del hombre frente al mundo exterior, es necesario, en primer lugar, que esté conciente, y en segundo, que sea físicamente posible una actitud (hacer o no hacer), distinta de la que en concreto se adoptó.

Cuando falta alguno de estos dos elementos, o sea, *conciencia o posibilidad física*, ya no puede hablarse de que el sujeto esta desplegando un

¹ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento, Estudios sobre los delitos de omisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 19-21.

comportamiento, en razón de que no existe una relación del *Yo* con el mundo exterior cuando aquél se encuentra desconectado o cuando, sin encontrarse desconectado, no tiene capacidad de motilidad.

En adición a lo anterior, el propio autor,² destaca la necesidad, para calificar de comportamientos a determinadas actividades, que la *psique* tiene una capacidad de atención más reducida que los movimientos que simultáneamente puede llevar a cabo. En este sentido, muchas actividades como andar, conducir un vehículo se realizan en forma automática, sin que les acompañe una voluntad actual de ejecutarlas; cuando se camina no puede decirse que se tiene una voluntad actual de dar cada uno de los pasos, no obstante lo cual debe afirmarse que su caminar o andar también es un comportamiento, pues a pesar de que el movimiento está siendo dirigido "inconcientemente", en cualquier momento el sujeto tiene la posibilidad de intervenir con la conciencia; esto significa que estamos ante un comportamiento, pues no existe la desconexión del "Yo" que se da en la situaciones de inconciencia y no se trata de un movimiento condicionado físicamente, antes bien, el sujeto tiene la capacidad de advertir en su "Yo" la actividad automática y realizar otra conducta.³

En atención a los elementos anteriores, "El concepto de comportamiento podría definirse ya como la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien)."⁴

² Cfr., *Ibidem*, pp. 21-25.

³ De esta forma podemos saber que los movimientos reflejos no constituyen conductas porque frente a un determinado estímulo aparece necesariamente condicionado, o sea, no es posible físicamente actuar de otra manera.

⁴ Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 1, p. 24.

Puntualiza Gimbernat⁵ que no siempre la incapacidad del "Yo" de traducirse en movimientos corporales es la que convierte en imposible la ejecución de una determinada acción.

En efecto, la incapacidad del "Yo" en la pasividad no sólo la determina la *vis absoluta*, sino también la carencia de conocimientos para ejecutar una determinada acción, v. gr., no puede hablarse de un comportamiento pasivo despreciativo si la persona a la que se dirige la correspondencia no sabe escribir; o porque esa acción no se puede llevar a cabo al no permitirlo los datos objetivos de la situación, v. gr., no se puede tomar un analgésico si tal medicina no está disponible en ninguna de las boticas del pueblo.

Por tanto, a pesar de que el "Yo" conciente tenga intacta su capacidad de motilidad no existe, sin embargo, un comportamiento pasivo porque la ausencia de conocimientos o la situación objetiva condiciona físicamente de manera necesaria la pasividad concreta.⁶

Conteste con la concepción de comportamiento de Gimbernat, Jiménez de Asúa,⁷ acudiendo al pensamiento de Felipe Grisigni, establece que la conducta en estricto sentido puede presentarse de dos formas, a saber: positiva o negativa, esto es, puede revestir una actividad (acción), o una inactividad (inacción o inercia).

⁵ Cfr., *Ibidem*, pp. 25-26.

⁶ La doctrina dominante en la ciencia penal exige también, con sus variantes, como requisito conceptual de la omisión, que al sujeto le hubiera sido posible realizar la acción mandada; de esta manera no puede decirse de quien está en la ciudad de Guadalajara que omite salvar a un bañista que en esos momentos se encuentra en apuros en las costas de Cancún, ni el que estando ahí no sabe nadar, supuestos en los que se cumple, respectivamente, con los requisitos de *situación objetiva* (ubicación en un lugar lejano), y *falta de conocimientos* (no saber nadar). Gimbernat, con relación a la posibilidad de la acción como elemento conceptual de la omisión, pone de relieve: Primero.- La posibilidad de acción no es una característica específica de la omisión. Segundo.- El que un movimiento o un no movimiento no estén condicionados físicamente de manera necesaria es una característica genérica del comportamiento (aquí va incluido tanto el actuar como el omitir), y por tanto, tiene que serlo de sus especies, una de ellas, la omisión, que es una manifestación desvalorada del comportamiento pasivo. Cfr., *Ibidem*, p. 29.

⁷ Cfr., Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, 5ª edición, Argentina, Editorial Losada, S.A., 1992, tomo III "El Delito", pp. 386-387.

La conducta entendida como concepto natural, debe mantenerse en un lugar aparte de la distinción que tradicionalmente se hace entre delitos de acción y delitos de omisión, pues ambas distinciones no solo no coinciden en la realidad, sino que se refieren a cosas distintas, toda vez que puede suceder que desde un punto de vista natural, una conducta consistente en una acción, es decir, actividad, pueda representar, desde una óptica normativa, una omisión.⁸

Mientras el concepto de conducta y la distinción que trae aparejada entre movimiento corporal e inercia se corresponde con la realidad natural; por el contrario, la distinción entre acción y omisión es la resultante de un juicio de relación que examina la conducta a la luz de la norma para determinar su conformidad o no con ella.

De esta manera, tenemos que las normas distinguen entre prohibiciones de la acción y mandatos de la acción y la diferencia entre acciones y omisiones se refiere sólo a aquella parte de la conducta (considerada en su aspecto natural) que puede parecer contraria a las normas.

Quienes sustentan un concepto naturalista de acción y omisión, tienden a identificarlos respectivamente, con los de actividad e inactividad; por el contrario, los que adoptan un concepto normativo de aquéllas, distinguen ambas, contempladas como modalidades y formas de conducta descritas y valoradas en

⁸ Esta afirmación es correcta, y en complemento a ella Gimbernat advierte que la contraposición entre comportamiento activo y pasivo no reside necesariamente en que aquél consista en una actividad, y éste, en una inmovilidad. En efecto, si bien es cierto que alguna vez el comportamiento pasivo puede coincidir con una absoluta inactividad del sujeto, en la casi totalidad de las ocasiones éste estará realizando alguna clase de hacer positivo. Por ello, la inactividad corporal, al no concurrir en todos (ni siquiera en la mayoría de) los supuestos de comportamiento pasivo no puede ser tampoco una de sus características conceptuales. *Cfr.*, Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 1, p. 31. Lo anterior se entiende con amplitud si se considera que la omisión es una especie del comportamiento pasivo, y por ello, la inmovilidad o inactividad corporal no puede en todo caso definirla, puesto que para apreciar su existencia basta llevar a cabo una actividad o movimiento corporal distinto al ordenado por la norma.

los tipos legales delictivos, de la actividad o inercia corporal que las integran, vistas y comprobadas en el plano de los fenómenos físicos y psíquicos.

Jiménez de Asúa⁹ reconoce que al insertar al acto en el Derecho se le hace ya una valoración de primer grado, situación que se reproduce igualmente en tratándose de la omisión; por lo que, si no la contemplamos normativamente no podremos hallar el fundamento de su punición.

Con motivo de las omisiones se ha acentuado la polémica entre los partidarios de la concepción naturalista del acto y los de la concepción normativa; así, por lo que se refiere a esta última, se ha considerado que la omisión representa un incumplimiento del deber; se ha negado su realidad natural y afirmado su realidad normativa; en este sentido, ha llegado a considerarse que la omisión sólo tiene significado en contacto con una exigencia metafísica o espiritual (normativa), ya que en la realidad naturalista no es posible calificar un comportamiento dado como omisivo con auxilio de los meros criterios naturalistas.

Es dable reconocer como sustrato de acciones y omisiones la conducta natural, o sea, un *facere* o un *non facere*; sin embargo, la acción no menos que la omisión, aunque se parta de una concepción naturalista de la conducta, son términos normativos que sólo corresponden a aquella concepción en el modo o la forma en que la conducta puede ser contraria a la norma.

En estas condiciones, cuando una conducta no realiza la acción querida por la norma, se dice que es omisiva; de lo cual se desprende que la omisión punible puede consistir tanto en una actividad como una inactividad; de ahí que Grispiñi defina a la omisión como "conducta voluntaria, positiva o negativa, de un sujeto, la

⁹ Cfr., Jiménez de Asúa, Luis. *Op. Cit.*, nota 7, pp. 389-391.

cual –a juicio de quien la considera- es distinta de la que era de esperarse a base de una norma de cualquier naturaleza.”¹⁰

En el pensamiento italiano, en la misma tónica que Grispigni, Manzini¹¹ admite que las omisiones pueden cometerse por medio de actividades.

Así, la acción puede servir para consumir tanto un delito comisivo como un delito omisivo, y la omisión puede concretar lo mismo un delito comisivo que un delito omisivo; ello se debe a que la distinción se funda sobre el carácter de la violación jurídica: el delito omisivo consiste en la pura y simple inobservancia de un deber especial, y el delito comisivo consiste en la producción de un determinado efecto antijurídico.

En tales casos el delito mantiene carácter omisivo, siempre que la acción positiva contraria al deber no esté incriminada específicamente como tal; si al no hacer, debiendo actuar, se acompañan ciertos actos que consisten en un contra obrar positivamente de lo que esta prescrito, no son estos actos los significantes para el derecho; en efecto, los que tienen trascendencia jurídica no son esos hechos de apariencia física positiva, sino el no cumplimiento de lo que se espera y que debe ejecutarse; así, es dable concluir que la actividad que se realiza es irrelevante, pues lo que verdaderamente importa es la no observancia del deber.

Como puede advertirse de conformidad con las ideas anteriores, es necesaria la vinculación, para efectos de punición, de la omisión con la existencia de una norma; elemento que sirve de contraste a efecto de afirmar su existencia en el ámbito del derecho (normativo o axiológico).¹²

¹⁰ *Ibidem*, p. 390.

¹¹ Cfr., Manzini, Vincenzo. *Instituzioni di Diritto Penale Italiano*, 9ª edición, Italia, PADOVA, CEDAM-CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI, 1949, Volumen Primero (Parte General), p. 63.

¹² En el Derecho Romano la omisión era originalmente, el *delictum*, como contrapuesta a la acción, constitutiva del *crimen*. La omisión sólo se castigaba cuando se refería a una norma que tutela directamente

Bajo esta premisa, Gimbernat¹³ considera que la omisión es una especie del género no hacer, en donde se seleccionan *normativamente* aquellos comportamientos que merecen un juicio axiológico negativo, esto es, la diferencia específica de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece, consiste en que aquélla se trata de un no hacer desvalorado.

Un sector de la doctrina prescinde de esta diferencia específica y entiende a la omisión como un concepto ontológico, o sea, un concepto que se puede formular prescindiendo de la perspectiva del deber ser, esto es, valorativa, normativa, axiológica; tal es el caso de Armin Kufmann que sostiene que la omisión se integra por la concreta capacidad de acción y la ausencia de la realización de esa acción.

Posturas análogas que prescinden del elemento valorativo o normativo, como se verá más adelante, las podemos encontrar en Welzel, Cerezo Mir, Maurach, entre otros.

Sin embargo, en el lenguaje corriente la palabra omisión no significa sólo no hacer algo que es posible hacer, sino no hacer algo posible cuando se debería actuar, esto, sobre la base de normas jurídicas, religiosas, éticas, convencionales.

De ahí que no omita ceder el asiento una mujer embarazada en un autobús, porque no lo exige la norma, y en cambio sí omita, porque es lo que se espera de él de acuerdo, por lo menos, con principios convencionales, el joven del autobús que no se levanta para permitir que la gestante ocupe su sitio.

un interés general, y no cuando se refería a un particular vínculo obligatorio. *Cfr.*, Jiménez de Asúa, Luis. *Op. Cit.*, nota 7, p. 395.

¹³ *Cfr.*, Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 1, pp. 13-19.

En este sentido, si bien es cierto la omisión exige conceptualmente la capacidad de ejecutar una acción, también lo es que requiere que esa acción que se podía, se hubiera debido también ejecutar.

Por otra parte, es necesario poner de relieve que, en este contexto, fuera del mundo valorativo de la norma jurídica, no está sólo el mundo no valorativo del ser, sino ese mundo y también el valorativo de todas las restantes normas distintas de la jurídica.

De esta manera, la omisión es siempre un no hacer en contra de lo exigido por alguna norma: esta norma es jurídicopenal cuando se trata de la omisión delictiva, y es alguna de las restantes y numerosas normas extrapenales (religiosas, éticas, convencionales, etc.) cuando de lo que se trata es de las demás omisiones.

Considerando todo lo anterior, se puede definir a la omisión como "...aquél comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara."¹⁴

Ciertamente que además de estas características designativas la omisión tiene otros requisitos que pertenecen al género: comportamiento pasivo.¹⁵

Una vez establecida la base normativa que caracteriza a la omisión, con la finalidad de profundizar en su esquema conceptual es preciso abordar diversas aportaciones doctrinales que conduzcan a una delimitación más precisa.

¹⁴ *Ibidem*, p. 19.

¹⁵ "La omisión es una especie del género comportamiento pasivo, y éste es la especie –a su vez y frente a un concepto más amplio- del género comportamiento sin más (que abarca tanto al pasivo como al activo). El *genus proximus* es, al mismo tiempo, género del concepto inferior y especie del superior, según se vaya bajando o subiendo en la escala conceptual." *Ibidem*, p. 33.

A) Así, von Liszt entiende a la omisión como un “...no impedir, voluntariamente, el resultado”,¹⁶ concepto que no va más allá de requerir que la manifestación de la voluntad¹⁷ consista en no ejecutar un movimiento corporal que debiera haberse realizado, y se encuentre libre de toda violencia, reclamando pues, una objetivación.

En efecto, la afirmación de Liszt¹⁸ en el sentido de que la omisión consiste en “no impedir voluntariamente el resultado”, no debe entenderse en el sentido de vincular la voluntariedad al querer el resultado (según se desprende de la propia exposición del maestro alemán), pues en tal caso escaparían de ese concepto las omisiones culposas; antes bien, debe entenderse como espontáneo y conciente no hacer; espontaneidad y conciencia que deben existir en el momento en que se espera la acción que el sujeto no realiza.

Este concepto supone que el resultado producido se hubiera evitado por el acto omitido por el autor, a pesar de ser posible para él y esperado por nosotros.¹⁹

Si seguimos en forma estricta la línea trazada por el concepto y noción precedentes, poniendo la atención en la ausencia de un movimiento determinado, sin más, entonces la omisión implicará un *no hacer*, esto es, la nada, con vista a la

¹⁶ Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Segunda Edición, Tr. Luis Jiménez de Asúa (de la 20ª edición alemana), España, Editorial Reus, 1927, Tomo Segundo, p. 303.

¹⁷ La condición de hacer depender la omisión punible de la voluntad, suele encontrarse entre la mayor parte de los autores; así dice muy exactamente Max Ernesto Mayer: “La inactividad y la omisión no son idénticas; el no hacer puede atribuirse ora a un acto de voluntad motivado o bien a un acto no querido; sólo la primera clase de inactividad es una omisión.” Jiménez de Asúa, Luis. *Op. Cit.*, nota 7, p. 401.

¹⁸ *Cfr., Idem.*

¹⁹ *Cfr., Von Liszt, Franz. Op. Cit.*, nota 16, p. 303. En forma análoga, Jiménez de Asúa concibe a la omisión como “*el no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por la inacción quedó inerte*”. Jiménez de Asúa, Luis. *Op. Cit.*, nota 7, p. 389; ahora bien, con independencia de la transcripción literal, ya desde la formulación de su concepto de *acto*, caracterizaba a la *omisión* como una manifestación de la voluntad que por no hacer lo que se espera deja sin modificar el mundo exterior, cuyo cambio se aguarda. *Vid. Supra* la cita correspondiente a la nota 34 del Capítulo I de este trabajo; por su parte, Cuello Calón en este mismo sentido la describe como “...la inacción, en la abstención del agente, cuando la ley impone la ejecución de un hecho determinado.” Cuello Calón, Eugenio. *Derecho penal*, 18ª edición, España, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1980, volumen I, tomo I, Parte General, p. 313.

idea de movimiento humano físico con potencialidad para incidir en el mundo exterior.

B) Diferente a este criterio, Mezger²⁰ considera que el hecho de omisión (conducta pasiva, omisión) no consiste en un *simple no hacer*, sino en un *no hacer algo*; destacándose así, una actividad requerida (esperada), esto es, el no hacer esta vinculado precisamente con ésta, pues aislado no puede existir o siquiera pensarse.

La idea de la "acción esperada" viene de Luden y reaparece en Franz von Liszt y en Roberto von Hippel, pero debe reconocerse, a pesar de estos ilustres antecedentes, que corresponde a Edmundo Mezger haber desarrollado ese pensamiento ajeno con suma habilidad.

De acuerdo con el pensamiento de Mezger, "Lo que hace que la omisión sea omisión, es la 'acción esperada' que el autor ha omitido realizar. Porque no ha realizado esta acción que de él se esperaba, es por lo que es punible, en tanto que la acción esperada también puede serle exigida. Ahora bien, puesto que sólo la 'acción esperada' hace surgir la omisión en sentido jurídico, resulta enteramente

²⁰ Cfr., Mezger, Edmundo. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990, p. 118. De acuerdo con Jiménez de Asúa, para Mezger en el delito de omisión faltan los dos elementos indispensables del hacer activo, es decir, el hacer y el querer; permitiendo esta caracterización abarcar las hipótesis de los llamados delitos de olvido; aunado a lo anterior, aunque es indudable que la omisión puede ser querida, no necesita conceptualmente serlo. Con esta construcción los delitos de omisión se disocian radicalmente de los de acción, toda vez que faltaría en ellos el movimiento corporal, la voluntariedad, y hasta el habitual resultado; en este sentido, a pesar de que Mezger se opuso a la teoría de Radbruch, que separa radicalmente acciones y omisiones, cae en ella. Cfr., Jiménez de Asúa, Luis. *Op. Cit.*, nota 7, p. 401; No obstante esta cita de Jiménez de Asúa, es de comentar que se observó una evolución importante en el pensamiento de Mezger con motivo de la 6ª edición, correspondiente al año de 1955, de su *Derecho Penal, Parte General* (libro de estudio), puesto que a propósito de estudiar los elementos integrantes de la acción en sentido amplio menciona a: "El acto de voluntad como punto de partida y fundamento de la acción en sentido amplio. Es la 'causa' del suceso externo... (constituye este acto de voluntad) en la omisión un 'no querer algo', vale decir, en la omisión dolosa es el rechazo (real) de una idea existente y que se impone, en tanto que en la omisión culposa –el delito 'más pequeño entre los pequeños'- a la que corresponde aquí 'el más alto honor'..., no existe un suceso psíquico real, sino un no querer puesto en relación con algo esperado, bien determinado y concreto." Mezger, Edmundo. *Op. Cit.*, nota 20, p. 104.

correcto que ésta sólo se fundamenta `desde afuera (externa, normativamente), y que, por tanto, `no el que omite sino quien juzga da realidad a la omisión’’.²¹

Se han formulado tesis que consideran a la omisión ligada a lo antijurídico, de manera que se determina la existencia de un deber jurídico de actuar, ya sea general o bien, específico consistente en impedir activamente un resultado; y corresponde a Grispigni el más detallado y fundamental desarrollo de esa concepción; así, según este autor, en la omisión se imputa la *acción que era de esperar* (1), *pero en relación a una norma* (2), puesto que la omisión como la acción es lo ilícito; postura que se refleja en su concepto de omisión “no ejecución –por parte del sujeto- de una determinada acción, que era de esperar en base a una norma de cualquier género.”²²

Con base en lo anterior, Jiménez de Asúa concluye que la acción esperada, pensada, no es la acción exigida. Como conducta, sobre la que se insertan luego los valores de la antijuridicidad y culpabilidad, la acción es esperada, y no ejecutarla es lo que constituye lo que la ley pena.

La conclusión de este autor, con vista a la exposición del pensamiento de Mezger y Grispigni, creo que puede explicarse si para apreciar la existencia de una omisión se consideran, por un lado, una *acción que es de esperar*, y por otro, su *vinculación a una norma*, con base en la cual aquélla puede ser exigida en caso de no verificarse; de manera tal, que la conjunción de ambos elementos deviene en esta última, esto es, la *acción exigida*, que supone la *esperada*.

²¹ Jiménez de Asúa, Luis. *Op. Cit.*, nota 7, p. 412.

²² *Ibidem*, p. 414. Agrega Grispigni que la cualidad de una acción no puede depender del hecho subjetivo de una tercera persona; por el contrario, lo deseable es un criterio que tenga valor objetivo; sin embargo, creo que ese criterio objetivo, en atención a lo expuesto, sólo puede ofrecerlo la norma, y en nuestro ámbito, la jurídica.

Jiménez de Asúa, para complementar su criterio, cita nuevamente a Mezger: Así, para este último la esencia de la omisión no debe confundirse " `con la antijuridicidad de la misma"; " `...por el contrario, la omisión es antijurídica sólo cuando la acción pensada (esperada) es también `exigida' ".²³

En este contexto, creo que en la construcción de Mezger, con la finalidad de evitar confusiones por el uso de la terminología se debe asociar la "inactividad" con la "acción esperada"; mientras que la "acción exigida" con la "omisión".

En efecto, la "inactividad" en contraste con el "acto positivo pensado y esperado", puede concebirse como una conducta no valorada aún de injusta, reservándose esta última calificación para la "omisión" que supone que la "acción esperada" es también "exigida" por el Derecho.

Lo anterior, permite advertir que una acción es "exigida" por así disponerlo el Derecho, de manera que si no se realiza nos encontramos ante una omisión, término que lleva en forma inherente la impronta de la antijuridicidad; sin embargo, si la omisión es tal por no realizarse la acción exigida por el Derecho, ¿con base en qué se sustenta el "esperar una acción", de manera que su no realización pueda calificarse como "inactividad" u "omisión aún no penal"?

Con base en la tesis de Mezger no cabría argumentar que la acción es "esperada" por que es "exigida" por el Derecho, puesto que ésta supone aquélla.

En estas condiciones, no queda de otra más que buscar el fundamento de la "esperanza de una acción" en una fuente distinta al derecho, como puede ser la costumbre o la moral, lo cual puede interpretarse como útil e inútil a la vez, aunque no en el mismo sentido.

²³ *Idem.*

Útil, por reforzar el Derecho, a través de una exigencia, las conductas que en el sentir social son deseables por encontrar arraigo precisamente en la costumbre o en la moral; inútil, porque el Derecho puede establecer exigencias convenientes para la convivencia social con independencia de la costumbre o moral de un determinado grupo.

Por otra parte y acorde con la concepción de Mezger, Novoa Monreal destaca efectivamente que la omisión no es sólo falta de movimiento, sino de un movimiento *determinado de parte de quien puede realizarlo*; advirtiéndose entonces una potencialidad que supone aptitud, poder real y actual de producir ese movimiento, significando esto, no la nada sino algo real.²⁴

Derivado de la falta de ese movimiento, se permite una continuación de procesos causales o cursos de movimiento que se gestan en el mundo circundante, siendo que estos pudieron ser impedidos de manera precisa; de ahí que la abstención se vincule con ese entorno, representando esto una proyección distintiva del sujeto con vista a ese mundo circundante.²⁵

C) Welzel²⁶, al analizar la estructura de la omisión desde una óptica ontológica, indica que la omisión no es en sí misma una acción, pues se trata de la omisión de una acción; de tal suerte que acción y omisión se comportan en tal sentido como A y no A; siendo ambos conceptos dos subclases independientes dentro de la "conducta" susceptible de ser regida por la voluntad final. Destaca de esta última idea, el mérito de encontrar, como se verá también en Maurach, un

²⁴ Cfr., Novoa Monreal, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*, Argentina, Ediciones Depalma, 1984, pp. 70-71. Novoa Monreal destaca que su exposición no introduce valores ni elementos normativos, son exclusivamente realidades del mundo físico; no obstante, desde mi óptica, y según se expuso, la omisión pertenece ya a un ámbito valorativo, lo que permite apreciarla, según sea el caso, desde la moral, la religión, y por supuesto, desde el ámbito normativo-penal.

²⁵ Cfr., *Ibidem.*, pp. 73-74.

²⁶ Cfr., Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*, traducción de la 11ª edición alemana, 4ª edición castellana, Tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 237-239.

elemento común entre la actividad física e inactividad, que permite agruparlos bajo un concepto superior, por más irreconciliable que parezca su naturaleza.

Al igual que Mezger y Novoa Monreal, este autor alemán también estima que la omisión no es una omisión en sí, sino que se trata de la omisión de una acción determinada, de una acción posible al autor, subordinada al poder final de hecho de un hombre, definiendo a la omisión como "...la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción."²⁷

Welzel²⁸ en su exposición precisa que a la omisión no le son propias la causalidad ni la finalidad; y por lo que hace a este último elemento, destaca la ausencia de una voluntad orientada a omitir y con ello, del dolo. A este respecto, estimo que si bien es cierto dichos elementos no le son inherentes o propios, también lo es que tal circunstancia no excluye la posibilidad, por lo que hace al segundo, de que en un momento dado pueda estar presente, esto es, que se omita con la intención (dolo) de causar daño a bienes jurídicos.

Esta consideración, en mi opinión, no resulta incompatible con la distinción o clasificación que Welzel²⁹ hace entre omitir consciente, es decir, omisión en la conciencia de poder actuar; y omisión inconsciente, es decir, la omisión con conocimiento del objetivo de la acción posible, pero sin conocimiento del propio poder de hecho. En efecto, a propósito de una omisión consciente, en donde se sabe del poder de actuar, puede concurrir un dolo que tiende a causar daño en bienes jurídicos, como ejemplo de esto, se puede considerar el hecho de quien en

²⁷ *Idem.* De acuerdo con Welzel, el poder final de hecho o capacidad de acción conlleva que el sujeto tiene que conocer la situación en la que ella debe producir sus efectos, además tiene que estar en condiciones de conocer y de poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo; por último tiene que tener la posibilidad real física de emplear los medios elegidos. Sólo el dominio final potencial del hecho de una persona convierte un no hacer en omisión, no siendo necesario un acto de voluntad actual, sino que es suficiente uno que sea posible para la persona.

²⁸ *Cfr., Idem.*

²⁹ *Cfr., Idem.*

un bote en el mar, culposamente empuja (actuar precedente) a una persona que no sabe nadar, cayendo ésta al agua, y advirtiendo esta situación, con el propósito de que muera ahogada, decide no ayudarla.

Finalmente, este autor³⁰ hace hincapié en que la comprobación de que alguien no ha ejecutado una acción dependiente de su poder de hecho es un mero juicio objetivo, y no depende de si alguien al momento de la no ejecución de la acción, ha esperado³¹ o no su ejecución, o si la acción omitida le estaba mandada al autor.

El planteamiento anterior, si bien en un primer momento pudiera parecer no problemático, cuando se le aborda con un poco de mayor rigor empieza a mostrar inconvenientes que llevan a dudar en su idoneidad. En efecto, si se pretende que objetivamente pueda advertirse una omisión, implicaría que cualquier persona pudiera hacerlo; no obstante, un tercer observador ajeno a una situación en la que se ubica un protagonista, puede advertir ya sea una posición o actividad determinada, pero nada más; pues si dirige su atención a dicho protagonista a fin de advertir “la omisión”, se llegaría al absurdo de decir que éste omite todo aquello que sea distinto a lo que en ese momento esta realizando, que puede ser: trotar, correr, silbar, gritar, tomar agua, en fin, la lista de acciones que no realiza, es decir, de omisiones, puede ser muy amplia, y por tanto, carente de utilidad, pues de lo que se trata es de advertir una acción no realizada en particular, y ello, de primera intención creo que sólo puede lograrse si se tiene referente valorativo, como pudiera ser, en nuestro caso, la existencia de una norma que ordena la realización de una actividad o la evitación de un resultado determinados.

³⁰ Cfr., *Idem*.

³¹ En sentido contrario *Vid.* Mezger, Edmund. *Op. Cit.*, nota 20, p. 118, que textualmente dice: “El fundamento de todo hecho de omisión (propio e impropio) es una ‘acción esperada’, que posibilita la aplicación de todos los criterios válidos para el hecho de comisión al hecho de omisión.”

D) Por otra parte, me referiré enseguida a la construcción conceptual realizada por Maurach, para lo cual será preciso acudir al contexto en el que está formulada, con el propósito de apreciarla en su exacta dimensión.

En ese sentido, con la finalidad de establecer una noción conceptual que abarque los elementos comunes de la acción y omisión, este autor comienza por indicar que todas las normas exigen en forma preceptiva o prohibitiva el respeto a determinados bienes jurídicos concretos, mediante una conducta humana dominable, conocida en el derecho penal como *acción*; la cual a su vez puede ser definida como una conducta humana dominada por la voluntad dirigente y orientada a un fin.³²

Ahora bien, contrario a la postura que coloca al actuar y omitir en una posición diametralmente opuesta o irreconciliable, citando incluso como ejemplo paradigmático el pensamiento de Radbruch, Maurach manifiesta que desde siempre y hasta hoy, la omisión es entendida como una *conducta corporal, una acción*, y cita en su apoyo opiniones como la de Lackner: "...dado que resulta indiscutible que ambas formas son igualmente accesibles a la valoración jurídico-penal, debido a su similar contenido de sentido social..."³³

Al distinguirse que en la comisión dañosa de un bien jurídico se desarrolla una actividad corporal perceptible por el mundo exterior, mientras que en la omisión de medidas conservadoras de bienes jurídicos no existe tal, es posible *suponer* la existencia de una estructura ontológica diferente entre ambas; sin embargo, esto no es así con vista a una *acción* entendida como conducta humana psíquicamente estructurada de un modo determinado, con independencia de que

³² Cfr., Maurach, Reinhart, *et al. Derecho penal. parte general*, traducción de la 7ª edición alemana, Tr. Jorge Bofill Genzsch, Argentina, Editorial Astrea, 1995, tomo 2, p. 215. En este contexto, Maurach precisa que los bienes jurídicos pueden ser lesionados de dos maneras: por la comisión de acciones dañosas sobre esos bienes, v. gr., privar de la vida a una persona; y por la omisión de medidas que conserven tal bien jurídico; v. gr., el niño no es alimentado por la madre, derivado de lo cual muere.

³³ *Ibidem*, pp. 216-217.

persiga o no un resultado perceptible por el mundo exterior, de ahí que la omisión caracterizada por la ausencia de una actividad física pueda perfectamente constituir una acción, si se está en presencia de una conducta dirigida a un fin y dominada por una voluntad dirigente.³⁴

En este sentido, una conducta humana dominada por la voluntad dirigente puede llegar a un objetivo tanto por medio de una actividad corporal propia como por una inactividad corporal propia; radicando la diferencia entre ambos en el hecho de que en el segundo la inactividad propia es utilizada como el medio para obtener el fin deseado.³⁵

Atendiendo a los elementos precedentes, para Maurach "...el objeto que el derecho penal describe como omisión se presenta como una acción desde el punto de vista de su estructura óptica, como una conducta humana dirigida a un fin y dominada por la voluntad dirigente. En tal medida no existe diferencia con el objeto descrito por el derecho como 'comisión'. La comisión y la omisión son concebidas aquí como diferentes formas jurídico-penalmente relevantes del actuar humano, las que se distinguen por la respectiva relación en que ellas se encuentran con el perjuicio del bien jurídico; en la comisión este perjuicio es provocado mediante una actividad corporal perceptible por el mundo exterior; en tanto, en la omisión aquél se basa en la inactividad."³⁶

Si aún así cabe reconocer una distinción ontológica entre *comisión y omisión*, ella es insignificante para la valoración de ambas en cuanto *acciones* relevantes para el derecho penal; en este sentido, Maurach considera que dicha diferencia

³⁴ Cfr., *Ibidem.*, p. 218-219.

³⁵ Cfr., *Idem.* Así, Maurach destaca: "...que la meta sea alcanzada o que ella deba serlo por la vía de la actividad o la inactividad corporal, es algo irrelevante para el carácter de acción de tal conducta, del mismo modo que lo es el *descarrilamiento* de la acción." *Idem.*

³⁶ *Ibidem.*, p. 220.

ontológica sólo es valorada a nivel típico, mediante la relación con el perjuicio del bien jurídico.³⁷

En este orden de ideas, el autor cuyo pensamiento se sigue concluye en que "...Sólo existe una acción comisiva cuando el actor ha provocado activamente un perjuicio a un bien jurídico, mediante una actividad corporal perceptible por el mundo exterior; ...por el contrario, una acción omisiva, cuando el autor ha provocado activamente el perjuicio de un bien jurídico mediante la inactividad corporal..."³⁸

La exposición desarrollada por Maurach, proporciona elementos importantes con miras a establecer las notas distintivas comunes a la acción y omisión, de manera tal que ambas puedan ser colocadas al amparo de un concepto superior, al que se refiere como *acción o conducta humana*; sin embargo, si bien es cierto logra destacar esa naturaleza común, también lo es que al caracterizar en lo particular a la omisión como la causación activa de un perjuicio de un bien jurídico a través de una inactividad corporal, no aporta elementos adicionales de aquellos suministrados por Von Liszt, en forma tal que se pudiera acceder a una delimitación o descripción de mayor profundidad en la búsqueda de las características designativas de la omisión en particular.

E) Por su parte, Jescheck, con motivo de establecer que las normas pueden ser ya sea de prohibición o preceptivas, indica respecto de las segundas, que a través de ellas se ordena una acción concreta, y que la infracción a esa orden o mandato consiste en la omisión de ese hacer.³⁹

³⁷ Cfr., *Idem*.

³⁸ *Ibidem.*, p. 222

³⁹ Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición corregida y ampliada, Tr. Miguel Olmedo Cardenete, España, Editorial Comares, 2002, p. 648. "En Derecho Penal predominan naturalmente las normas prohibitivas porque esencialmente no puede ser misión de las sanciones penales invitar a los destinatarios de las normas a la salvaguarda por medio de su intervención personal de los bienes jurídicos puestos en peligro." *Idem*.

En particular este autor nos dice que “La **omisión** no **significa** un ‘no hacer nada’, sino ‘**no hacer algo determinado**’”;⁴⁰ así, al caracterizar a la omisión en esta forma se retoma la descripción que ya se analizaba desde Mezger y Welzel, lo que en mi opinión representa un intento en la profundización de la naturaleza del actuar omisivo.

En efecto, en esa tendencia Jescheck señala que la cuestión del cómo la acción esperada y omitida tendría que haberse producido, es algo que en muchos de los delitos de omisión propia se deriva directamente de la ley, aunque en algunos otros el deber de acción se encuentra descrito en una forma más general.⁴¹

Como puede observarse, con este autor no sólo se retomó la idea de la omisión de una “acción determinada”, sino que se analizan los posibles elementos que deben estar presentes en dicha acción, los cuales se concluye se determinan legal o circunstancialmente.

Si bien es cierto que el avance hasta ahora ha permitido entender que la omisión no es sólo una abstención a “secas”, sino que ésta se encuentra en estrecha relación con una actividad o movimiento del agente que debió realizarse atendiendo a una prescripción normativa, también lo es que dicho progreso

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 662

⁴¹ *Cfr.*, *Ibidem.*, p. 663. Como ejemplo del primer grupo de omisiones, Jescheck cita el artículo 123 del Código Penal Alemán, que prevé la hipótesis de quien permanece injustificadamente en espacios ajenos y debe alejarse de ellos a requerimiento de la persona legitimada para ello; respecto del segundo grupo, el autor alemán remite a la hipótesis del numeral 323c del propio cuerpo normativo, relativo a la omisión del deber de prestar ayuda en caso de accidentes, en donde lo que tiene que realizarse (la forma de la ayuda que debe prestarse), deriva del conjunto de las circunstancias del supuesto de hecho. También en los delitos de omisión impropia el contenido del deber de acción se determina en la mayoría de las ocasiones según las circunstancias, siendo determinante a este respecto la finalidad de la salvaguardia del objeto frente al peligro o lesión típica. Ejemplo: Si un niño se quema con agua hirviendo, entonces del alcance y grado de la quemadura, de la edad y de la constitución del niño, y del tiempo y lugar del accidente, se deriva lo que tiene que suceder, esto es, si resulta suficiente con aplicarle una pomada para quemaduras, si debe buscarse a un médico o si es necesario su traslado al hospital. *Cfr.*, *Idem.*

conceptual aún no es satisfactorio con miras a caracterizar una omisión relevante para el Derecho Penal.

F) Al respecto, la luz llega al entendimiento cuando el maestro Novoa Monreal,⁴² al estudiar los delitos propios de omisión y su configuración típica, se ocupa de la inactividad y las formas en que se puede presentar en el contexto del delito de omisión; en este sentido, el propio autor establece que la abstención absoluta, es decir, el no movimiento corporal a través de la contracción muscular es una de las formas en que se puede incurrir en este delito; a pesar de ello, es más frecuente incurrir en él cuando se realiza cualquier otra acción diferente de aquella cuya realización impone el deber jurídico, y que al efecto se encuentra prevista en el tipo correspondiente.⁴³

G) El criterio precedente en mi opinión es análogo al postulado por Bacigalupo,⁴⁴ cuando afirma que la omisión tiene un sustrato real que consiste en la acción efectivamente realizada o cumplida, en el cual queda comprendido el mero permanecer inactivo.

Desde esta óptica se advierte que la omisión no tiene existencia factica alguna, pues lo único que tiene existencia es la acción efectivamente realizada; en

⁴² Cfr., Novoa Monreal, Eduardo. *Op. Cit.*, nota 24, p. 51.

⁴³ En este sentido, Fletcher señala que "... la influencia más perniciosa de definir la acción como «movimiento corporal voluntario» es que plantea un serio problema: considerar acción los casos en que hay ausencia de ese movimiento. El problema se puede plantear así: 1.- El movimiento es condición necesaria para la acción. 2.- Si el individuo no realiza movimiento alguno, no puede actuar. 3.- Por tanto, dejar morir a una persona o que se produzca algún daño de otro tipo no puede constituir un delito... la ansiedad que se produce cuando se trata de castigar omisiones, no es la falta del factor humano... (pues) Hay acción en la elección de no hacer nada o hacer otra cosa que salvar al que se encuentra en una situación apurada. Sin embargo, si tomamos en serio la definición de acción como «movimiento corporal voluntario», podemos pensar que el problema de la omisión es también un problema de falta de acción humana..." Fletcher, George P. *Conceptos básicos de derecho penal*, Tr. Francisco Muñoz Conde, España, Editorial Tirant lo Blanch, 1997, pp. 79-80. Mir Puig asume la misma postura cuando explica que los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se realizan si tiene lugar una distinta a la prevista, advirtiendo que esta clase de tipos no requiere la pasividad física sino que precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta activa diferente de la ordenada. Cfr., Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 7ª edición, Argentina, Editorial B. de F., 2005, pp. 191-192, 308-309.

⁴⁴ Cfr., Bacigalupo, Enrique. *Delitos improprios de omisión*, 2ª edición, Colombia, Editorial Temis, 1983, p. 73-78.

este orden, es claro que aquella expresión encierra una referencia al significado de la conducta efectivamente acaecida, al parangón entre lo realizado con lo exigido, del que podrá surgir la afirmación de tipicidad.

Así las cosas, la concreción de un tipo imperativo o de mandato se logra a través de cualquier acción que no sea la mandada, adquiriendo significación o relevancia penal precisamente por ello; por tanto, sólo cuando se entre a considerar si la acción realmente cumplida era la exigida o no, se podrá sostener que se ha omitido el cumplimiento del mandato; de esta forma, la norma se dirige siempre a una acción positiva (incluyendo el estado de pasividad) ontológicamente considerada, la que en unos supuestos realiza el tipo en la medida en que está descrita en la ley como prohibida, mientras que en otros, concreta el tipo precisamente por no ser la descrita en la ley como mandada.

H) Coincidente con lo anterior, Silva Sánchez⁴⁵ estima que la conducta efectiva, real, juega ciertamente un papel en la configuración del concepto de omisión, constituido por la atribución, a dicha conducta efectivamente realizada, de un determinado sentido, sobre la base de que no responde a la pretensión que dimana de un bien jurídico en una determinada situación y es recogida por un tipo penal; ahora bien, la conducta o acción en sí no reviste aún contenido específico, y sólo resulta *acción* u *omisión*, a través de la interpretación, que establece el vínculo relacional entre la conducta con las expectativas que dimanen del bien jurídico; en consecuencia, la omisión surge como tal en el enunciado que expresa la relación de discordancia de la conducta efectiva con la pretensión que parte del bien jurídico.

Con relación a los delitos de omisión, nuestros tribunales federales no han desarrollado un estudio completo que permita conocer su estructura, naturaleza y

⁴⁵ Cfr., Silva Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión, concepto y sistema*, 2ª edición, Argentina, Editorial B de F., 2003, pp. 167-170.

características, puesto que si bien es cierto existen diferentes criterios al respecto, también lo es que dicho estudio versa, en su mayoría, sobre cuestiones atinentes a la omisión propia, y principalmente, a los casos de omisión de socorro o abandono de familiares; no obstante, resulta ilustrativo para confirmar la estructura de los delitos de omisión, el criterio sustentado por la entonces Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 2509, tomo LXXXV del Semanario Judicial de la Federación, correspondiente a la Quinta Época, bajo el rubro y texto siguientes:

ABANDONO DE PERSONA, DELITO DE.

Por su espíritu, el artículo 341 de la ley represiva del Distrito Federal, sanciona a quien desprecia la desgracia humana ocasionada precisamente por el delincuente. Así, el automovilista, que tras de ocasionar un atropellamiento se aleja a una gran velocidad con su máquina, demuestra una falta de sentimientos humanitarios que caen bajo la prescripción de la ley. Además, desde el punto de vista doctrinario, es forzoso admitir que se está en presencia de uno de los delitos llamados de omisión, caracterizados por la falta de cumplimiento de un deber, y si bien es cierto que no se comete por la simple huida del que atropella, dado que tal hecho está en consonancia con el derecho natural de defensa, por parte de quien comete el delito, para esquivar la acción de la justicia, también lo es que, para que se configure la especie criminosa de que se viene hablando, es bastante una omisión o el incumplimiento en el deber impuesto por las leyes. Esta teoría subjetiva de la figura criminosa de que se hace mérito, aparece refrendada a través de la redacción de diversos textos de la ley penal mexicana, según puede apreciarse si se considera que el artículo 341 se encuentra incluido en el capítulo de abandono de personas, formado por preceptos que sostienen aquel criterio subjetivo concerniente a la falta de cumplimiento de una acción. Si se consultan los artículos 337 y 342, se advierte con toda claridad, que la especie delictiva analizada, se constituye por la falta de cumplimiento de una obligación, independientemente de que el abandonado pueda tener facilidad, o no, de hacerse de los recursos necesarios para poder subsistir. De lo dicho se sigue que, la circunstancia de que el atropellamiento haya tenido lugar en un poblado, no desvirtúa la existencia del delito, por ser obvio, que aun en tales condiciones se operó el abandono, máxime, si se trata de un poblado de escasa importancia, lo cual hacía más necesario el auxilio o la asistencia que debió prestar a su víctima el infractor.

Amparo penal directo 1912/43. Méndez Alvarado Alfonso. 23 de junio de 1944. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente.

En efecto, el criterio transcrito corrobora, primero, que en tratándose de omisión, se incumple con una acción ordenada por la ley; y segundo, que la forma

de quebrantar el mandato no es posible únicamente a través de un estado de pasividad, sino que dicha infracción puede actualizarse por la realización de una *acción distinta* a la ordenada por la norma; como se desprende de la actitud del automovilista que después del atropellamiento, se aleja o huye a gran velocidad; todo lo cual evidencia que la omisión implica un no hacer determinado con vista a las formas de transgresión del deber que se han manejado en este contexto.

Como puede advertirse, la adopción de la postura que se expone, implica que en el plano *pretípico* sólo existen acciones o conductas; en tanto que en el plano *típico* existen, por un lado, una estructura que prohíbe las conductas que describe, y por el otro, una diversa que prohíbe las conductas distintas de las que describe.⁴⁶

Por cuanto hace a esta última clase de conductas, es posible aducir en su contra que la efectivamente realizada es lícita e inofensiva; a pesar de ello, quienes pretípicamente admiten la existencia de una omisión, lo hacen mediante la situación de la conducta humana en una constelación situacional en que la omisión sería una de las formas reactivas. Pues bien, el tipo tiene por función captar esa situación constelacional, precisarla, y en esa situación constelacional determinada, desvalorar la acción efectivamente realizada.⁴⁷

En otro orden de ideas, atendiendo a los elementos que se desprenden de lo expuesto, es posible advertir que por medio de una omisión, se infringe un deber de actuar previsto en una norma imperativa, esto es, se contraviene un mandato, el cual constituye su esencia.⁴⁸

⁴⁶ Cfr., Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al. Derecho penal, parte general*, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 572

⁴⁷ Así, podrá ser penalmente irrelevante la conducta de jugar con terrones de azúcar, pero no lo es si el que lo hace es el futuro heredero de la tía rica que esta muriendo, a un metro de distancia, como consecuencia de una crisis hipoglucémica; tampoco puede decirse que la conducta de la madre consistente en tejer es inofensiva, cuando su hijo muere de hambre. Cfr., *Ibidem.*, p. 573.

⁴⁸ Cfr., Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*, Colombia, Editorial Temis, 1990, p. 29. La Doctora Olga Islas, con motivo de analizar el *deber jurídico penal* dentro de la estructura del tipo, indica que

De esta manera, el ordenamiento jurídico exige al individuo actuar de una forma específica, a efecto de que situaciones o procesos que se están verificando en el mundo exterior, sean modificados o cambiados a propósito de su intervención por considerarla deseable; así, las normas penales atienden principalmente a la falta de esos precisos movimientos corporales ordenados, en cuanto su ausencia puede permitir que no se produzca la transformación o proceso jurídicamente insatisfactorio.⁴⁹

A propósito del análisis de la acción *stricto sensu*, se advirtió la existencia de criterios que con relación al deber que a este respecto se transgrede, lo estiman convertible al que se deriva del tipo de omisión, significando esto que la óptica se posiciona desde una sede imperativa.

En esta línea de pensamiento, en donde se es proclive a un intercambio entre prohibición y mandato, y por ello, entre deberes negativos y positivos, Jakobs⁵⁰ además de ocuparse del deber que se impone en el contexto de una *relación negativa*, describe asimismo el deber de toda persona que, en cualquier orden social, consiste en proporcionar ayuda a otra, edificando con ella, aunque sea parcialmente, un mundo en común, asumiendo lo que este autor llama *relación positiva*.

si bien es cierto que en los tipos de omisión, lo que se prohíbe es la omisión, y por tanto, lo que se ordena es la acción; sin embargo, como la omisión se define en términos de la acción ordenada, parece conveniente enunciar el deber como un mandato; en tanto que en los tipos de acción lo más adecuado es enunciarlo en términos de prohibición; de esta forma, en los tipos de omisión sin resultado material se ordena la correspondiente acción y en los tipos de omisión con resultado material se ordenan tanto la acción como la evitación del resultado material. *Cfr.*, Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 5ª edición, México, Editorial Trillas, 2004, pp. 31-32.

⁴⁹ *Cfr.*, Novoa Monreal, Eduardo. *Op. Cit.*, nota 24, pp. 78-79.

⁵⁰ *Cfr.*, Jakobs, Günther. *Acción y omisión en derecho penal*, Tr., Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez Vera, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 23, p. 8.

A este respecto, Jakobs precisa que este tipo de relación no se compone tan sólo de mandatos sino también de prohibiciones;⁵¹ careciendo por ello de trascendencia si el deber de edificar un mundo en común se concreta en el mandato de ayudar activamente o en la prohibición de desbaratar las condiciones de ese mundo en común; v. gr., el administrador de un patrimonio ajeno comete administración desleal en calidad de autor tanto si no exige de terceros no autorizados la devolución de la llave de la caja, como si él se las da.

La configuración por niveles de deberes, que igualmente reproduce Jakobs en la *relación positiva*, si bien es cierto que en un primer momento el análisis relativo es útil, también lo es que las implicaciones entre prohibiciones y mandatos no deben considerarse a partir de posturas generalizadoras,⁵² sino que es necesario acudir a la hipótesis específica a fin de corroborar la posibilidad real de reducir los imperativos a las prohibiciones y viceversa, puesto que no me parece que simple y llanamente pueda afirmarse que un deber negativo implique también otro de carácter positivo; en este sentido, en el ejemplo del administrador de bienes ajenos propuesto por Jakobs, creo que es preciso distinguir en un primer momento la conducta positiva (activa) de entregar la llave, con la cual estaría poniendo la condición que determina el resultado lesivo del patrimonio; asimismo, es de suma importancia entender que los delitos de acción con resultado material,

⁵¹ Así, por ejemplo, se pueden mencionar las prohibiciones que atañen a todo destinatario de un mandato, a saber, la prohibición de arrebatarse a sí mismo mediante una acción positiva la capacidad de cumplir con el deber, siendo éste el caso del médico que teniendo que operar no puede embriagarse. Además, a causa de la obligación positiva, conciernen una vez más al positivamente obligado la totalidad de las prohibiciones del ámbito negativo; de esta manera, los padres no pueden matar a su hijo, en primer lugar, porque el niño es una persona, en segundo, por que ellos son los padres y se encuentran obligados a obrar en todo lo que a él favorezca. *Cfr., Ibidem.*, p. 12. Maurach adopta una postura análoga a la de Jakobs, al establecer que la norma es concebida siempre en su figura ideal ajena a la ley penal como un mandato de respeto a bienes jurídicos, v. gr., debes respetar la vida humana, precisando que de esta norma derivan tanto prohibiciones de acciones típicas dañosas a bienes jurídicos, como mandatos para la ejecución de ciertas acciones típicas conservadoras de un bien jurídico; con esto, Maurach abandona la concepción según la cual los delitos de omisión propia sólo atentan contra un mandato, en tanto los delitos de omisión impropia lo hacen contra una prohibición, partiendo en su lugar de que la norma ideal existente fuera de la leyes penales por lo general es aprehendida y concretada en todos los tipos, tanto en forma de prohibición como de mandato. *Cfr., Maurach, Reinhart, et al. Op. Cit.*, nota 32, pp. 216 y 224.

⁵² *Vid. Supra*, mis comentarios con relación a los niveles de deber propuestos por Jakobs en el apartado 1.2.4., titulado “Acción” del Capítulo I.

como el del ejemplo, también pueden verificarse mediante una omisión, para lo cual es necesario, según se verá más adelante, introducir la figura del garante, representada aquí por el administrador; por ello, en este último caso no se infringiría el deber que implica la *relación positiva* sino del deber de actuar del garante, que a su vez permitiría la concreción del correspondiente tipo que también puede verificarse por vía activa; en suma, en vez de construir un andamiaje complejo de deberes que, sin perjuicio de su utilidad dogmática, puede en última instancia llevar a confusión, lo que se propone es distinguir en el mismo plano los que emergen de los tipos de acción y omisión, en los cuales se exige la presencia de un resultado material.

Dentro del contexto de convertibilidad de los deberes establecidos por normas imperativas o preceptivas, que induce a pensar en que ya no es especialmente importante la distinción entre acción y omisión,⁵³ el propio autor alemán, para determinar en el delito de comisión (acción *stricto sensu*) el equivalente a las figuras de la asunción e injerencia, establece como requisito que a causa de dichas figuras se prohíba un comportamiento que en caso contrario estaría permitido.

⁵³ Si se parte de la idea que la diferencia entre los delitos de acción y de omisión se halla en la naturaleza de la norma, prohibitiva o preceptiva respectivamente, puede parecer que una misma conducta infrinja a la vez ambas clases de normas, siendo preciso decidir si nos hallamos frente a un delito de acción o de omisión; esta decisión puede ser no tan sencilla en casos como los presentados a propósito de los delitos imprudentes, pues en ellos la causación *positiva* del resultado obedece a la inobservancia (*omisión*) del cuidado debido. El criterio de distinción adoptado por la dogmática penal alemana requiere como primer paso, inquirir si el resultado se ha causado por una *acción positiva* que constituya delito; cuando la respuesta sea afirmativa debe concluirse que se está ante un delito de acción; v. gr., en lugar de novocaína, necesaria para anestesiarse a un paciente, se le suministra cocaína, por la que muere: puesto que el resultado letal es imputable a una acción positiva, representada aquí por el suministro de cocaína, que constituye delito, no cabe plantear la existencia de un delito de omisión por no haber suministrado el medicamento adecuado; no obstante, es necesario precisar dos cosas: 1.- A pesar de comprobarse la presencia de un delito de acción, puede concurrir uno de omisión cuando exista una fase omisiva cuyo desvalor no resulte abarcado por aquél, tal es el supuesto del conductor que después del atropellamiento de una persona se da a la fuga sin socorrer; y 2.- La existencia de casos en que es dudosa la validez del criterio en mención; v. gr., los supuestos de interrupción de un tratamiento médico que mantiene artificialmente con vida a un paciente. *Cfr.*, Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 43, pp. 310-311.

Como ejemplo de asunción, Jakobs refiere que todo el mundo puede apagar las luces de su automóvil cuando lo estaciona definitivamente, siempre y cuando no haya asumido orientar a un nadador nocturno desde la orilla de un lago, en cuyo caso le está prohibido apagarlas; y para el caso de injerencia propone el supuesto del comerciante que tiene la permisión de apagar por las noches la iluminación de su aparador, a pesar de los eventuales accidentes que puedan sufrir los peatones en la oscuridad por el mal estado del pavimento, a no ser que él lo haya causado, pues en tal caso le está prohibido apagar dicha iluminación.

Respecto al primer ejemplo cabe objetar que derivado de la asunción o compromiso de ayudar al nadador, quien apaga las luces de su vehículo omite dicha acción favorecedora, que en todo caso sería la ordenada a la luz del derecho penal, pudiendo consistir tanto en encender como en mantener así los faros del vehículo y sin que pueda considerárseles más allá de un medio para el cumplimiento del deber; contrario a lo expuesto por Jakobs, en mi concepto lo prohibido no es apagar los faros del auto sino el menoscabo de los bienes jurídicos susceptibles de lesionarse en caso de faltar la acción ordenada, esto es, la vida o integridad física; en estas condiciones, apagar las luces sólo representaría una acción que en sí misma no es típica ni punible, sino sólo distinta a la que el supuesto exige; y por cuanto hace al ejemplo apuntado en segundo término, la objeción se presenta en idénticos términos, además de observar que lo prohibido es realmente la lesión de los mismos bienes jurídicos.

1.2. Clases.

Tradicionalmente la doctrina al ocuparse del delito de omisión establece que dentro del derecho penal éste se presenta en dos formas o clases, a saber: *omisión propia e impropia*, conocida ésta última también como comisión por omisión.

1.2.1. Propia

Los delitos de omisión simple o propia se encuentran caracterizados por la sola inactividad, esto es, se agotan con la simple no ejecución de una actividad determinada, sin que para su punibilidad sea preciso agregar algún efecto externo especial o alteración del mundo exterior.

A) En este sentido, Mezger define a la simple omisión como aquella "...en que se castiga el no hacer de la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario un resultado...";⁵⁴ proponiendo al efecto como ejemplos, con base en la legislación alemana, el no alejarse o el no denunciar, entre otros.

En esta definición se puede observar, en primer lugar, el doble atributo de la acción que se deja de hacer, esto es, que se omite, consistente en la esperanza y en la exigencia de aquélla, y a cuyas notas distintivas me he referido anteriormente; y en segundo lugar, a la característica que un amplio sector de la doctrina ha considerado inherente a la misma: la ausencia de un resultado, entendiéndose por éste, el material o externo; lo anterior, sin desconocer posturas que comprenden dentro del concepto "resultado" no sólo al daño, sino también al peligro, el cual, en principio no entra en consideración para esta clase de omisiones.

B) Por su parte, Welzel⁵⁵ conceptúa a los delitos de omisión propios a aquellos que se encuentran regulados por un grupo de disposiciones en donde se sanciona simplemente la infracción de un deber de actuar, recurriendo para explicitar su pensamiento, básicamente a los supuestos enunciados por Mezger, de

⁵⁴ Mezger, Edmund. *Op. Cit.*, nota 20, p. 118. Agrega Mezger que se trata por lo general de delitos de peligro abstracto, pero también son posibles, dentro de la omisión simple, los delitos de lesión, como puede ser el no alejarse en la violación del domicilio. *Cfr.*, *Idem.*, p. 120.

⁵⁵ *Cfr.* Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 26, pp. 239-240.

lo cual se advierte la reiteración del criterio que prescinde de un resultado material en orden a la punibilidad.

C) Conteste con lo anterior, y acudiendo a los mismos ejemplos que los autores previamente citados, Maurach designa como delitos de omisión propia u originales, a aquellos que "...comprenden una inactividad actuante legalmente descripta...";⁵⁶ caracterización que, aunque poco descriptiva y de alguna forma escueta, se complementa con los supuestos normativos a los que hace referencia, de donde se advierten como notas esenciales, su previsión legal y la ausencia de consideración de un resultado material para los efectos de la sanción.

D) Jescheck, coincidente con este criterio, es más explícito al indicar que "...hay que considerar como delitos de omisión propia aquellos cuyo contenido se agota en la **no realización de una acción exigida por la ley**. Es cierto que, en última instancia, con la acción demandada puede ser evitado un resultado negativamente valorado por el Ordenamiento Jurídico, pero el legislador no convierte dicha evitación en un deber para el omitente ni, en consecuencia, el acaecimiento de un resultado determinado en un elemento del tipo. Los delitos de omisión impropia (sic) son así el equivalente a los delitos de mera actividad."⁵⁷

E) En efecto, la Doctora Olga Islas, con motivo del análisis del elemento "inactividad" del subconjunto "el hecho" de su definición estructural del tipo penal, indica que en las omisiones sin resultado material, en forma expresa el tipo describe la inactividad en términos de la acción ordenada sin que tenga relevancia

⁵⁶ Maurach, Reinhart, *et al. Op. Cit.*, nota 32, p. 223

⁵⁷ Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. Cit.*, nota 39, p. 652. Ejemplos: El artículo 138 del Código Penal Alemán exige a cualquiera el deber de interponer a tiempo una denuncia ante la autoridad o de dar aviso al amenazado si tiene conocimiento del proyecto de comisión de un determinado delito grave, sin demandar la evitación del hecho; en un accidente todo el mundo debe prestar la mejor ayuda posible que resulta exigible, sin consideración a si de esta forma el "resultado" puede ser impedido o no. Por ende, la prestación de auxilio únicamente puede consistir en un apoyo moral cuando éste es idóneo para reforzar la voluntad de supervivencia.

el resultado que pudiera o no producirse,⁵⁸ imponiéndose la sanción por el simple omitir ésta.⁵⁹

F) En igual forma concibe Cerezo Mir⁶⁰ a las omisiones de que nos ocupamos, al considerar que en éstas se sanciona la mera no realización de una acción que el sujeto podía llevar a cabo en la concreta situación en que se hallaba, ejemplificando con el caso paradigmático de la doctrina relativo a la omisión de socorro.⁶¹

G) Por su parte, Fletcher⁶² explica que con el castigo de estas omisiones la norma pretende que se realice una acción beneficiosa, esto es, impone un deber

⁵⁸ Cfr., Islas de González Mariscal, Olga. *Op. Cit.*, nota 48, p. 47. Coincidente, Muñoz Conde ratifica la caracterización que hasta el momento ha sido una constante, al definir a la omisión pura o propia como aquella en la "... que se castiga la simple infracción de un deber de actuar, sin más. Equivalen a los delitos de simple actividad." Muñoz Conde, Francisco. *Op. Cit.*, nota 48, p. 31; en general en la misma tónica, Novoa Monreal nos dice que "...salvo casos muy excepcionales... los delitos propios de omisión están constituidos por 'pura inactividad', en el sentido de que se agotan en la simple no ejecución de un obrar determinado, sin que sea necesario añadir para su punibilidad ningún efecto externo especial ni alteración alguna en el mundo exterior." Novoa Monreal, Eduardo. *Op. Cit.*, nota 24, p. 54; en esta transcripción se observa una salvedad que apunta el propio Novoa Monreal, al advertir la existencia, a nivel de excepción, de tipos que requieren la presencia de un resultado material externo o de orden valorativo. Cfr., *Idem*.

⁵⁹ Cfr., Islas de González Mariscal, Olga. "La Omisión Impropia o Comisión por Omisión", *Revista mexicana de derecho penal*, México, Cuarta Época, abril-junio de 1974, No. 12

⁶⁰ Cfr., Cerezo Mir, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, (3ª reimpresión, 2003), España, Editorial Tecnos, 2001, tomo III, España, p. 255. Este autor agrega que los delitos puros de omisión son el correlato de los delitos de simple actividad en los delitos de acción, existiendo implícito un mandato de realizar una acción determinada; coincidente en términos generales, el maestro Porte Petit caracteriza a esta clase de omisión como "el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición" y señalando como elementos de la misma: 1.- Voluntad o culpa; 2.- Inactividad o no hacer; 3.- Deber jurídico de obrar y, 4.- Resultado típico. Con relación a este último nos explica que en la omisión simple o propia no se exige un resultado de carácter material o exterior, ya que se consuma el delito al no cumplirse únicamente con el deber jurídico ordenado por la norma penal. Cfr., Porte Petit Candaudap, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 17ª edición, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 239; con relación al mismo tópico, Welzel nos dice que en los llamados delitos de omisión propios, las disposiciones relativas imponen penas simplemente por la infracción de un deber de actuar, citando el ejemplo clásico de la prestación de socorro en caso de accidentes. Cfr., Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 26, pp. 239-240.

⁶¹ En el mismo sentido Vid. Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 43, pp. 315-317.

⁶² Cfr., Fletcher, George P. *Op. cit.*, nota 43, pp. 85-86. Fletcher apunta, a propósito de la omisión de socorro, que en países como Alemania o España se le considera como simple omisión, con independencia del resultado que se produzca; afirmación que también es aplicable a nuestro sistema jurídico con vista a la regulación de los delitos de abandono de personas de los artículos 335 a 343 del Código Penal Federal, y la diversa de los delitos de auxilio o cuidado prevista en los artículos 156 a 158 del Código Penal para el Distrito Federal; no obstante, el propio autor precisa que en Estados Unidos estas omisiones pueden constituir la base para que judicialmente se pueda exigir responsabilidad por homicidio.

de actuar; sin embargo, el problema de este deber es que deja de existir cuando, por razones de lugar o de tiempo no puede cumplirse, así, en principio, para que pueda hablarse de un delito de omisión propia es necesario exigir que el sujeto pueda y deba cumplir la acción que omite, y en este último caso, lo que no se realiza es un deber general impuesto por las leyes, con la consecuente ausencia de la actividad jurídicamente ordenada, independientemente del resultado material que se produzca, es decir, se sanciona por la omisión misma.

Como es palpable, al exponer Fletcher que el delito de omisión propia se presenta con las características apuntadas y con *independencia* del resultado material que ocasione, nos da un margen para entender que en este tipo de delitos puede estar presente un resultado material, sólo que la ley coloca su atención en la omisión misma, lo que no significa que aquél no existe o se presente en la realidad.

H) La caracterización hasta este momento expuesta de la omisión simple, es adoptada por Jakobs como parte de una clasificación bipartita de esta clase de omisión, cuya nota común se constituye de su formulación legal; así, dicho autor estima que en los delitos propios de omisión "...el injusto y la punibilidad están formulados legalmente...", esto es, mediante las formulaciones de un precepto de la Parte Especial o de leyes penales especiales.⁶³

En este sentido, dentro de esta clasificación general, Jakobs distingue dos clases de delitos de omisión propia, a saber:⁶⁴

a) Delitos de omisión propios semejantes a la comisión, tratándose de una modalidad delictiva en donde actuar y omitir equivalen expresamente; todos los

⁶³ Cfr., Jakobs, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Editorial Marcial Pons, 1997, p. 944.

⁶⁴ Cfr., *Ibidem.*, pp. 944-946.

delitos de esta clase ostentan la descripción expresa, o complementable mediante interpretación, de un autor obligado especialmente al definir el deber especial mediante el poder de organización que excluye a terceros (poder de organización sobre el propio ámbito o actividad vital, mediante la posesión de una cosa peligrosa, mediante la posición espacial del propio cuerpo o el vínculo social de la propia persona).

En este sentido, la concreción de este deber especial se corresponde con los problemas del deber de responder por la omisión de evitar un resultado material dispuesto, en su caso, en la parte general de los códigos penales; sin embargo, en estos casos, la ley, para el delito concreto establece que también existe una norma prescriptiva para los obligados especialmente y su infracción corresponde a una acción; en otras palabras, la disposición de equivalencia prevista en la parte general de los códigos penales es desplazada por la regulación específica de la parte especial.

b) Delitos de omisión propios que no son semejantes a la comisión en la medida en que la norma infringida, a pesar del mismo resultado de lesión o peligro, es más leve, y por tanto, también es sancionada más levemente que la norma de prohibición del correspondiente delito de comisión.

En los preceptos que establecen esta clase de delitos se trata de penalizar una lesión de la solidaridad mínima general ante un peligro para bienes importantes.

Con relación a esta clase de omisiones, Jakobs difiere de la denominación y tratamiento que tradicionalmente se le da como delitos de "mera actividad a la inversa", pues indica que "...la actividad prescrita no está descrita con exactitud, y sólo cabe mencionarla por su relación con el resultado...", poniendo como ejemplo el caso del delito de omisión de socorro, en donde se hace referencia al socorro o

ayuda destacando que la finalidad es eliminar el desamparo para los bienes afectados.

Por lo que se refiere a los delitos de omisión propia semejantes a la comisión, en mi opinión no son tales, sino que debe ubicárseles bajo la nota de impropios según se verá más adelante, pues su consignación en la ley es sólo una de las formas en que pueden presentarse, ya sea en la parte general de los códigos penales o en su parte especial con relación a determinados delitos particulares; a este respecto debe recordarse la antigua consideración de Luden, según la cual, el carácter impropio reside según ello en que el autor no se limita a una pura rebeldía, sino que por medio de su inactividad realiza un resultado que, normalmente, es ocasionado a través de un hacer positivo, por lo que más bien estaríamos ante genuinos delitos de comisión, y sin que en aquel entonces dicho autor haya adoptado como criterio la previsión legal.

En otro orden de ideas, la clase de delitos objeto de este apartado aparecen en forma tal que la norma vulnerada es siempre imperativa y el autor es indiferenciado, es decir, cualquiera que se encuentre en la situación típica puede convertirse en autor de omisión, pues en ellos la obligación de actuar en esa situación se deriva de su mera condición de habitantes y no por particulares relaciones jurídicas;⁶⁵ como ejemplo de lo anterior, tenemos las omisiones de auxilio, de cuidado o que implican el abandono de personas, previstas en los artículos 156 a 158 del Código Penal para el Distrito Federal; 335, 336, 340 y 341 del Código Penal Federal.⁶⁶

⁶⁵ Cfr., Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 46, p. 575.

⁶⁶ La tipificación de esta clase de omisiones, particularmente las que se refieren al auxilio de personas en situación desfavorable, puede suponer una intromisión excesiva en la esfera de las libertades individuales; no obstante, la opinión general es que prestar ayuda en estos casos representa un obrar correcto, sin que ello implique cuando se pueda prestar ayuda y no se da, que el sujeto que la omite tenga que responder por el resultado que se produzca.

1.2.2. Impropia (Comisión por Omisión).

Se ha estudiado en el apartado anterior que la omisión, particularmente la *propia*, queda satisfecha con el sólo no hacer algo determinado⁶⁷; sin embargo, es dable descubrir otras omisiones que además de lo anterior, para configurarse como delitos, requieren la *no evitación* de un resultado, de tal manera que la producción del mismo las hace *equivalentes* a los delitos de resultado, adquiriendo así, el nombre de *comisión por omisión u omisión impropia*.

A) En su época, Von Liszt indicaba ya que "Bajo ciertas condiciones el orden jurídico, del mismo modo que la vida misma, equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo (falso delito de omisión)."⁶⁸ Sin embargo, aclara que esta equivalencia no implica la provocación del resultado por no haberlo impedido, pues la punibilidad es independiente de la causalidad.⁶⁹

De esta manera, según este autor, "...solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto posible por parte de una persona. Aplicando esto al orden jurídico significa, pues, que sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo."⁷⁰

B) Para Mezger, coincidente en términos generales con lo anterior, reconoce la necesidad de vincular un *resultado* a la circunstancia de que no se actúa, y más precisamente destaca que "...a la no realización de la acción esperada y exigida, se

⁶⁷ Haciendo abstracción, por el momento, de los apuntamientos realizados en torno a la *independencia* del resultado que eventualmente en los mismos se pudiera presentar y que, al parecer, no inquieta lo bastante a las disposiciones penales.

⁶⁸ Von Liszt, Franz. *Op. Cit.*, nota 16, p. 303

⁶⁹ *Cfr.*, *Idem*.

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 304.

debe unir una determinada causación para el castigo en razón de un hecho consumado...⁷¹

C) Welzel no difiere en términos generales de la noción de este tipo de omisiones, aunque advierte que uno de sus distintivos es el no estar previstos en la ley; en este sentido, en ocasión de clasificar los diferentes tipos de omisión, señala que "...existe además un vasto grupo de mandatos que obligan a evitar la inminente lesión de bienes jurídicos, sin estar sancionados expresamente por la ley. Su transgresión se castiga, generalmente, de acuerdo al marco penal de aquellos delitos de comisión que se refieren a la realización de la misma lesión del bien jurídico. ...Este amplio grupo de delitos de omisión que no están colocados expresamente bajo sanción por la ley penal, es denominado 'delitos de comisión por omisión' o 'delitos de omisión impropios'.⁷²

La indicación de Welzel en el sentido de que estas omisiones no se encuentran previstas en ley, en mi concepto actualmente ya no tiene vigencia, sobre todo por la incorporación en la Parte General del Código Penal Alemán del artículo 13.1, que ya regula esta clase de delitos, situación análoga a lo que ocurre con nuestra legislación nacional, particularmente a nivel Federal y en el Distrito Federal según veremos.

D) En el mismo sentido, Maurach⁷³ nos enseña que se consideran como delitos de omisión impropia aquellos que realizan el tipo de un delito de comisión propia mediante una inactividad; v. gr., el padre que no salva a su hijo de la muerte segura; agregando, respecto a la *propiedad* de un delito, que ésta "... debe

⁷¹ Mezger, Edmund. *Op. Cit.*, nota 20, p. 118; más adelante en su exposición, Mezger trata de una causalidad que ahora conocemos como hipotética, y la hace consistir en que no puede ser añadido *in mente* la acción que ha sido omitida, sin que con ello se impida el resultado. *Cfr.*, *Ibidem*, p. 121; en las palabras de este autor se advierte un reconocimiento de la relación que existe entre el resultado producido y la acción omitida, pues en realidad no se trata de un "causalidad" propiamente dicha, situación que es necesario tener en consideración a efecto de no crear confusión en el análisis de estos temas.

⁷² Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 26, p. 240

⁷³ *Cfr.*, Maurach, Reinhart, *et al. Op. Cit.*, nota 32, pp. 223 y 224.

determinarse conforme a la concreta descripción legal de la acción en el tipo en el tipo; ...si un perjuicio típico de un bien jurídico descrito como actividad actuante (dar muerte), es producida por una inactividad (dejar producir la muerte), existiría un delito de omisión impropia...⁷⁴

E) Por su parte, Jescheck reitera la concepción que exponen los autores antes citados, aunque destaca, como un criterio de equivalencia, la presencia de un sujeto obligado a la evitación del resultado; así, "...en los delitos de omisión impropia al 'garante' le es impuesto un **deber de evitar el resultado**. El acaecimiento de éste pertenece al tipo y el garante que infringe dicho deber es responsabilizado penalmente por el resultado típico sobrevenido. Los delitos de omisión impropia son, por ello, el equivalente a los delitos de resultado."⁷⁵

F) La exposición de Bacigalupo⁷⁶ a este respecto parece concluyente, pues partiendo de que a la omisión de impedir un resultado prohibido, normalmente se ha considerado aplicable la escala penal correspondiente al delito de comisión, define a este delito de omisión como "...la realización omisiva de un delito de comisión..."⁷⁷ considerándole incluso como una variedad de los tipos de comisión.

Continúa este autor indicando que los elementos del tipo de esta clase de delitos provienen, en primer lugar, del correspondiente tipo de comisión: el resultado no evitado; mientras que los restantes, del tipo propio de omisión, y finalmente, la posición de garante, a la que dicho autor califica como un elemento de autoría no escrito, de carácter esencial.⁷⁸

⁷⁴ *Ibidem*, p. 226.

⁷⁵ Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. Cit.*, nota 39, p. 652. .

⁷⁶ *Cfr.*, Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.*, nota 44, pp. 109.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 124.

⁷⁸ *Cfr.*, *Ibidem*, pp. 124-125.

Al respecto, conviene indicar que la consideración de la posición de garante como un elemento del tipo no escrito, es una afirmación que en la actualidad no puede hacerse de una manera general, principalmente por la incorporación en diversos códigos penales en su parte general, de las conocidas *cláusulas de equivalencia y correspondencia*.

G) Para Cerezo Mir,⁷⁹ en los delitos de comisión por omisión hay implícito un mandato de desplegar una actividad tendente a evitar la producción de un resultado delictivo, de tal suerte que si éste finalmente se produce se le imputa al omitente que no lo impidió pudiendo hacerlo.

Aunque la caracterización que, en general, realiza este tratadista me parece correcta, en lo referente a la consideración del deber que se encuentra implícito, parece que sólo reconoce la existencia de un mandato, es decir, presupone el establecimiento de una norma preceptiva.

H) Se trata así, de acuerdo con la Dra. Olga Islas, de omisiones a las que se vincula un resultado material⁸⁰, pues el tipo⁸¹, expresamente señala dicho

⁷⁹ *Cfr.*, Cerezo Mir, José. *Op. Cit.*, nota 60, p. 255.

⁸⁰ Zaffaroni estima que no es del todo acertado considerar a los delitos impropios de omisión como aquellos en los que es esencial la producción del resultado material, antes bien debe atenderse a la equiparación con la conducta que viola la norma prohibitiva (la conducta que viola la norma imperativa es equiparada a la que viola la prohibitiva, y por ende, se requiere de la misma afectación –puesta en peligro o lesión- del bien jurídico, y sólo cuando el tipo lo demanda, que la conducta vaya acompañada de un resultado material determinado). *Cfr.*, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al. Op. Cit.*, nota 46, p. 576.

⁸¹ Con relación a la forma en que un tipo de comisión (acción) puede admitir su realización por vía de una omisión, Bacigalupo explica que detrás de cualquier tipo penal existe una norma y no simplemente un mandato o una prohibición, siendo éstas la forma instrumental de llevar a cabo la norma, la cual en sí prescribe de manera general qué bienes jurídicos deben lesionarse, finalidad que no puede ser contradicha por el tipo penal que es un instrumento para la realización de la norma, por tanto, el mandato de acción o la prohibición no tendrán por qué excluirse recíprocamente en los tipos penales; en este sentido establece el propio autor que la forma de interactuar mandatos y prohibiciones es la siguiente: los tipos impositivos no tienen la posibilidad de adicionar al mandato por el que se realiza la norma, una prohibición, pues se neutralizaría la descripción típica; en cambio, en los tipos prohibitivos es injusto excluir de ellos también el respaldo dado por un mandato de acción en determinadas y ciertas circunstancias, pues si detrás de ellos se encuentra una norma, esta adquiere ambas formas de realización, así, lo que determina que detrás de un tipo de comisión se encuentre también un mandato de acción para ciertos y determinados casos, es el fin de la norma en relación a la cual se construye el tipo. *Cfr.*, Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.*, nota 44, pp. 112-113; al respecto, no pasa inadvertido para mí que la explicación precedente parece encontrar acomodo en sistemas

resultado, así como la inactividad que el legislador asocia al mismo; ligándose ambos elementos entre sí, no por causalidad, sino por la posición de garantía en que se ubica el autor para la salvaguarda del bien, implicando esto la evitación de cualquier daño (resultado material); de esta manera, si no lo evita se le atribuye la autoría en su producción, no porque lo haya causado, sino por no haberlo evitado.⁸²

Así, en los delitos de omisión impropia, por el no actuar se permite la verificación de un resultado material, que se traduce en la producción de un cambio en el mundo exterior que el Derecho ordenaba evitar, infringiéndose, por tanto, una norma por la que "...se ordenan tanto la acción como la evitación del resultado material."⁸³

I) La descripción que sobre este mismo tópico nos proporciona Jakobs, permite visualizar con un poco más de detalle la forma en que se operan las consecuencias jurídicas en este tipo de omisiones, con vista ya a su regulación legal, cuya referencia a una norma de transformación en la parte general del ordenamiento punitivo, se asocia en forma inmediata con el artículo 13.1 del Código Penal Alemán, de esta manera, este autor indica que los delitos de omisión impropia son aquellos que surgen complementando genuinos delitos de comisión, a través de una norma general de transformación o complementación, prevista en la parte general del código penal, "...la cual indica que la norma de prohibición del

jurídicos que no tienen regulada la omisión impropia, en atención a lo cual es preciso realizar esfuerzos importantes en la interpretación de los preceptos penales a fin de arribar a soluciones satisfactorias en este campo; sin embargo, creo que tales esfuerzos son innecesarios en ordenamientos jurídicos como el nuestro o el alemán, donde se ha establecido una regulación al respecto mediante una cláusula de equivalencia virtud a la cual los tipos de acción con resultado material pueden concretarse a través de una omisión.

⁸² Cfr., Islas de González Mariscal, Olga. *Op. Cit.*, nota 48, pp. 47 y 49; en este sentido *Vid.*, Cerezo Mir, José. *Op. Cit.*, nota 60, p. 255 y 261.

⁸³ Islas de González Mariscal, Olga. *Op. Cit.*, nota 48, p. 32. Muñoz Conde reconoce esta clase de deberes a propósito de responder a preguntas como: ¿Mata el que no presta auxilio a un accidentado que se está desangrando en un lugar solitario?, pues se ocupa en un primer momento del estudio de la causalidad hipotética, a fin de constatar la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado; y en segundo lugar, establece la necesidad del deber que nos ocupa, esto es, del deber que tiene el sujeto de evitar el resultado, así como de sus fuentes. *Cfr.*, Muñoz Conde, Francisco. *Op. Cit.*, nota 48, p. 33.

delito de comisión ha de complementarse con la norma prescriptiva de un delito de omisión y que a la infracción del mandato ha de aplicársele la sanción correspondiente a la infracción de la norma de prohibición...⁸⁴

En otro orden de ideas, en cuanto a la clase de norma que se infringe con motivo de estas omisiones, creo conveniente recordar que "Luden ideó la designación de omisión *impropia* para la *comisión por omisión*, por entender que a través de la infracción de la norma *preceptiva*, la misma infringía, además, otra norma *prohibitiva*: la que *prohíbe* causar el resultado. La comisión por omisión era omisión *impropia* porque en realidad constituía una forma de causación del resultado prohibido."⁸⁵

Sin embargo, en la doctrina actual suele rechazarse tal construcción, por el argumento de que no puede infringirse por un *no hacer* una norma que prohíbe actuar; antes bien, cabe admitir que tras los delitos de resultado existen normas que prohíben éste, y aquellas que bajo ciertas condiciones obligan a su evitación.

No obstante los elementos anteriores, que de suyo parecen concluyentes, y sin perjuicio de ellos, creo existe, desde una perspectiva diferente, la posibilidad de aceptar que en tratándose de la omisión impropia pueda infringirse, además de una norma preceptiva, con la bifurcación apuntada, otra de índole prohibitivo.⁸⁶

⁸⁴ Jakobs, Günther. *Op. Cit.*, nota 63, p. 946; Así, junto a la prohibición de no matar a una persona mediante acción, a través de la norma general de complementación, aparece el mandato de mantener la vida de una persona mediante una intervención conforme a deber. *Cfr., Idem.*

⁸⁵ Mir Puig, Santiago. *Op. cit.*, nota 43, p. 312-313. Novoa Monreal explica que el delito impropio de omisión supone: 1.- Un tipo penal que contemple un resultado lesivo de un bien jurídico; 2.- Un omitente obligado a proteger activamente ese determinado bien jurídico; y 3.- La no realización por ese omitente de los movimientos corporales que habrían permitido impedir la lesión de ese bien jurídico. En estas condiciones, los tipos penales de comisión, destinados a proteger bienes jurídicos a través de normas prohibitivas, podrían ser realizados tanto por una acción positiva como por una abstención de precisos movimientos de un sujeto especial que evitarían su lesión. *Cfr., Novoa Monreal, Eduardo. Op. Cit.*, nota 24, p. 121.

⁸⁶ En sentido opuesto *Vid., Zaffaroni, Eugenio Raúl, et al. Op. Cit.*, nota 46, p. 576. En efecto, Zaffaroni dice que la teoría del garante fue primitivamente concebida como un componente no escrito añadido al tipo de comisión, porque se consideraba que la omisión impropia violaba una norma prohibitiva, habiendo sido el mérito de la doctrina posterior asentar lo contrario, o sea, que las omisiones siempre violan mandatos

En este orden, es posible percatarse, en un primer momento, que el derecho penal le impone al sujeto activo, como en cualquier tipo de omisión, el *deber de actuar*, sin embargo, tal mandato conlleva otro que puede estimarse principal, que consiste en la *evitación* de la lesión de un bien jurídico; pudiéndose advertir con ello que la norma le ordena dicha actuación a fin de procurar su conservación, lo que la erige, según mi entender, en una norma de carácter preceptivo o dispositivo, la cual resultaría quebrantada de no verificarse la actividad por ella ordenada.

Por otro lado, la producción de resultados nocivos para la sociedad encuentra una prohibición subyacente en las normas que los contemplan, tal es el caso del homicidio o del daño en las cosas, entre otros, con independencia de que dicho resultado se verifique por vía de acción u omisión, pues lo que le interesa al derecho penal es que no se produzcan aquéllos, y para tal efecto prevé la imposición de una pena en caso de contravención; en otras palabras, la infracción de una norma prohibitiva, a efecto de entender mi aserto complementario, no debe entenderse con vista a notas distintivas de la acción *stricto sensu* que la quebranta, sino al efecto o resultado previsto en ella, que por considerarse lesivo para el bien jurídico, también forma parte de la prohibición.⁸⁷

En adición a lo anterior, también se puede observar la cuestión relativa a la *infracción de una prohibición* en la omisión impropia: si consideramos la equiparación de la clase de omisión que nos ocupa, con la estructura de la acción

normativos, observándose con razón que, toda vez que se requiere este elemento, ya el tipo es otro: pasa a ser un *tipo de mandato de garante*.

⁸⁷ Así parece entenderlo Novoa Monreal cuando indica que en la omisión impropia a la par del quebrantamiento de una norma preceptiva, en estos delitos se exige que virtud a esa actitud se dé la lesión de un bien jurídico, por lo que también está presente en ellos, parcialmente, *un elemento* que es propio de una violación de norma prohibitiva, como acontece en los delitos de comisión (acción con resultado material); por tanto, la omisión impropia o comisión por omisión parece ser una estructura *autónoma*, con características, por un lado, de los delitos de acción y, por la otra, de los omisivos, a la que se antoja situar en un lugar propio, como híbrido entre estas otras formas delictivas. *Cfr.*, Novoa Monreal, Eduardo. *Op. Cit.*, nota 24, p. 131.

con resultado material; así, veremos que virtud a esa equiparación nuestra omisión requiere una afectación del bien jurídico en la misma forma que en el caso de aquélla, afectación que será atribuida al sujeto activo *como si* la hubiese producido; en este sentido, por virtud de una ficción jurídica,⁸⁸ con la naturaleza *prescriptiva* que la misma representa, al sujeto activo es dable el atribuirle la prohibición legal de causar cualquier lesión a los bienes jurídicos. Por tanto, sea en el sentido planteado en el presente párrafo, sea en el del anterior, en la omisión impropia es posible estimar que se contraviene una norma de carácter prohibitivo.

Para ser congruente con las aseveraciones previas, creo estar en condiciones de afirmar que se está en presencia del delito de omisión impropia o de comisión por omisión, cuando no se evita un resultado material por un no hacer o inactividad, violando una norma preceptiva, y parcialmente, otra prohibitiva en los términos anotados.⁸⁹

Ahora bien, he manifestado líneas arriba la existencia de una equiparación entre la no evitación de un resultado material y su causación por vía positiva, para los efectos de sancionar también a quien incurra en aquélla, por lo que es menester poner de manifiesto que para que pueda darse dicha equiparación es

⁸⁸ La ficción toma como verdadero lo que es ciertamente contrario a la realidad, en otras palabras, un hecho notoriamente falso en forma consciente, sin embargo, se razona como si fuese verdadero, pues la función de las ficciones legales, en esencia, consiste en imponer la aplicación de una norma ya existente a un caso distinto de aquél al que la norma se refiere, extender la solución de un caso dado hasta alcanzar otro caso, diferente de aquél al que la norma tiene correlacionada la solución en cuestión. *Cfr.*, Kelsen, Hans *et al. Ficciones jurídicas*, Tr., Jean Hennequin, Jordi Ferrer i Beltràn, México, Editorial Fontamara, 2003, p. 11.

⁸⁹ “En algunos casos se pena en una misma disposición legal tanto una acción que produce un resultado como también la omisión de evitar ese resultado... En estos casos se reúnen en una misma disposición un delito de comisión y un delito de omisión propio, un tipo de prohibición y un tipo de mandato.” Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 26, p. 240; Los delitos de comisión por omisión, aunque a veces aparecen taxativamente formulados en los códigos, no suelen definirse como tales; lo que acontece es que **la gran mayoría de los tipos concebidos como de hacer, pueden perpetrarse no haciendo** y suponen un riesgo concreto, que desemboca en la violación de una norma prohibitiva mediante el resultado de transformar el mundo exterior. *Cfr.*, Jiménez de Asúa, Luis. *Op. Cit.*, nota 7, pp. 404-405.

preciso introducir un requisito: *la calidad o posición de garante* respecto del bien jurídico protegido.⁹⁰

Conteste con esta idea, Jescheck nos explica que "...la equivalencia de la omisión con el hacer positivo presupone que el autor de la primera responda como 'garante' de la evitación del resultado. Todos los deberes de impedir el resultado descansan sobre la *idea básica* de que una persona determinada está *llamada* de un modo especial a la protección del objeto del bien jurídico puesto en peligro, y que todo el resto de los copartícipes *confían y pueden confiar* en la intervención activa de esa persona..."⁹¹

Asimismo, Zaffaroni señala que la mencionada correspondencia o equivalencia es, justamente, la consecuencia de que alguien (sujeto activo) se halla en la posición de garante.⁹²

Para el establecimiento de la equivalencia entre la no evitación de un resultado y su causación por vía positiva, el legislador dispone de tres opciones: 1.- Regular expresamente en un particular tipo, el deber de evitar el resultado, o bien, 2.- Establecer en la parte general del código penal: a) *Una regla general que permita que todos los tipos de acción con resultado material puedan ser realizados a través de una omisión*, o b) una regla que establezca, en forma taxativa o

⁹⁰ En este sentido *Vid.* Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.*, nota 44, p. 112; al respecto, Silva Sánchez estima que es necesario para esta equiparación, o sea, para la realización por omisión de los tipos de la Parte Especial, además de la calidad de garante en el sujeto activo, lograr una equivalencia total, una identidad estructural desde perspectivas normativo-materiales entre la omisión y la realización típica activa. *Cfr.*, Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 45, p. 385; *Vid.* Silva Sánchez, Jesús María. *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Argentina, Editorial Ad-Hoc, 1998, pp. 74, 92 y ss; sobre este elemento "identidad estructural" volveré con motivo del análisis de los requisitos para la integración de la omisión impropia, principalmente con vista de la regulación al efecto prevista en el Código Penal para el Distrito Federal, que en la fracción III, párrafo primero de su artículo 16, exige una equivalencia, en su eficacia, entre la inactividad y la actividad prohibida en el tipo.

⁹¹ Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. Cit.*, nota 39, p. 668.

⁹² *Cfr.*, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.* *Op. Cit.*, nota 46, p. 576. Para este autor, la nota diferencial de los impropios delitos de omisión consiste en que, al tener una estructura equiparable o paralela a la activa, sus autores no son indiferenciados, sino que se hallan, respecto del bien jurídico, en lo que la doctrina llama *posición de garante*.

limitativa, los tipos de acción con resultado material que puedan ser concretizados mediante una omisión.⁹³

En México⁹⁴, la que podríamos designar con el nombre de *cláusula de correspondencia o equivalencia*, fundamento de la comisión por omisión, y por ende, de la *calidad de garante*, adquirió carta de naturalización en nuestro orden positivo, por reforma de 10 de enero de 1994, Diario Oficial de la Federación del propio día, al introducir, en el artículo 7º del Código Penal, el ahora párrafo segundo que literalmente prescribe:

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

Como puede verse, de las diferentes opciones con las que el legislador contaba para establecer esta *cláusula*, decidió por introducir, en la parte general del Código Penal, una regla general que autoriza la realización por medio de una omisión de todos los tipos de acción con resultado material.

La Doctora Islas comenta que antes de la reforma legal citada, la mayoría de los juristas mexicanos hacían una ampliación de los tipos de acción con resultado material, para incluir en ellos a la omisión (comisión por omisión), posición que carecía de fundamento legal, ya que no existía una regla, en la parte general del Código Penal, que autorizara esa ampliación, dando lugar a una

⁹³ Cfr., Islas de González Mariscal, Olga. *Op. cit.*, nota 48, p. 32.

⁹⁴ Es interesante comentar, como una mera cuestión comparativa, que en Alemania, el Código Penal ha consagrado expresamente, lo que, según he dicho, podría llamarse *cláusula de equivalencia* en su parágrafo 13, que textualmente prescribe: “Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera (sic), y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción.” *Código penal alemán*, Universidad Externado de Colombia, Tr. Claudia López Díaz, donde puede verse que la ley autoriza la posibilidad de que un tipo formulado positivamente se realice por omisión, destacándose dos elementos, a saber: el deber jurídico de actuar y la correspondencia, de la cual me ocuparé posteriormente.

integración de los tipos penales, y a la violación de la garantía de legalidad en materia penal, contenida en el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional.⁹⁵

En tiempo más reciente, por igual vía, aunque con mejor técnica legislativa, el Código Penal para el Distrito Federal, establece igualmente una regla general que dispone la equiparación de los delitos de acción con resultado material y la producción de estos por vía omisiva, en los siguientes términos.

ARTÍCULO 16. (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

I.- Es garante del bien jurídico;

II.- De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y

III.- Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

a).- Aceptó efectivamente la 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.

⁹⁵ *Cfr.*, Islas de González Mariscal, Olga. *Op. Cit.*, nota 48, p. 32.

CAPÍTULO III

LAS FUENTES DE LA CALIDAD DE GARANTE (TEORÍA MATERIAL DE LAS FUNCIONES)

SUMARIO: 1. Calidad de garante (concepto). 2. Teoría material de las funciones. 2.1. Por la función de protección del bien jurídico. 2.1.1. Estrecha vinculación familiar. 2.1.2. Comunidades de vida o peligro. 2.1.3. Aceptación voluntaria. 2.2. Por el deber de control de una fuente de peligro. 2.2.1. El actuar precedente (injerencia). 2.2.1.1. Concepto. 2.2.1.2. Cualidad de la acción previa creadora de peligro. 2.2.1.3. El rechazo de la injerencia como fuente de posiciones de garante. 2.2.1.4. Una especie de la injerencia: la responsabilidad por el producto. 2.2.2. Control de fuentes de peligro operantes en el propio ámbito de dominio. 2.2.3.- Responsabilidad por la conducta de terceras personas. 3. La concepción de Jakobs (exposición general). 3.1. Estatus general y estatus especial como fundamento de la responsabilidad. 3.2. El estatus general: La competencia por organización. 3.2.1. Deberes de aseguramiento. 3.2.2. Deberes de salvamento por asunción. 3.2.3. Deberes de salvamento por injerencia. 3.2.3.1. La conducta precedente antijurídica. 3.2.3.2. El sometimiento a riesgos especiales. 3.2.3.3. Injerencia y comisión activa. 3.3. El estatus especial: La competencia institucional. 3.3.1. La relación paterno-filial. 3.3.2. El matrimonio. 3.3.3. La confianza especial. 3.3.3.1. Confianza que genera garantía. 3.3.3.2. Confianza que proporciona garantía. 3.3.4. Los deberes genuinamente estatales. 3.3.4.1. Relaciones estatales de poder. 3.3.4.2. Los fines estatales. 3.3.4.2.1. Previsión social elemental. 3.3.4.2.2. La seguridad interna y externa. 3.3.4.2.3. Los principios básicos del Estado de Derecho.

1.- Calidad de Garante (Concepto).

En el desarrollo del capítulo anterior se destacó la especial vinculación que se presenta entre la equivalencia de la no evitación de un resultado y su causación por vía positiva, por un lado, y la calidad de garante que debe presentarse en el sujeto activo, por el otro. En este sentido, estimamos que por lo que hace a la *cláusula de equivalencia*, hemos presentado una serie de explicaciones que nos permiten entenderla en forma clara; sentado lo anterior, creemos oportuno abordar el estudio de la característica del sujeto activo en que se centra el análisis de este apartado, y que según señalamos, guarda estrecha relación con la cláusula de equivalencia o correspondencia.

En este orden de ideas, aunque no emplea el término "garante" en su explicación, Liszt¹ distingue con claridad el deber que incumbe a aquél, al establecer que se trata de uno de índole jurídico que le obliga a impedir el resultado, con base en lo cual es dable equiparar el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo; abundando en esto, el autor precisa que al tratarse de una omisión contraria a derecho, se siguen las consecuencias jurídicas de la acción.

En esta concepción se sitúa al deber que incumbe al garante en una posición trascendental, de manera que su existencia determina la equiparación entre causar y no impedir un determinado hecho o resultado, dando margen con ello al delito designado por Liszt como "falso delito de omisión"².

En términos análogos Mezger³ reconoce la existencia de alguien a quien se asigna un deber de actuar, consistente en impedir un resultado antijurídico, de manera tal que al no realizar la acción esperada y exigida, se le atribuye la causación del resultado y se le sanciona en razón de un hecho consumado.

Aunque tampoco este autor emplea el término "garante", distingue la necesidad de una persona portadora de un deber de actuar cualificado, a cuyo incumplimiento se enlaza la causación de un resultado y la pena que corresponde a éste, en atención a lo cual, la presencia de dicha persona, es decir, del garante, constituye el elemento que posibilita la equiparación entre el delito de acción (comisión) con resultado material y una omisión.

¹ Cfr., Von Liszt, Franz. *Tratado de derecho penal*, 2ª edición (20ª edición alemana), Tr. Luis Jiménez de Asúa, España, Editorial Reus, 1927, tomo II, p. 304.

² *Ibidem.*, p. 303.

³ Cfr., Mezger, Edmund. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990, p. 122.

Para Welzel⁴ la posición de garante representa una relación vital, especial y estrecha, con el bien jurídico; dicha calidad convierte al que omite evitar un resultado típico, en autor por omisión, en el sentido del tipo de mandato de garante equiparado al delito de comisión.

En este concepto no sólo alude a un deber de evitar un resultado, sino que llama la atención respecto de la causa que da margen al surgimiento del mismo, cifrándola en una relación *sui generis* entre el garante y el bien jurídico, relación vital, especial y estrecha.

Por su parte, Maurach⁵ asume una postura ecléctica, disponiendo de una mixtura de elementos materiales y formales con el propósito de construir su concepto de "posición de garante", al que califica de "elemento especial de autoría"; así, para este autor sólo se puede afirmar la existencia de una posición de garante, cuando en virtud de una fuente determinada (formal), alguien deba ocupar una posición de protección de determinados bienes jurídicos o de vigilancia de ciertas fuentes de peligro.⁶

En efecto, cuando este autor refiere la expresión "fuente determinada", alude expresamente al canon clásico, considerando a la ley, libre aceptación, comunidad de vida o peligro, la injerencia e incluso la combinación de éstas, a partir de las cuales se bifurca el deber en términos de la teoría material acuñada por Armin Kaufmann, atendiendo a la relación del garante con respecto del bien jurídico lesionado.

⁴ Cfr., Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*, traducción de la 11ª edición alemana, 4ª edición castellana, Tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 251.

⁵ Cfr., Maurach, Reinhart, *et al. Derecho penal, parte general*, traducción de la 7ª edición alemana, Tr. Jorge Bofill Genzsch, Argentina, Editorial Astrea, 1995, tomo 2, p. 251.

⁶ En concepto de Maurach "La así configurada relación de la causa del origen con el daño concreto a un bien jurídico al mismo tiempo limita la posición de garante a la situación de protección o de defensa ante el peligro objetivamente atribuible a la respectiva causa..., en la medida en que la propia causa de origen (p. ej., la ley...) efectivamente obligue a la protección de determinados bienes jurídicos...frente a lesiones..., o bien a la vigilancia de determinadas fuentes de peligro..., con el objeto de que no resulten dañados bienes jurídicos de terceros..." Cfr., *Idem*.

Para Jescheck⁷, en los delitos impropios de omisión no basta con el hecho de que una acción posible hubiera evitado el resultado para hacer responsable de la lesión del bien jurídico a quien tenga capacidad de acción; antes bien, es necesario acreditar un “fundamento jurídico especial” si, excepcionalmente, alguien será responsabilizado por haber omitido la protección de bienes jurídicos mediante una acción positiva; por ello, la equivalencia de la omisión con el hacer positivo presupone que el autor de la primera respuesta como garante de la evitación del resultado.⁸

En este contexto “Todos los deberes de impedir el resultado descansan sobre la *idea básica* de que una persona determinada está *llamada* de modo especial a la protección del objeto del bien jurídico puesto en peligro, y que todo el resto de los copartícipes *confían y pueden confiar* en la intervención activa de esa persona.”⁹

En la dogmática penal española, Gimbernat acuña un concepto propio que no difiere en su esencia de la naturaleza que hasta ahora se ha atribuido por la mayoría de los autores; así, para este doctrinario la posición de garante es “...la posición que destaca a una persona (o personas) de entre todas las demás, que le hace responsable del bien jurídicamente protegido, y que, en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción...”¹⁰

⁷ Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición corregida y ampliada, Tr. Miguel Olmedo Cardenete, España, Editorial Comares, 2002, p. 668.

⁸ Si de la presencia o no de la posición de garante depende la equiparación de la omisión a la causación positiva del resultado, es necesario precisar en lo posible los casos en que dicha posición específica concurre; en este sentido, la seguridad jurídica aconseja limitar la admisión de verdadera posición de garante a los casos más inequívocos (*in dubio pro reo*). Cfr., Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 7ª edición (reimpresión), Argentina, Editorial B. de F., 2005, p. 320.

⁹ Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op cit.*, nota 7, p. 668.

¹⁰ Gimbernat Ordeig, Enrique. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana, una exposición. Estudios sobre los delitos de omisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 130-131.

En adición a lo anterior, este autor¹¹ comenta que el deber jurídico de actuar que fundamenta una posición de garante es un deber extrapenal, pudiendo tener su origen en el derecho civil o administrativo y selecciona a aquel o aquellos encargados de vigilar la indemnidad de un bien jurídico protegido.

Por otra parte, un deber estrictamente penal no fundamenta una posición de garantía, pues de lo contrario los delitos de omisión propia sólo servirían para fundar una posición general de garante, que sustentaría una omisión impropia.

Se puede considerar que la opinión en este sentido es prácticamente unánime, esto es, aquella que estima que los deberes estrictamente penales no son aptos para fundamentar posiciones de garante, ejemplo de esto los son autores como Armin Kaufmann, Jescheck, Blei, entre otros.

Para el propio autor¹², mientras que para la doctrina dominante, es garante quien está obligado *extrajurídicopenalmente* a velar por la integridad de un interés penalmente protegido, con independencia de que éste sea lesionado como consecuencia de la desestabilización de un foco de peligro o de una amenaza repentina para el bien jurídico no reconducible a un foco de peligro preexistente (la mujer sufre un infarto o va a ser asesinada, y el marido no interviene), para él sólo en el primer caso se está ante una omisión impropia, pues en el segundo, será una omisión propia.¹³

¹¹ Cfr., *Ibidem.*, p. 130.

¹² Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. *Causalidad, omisión e imprudencia. Estudios sobre los delitos de omisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 113-115.

¹³ Esta consideración no se traduce en la imposibilidad de protección, en la concepción de este autor, de bienes jurídicos determinados; antes bien, considera que existe una fuente de peligro capaz de generar una comisión por omisión si el vigilante o garante no aplica las medidas de precaución preceptivas, tanto cuando se trata de una fuente de peligro que puede menoscabar bienes jurídicos en principio indeterminados, como cuando se trata de un bien jurídico determinado que, por su desamparo, se ha convertido en una fuente de peligro que exige protección; v. gr., en este último caso, un niño es una fuente de peligro *para sí mismo* que debe ser vigilada. La reducción de la posición de garante fundamentadora de una comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de una fuente de peligro trae consigo que la imputación del resultado al omitente se realice si consta que una inactividad ha transformado un foco de peligro de permitido en prohibido, y si consta igualmente que ese foco de peligro (ilícito ya) ha causado materialmente el resultado. Cfr., *Idem.*

Corresponde a Armin Kaufmann el mérito de fundar la teoría de que los deberes de garante se determinan de acuerdo con puntos de vista materiales, construcción dogmática conocida como "Teoría de las Funciones".

En el contexto de la teoría en comento, para Kaufmann "La posición de garante consiste, pues, en una posición de protección con respecto a un bien jurídico."¹⁴

Ahora bien, en la concepción de este autor¹⁵, el quehacer del garante tiene dos vertientes:

En la primera, el sujeto del mandato tiene que estar vigilante a fin de proteger un bien jurídico determinado contra todos los ataques; aquí la función de protección consiste en la defensa en todos los flancos del bien jurídico contra peligros de todo género. Este primer tipo de tareas prevalece en aquellas posiciones de garante reconocidas en un precepto jurídico y aquellas basadas en la asunción fáctica de deberes contractuales.

La segunda vertiente consiste en la supervisión de determinada fuente de peligros, con independencia de los bienes jurídicos amenazados por esta fuente; así, la misión del garante es poner coto a la concreta fuente de peligros y sólo secundariamente puede derivarse la garantía de los bienes jurídicos amenazados

¹⁴ Kaufmann, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*, Tr., Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006, p. 289.

¹⁵ *Cfr.*, *Ibidem.*, pp. 289-290. Bacigalupo coincide con esta bifurcación de funciones, aunque se refiere a las mismas como presupuestos de la posición de garante, conceptuándolos como aquellos elementos que permiten determinar la relación del autor con el bien jurídico de una intensidad tal, como para constituirlo en su garante frente al orden jurídico; en este sentido manifiesta que existe acuerdo en las formas en que aparece la posición de protección, a saber: 1.- Posición de garante para la defensa de un determinado bien jurídico; y 2.- Posición de garante para la vigilancia de una fuente determinada de peligro. *Cfr.*, Bacigalupo, Enrique. *Delitos improprios de omisión*, Segunda Edición, Colombia, Editorial Temis, 1983, pp. 143-148. En este mismo sentido *Vid.*, Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. Cit.*, nota 7, pp. 668-669; y Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 8, pp. 317 y ss.

por dicha fuente. De esta forma, la misión de protección se plantea casi siempre en los supuestos de injerencia, los peligros que surgen en el ámbito social de dominio de una persona y las posiciones de garante derivadas de relaciones de confianza especiales.¹⁶

De acuerdo con esta teoría¹⁷, no basta cualquier mandato de evitar una lesión de bien jurídico para dar lugar a un delito de omisión impropia. Aun cuando tales mandatos se dirijan a determinado ámbito de personas, ello no significa aún que se trate de mandatos de garante.

Ciertamente, es constitutivo del delito de omisión impropia el infringir un mandato de evitar lesiones o puestas en peligro de un bien jurídico¹⁸, pero no toda infracción de un mandato en ese sentido realiza el tipo de un delito de omisión impropia, sino únicamente la infracción por parte de un garante, situación

¹⁶ Perdomo Torres critica la Teoría de la Funciones señalando que los argumentos que se presentan en ésta, se limitan a exponer la función que debe ser cumplida, es decir, proteger el bien jurídico o controlar una fuente de peligro, pero no muestra el motivo de la posición de garante que es precisamente lo que se espera encontrar, no muestra las condiciones según las cuales alguien está obligado a cumplir la función de protección o control. Asimismo, existe una carencia de sistematización de esta construcción dogmática, en razón de que una misma tarea puede ser formulable como protección de un bien jurídico o como control de una fuente de peligro. Falta claridad en la descripción del alcance del deber, lo que no permite considerarla como un criterio significativo en la obtención de deberes de garante. Finalmente, los principios a través de los cuales se puede obtener una vinculación jurídica no se mencionan, únicamente se abordan criterios superficiales que no tocan el centro de la cuestión. Perdomo Torres, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001, p. 38-39. No obstante las objeciones apuntadas, en mi opinión debe reconocerse el mérito de Kaufmann en el cambio de dirección para delimitar el deber de garante con base en criterios materiales, superando de esta forma la extensión inabarcable e inseguridad característica de los cánones clásicos; lo anterior, aunado a la amplia aceptación por la doctrina de dicha construcción dogmática.

¹⁷ Cfr., Kaufmann, Armin. *Op. Cit.*, nota 14, p. 291. De acuerdo a lo analizado, el deber de garante desempeña un papel importante en los delitos materia de este trabajo de investigación, lo cual se pone de relieve por Kaufmann en sus consideraciones axiológicas que determinan el tipo del delito de omisión impropia: “a) Punto de partida es la existencia de un tipo de acción, que veda la realización de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. b) Ha de existir un mandato que tenga por contenido evitar esa lesión o puesta en peligro de bien jurídico. c) La infracción de este mandato tiene que asemejarse al menos aproximadamente al delito comisivo descrito en a) en cuanto a contenido de injusto y magnitud del reproche de culpabilidad (y, por tanto, en merecimiento de pena). Aquí es precisamente donde está la sede del auténtico problema de la equiparación; en la formulación usual: aquí ha de plantearse la existencia o no de relación de garantía.” *Idem.*

¹⁸ Como tarea al sujeto del mandato puede encomendarse tanto la evitación de la lesión de un bien jurídico y la evitación de la puesta en peligro concreto del bien jurídico; incluso es concebible que la puesta en peligro abstracto constituya el resultado que ha de evitarse. Cfr., *Ibidem.*, p. 290

relacional que permite responder positivamente a la cuestión de la *equiparación* con el delito de comisión.

De esta manera, para Kaufmann,¹⁹ limitar o circunscribir la expresión “mandatos de garante” a la constatación de la existencia de un deber de evitar el resultado, estrecha la perspectiva respecto de la necesidad de distinguir entre la fundamentación del deber de evitación y el problema de la equiparación.

En efecto, del mandato de impedir una lesión de bien jurídico no se deriva todavía que haya que sancionar la infracción de dicho mandato legal con el marco penal del correspondiente delito de acción.

Esto es posible entenderlo si está absolutamente claro que de la sola concurrencia del mandato de impedir el resultado no cabe extraer como conclusión la equiparación con el delito comisivo, pues hacen falta criterios adicionales para justificar la igualdad del merecimiento de pena entre el omitir y el obrar.

Así, ese elemento adicional requerido por Kaufmann, lo destaca el propio autor a propósito de reseñar el progreso introducido por el Proyecto de Bonn de 1959, esto es, además de la obligación legal de impedir el resultado, el omitente, en atención a las circunstancias, debe encontrarse obligado a responder de que el resultado no se produzca, requisito que viene a traducirse en una especial función de garante, en virtud de la posición de garante en la comunidad, con lo cual se distingue entre la fundamentación del *deber* y fundamentación de la posición de *garante*.

En el ámbito de la dogmática nacional, la Dra. Olga Islas explica que la *calidad de garante* “es la relación *especial, estrecha y directa* en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del

¹⁹ Cfr., *Ibidem.*, pp. 291-293.

bien”, agregando, para profundizar que la misma “es una calidad del sujeto (activo), regulada por el derecho penal que, en los tipos de omisión, se introduce para especificar al sujeto que tiene el deber de actuar para la conservación de bien”.²⁰

Abundando en estas ideas, sólo puede constituirse en tal, quien previamente y por algún hecho o circunstancia de la vida, se ha colocado en tal posición, es decir, se ha convertido en el garante del bien jurídico frente a la lesión que pudiere sobrevenir, de tal suerte que el sujeto tiene el deber de ejecutar una acción idónea para evitar la lesión típica y, si no la ejecuta le será atribuida la lesión *como si él* la hubiere causado. Ahora bien, los hechos o circunstancias de la vida que la Doctora estima generadoras de la posición de garantía son: 1.- Normas jurídicas extrapenales, dentro de las cuales quedan incluidas las de derecho consuetudinario y las resoluciones de los tribunales; 2.- Una aceptación efectiva; 3.- Una conducta anterior peligrosa; y 4.- Especiales comunidades de vida o de peligro.²¹

Como se ve, no cualquier persona es garante de la conservación de un bien jurídico, sino que para constituirse en tal, es preciso colocarse en determinadas hipótesis que generen para la misma ese deber de actuar para la conservación del bien.

Esta estimación de la singularidad de en quien recae la clase de deberes que nos ocupan, la encontramos en la exposición de Lascuráin Sánchez, al señalar que se opta por “...reservar el término <<garante>> para designar, no a los jurídicamente obligados a actuar en defensa de un bien, sino sólo a los que lo están de un modo especialmente intenso: tanto, que la obligación está penalmente

²⁰ Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 5ª edición, México, Editorial Trillas, 2004, p. 39.

²¹ *Idem.*

reforzada; tanto, que el refuerzo es equivalente al de las obligaciones negativas relativas a un resultado.”²²

Coincidente con los planteamientos hechos, Zaffaroni nos dice que en los delitos de omisión impropia (comisión por omisión) “el autor se encuentra en *posición jurídica de cuidador, vigilante, conservador, evitador de peligros para el bien jurídico, es decir, garantiza ese bien jurídico (su integridad)*. Vale decir que se halla respecto del bien jurídico en lo que la doctrina contemporánea llama la *posición de garante*”²³ no obstante, y asumiendo una postura, pudiéramos decir, *materialista*, nuestro autor agrega que “el deber de actuar debe fundarse no sólo jurídicamente, sino también en una particular *intensidad obligante*, o sea que, *no cualquier deber jurídico de actuar genera la posición de garante*”.²⁴

Por su parte, Novoa Monreal, aportándonos importantes elementos complementadores, expone que la posición de garante está constituida, en forma esencial, por una convocatoria selectiva e imperativa, jurídicamente obligatoria, que pesa sobre alguien que asume la prevención de un riesgo; ella implica la exigencia de resguardar activamente los bienes jurídicos susceptibles de ser lesionados. Está en posición de garante todo aquél sobre quien recae la obligación jurídica de impedir un resultado prohibido; además, el garante debe poner de su parte todo lo que sea posible para impedir el resultado prohibido, ya que debe llegar hasta el límite de sus posibilidades.²⁵

Con ocasión de hablar de *calidad de garante*, se hace referencia a un *deber jurídico*; al respecto, adhiriéndome al punto de vista del maestro Novoa Monreal,

²² Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, España, Ediciones Civitas, 2002, Monografías, p. 53

²³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*, 1ª reimposición de la 1ª edición (1988), México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1997, tomo III, p. 459.

²⁴ *Ibidem*, págs. 464-465

²⁵ *Cfr.*, Novoa Monreal, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*, Argentina, Ediciones Depalma, 1984, pp. 136-137.

creo que es preciso establecer una diferencia entre un *deber jurídico*, como categoría jurídica general, y aquel *deber jurídico de actuar* que corresponde al garante, pues a éste no se le puede dar el mismo significado, en virtud a que pertenece a un ámbito jurídico diverso, en tal grado, que este último se encuentra restringido tan sólo a aquellos sujetos que están *estrechamente vinculados* a determinado bien jurídico, al punto que deben resguardarlo en forma activa. Asimismo, este deber está destinado a servir como reductor de aquellos que han de asumir la posición de garante en relación con los delitos de omisión impropia, y al que Novoa Monreal prefiere designar como "obligación de actuar" para marcar la diferencia que nos lleve a restringir el ámbito de los *garantes*.²⁶

Me parece que este criterio es compartido por Zaffaroni, al precisar que "No es el mero deber de actuar, sino la particular posición en que se halla el sujeto respecto de un bien jurídico cuya protección o conservación garantiza... *por supuesto que el garante tiene el deber de actuar, pero no todo el que tiene el deber de actuar es garante*. El que está en la posición de garante tiene un particular deber de garantía, **distinto** en intensidad vinculatoria y naturaleza, del **deber de actuar en general**, que hace a la autoría en la omisión propia".²⁷

Armin Kaufmann a propósito de delimitar el concepto del delito de omisión impropia, analiza el criterio de la "posición de garante" como posible distintivo respecto de los propios delitos de omisión.

²⁶ *Ibidem*, págs. 138-139.

²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, nota 23, p. 466. Atendiendo a las ideas tanto de Zaffaroni como de Novoa Monreal, podemos concluir que no todo aquel que omite evitar la producción de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado por vía positiva, sino *sólo determinadas personas* que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una específica posición de garante; ello no significa que deba quedar necesariamente impune quien omite sin encontrarse en dicha posición específica; su conducta podrá constituir un delito de omisión propia, si algún precepto penal le obliga a actuar.

Al respecto, señala que dicho criterio *dogmático* fracasa debido a que "...los mandatos de impedir el resultado no sólo subyacen a delitos de omisión impropia, sino, asimismo, a algunos delitos de omisión propia."²⁸

En efecto, dicho autor²⁹ señala que los mandatos de garante son normas especiales, lo mismo que los delitos de omisión impropia; sin embargo, exigencias especiales dirigidas al sujeto del mandato las podemos encontrar también en el ámbito de los delitos de omisión propia; así, con base en el código penal alemán, para Kaufmann quien está legitimado para disponer de una finca podría ser considerado garante respecto de la siega o erradicación de la maleza, o en el caso de la omisión de socorro existirá una posición de garante microcósmica si se interpreta el párrafo § 330 c en el sentido de que el ámbito de los obligados se limita a quienes se encuentran en la proximidades del accidente.

El carácter de delito especial como tal aún no permite la conclusión de que se trate de infracciones de mandatos de garante; para calificar a un delito de omisión como impropio se requiere, además del distintivo de delito especial, una relación singularmente estrecha entre el sujeto del mandato y el bien jurídico, posición que por contenido de injusto y culpabilidad, justifica la equiparación entre omitir evitar el resultado con producirlo activamente.

Así, la equiparación en cuanto a merecimiento de pena constituye una cuestión valorativa, un *problema axiológico*, no dogmático; de esta manera el *incremento cuantitativo* del contenido del injusto basado en introducir lisa y llanamente la posición de garante, no fundamenta la heterogeneidad dogmática ni resulta idóneo para distinguir entre delitos de omisión propios e impropios; antes bien, para Kaufmann, sólo con base en diferencias cualitativas, cabe establecer la delimitación entre delitos propios e impropios de omisión, con lo cual se destaca,

²⁸ Kaufmann, Armin. *Op. Cit.*, nota 14, p. 282.

²⁹ *Cfr.*, *Ibidem.*, p. 282-283.

asimismo, que la esencia especial del delito de omisión impropia no reside en su estructura dogmática, sino en sus referencias axiológicas.

La exposición anterior, en mi concepto, confirma la especialidad de la posición de garante en los delitos impropios de omisión, al destacar la diferencia valorativa con la diversa posición de garantía que advierte dicho autor en las omisiones propias.

Es precisamente esa diferencia axiológica sustentada en la especial y estrecha relación entre el sujeto del mandato y el bien jurídico garantizado, que por contenido de injusto y culpabilidad, justifica la equiparación entre no impedir un resultado y causarlo por vía positiva, la que confirma la singularidad de la posición de garante correspondiente a los delitos de que nos ocupamos en este esfuerzo de investigación.

En atención a lo anterior, la argumentación de Kaufmann si bien sostiene la ineficacia de la posición de garante como criterio de distinción dogmático entre las omisiones propias e impropias, no desconoce su importancia diferencial para las últimas; antes bien, profundiza el análisis de dicho elemento en esa clase de delitos al establecer que sus características designativas denotan un significativo criterio axiológico que atiende a la vinculación entre el garante y el bien jurídico; en ese sentido, sin duda, considero acertada la opinión al respecto de Bacigalupo³⁰ cuando afirma que en la omisión propia es relevante la posición del sujeto, pero la posición del simple omitente no es tan estrecha como la del sujeto del mandato en los impropios delitos de omisión.

2. Teoría Material de las Funciones.

³⁰ Cfr., Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.*, nota 15, pp. 141-142.

En esta construcción dogmática se considera el tratamiento de la posición o calidad de garante cuando la misma surge al corresponderle al sujeto una específica *función de protección del bien jurídico*, o bien, una *función personal de control de una fuente de peligro* en ciertas condiciones; mismas *funciones* que conllevan al análisis de sus respectivas implicaciones o situaciones propias, que participan de los mismos rasgos de la *función* a la cual se asocian.

2.1. Por la función de protección del bien jurídico.

2.1.1. Estrecha vinculación familiar.

El motivo jurídico más fuerte del que pueden derivarse deberes de garantía se encuentra determinado por el **vínculo natural**, y en este sentido, son los miembros más próximos de la familia quienes, por lo general, se encuentran recíprocamente obligados a evitar entre sí peligros para la vida o integridad corporal, resultando dudoso el que dichos deberes abarquen la tutela de bienes jurídicos de menos entidad de los mencionados; siendo necesario, sin embargo, para que posea eficacia jurídico-penal dicha relación, que se sustente en un vínculo jurídico.³¹ No resulta suficiente la existencia de una relación amorosa – entiendo noviazgo-, de amistad o vecindad.³²

Mir Puig³³ coincide con lo anterior, y en el caso de estas relaciones cercanas, añade, como nota distintiva, que deben traducirse en una absoluta dependencia existencial de unas personas respecto de otras. El ejemplo tradicional en esta clase de supuestos, es el de la protección y cuidado que los padres deben a sus hijos recién nacidos y hasta en tanto no puedan valerse por sí mismos; desde esta óptica creo que por cuestiones de reciprocidad también debe aceptarse la hipótesis de dependencia en que se pueden encontrar los padres ancianos de

³¹ Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*, Tr. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, España, BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1981, Volumen Segundo, p. 856.

³² Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. cit.*, nota 7, p. 670

³³ Cfr., Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 8, p. 321.

sus hijos adultos³⁴ y, en general, aquellos parientes entre los cuales se presente una relación estrecha por su proximidad, v. gr., entre hermanos.³⁵

Coincidente en términos generales, para Jakobs³⁶, los deberes del padre dan comienzo con la consumación del nacimiento (por lo que no se puede estimar un deber de evitar la interrupción del embarazo³⁷), y concluyen con la mayoría de edad del niño, toda vez que no existirá ya responsabilidad jurídica de los padres por el mundo vital del hijo.

No obstante, con un criterio que se podría considerar un tanto más riguroso, por lo que hace a los deberes del padre respecto del hijo ilegítimo, este autor³⁸ considera que no le afectan, pues sólo responde del bienestar del niño a través del pago de una pensión alimenticia, situación en la que igualmente se encontrarían los abuelos.

Creo que con independencia de la legitimidad, es menester, contrario al criterio postulado por este autor, atender al vínculo padres-hijos, pues es éste el motivo al que se debe atender para los efectos del surgimiento de deberes de garantía, y en su caso, la *ilegitimidad* en nada perjudica a ese vínculo natural y estrecho que es recogido en las más avanzadas legislaciones civiles y familiares, donde se reconoce incluso la obligación recíproca de prestarse cuidados y ayuda.

³⁴ *Vid.*, en este sentido Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. Cit.*, nota 7, p. 670. En contra Jakobs, quien señala que "...al igual que no es cometido jurídicamente asegurado del niño configurar el mundo vital de los padres, tampoco existe posición de garante de los niños respecto a sus padres por el mero hecho de que desciendan de ellos." Jakobs, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición corregida, Tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997, p. 996.

³⁵ El ejemplo o situación propuesta es ubicada por Zaffaroni, dentro de la clasificación adoptada por él, en el *deber legal*, y por lo que hace a la existente entre los cónyuges, la sitúa en el rubro de las *relaciones en sociedad o relaciones en la vida*. Para entender el punto, debemos indicar que Zaffaroni, en cierto sentido, adopta el criterio *formal* en lo que se refiere a las fuentes generadoras de la posición de garante, las que clasifica en la forma siguiente: a) El deber legal; b) El contrato; c) La conducta precedente; y d) Las relaciones en la sociedad o relaciones en la vida. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, nota 23, pp. 466 y 470.

³⁶ *Cfr.*, Jakobs, Günther. *Op. Cit.*, nota 34, p. 996

³⁷ En sentido contrario *vid.*, Jescheck, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, nota 7, p. 670.

³⁸ *Cfr.*, Jakobs, Günther. *Op. cit.*, nota 34, p. 996

En efecto, si bien existe la idea de limitar los deberes dentro del ámbito familiar, la obligación de dar alimentos existente entre cónyuges, ascendientes, descendientes, y eventualmente entre hermanos, no comprende, al contrario que la patria potestad, deberes genéricos de velar y socorrer.

Otro de los ejemplos encuadrables en este supuesto generador del deber de garantía, sería la posición en que se ubican los abuelos y nietos, existiendo en mi opinión un deber de asistencia de éstos para con aquéllos; creo asimismo que ese deber es posible entre hermanos³⁹ y, por supuesto, entre cónyuges, en función de la estrechez de la relación.

En concepto de Gimbernat⁴⁰, la posición de garantía goza de una amplitud no sólo dentro del ámbito familiar según se mencionó previamente, sino que aquélla se extiende también a otras personas que están recíprocamente ligadas entre sí por lazos estrechos, pero extrafamiliares, esto es, a relaciones existentes entre novios, entre prometidos, y entre parejas pre o extramatrimoniales de carácter hetero u homosexual.

Aunado a lo anterior, la estrecha relación vital (familiar o extrafamiliar), se entremezcla, en ocasiones, con el criterio de la comunidad de vivienda, y de ahí, para que surja la posición de garante se necesita, además de un vínculo interpersonal estrecho, que se conviva dentro de una morada común.⁴¹

³⁹ Coincido parcialmente con el criterio de Jakobs, cuando considera que la posición de garante, que en ocasiones se afirma de los hermanos en razón de su parentesco, falta por ausencia de comunidad, jurídicamente garantizada, del mundo vital; lo anterior, en razón de que una “ausencia de comunidad” puede interpretarse, de primera intención, como una lejanía de relación; sin embargo, aquélla también puede entenderse únicamente como lejanía física que quizá en nada perjudique a su relación familiar o vinculación estrecha, en atención a lo cual, es posible el deber de garantía entre hermanos. *Cfr., Idem.*

⁴⁰ *Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. Op. cit., nota 10, p. 153.*

⁴¹ *Cfr., Ibidem., p. 154.*

Por otra parte, la estrecha relación vital no sólo extiende, sino que también, excepcionalmente, restringe la aplicación de la comisión por omisión: si lo que fundamenta la posición de garante es la mutua confianza derivada de una relación interpersonal, entonces aquella puede desaparecer si ésta se encuentra deteriorada.⁴²

Así, el cónyuge que no evita los riesgos para la vida o salud del otro, no responde de un delito contra la vida o integridad física, en comisión por omisión, si la relación matrimonial se encuentra deteriorada o si viven separados de hecho o de derecho (nótese aquí la mezcla con el criterio de la *comunidad de vivienda*.)

El deber de protección que pudiera surgir de la causa o situación de que nos ocupamos, plantea la inquietud sobre el alcance de aquél respecto de los bienes jurídicos que puedan incluirse como afectos a la protección; al respecto y dada la estrecha vinculación de que se trata creo que fundamentalmente, y para efectos penales, los bienes que pueden ser considerados son la integridad física y la propia vida, limitación que es sostenida también por Jescheck⁴³ y Mir Puig.⁴⁴

Estimo que el deber de protección respecto de otros bienes jurídicos de inferior valor a los enunciados, no debe tenerse como deber de *garantía*, aunque sí puede existir un deber de protección, pero en términos generales, como el que le pudiera corresponder a cualquier integrante de la sociedad, y respecto del cual, de llegar a producirse una afectación por incumplimiento, considero debería generar

⁴² Cfr., *Ibidem.*, p. 155

⁴³ Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. Cit.*, nota 7, p. 670.

⁴⁴ Cfr., Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 8, p. 321. Dentro del marco de la estrecha relación vital, no existe pleno acuerdo en la doctrina sobre el ámbito de los bienes jurídicos cuya lesión hay que impedir. No obstante, dentro del matrimonio, al cónyuge, sí que se le hace garante no sólo de la vida e integridad física del otro, sino también de su patrimonio, si bien la garantía por éste se suele restringir a aquellos supuestos en los que la no evitación del daño patrimonial represente la ruina total del garantizado. A este respecto, y para enfatizar el grado de afectación patrimonial que da margen al surgimiento de la posición de garantía, se utilizan en la doctrina expresiones como *bien patrimonial existencialmente importante*, *amenaza existencial para el pariente*, *está en juego la existencia financiera*, *la salvaguardia del patrimonio familiar*. Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 10, pp. 156-157.

exclusivamente consecuencias del orden civil, atentos, claro está, a las circunstancias del hecho, en el sentido de no existir algún proceder de carácter intencional, por ejemplo.

En este orden de ideas, cabe destacar que el deber de protección del bien jurídico, tanto en esta vinculación natural o familiar, como en la comunidad de peligro y asunción voluntaria, de las que con posterioridad nos ocuparemos, tienen como nota distintiva el que la vinculación del garante con el bien jurídico de cuya protección se trata proviene de la relación existente con el sujeto titular del bien jurídico, la cual puede ser permanente, o bien, por el contrario, temporal.⁴⁵

La referencia de Bacigalupo al "grado de intimidad" de la relación del sujeto con el bien jurídico, denota una vinculación estrecha de la que ya se había hecho mención, situación que me parece es compatible con el concepto de "dependencia" en la construcción de Mir Puig⁴⁶, para quien no basta la concurrencia de las expresadas relaciones familiares, sino que además es necesaria la presencia en el caso concreto, de una situación de absoluta dependencia personal que caracteriza a la posición de garante.

Así, si el recién nacido queda al cuidado del personal médico, la madre no cometerá necesariamente infanticidio por omisión si desatiende a su hijo, aunque después se demuestre que de otro modo hubiera evitado su muerte.

Importa destacar la necesidad de concreta y efectiva dependencia personal en los supuestos más discutibles, como el de los padres ancianos, respecto de los cuales pueden encontrarse en posición de garante los hijos que los tengan a su

⁴⁵ Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.*, nota 15, p.144. Bacigalupo nos señala, además, que fundamentalmente lo que determina 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; esa *estrechez está dada aquí por la relación social que el omitente guarda con el titular del bien jurídico. Ibidem*, p. 145

⁴⁶ Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 8, p. 321.

cargo; aunque en estos casos, podrá intervenir también la idea de la asunción voluntaria de un riesgo, suficiente por sí para dar lugar a una posición de garantía.

En estas condiciones, para Mir Puig, la concurrencia de una efectiva dependencia absoluta de una persona respecto de otra, asumida por parte de ésta, es más decisivo que el tipo de relación familiar existente; de esta manera, las formas de parentesco distintas a la existente entre padres e hijos pequeños que pueden originar posición de garantía, se ha de resolver en función de la concreta presencia de la dependencia en comento, lo cual posibilitará que ostenten posición de garante los cónyuges y los hermanos entre sí, y aún familiares más lejanos, pero que en el caso particular, por la existencia de estrechas relaciones, tengan bajo su personal responsabilidad a otros.

Se observa en el pensamiento de Mir Puig una distinción importante para los efectos del nacimiento de una posición de garantía; en primer lugar, atiende a la relación familiar estrecha, destacando como ejemplo paradigmático a aquella que corresponde a padre e hijos, respecto de la cual, al parecer, se encuentra presente en forma inherente la característica de dependencia absoluta; en segundo lugar, resta importancia a las relaciones familiares distintas a aquélla, destacando incluso que lo decisivo es la dependencia; sin embargo, este autor no parece del todo convencido de su propio criterio, tan es así que al final de su exposición regresa al punto de partida para indicar: "Pero, lógicamente, cuanto más se aleje la relación familiar, mayores precauciones deberán tomarse para estimar la comisión por omisión." ⁴⁷

Parece como si confundiera las características del fundamento de la posición de garantía destacadas por él, con las situaciones en que éstas se presentan; lo cual trae como resultado la presentación por este autor de ambos elementos como

⁴⁷ *Idem.*

fuentes, situación que viene a bifurcar el planteamiento inicial que origina la posición de garante, generando con ello desconcierto o confusión.

2.1.2. Comunidades de vida o peligro.

La confianza recíproca en el “auxilio mutuo” existente en la comunidad, configura la razón fundamental de la posición de garante que se reconoce en los casos de estas comunidades.⁴⁸

En las relaciones estrechas de comunidad también es determinante que, con origen en recíprocas relaciones de dependencia y confianza, se asuman riesgos mayores o no se adopten cualesquiera otras medidas de seguridad (comunidad de peligro, convivencia análoga al matrimonio, relaciones de asistencia).⁴⁹

Así, en donde existan estrechas comunidades de vida o donde surjan, aún en forma pasajera, comunidades de peligro, todos los pertenecientes a tales comunidades se encuentran obligados (en el contexto de la relación de confianza recíproca existente) a la evitación de lesiones imputables de bienes jurídicos por parte de los demás; este principio ha extendido la responsabilidad penal de los afectados y también la “estrecha solidaridad”.

A) Comunidad de vida.

⁴⁸ *Cfr.*, Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 5, p. 258.

⁴⁹ *Cfr.*, Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. cit.*, nota 7, p. 670. El guía de una excursión de montaña está obligado, en tanto que él mismo busca auxilio, a proveer de todas la prendas de abrigo existentes al miembro de la expedición que, a causa de su debilidad, se había quedado atrás; el alojamiento en la propia casa de personas necesitadas de asistencia convierte en deber jurídico el cuidado necesario; la simple comunidad doméstica no fundamenta por sí sola una posición de garante; cuando varias personas beben juntas, cada una vela por la seguridad de su regreso; y tampoco hay deber de garante en una comunidad de empresa, en la que se pretenda la evitación de daños patrimoniales.

De acuerdo con Maurach⁵⁰, al igual que en el matrimonio, con base en la ley también cualquier otra estrecha comunidad de vida dentro o fuera de una morada común puede llegar a fundar una posición de garante con el fin de proteger los bienes jurídicos de la respectiva pareja; fuente de posición de garantía es no obstante la comunidad existente en la confianza basada en el auxilio mutuo, no sólo en la mera vida en común en un hogar común.

A diferencia de esto, por el papel que se reconoce a la morada común, Gimbernat⁵¹ expone que esta situación de hecho, como tal y aisladamente, se utiliza a veces para fundamentar posiciones de garante entre personas que conviven bajo el mismo techo, aunque no exista entre ellas una estrecha relación vital, pero sí, al menos, algo más que compartir la vivienda; en estas condiciones, se afirma un deber de garantía recíproco entre empleados del hogar y empleadores; y por cuestiones de moral ortodoxa se excluye cuando la amante del marido vive con el matrimonio o cuando se trata de una pareja de homosexuales.⁵²

No obstante, en una convivencia análoga al matrimonio, creo que el deber de garantía también se puede fundamentar en la comunidad de vivienda, o sea, la relación estrecha deriva de la convivencia cotidiana, del trato diario, de compartir la vida, pero todo esto tiene como presupuesto el vivir bajo un mismo techo, lo que hace que éste sea una nota distintiva de aquella.

En estas condiciones es necesario delimitar qué se entiende por comunidad de vida; así, en mi concepto ésta significaría vivir en común, compartir la vida, e incluso, podría aventurar la afirmación relativa a vivir bajo un mismo techo, en una

⁵⁰ Cfr., Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 5, p. 259.

⁵¹ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. cit.*, nota 10, p. 158. En otros supuestos, este criterio se utiliza como adicional e imprescindible (restrictivo) para que una relación familiar o sentimental pueda servir de base para una posición de garante.

⁵² Al respecto, Maurach coincide en que puede pensarse en una comunidad familiar en sentido amplio que habita un hogar común, incluyendo a las personas del servicio doméstico, no pertenecientes a la familia. Cfr., Maurach, Reinhart *et al. Op. Cit.*, nota 5, p. 259.

misma vivienda, situación de hecho que posibilita compartir deberes, experiencias, etc., que hacen efectivamente estrecha a una relación, de la cual se deriva la consabida posición de garantía.

Ahora bien, pueden imaginarse supuestos, como los postulados por Jescheck⁵³, en los que se considera que, aunque los cónyuges vivan separados, existe deber de garante, esto es, no importa la comunidad de vivienda, concediéndose así una mayor importancia, quizá, a las obligaciones previstas en ley; sin embargo, dicho autor afirma que en relaciones familiares más lejanas sí se requiere de la comunidad de vivienda para el nacimiento del deber que nos ocupa, lo que me parece contradictorio, pues debe darse un mismo valor a este factor, sobre todo cuando lo que define el surgimiento del deber de garante es la relación material existente entre el garante y el bien jurídico.

En el caso del matrimonio, la relación estrecha, al parecer, deriva o la hace derivar Jescheck con mayor intensidad (intensidad definitoria) del matrimonio mismo, de los derechos y obligaciones inherentes, previstos en ley; y en el caso de un parentesco lejano, al ser un poco difusa o no tan clara la relación, se hace depender la *estrechez*, de una convivencia cercana, compartida y más precisamente, de una vida en común, esto es, bajo un mismo techo, que es lo que puede explicar el surgimiento de un deber de garante.

Así, vivir bajo un mismo techo, en una morada común, en el contexto de una relación armoniosa, compartida en cuanto a derechos, obligaciones, gratitud y respeto mutuo, en fin, da margen al surgimiento de expectativas recíprocas por quienes forman parte de esa comunidad en apelación a lo vivido, y éstas bien pueden justificar el surgimiento de una posición de garantía; siendo factible aplicar este razonamiento no sólo a las relaciones familiares cercanas o lejanas, sino también a las *extrafamiliares*.

⁵³ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 10, pp. 153-158..

Acorde con lo anterior, es posible que la acogida en el hogar pueda originar una posición de garante en el dueño respecto de los bienes jurídicos de los huéspedes, en la medida de que se trate de daños ubicados dentro del ámbito de su dominio y concurren circunstancias fundantes del deber de vigilancia o protección; sin embargo, el recibir en el hogar no puede llevar a que el dueño de la casa se transforme en una especie de policía privado, con la obligación de intervenir violentamente contra terceros que ejerzan fuerza contra sus huéspedes, en todo caso esto excluye la autoría por omisión, no así una eventual participación.

Como ejemplo de esto, a diferencia de lo expuesto por Gimbernat, Maurach⁵⁴ estima que se puede pensar en comunidades similares al matrimonio entre novios, e incluso, homosexuales.

En todo caso, la posición de garante sólo puede ser fundada cuando exista una base de confianza suficiente, v. gr., los huéspedes sólo pueden confiar en que durante su permanencia en el hogar del anfitrión no se encuentran amenazados por peligros graves.

B) Comunidad de peligro.

La expresión *comunidad de peligro* alude a la participación voluntaria en una actividad peligrosa en que intervienen varias personas tácitamente obligadas a, en su caso, ayudarse entre sí.⁵⁵

La razón por la que se asume el peligro, según se adelantó al comienzo de este apartado, radica en esencia en la confianza de la posible ayuda de los demás intervinientes, pues nadie se atrevería a realizar en solitario determinadas

⁵⁴ Cfr., Maurach, Reinhart *et al.* *Op. Cit.*, nota 5, p. 259.

⁵⁵ Cfr., Mir Puig, Santiago. *Op. cit.*, nota 8, p. 322.

excursiones; así, el hecho que por virtud a la confianza⁵⁶ en el auxilio de los demás integrantes del grupo se asume el peligro que representa la actividad de que se trate, en mi concepto, llevaría implícita también una *asunción o aceptación voluntaria* por parte de todos los integrantes.

En efecto, el fundamento último de este grupo de casos, según comenta Mir Puig,⁵⁷ puede verse en la asunción voluntaria de la función de protección de los demás participantes; de ahí que, en consecuencia no surja la posición de garantía en situaciones no elegidas voluntariamente o frente a riesgos de los que expresa o tácitamente no se hace responsable el sujeto.⁵⁸

Así, de acuerdo con este autor, en el supuesto de que alguno de los partícipes sufra un accidente relacionado con el riesgo típico de la actividad compartida, se encuentran respecto de él en posición de garantía todos los demás o quien tenga confiada la custodia; como ejemplos de lo anterior, puede pensarse, respectivamente, en una expedición alpina en la que participan 3 compañeros expertos a un mismo nivel, o en el guía de una excursión de turistas inexpertos.

En efecto, en opinión de la Dra. Olga Islas, cuando la calidad de garante se adquiere por pertenecer a especiales comunidades de peligro, se entiende que, por el simple hecho de que un sujeto se haya colocado en la situación de miembro de una comunidad de tal naturaleza, tiene el deber de actuar para evitar la lesión al

⁵⁶ Con relación a la confianza Zaffaroni señala que de la circunstancia de que sea ésta la que funde la posición de garante, no puede concluirse que debe ser tal que haya determinado a cualquiera de los participantes a prescindir de otras medidas de seguridad, porque la confianza mutua no tiene que estar dada de esa manera. *Cfr.*, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, nota 23, p. 468.

⁵⁷ *Cfr.*, *Idem.*

⁵⁸ La doctrina dominante opina que cuando varias personas resuelven conjuntamente llevar a cabo una empresa arriesgada (por ejemplo, un grupo de montañismo que decide escalar una montaña), concertada con anticipación y no originada de una manera casual, todas ellas se convierten en garantes de los restantes miembros del equipo, y en esa condición responderán de un delito contra la vida o la integridad física si no auxilian a aquél que se tiene que enfrentar con una situación apurada. Así, de acuerdo con lo apuntado, entre náufragos no existe vinculación por deber de garante, y lo propio ocurre entre las víctimas de un fenómeno natural, como puede ser un terremoto, un incendio o inundación. *Cfr.*, Gimbernat, Enrique. *Op. Cit.*, nota 10, p. 159.

bien o a los bienes de los cuales son titulares otros miembros de la comunidad; claro que, en estos casos, los bienes en relación con los que se es garante tienen que estar estrechamente vinculados en el funcionamiento de la comunidad de referencia.⁵⁹

En estas condiciones, de acuerdo con Maurach⁶⁰, no es dable aceptar una extensión de una comunidad de peligro demasiado amplia; al respecto, claro está que dicha comunidad resulta aplicable a ejercicios comunes en la cuerda floja, expediciones y exploraciones, pero no lo es en comunidades ocasionales e involuntarias, según se adelantó.⁶¹

Finalmente, en casos poco frecuentes también es posible que una comunidad de vida o peligro pueda fundar una posición de garante respecto de los bienes jurídicos de terceros (agresiones de enfermos mentales violentos acogidos en la comunidad, en la medida que no exista un deber de garante fundado en ley), frente a los peligros que surjan de la misma comunidad, correspondientes a actividades comunes esenciales de ésta y que puedan afectar a aquellos (fogatas).⁶²

2.1.3. Aceptación voluntaria.

Antiguamente se consideró al contrato como el fundamento de los supuestos de aceptación de un deber.

⁵⁹ Islas de González Mariscal, Olga. *Op. cit.*, nota 20, p. 39. De la explicación de la Dra. Islas se entiende que el garante lo es de diversos bienes, pero ¿será necesario que abarque además de la vida y la salud o integridad física, a otros de índole patrimonial, o únicamente a aquéllos? Al respecto, ratificamos nuestra postura expuesta en relación a la *estrecha vinculación familiar o natural*, claro que dependiendo del caso según se indicó, pues habrá ocasiones en que la cohesión de tal comunidad tenga fines superiores, que el daño imprudencial a bienes de jerarquía inferior no representa un atentado a la misma, sino consecuencia de ella, por lo que deberán admitirse los riesgos accesorios de aquellas actividades de las que voluntariamente se ha decidido ser parte.

⁶⁰ *Cfr.*, Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 5, p. 260.

⁶¹ Al respecto, *vid supra* nota 58.

⁶² *Cfr.*, Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 5, p. 260.

Al respecto, Mezger⁶³ también reconoce que dicha aceptación del deber puede fundamentarse mediante una “conducta concluyente” o de una “gestión de negocios” sin encargo previo; v. gr., para el cirujano que inicia un operación quirúrgica, se genera, dentro de ciertas circunstancias, el deber de continuarla.

Acorde con esto último, para Welzel⁶⁴ la posición de garante surge por la asunción de hecho⁶⁵ de la garantía; el supuesto de aplicación más importante es la asunción de deberes contractuales, aunque debe hacerse hincapié que el deber de garante no se identifica con uno contractual vigente; antes bien, lo decisivo es la asunción fáctica del deber correspondiente al contrato; así, la posición de garante surge virtud a dicha asunción, y sólo cuando comienza la situación de peligro de cuyo manejo está encargado el garante, v. gr., el caso de la niñera.

Welzel⁶⁶ también advierte la existencia de posiciones de garantía provenientes igualmente, de una acción fáctica de asunción, independientemente de una relación contractual;⁶⁷ a estos casos pertenecen los servicios médicos de

⁶³ Cfr., Mezger, Edmund. *Op. Cit.*, nota 3, p. 123.

⁶⁴ Cfr., Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 4, p. 253.

⁶⁵ Actualmente existe unanimidad en que la presencia o no de una posición de garante con motivo de un contrato, no depende de la validez de éste, sino de la *asunción fáctica* de que se va a velar por un determinado bien jurídico. Esto permite extender la posición de garantía a supuestos en los que no se ha creado relación obligacional alguna, ejemplo de esto puede serlo el de la niñera que responde de la vida y salud de un recién nacido, a pesar de la nulidad del contrato. (Se dice que no se creó relación obligacional alguna precisamente por la nulidad del contrato; no obstante, la posición de garante subsiste). Asimismo, dicha *asunción fáctica* posibilita la permanencia de esa posición de garante aún después de la terminación de la vigencia del contrato; así, si la niñera fue contratada hasta las doce de la noche, y aunque los padres regresen hasta la dos de la madrugada, aquélla sigue siendo garante hasta esta última hora, y si abandona al niño, responderá por los eventuales daños en su vida o salud. Por otra parte, el criterio de la *asunción fáctica*, en algunas ocasiones lleva a restringir el ámbito de la posición de garantía, negándose ésta en supuestos en los que civilmente está fuera de discusión que existe ya una obligación contractual; de esta manera, en el caso de la niñera que no comparece a la hora acordada, sólo podrá apreciarse un incumplimiento con las consabidas consecuencias civiles, pues mientras no se produzca el relevo, o sea, la *asunción fáctica* de la niñera, los padres siguen siendo los garantes. Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 10, pp. 150-152.

⁶⁶ Cfr., Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 4, p. 254.

⁶⁷ Para Mir Puig, la mera existencia formal del contrato no siempre es necesaria ni suficiente para dar lugar de hecho a la equivalencia real entre omisión y acción, por lo que lo es una asunción voluntaria del riesgo que aumente éste. Como ejemplo de una asunción voluntaria sin la presencia formal de un contrato, este autor acude a un supuesto que plantea Stratenwerth, consistente en el auxilio que inicia una persona respecto de otra; mostrando con ello que no es preciso consentimiento contractual alguno (aunque puede pensarse en el

urgencia; las meras relaciones de favor que no se han concretado en una relación contractual, pero que constituyen la base de una posición de garante: ayuda en el cruce de una calle, llevar a casa a un ebrio, prevenir a los que vienen atrás en el tráfico, etc.

Por su parte, y conteste con la exposición de estos autores, Maurach⁶⁸ esta de acuerdo en que el supeditar una posición de garante a la validez contractual, presenta inconvenientes a los que califica como “consecuencias imprevisibles”, derivadas de la nulidad, terminación del contrato, o a pesar de su existencia y validez aún no se ha asumido materialmente la función prevista en el clausulado.

Así las cosas, coincide este autor, en que la aceptación efectiva de un círculo especial de obligaciones vinculado a la evitación del resultado, se considera como criterio determinante, el cual asimismo permite incluir los casos de relaciones especiales de confianza, sin retrotraerlas a un fundamento contractual.

Sobre la base de la libre aceptación surgen en su mayoría, posiciones de protección en beneficio de determinados bienes jurídicos frente a potenciales agresiones, a fin de preservar indemnes a determinadas personas u objetos de valor.⁶⁹

consentimiento presunto) *para que resulte justificada la aparición de la posición de garante*, siendo necesario para ese efecto, *que el interviniente haga imposible otra clase de auxilio eficaz*, pues de otra manera, esto es, si a propósito de su auxilio no se aumenta el peligro ni se disminuyen las posibilidades de que operen otras ayudas, no habría razón para pensar en un deber de garante ni para responsabilizarlo del resultado que sobreviniere. *Cfr.*, Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 8, pp. 322-323.

⁶⁸ *Cfr.*, Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 5, pp. 256-258.

⁶⁹ Como ejemplo de lo anterior cabe mencionar la asunción contractual del cuidado de enfermos, niños, trabajadores; contratos que pueden representar la creación o incremento de un peligro, tal como la aceptación de una labor de un guía de montaña, o bien la enseñanza de la natación o la conducción; para el caso de relaciones de confianza puede pensarse en el caso del vínculo entre asegurador y asegurado, relevante para los casos de estafa e infidelidad; entre el empresario de la obra y quien la encarga, como ocurre en los negocios de crédito. *Cfr., Idem.*

Por otra parte, para Maurach⁷⁰, la estratificación de las consecuencias penales de los presupuestos civiles tiene sus efectos; de ahí que no haya responsabilidad del guía en el caso de accidente de un turista, cuando éste no hace caso de las indicaciones de aquél, y sigue un camino de montaña peligroso y sin compañía.

También la asunción sólo da lugar a una posición de garante respecto de lesiones a bienes objetivamente imputables, por lo que no existe tal en el empleado sobre la base del contrato de trabajo y con el fin de protección del patrimonio del empleador ante un hurto en la empresa.⁷¹

La vigilancia de fuentes de peligro es frecuentemente asumida en forma voluntaria, trayendo aparejado una posición de garante para quien la asume, respecto de los bienes jurídicos que puedan resultar dañados o lesionados con dicha fuente; v. gr., asunción contractual del deber de vigilancia de determinadas instalaciones; y lo mismo rige sobre la asunción de cuidado de la obra del constructor por el empresario.

Dentro de las características de la asunción voluntaria, Jescheck⁷² estima importante que el afectado, confiando en la disponibilidad para la intervención del garante, se exponga a un riesgo mayor de lo que en otro caso haría o renuncie a cualquier otra protección.⁷³

La afirmación anterior no es compartida por Zaffaroni, para quien la confianza que implica el que otro haya asumido voluntariamente la protección, no

⁷⁰ *Cfr., Idem.*

⁷¹ Al respecto, Jescheck destaca que la práctica ha extendido desmesuradamente el deber de garante en virtud de asunción voluntaria: el deber de impedir los robos en una empresa sobre la base de un contrato de trabajo; sobre la base de un contrato de obra, se sostiene el deber de comunicar a la otra parte contratante la situación de insolvencia sobrevenida tras la perfección de aquél. *Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. Op. Cit., nota 7, p. 672.*

⁷² *Cfr., Ibidem., p. 671.*

⁷³ En este sentido *Vid. Mir Puig, Santiago. Op. Cit., nota 8, p. 322.*

debe ser tal que haya determinado al otro participante a prescindir de otras medidas de seguridad, ilustrando con el ejemplo de que "para la punibilidad del bañero que no salva a un ahogado no puede tomarse en cuenta si la víctima conocía la vigilancia y confiaba en ella".⁷⁴

Aunque para la asunción de deberes no es necesario, según se ha visto, una relación contractual, existen situaciones que suponen una coordinación de dos voluntades para la transmisión de aquéllos, de manera que, de acuerdo con Lascurain Sánchez,⁷⁵ pueden distinguirse en dicha coordinación a un asumente y un delegante libres, que deciden organizarse de esa manera.

Sin embargo, para que pueda operar el mecanismo de delegación se requieren la capacidad de desarrollarla y la posibilidad de su cumplimiento.

En este sentido, por cuanto hace a la capacidad de desarrollar los deberes objeto de la delegación, implica que debe efectuarse una selección adecuada de la persona que la llevará acabo, ya sea para una autoprotección o cuando de lo que se trata es de la indemnidad de terceros.

En efecto, la elección de un delegado con incapacidad para la auto o heteroprotección, no generará ningún deber en éste, pues dicha incapacidad paraliza el mecanismo de la delegación, al faltar un requisito que condiciona la traslación del deber; así, no basta un cumplimiento formal cuando hay una carencia material, esto es, cuando estamos en presencia de dicha incapacidad.

⁷⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, nota 23, p. 468. La asunción voluntaria es analizada por Zaffaroni a propósito de estudiar dentro de las fuentes *formales o clásicas* al *contrato*, el cual, nos dice, es generador de la posición de garante cuando hay un particular deber de cuidado, vigilancia o protección que emerge de la *confianza* depositada; sin embargo, creo que la validez contractual no tiene por que afectar la posición de garantía en la que voluntariamente alguien se ha colocado, según lo analizado hasta ahora, sobre todo cuando los bienes en cuestión son de alta jerarquía como la vida o la salud.

⁷⁵ *Cfr.*, Lacuraín Sánchez, Juan Antonio. *Op. Cit.*, nota 22, pp. 120-123.

En estos casos, según Lascurain, si posteriormente, por ignorar las dimensiones de su deber, no interviene inmediatamente, mediatamente o a través de una nueva delegación deben aplicarse las reglas del error para determinar su responsabilidad.

Ahora bien, a pesar de que la incapacidad genera falta de delegación, ausencia de deber en el delegado y su consecuente exoneración, sea consciente o pueda serlo de su incapacidad, **la aceptación de la posición de garantía supone un actuar precedente peligroso que origina un deber de garantía para su agente.**

En este sentido, es posible observar que si bien la asunción, a través del mecanismo de la delegación, y en presencia de una incapacidad, no genera deber ni responsabilidad, la aceptación de la encomienda supone una injerencia o actuar precedente, de suerte tal que si por aquél mecanismo no se generó el deber en comento, por la segunda vía me parece inevitable.

Por último, la delegación sólo surte sus efectos si existe posibilidad de cumplimiento, es decir, cuando se produce la dotación del necesario dominio para el cumplimiento del deber, lo que supone poder de influencia material y de dirección personal; aquel poder podrá comprender instrumental, capacidad financiera o facultades de dirección, paralización de la actividad peligrosa. El dominio significa también información: recibir la formación e información necesarias para cumplir con la función encomendada, y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control.

Por otro lado, es importante comentar que con motivo de la delegación se produce un nuevo deber (en el delegado) y el efecto de transformación del originario deber del delegante, que no su desaparición.

Así, para Lascuráin Sánchez,⁷⁶ delegar una tarea no es transmitirla sin más como si de una compraventa se tratara, únicamente cambia la forma en que debe preocuparse el delegante; pues no le pueden ser ajenos los efectos nocivos que su ámbito pueda producir, ya que el ámbito delegado sigue siendo ámbito suyo.

Cuestión distinta es la de que pueda prescindir de la carga del control inmediato de la fuente de peligro delegada y que pueda sustituirla por un deber de supervisión del delegado y por un deber de intervención si el delegado no cumple adecuadamente con su deber: es en esta transformación de su deber en donde reside para el delegante la ventaja de la delegación.

Ahora bien, la determinación de este deber de vigilancia habrá de fijarse en atención al tipo de actividad y a las características personales del delegado.

Por otra parte, atendiendo a toda esta situación, Lascuráin estima que si bien puede pensarse estamos ante la hipótesis de que unos responden por lo que hacen otros, tal conclusión es negativa, pues la responsabilidad queda modulada por efecto de la delegación, que es un mecanismo de reparto del control propio del deber originario, y para evaluar la contribución del delegante al resultado será decisivo la infracción de su deber de garantía y su conexión con el resultado. De esta manera, supuesta la primera, podrá no haber conexión si de haberse desplegado la actividad debida del delegante, el resultado hubiera sido el mismo, es decir, si la eficacia potencial falla; esto significa que no será el riesgo indebidamente no controlado el que se realiza en el resultado, como lo demuestra el hipotético comportamiento adecuado a derecho.

Lo anterior puede observarse en los casos de comportamientos antijurídicos del delegado, que no tengan relación con la función que se delega, o aún teniendo

⁷⁶ *Cfr., Ibidem.*, pp. 114-118.

dicha relación en forma genérica, se ejecutan en exclusivo interés del agente, que se aprovecha de su margen de autonomía y del carácter forzosamente parcial de la actividad de vigilancia.

Otra cuestión importante es la relacionada con las características de la delegación misma y su instrumentación, lo que lleva necesariamente a abordar cuestiones de forma en este mecanismo de transmisión de deberes.

Al respecto, el propio autor⁷⁷ considera que ni la formalidad de la delegación y de la aceptación, ni su expresividad condicionan el mecanismo de la delegación. Tampoco lo hará la desprotección del delegante –en general, del afectado- por el curso de riesgo cuyo control se delega.

Cómo se instrumente el acuerdo, si se formaliza o cómo se formalice es irrelevante. Hay un nuevo deber de garantía si hay acuerdo de voluntades; así, la delegación y aceptación implícitas adquieren gran importancia en los supuestos tradicionales de estrechas comunidades de vida o de comunidades de riesgo, en lo que no es difícil encontrar pactos implícitos de socorro en caso de peligro, bien de protección mutua, bien de protección unidireccional del más capacitado hacia los demás.

Lascurain considera que salvo las obligaciones o deberes de los padres a los menores hijos, en las demás relaciones familiares el deber no se genera por la vinculación natural, sino por la asunción de funciones de protección; relacionado con esto sugiere el ejemplo del matrimonio en donde es el propio derecho civil el que dota de contenido al contrato aunque advierte supuestos en los que no se actualice la hipótesis para la que se delega la competencia, y aquellos en los que a pesar de estar vigente el matrimonio tácitamente se suspende la delegación, como en los casos de separaciones de hecho.

⁷⁷ Cfr., *Ibidem.*, pp. 125-130.

Una cuestión interesante sobre la falta de expresividad y formalidad, consiste en que estas características de la delegación, no generan deberes con motivo de la mera confianza en que otro actuará, por su fama de "buen samaritano", pues aquí no hay vinculación entre el peligro o su control con el ejercicio de la autonomía.

Por último, para que surta sus efectos el mecanismo de la delegación-aceptación no se requiere que el delegante se desproteja o deje de proteger a otros, pero el inconveniente, no permitirá el resultado de la transformación de su deber y en caso de omisión del delegado a lo sumo podrá pensarse en una tentativa si se elevó relevantemente el riesgo.

2.2. Por el deber de control de una fuente de peligro.

2.2.1. El actuar precedente (injerencia).

2.2.1.1. Concepto.

Una de las fuentes de la obligación de actuar de cuyo incumplimiento pueden seguirse las consecuencias jurídicas de la acción es, de acuerdo con Von Liszt⁷⁸, la acción precedente.

Para este autor, la obligación de actuar es impuesta como una resultante y la acción precedente hace aparecer como contrario a lo debido el hecho de no obrar; así, el que origina un peligro, en relación con el derecho, tiene la obligación jurídica de evitar los daños que pudieran sobrevenir por su modo de obrar; este es el caso de quien conduce un automóvil a velocidad excesiva o con falta de cuidado. En contraste, cuando al llevar a cabo el acto precedente, se tenía una intención tendente al resultado, se estará en presencia de un acto de comisión, no de omisión.

⁷⁸ *Cfr.*, Von Liszt, Franz. *Op. Cit.*, nota 1, p. 304.

Acorde con lo anterior, Mezger⁷⁹ establece que cuando el deber de actuar se fundamenta en un hacer precedente, en razón de éste se requiere una ulterior intervención; este es el caso del deber de poner en libertad a una persona a la que se ha encerrado por equivocación, sin concurrencia de culpabilidad; igualmente es el supuesto, en consideración del Tribunal Federal Alemán, del deber de garantía que se actualiza por la venta de bebidas alcohólicas a un conductor de automóvil.

Una cuestión interesante que plantea este autor con relación a la fuente del deber de actuar de que nos ocupamos, es la relativa a que éste puede surgir también de una omisión precedente; hipótesis que complementa las posibilidades en el acontecer previo que fundamenta el deber de garantía para procurar la indemnidad de los bienes jurídicos eventualmente puestos en peligro o lesionados, en atención a lo cual advierto la conveniencia de estipular que el término "actuar" comprenda a la acción en estricto sentido y a la omisión; o bien con la misma idea sustituir aquél término por el de "conducta."

Asimismo, destaca Mezger⁸⁰ que en estos casos se requiere de una cuidadosa ponderación de la situación de peligro y de la situación especial de deber que se deduce de la misma.

Comenta Welzel⁸¹ que la práctica judicial ha establecido, con base en la fuente del deber de actuar objeto del presente apartado, también denominada injerencia, que quien con su hacer activo, incluso sin la concurrencia de culpa en el evento, genera un peligro inminente de resultado típico, le obliga a impedir la producción del mismo.

⁷⁹ Cfr., Mezger, Edmund. *Op. Cit.*, nota 3, p. 123.

⁸⁰ Cfr., *Idem.*

⁸¹ Cfr., Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 4, pp. 254-255.

Con este motivo, el autor aborda diversos supuestos planteados recurrentemente por la doctrina y jurisprudencia; aunque advierte soluciones diversas a las planteadas por él, en el caso de la parte procesal en un juicio que ha llevado al testigo a la situación de declarar falsamente, en su concepto no tiene por ello el deber de garante de evitar o impedir la declaración falsa, toda vez que el testigo actúa bajo su propia responsabilidad; en el supuesto del agredido que derriba al agresor en defensa legítima, Welzel considera que no se deriva ningún deber de impedir las consecuencias posteriores de la lesión, puesto que éste ha colocado a aquél en una situación en que carece de libertad, por la cual el agredido lo lesionó.

Igualmente, por lo que hace al ejemplo del automovilista que conduce conforme al cuidado debido, y no obstante, se produce un atropellamiento, en el criterio de este autor "El principio jurídico sobre la posición de garante por un 'actuar precedente' empleado por la jurisprudencia actual con seguridad apodística es todo menos evidente e inobjetable. Si un conductor de vehículo, que maneja en la forma debida, lesiona a un ebrio que se le ha puesto delante de las ruedas, este hecho constituye para él un accidente como cualquier otro frente al cual pase ocasionalmente, y sólo da lugar al deber de socorro de acuerdo al § 330 c). No existe ni la más mínima razón objetiva por la cual la mera causación del peligro debiera fundamentar una posición de garante."⁸²

Los criterios que fundamentan la responsabilidad por injerencia son más diferenciados y complejos; en este sentido, Welzel⁸³ señala que a consecuencia de la complejidad de la vida social moderna es muy grande el contacto y el roce de intereses, ganando así cada vez mayor significación, junto al actuar precedente, la *responsabilidad por situación* respecto de un ámbito determinado de señorío (social) en que sobreviene el peligro de un resultado típico; y junto a esto está el

⁸² *Ibidem*, p. 255.

⁸³ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 256.

punto de vista tradicional de una posición de garante respecto de un ámbito doméstico propio.

De acuerdo con este autor, el problema de la injerencia sigue siendo insoluble, pudiéndose señalar determinadas pautas, que versan en esencia sobre el establecimiento de restricciones, sobre todo en los casos que se interpone entre la puesta en peligro y la producción del resultado el actuar responsable de un tercero; así, como limitación respecto del actuar precedente puede tener significación práctica la antigua teoría de Frank de la prohibición de regreso.⁸⁴

Acorde con las características que han sido comentadas hasta el momento, para Maurach⁸⁵, toda persona está obligada a evitar lesiones de bienes jurídicos, cuando su conducta previa haya provocado el peligro de producción de este resultado; esto es, toda persona está llamada a actuar como garante y proteger aquellos bienes jurídicos que resulten amenazados por una fuente de peligro abierta por ella misma.

Por lo general, explica este autor, la injerencia consiste en un hacer activo, si bien son imaginables casos de pasividad fundante de un peligro, respecto de los cuales deben establecerse exigencias más estrictas; por esa razón no es posible entender en cuanto acciones comisivas a las formas de conducta aprehendidas por el instituto de la injerencia.

⁸⁴ La vieja fórmula de Frank con relación a la *prohibición de regreso*, tenía como propósito evitar que la causalidad se extendiese hasta los que habían favorecido un delito doloso en situaciones en que no parecía razonable imputar el hecho: no podía considerarse a la amante como partícipe en el homicidio de la mujer del homicida por haberle proporcionado el veneno pudiendo sospechar el uso que podría darle. Para ello se entendía que la intervención dolosa cortaba la relevancia de la causalidad (o interrumpía el nexo), posición que hoy es minoritaria en la doctrina. En la actualidad no se plantea como un problema de causalidad, sino que lo que intentaba resolverse con esa fórmula pasó a ser un problema de imputación o de imputación en la participación, que en los tipos dolosos excluye la tipicidad conglobante por considerar banal el aporte del partícipe, y en los tipos culposos, en los casos en que la conducta banal no puede considerarse típica, porque impediría la realización de una amplísima gama de acciones corrientes en la interacción social y que forman parte del ámbito del riesgo no prohibido, como vender herramientas o medicamentos. *Cfr.*, Zaffaroni, Eugenio Raul *et al. Derecho penal, parte general*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 561-562.

⁸⁵ *Cfr.*, Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 5, pp. 260-261.

Con base en esto, Maurach advierte que en tratándose de injerencia, se presenta una doble restricción de la posición de garante, y que se circunscribe a su vez, a las posiciones de protección y de evitación de un peligro objetivamente imputables a dicha fuente (actuar precedente), en relación con lesiones concretas de bienes jurídicos, situación que presenta un doble efecto: por un lado, por lo general la injerencia no puede obligar a la protección de determinados bienes jurídicos frente a toda clase de peligros, y por el otro, la posición de garante sólo puede ser reconocida respecto de aquellas lesiones de bienes jurídicos que representen la realización del peligro creado por la acción previa.

En el criterio de Jescheck⁸⁶, este deber de garante descansa sobre la prohibición de lesionar a otro; en efecto, de acuerdo a lo analizado, quien provoca el peligro de que otro sea dañado (*injerencia*) debe cuidar de que tal riesgo no se materialice en un resultado típico.

Este planteamiento de la idea de la injerencia, el autor propone restringirlo por tres vías:

A) El actuar precedente debe haber provocado el peligro cercano del ocasionamiento del daño;

B) El actuar previo debió ser contrario al deber desde un punto de vista objetivo, aunque no sea culpable; y

C) La contrariedad a deber consiste en la infracción de la norma que sirve precisamente para la protección del bien jurídico afectado; a este efecto, resulta no admisible el deber de evitar el falso testimonio en un proceso de divorcio basado en una relación adúltera del acusado con la testigo.

⁸⁶ Cfr., Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. cit.*, nota 7, pp. 673-675.

Por injerencia es también responsable quien neutraliza una condición protectora existente, quien elimina a otra persona dispuesta a la protección y quien hace surgir una nueva fuente de peligro que puede consistir en el desencadenamiento de fuerzas naturales o en la no supervisión de las personas a él confiadas.⁸⁷

Asimismo, Lascuráin Sánchez⁸⁸ reconoce estas últimas formas en que puede presentarse la injerencia, indicando que la generación de un deber de garantía derivado del propio ejercicio de la autonomía personal por desprotección por parte de la víctima o de terceros potencialmente obligados o dispuestos a auxiliarla, puede deberse a un acto inicial del sujeto con un significado objetivo de protección y al que quepa razonablemente conectar la inhibición de medidas alternativas de amparo.⁸⁹

⁸⁷ Ejemplos de las características del actuar precedente destacadas por Jescheck: **cercanía del peligro**: puede pensarse en una persona ebria incapaz de conducir que ha sido colocada en una situación de peligro intensificada; **contrariedad a deber del actuar precedente**: del despacho de bebidas alcohólicas como comportamiento socialmente adecuado, no se sigue el deber del hostelero de impedir las acciones punibles de sus clientes; la lesión del agresor en la legítima defensa no convierte al agredido en garante; el conductor que respeta las normas de tráfico no posee frente a la única víctima culpable del accidente ninguna posición de garante; diferente es el caso en que se infringen dichas normas y este comportamiento se conecta directamente con el accidente; la introducción en el mercado de un spray para cuero pero dañino para la salud, obliga al director de la empresa a su retirada; **anulación de instancias de protección**: el padre soltero que persuade a su prometida a que busque antes del parto un lugar solitario para que el niño deba morir, anula dichas instancias que en otro caso existirían. El caso principal de la posición de garante derivada de un actuar precedente es la **apertura de nuevas fuentes de peligro**: y así, en especial el conductor que contrariamente a deber sitúa a otro en peligro de muerte, debe procurar como garante el auxilio médico; quien hace que otro se emborrache de forma que éste ya no pueda actuar responsablemente, debe evitar los peligros que se ciernen sobre el propio embriagado y terceras personas; incluso la creación contraria a deber del peligro de comisión de un hecho punible por parte de una persona plenamente capaz debe comportar responsabilidad penal por la omisión de la prevención del delito, aunque sólo sea a título de complicidad por omisión. *Cfr., Idem.*

⁸⁸ *Cfr., Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. Op. Cit., nota 22, p. 111.*

⁸⁹ Esto podrá suceder, sin duda, cuando el sujeto haya iniciado ya un curso de salvación del bien en peligro (el bañista nada hacia el niño que se ahoga) o se haya comprometido creblemente al mismo (el médico afirma por teléfono que parte urgentemente hacia el domicilio del enfermo); en estos casos podemos atribuir una posición de garantía al sujeto porque en el ejercicio de su libertad ha configurado la situación de modo que representa más peligro para el bien. *Cfr., Idem.*

Con relación a estas formas de presentarse una situación de injerencia, el propio autor⁹⁰ destaca cuatro supuestos que deben considerarse de una forma especial:

A) En el caso de una asunción ficticia de un deber de garantía, esto es, cuando se mintió respecto de la propia incapacidad para asumir un deber de seguridad, se tiene un deber de garantía pues la mentira provoca inhibición de otras medidas de protección y el contenido de ese deber será informar de tal incapacidad, obviamente no el controlar los riesgos.

B) De la mera detentación de un deber general de socorro no resulta la generación de una situación de mayor peligro, pues, v. gr., si un niño se ahoga en el mar todo bañista sería garante y su deber general de socorro inhibiría la intervención de los demás bañistas.

C) Tampoco constituye injerencia en la esfera de organización ajena la trayectoria vital de alguien conocido por su generosidad y altruismo en el auxilio del otro.

D) Finalmente, la privación de las posibilidades de autodefensa del individuo cuando el Estado, en el ejercicio legítimo de sus funciones, somete a los ciudadanos a una situación de privación o de restricción de libertad, genera en él posiciones de garantía; por lo que ha de suplir los mecanismos de autodefensa, de ahí que haya de facilitar alimentación y asistencia médica a los presos, así como preservarlos de las agresiones de compañeros y funcionarios.

Conviene destacar que Lascuraín Sánchez⁹¹ postula un concepto de autonomía que impregna el actuar humano, y sobre el cual sustenta el deber de

⁹⁰ Cfr., *Ibidem.*, p. 111-112.

⁹¹ Cfr., *Ibidem.*, pp. 91-97.

garantía de que me ocupó; así, en el pensamiento de este autor, la autonomía en comento, como una característica inherente, se encuentra restringida a través de prohibiciones de injerencia activa en la libertad ajena, y también puede realizarse a través de mandatos de control de nuestro propio ámbito de organización, incluido nuestro propio comportamiento.

Ahora bien, de acuerdo con esta línea de pensamiento, las posiciones de cuidado y de garantía derivadas de esa autonomía, en una sociedad de seres igualmente autónomos no comportan deberes absolutos de cuidado y de control, cosa que eliminaría precisamente la autonomía del sujeto; así, el sujeto no debe quedar penal y severamente obligado al control de cualesquiera cursos de riesgo que se deriven de la conducta propia, con independencia de la voluntad del sujeto respecto de los mismos y con independencia también de su conciencia al respecto.

De lo que se trata es de exigir en algunos casos mandatos y prohibiciones absolutas, cuando exista la certidumbre de un resultado nocivo derivado de la iniciación o del descontrol de un curso de riesgo.

En el caso opuesto, normalmente en los supuestos de incertidumbre de las consecuencias de los propios comportamientos, lo que el ordenamiento pedirá es que se maneje cuidadosamente el propio comportamiento y que eventualmente se emprendan nuevos comportamientos que contrarresten la peligrosidad de los iniciales.

En este contexto, para este autor⁹², la obligación de control del propio comportamiento surge de la libertad, en la medida en que quepa catalogar a la misma como fruto del normal ejercicio de la autonomía personal. Esto no sucederá paradigmáticamente en los supuestos clásicos de ausencia de acción penal (fuerza irresistible, movimientos reflejos), pero tampoco en los de falta de exigibilidad (por

⁹² Cfr., *Ibidem.*, p. 93.

medio insuperable); tampoco surgen deberes de garantía por injerencia cuando el sujeto no es consciente del carácter peligroso de su comportamiento. Esto es así porque sólo el conocimiento posibilita la libertad, y sólo la libertad posibilita el deber.

El deber de garantía exige, por tanto, una relación subjetiva del agente respecto al curso de riesgo que desata análoga a la que supone el dolo (natural) respecto a los elementos del tipo: voluntad de actuación a sabiendas de que su conducta puede acarrear males para otros.

Así las cosas, las conductas imprudentes son manifestaciones de la libertad del sujeto y que pueden con ello generar responsabilidad; en efecto, el sujeto sabe que existe la posibilidad de que su conducta sea peligrosa para otros y que ello engendra un deber de control de la inocuidad de la misma cuya inobservancia hará que se le impute el resultado.

Al referir la imprudencia no al resultado de la quiebra del deber, sino a la existencia del deber mismo, es extraordinariamente tenue la relación que une el resultado con la autonomía del sujeto, pues es dable que los presupuestos de aquél no sean conocidos o queridos por éste, situación que provocaría un temor generalizado a que sin conocimiento directo, sino sólo debido, dicho ejercicio pueda generar severos deberes penales.

Así pues, conforme al fundamento de que se responde por el uso de la autonomía y que se queda emplazado a evitar los daños que procedan de tal uso, debe apreciarse una posición de garantía en quien desarrolle cualquier actividad que suponga un riesgo para otros cuando sea consciente⁹³ de tal hecho.

⁹³ Mir Puig señala que quien ha provocado, por una conducta precedente, una situación de peligro para un bien jurídico, está obligado a evitar que el peligro se convierta en lesión, bajo la pena de considerar que la producción de ésta sería tan achacable al sujeto como su causación positiva. Sin embargo, el autor advierte que la *sola* conducta precedente de creación del peligro no es suficiente para fundamentar una posición de

En mi opinión, la afirmación anterior nos catapulta directamente a la culpa o imprudencia con representación, determinando que ésta genera una posición de garantía, pues implica una consciencia del riesgo del peligro, por tanto, la culpa sin representación no generaría un deber de garante.

Ahora bien, el ejemplo tradicional en este rubro lo es el de la conducción de automóviles; en este caso quien conduce el coche tiene una serie de deberes de garante de aseguramiento, de control del peligro; si los cumple y no obstante se produce el accidente, no está emplazado a salvar al accidentado; situación contraria será cuando el conductor incumple su deber de aseguramiento, pues aquí el nuevo riesgo es también asunto suyo, fruto del incorrecto ejercicio de su libertad.

2.2.1.2. Cualidad de la acción previa creadora del peligro.

En la inteligencia de que no cualquier acción precedente puede fundar una posición de garantía, la doctrina dominante establece como primera gran limitación, el que el actuar precedente tiene que ser peligroso en sí para la producción del resultado; sin embargo, como esta limitación no se ha considerado suficiente, la dogmática penal ha establecido otros criterios adicionales, dentro de los cuales, tiene una singular importancia el contraste del actuar precedente respecto del ordenamiento.

garante; es indudable que quien crea voluntariamente (conscientemente) el peligro, queda en posición de garante, pero no parece lógico que quien produce el peligro sin quererlo y sin imprudencia, deba cargar con la lesión dolosa si no impide su producción. *Cfr.*, Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 8, pp. 323-324. En términos análogos a las características que al efecto se han expuesto por diversos autores, Gimbernat establece que "...el que mediante un hacer precedente (injerente) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente *omite* evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente." Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 10, p. 138.

En este sentido, Von Liszt⁹⁴ con motivo de analizar algunos supuestos de actuar precedente, refiere el de quien origina un peligro debido a la velocidad excesiva de su automóvil, situación derivado de la cual, tiene la obligación jurídica de evitar daños que pudieran sobrevenir por su forma de obrar.

En la situación planteada se advierte la consideración de la existencia de un deber de evitación, resultado de una conducción inadecuada; ahora bien, la velocidad excesiva indicada, necesariamente se determina al verificarse el contraste con las disposiciones legales o reglamentarias que fijan los parámetros de ese aspecto de la conducción de vehículos automotores, y con su resultado permite concluir la adecuación o no respecto de aquéllas.

Así las cosas, puede observarse en el planteamiento de Liszt, aunque de forma un tanto velada, la contrariedad del actuar precedente respecto del ordenamiento jurídico como una característica para el surgimiento de la posición de garantía que entraña el instituto de la injerencia.

Con una postura al respecto análoga, Welzel⁹⁵ señala que en estos casos sólo una especial e inadecuada puesta en peligro pueden fundamentar la especial responsabilidad de garante. Aunque de la expresión "inadecuada" es posible extraer la naturaleza del actuar precedente, el propio autor expresa su criterio al aludir al diverso que se decanta por la conformidad a derecho del actuar previo o bien de la observancia del cuidado requerido en el ámbito de relación.

Así, en sede de una actuación conforme a derecho, en razón de una situación de hecho creada con atribuciones para tal efecto, no se necesita contar con que la conducta antijurídica de un tercero responsable ocasione un peligro.

⁹⁴ Cf., Von Liszt, Franz. *Op. Cit.*, nota 1, p. 304.

⁹⁵ Cfr., Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 4, pp. 256-257.

De este razonamiento se puede desprender que una actuación conforme al ordenamiento jurídico no puede tener la consecuencia de originar un deber de actuación como el que nos ocupa; antes bien, la tendencia es de restricción, pues se ha recurrido al principio de confianza para limitar la obligación por injerencia, que de otro modo no tendría límites.

En acuerdo con esta línea de pensamiento, Jescheck⁹⁶, según se adelantó, dentro de las vías para la restricción de la injerencia, consideró un actuar previo contrario a deber desde un punto de vista objetivo, en donde dicha contrariedad reviste una infracción a la norma que sirve a la protección del bien jurídico afectado.

Mir Puig⁹⁷ señala que una importante corriente doctrinal exige que la conducta precedente que genera el peligro sea *antinormativa*; así, se presenta a la *antinormatividad* de la conducta precedente como una regla general para el nacimiento de una posición de garantía; agregando el autor que dicha antinormatividad sólo importa cuando condiciona la posibilidad de imputar al sujeto el peligro creado por su acción.

En forma paralela, agrega el mismo autor, se presenta a la falta de antinormatividad como excluyente de la posición de garante, aunque aclara, que esto no ocurre en todos los casos; al respecto distingue dos grupos de supuestos:

A) Cuando la falta de antinormatividad obedece a que el comportamiento anterior se impuso por otra persona (actuó en defensa legítima⁹⁸ y no ayuda a su

⁹⁶ *Vid supra*.

⁹⁷ *Cfr.*, Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 8, p. 325.

⁹⁸ En este sentido *vid* Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 4, p. 255, “El agredido que derriba al agresor en defensa legítima no es garante de impedir consecuencias posteriores de la lesión. Pues autor del actuar precedente no es el agredido, sino el agresor mismo, que ha colocado al agresor (sic) –agredido- en una situación en que carece de libertad, por la cual éste lo lesionó”; Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. cit.*, nota 7, p. 674, “La lesión del agresor en la legítima defensa no convierte al agredido en garante”; Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. *Op. Cit.*, nota 22, pp. 97-98, “El que actúa en legítima defensa o en una situación de necesidad

agresor una vez herido) o por una situación de necesidad; o bien, cuando el peligro se produjo fortuitamente, a pesar de que el sujeto ajustó su conducta al cuidado debido. En estos casos, cabe la posibilidad de negar el nacimiento de una posición de garante, pues el sujeto activo se “encuentra” de forma imprevista con la situación peligrosa.

B) Existen otros casos en los que la falta de antijuridicidad del hecho anterior no es óbice a su carácter voluntariamente buscado, esto es, el sujeto actúa lícitamente, aunque produce el peligro de forma consciente y sin verse forzado a ello; motivo por el cual debe estimarse la existencia de una posición de garante. Así, v. gr., el anfitrión que ha estado sirviendo alcohol a su invitado hasta que se encuentra ebrio e incapacitado para conducir, es responsable del accidente que se produzca por no impedirle tomar el volante.

Cabe hacer notar que nuestro autor emplea las palabras “antijuridicidad” y “antinormatividad” indistintamente, como si fuesen sinónimos, sin aportar, en su caso, elementos para distinguir.

“Los casos más discutibles son los de **causación imprudente de un peligro**. En esta situación la omisión subsiguiente de evitar que el peligro se convierta en lesión, es más grave que la de quien «se ha encontrado» el peligro, pero no tanto como la de quien ha creado voluntariamente el peligro. Lo más razonable sería prever una pena de gravedad intermedia... Ello podría conseguirse mediante dos soluciones posibles: agravando la pena de la omisión pura o atenuando la comisión por omisión del delito de resultado correspondiente.”⁹⁹

que no ha provocado imprudentemente actúa obligado por las circunstancias. No es por ello garante respecto al peligro que ha desencadenado su actuación, porque ésta no es el fruto del normal ejercicio de su autonomía, sino de una autonomía compelida por la necesidad de la defensa propia o de salvación propia o ajena.”; Stratenwerth, Günther. *Derecho penal, parte general I, el hecho punible*, Tr., Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, España, Editorial Thomson-Cívitas, 2005, Tratados y Manuales, p. 390 “...podría ser decisivo que si es lícito irrogar la lesión, también lo será el ocasionar el peligro que deriva de ella.”

⁹⁹ Cfr., Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 8, pp. 325-326.

Por su parte, para Maurach, "...toda acción previa que dé lugar o incremente un peligro¹⁰⁰ puede fundar una posición de garante, *sin considerar eventuales calificaciones jurídicas*, en la medida en que semejante posición de garante no exista por otras razones en dicha extensión (p. ej., en virtud de la ley y respecto de los niños y animales propios)."¹⁰¹

El propio autor reconoce la existencia de una concepción contraria, cada vez más aceptada, según la cual, no solamente las acciones dañosas de bienes jurídicos, si bien éstas especialmente, sino también cualquier acción previa fundante de un peligro puede dar lugar a una posición de garante, en caso de que tal acción haya sido ejecutada antijurídicamente, o al menos, infringiendo alguna obligación.

No obstante, para este autor, en virtud de su concepción la restricción de responsabilidad deseada puede ser alcanzada de mejor manera, exigiendo como presupuesto de punibilidad una *lesión de un bien jurídico objetivamente imputable a la posición de protección o de evitación del peligro*.

¹⁰⁰ Maurach nos presenta una clasificación de acciones previas creadoras de peligros: a) En primer lugar cabe considerar aquí la explotación, adquisición o incluso la mera posesión de establecimientos peligrosos (obras de construcción, botellas de veneno, máquinas, animales); pero sólo en la medida en que la ley o la libre aceptación no funden una posición de garante. Si la acción respectiva es o no ajustada a derecho, no resulta esencial; lo decisivo es que el peligro creado con la acción previa conduce, por vía de inactividad actuante, a la lesión del bien jurídico; b) de igual forma, fundan un peligro y generan una posición de garante las acciones previas mediante las cuales una persona pone a otra en una situación de peligrosa dependencia para los bienes jurídicos de terceros; así, v. gr., con la entrega de estupefacientes, e incluso de otros medios capaces de provocar embriaguez (esto último en el caso que la posición de garantía no encuentre sustento en la ley, como el caso del dueño del restaurante); tampoco aquí interesa la licitud de la acción previa, y quien provoque una semejante dependencia fáctica pasa a ser garante de todos los bienes jurídicos del sujeto dependiente que se vean amenazados por la dependencia. Lo mismo rige en casos de entrega de armas de fuego a personas incapaces de culpabilidad, o bien, capaces de ella, pero irresponsables en su actuar (rockeros, terroristas). Finalmente, en estas situaciones, la acción previa puede llegar excepcionalmente a obligar a la protección del dependiente, de sí mismo o de terceros; c) otros ejemplos: quien por descuido encierre a otro se hace culpable de la privación de la libertad si no lo libera inmediatamente; quien arroja un obstáculo al camino, provoca un peligro para el tránsito público, y está obligado a eliminarlo y a responder como su autor en el caso de un accidente de tránsito; el propietario de un vehículo debe responder por su estado; además está obligado a impedir la utilización del vehículo por personas incapaces de conducir; entre otros. *Cfr.*, Maurach, Reinhart *et al. Op. Cit.*, nota 5, pp. 264-265.

¹⁰¹ *Ibidem.*, p. 262.

En adición a lo anterior, Maurach insiste en que la concepción que defiende proporciona mejores resultados, pues la norma se remite a las lesiones evitables de bienes jurídicos, y en tratándose de delitos de omisión impropia, también a la lesión de un bien jurídico producto de una inactividad actuante contraria al mandato; y por eso no es posible que la infracción obligacional contenida en la acción previa sea la decisiva, puesto que para ello se requeriría de una norma adicional, además de que el hecho de atender a la infracción obligacional de la acción previa conduciría a que, en no pocos casos, la punibilidad constituyera un atentado contra la prohibición del castigo, conforme al principio del *versari in re illicita*.

De ahí que también se encuentre en posición de garante de la vida del asaltante, quien en ejercicio de una defensa legítima, lo lesione con peligro para su vida; y por ello, debe evitar el peligro surgido de esta lesión para la vida del asaltante; de lo contrario, le estaría dando muerte de la misma manera que quien, excediendo la defensa legítima, da muerte al agresor.

Si la acción previa y la posterior no evitación del resultado afectan al mismo bien jurídico objeto de agresión, por lo general el autor podrá ser sancionado por el hecho comisivo en virtud del hecho previo, en todo caso, son imaginables hipótesis en las cuales la imposibilidad de perseguir el hecho previo punible y fundante del peligro harán resurgir la autonomía de la omisión posterior.

A pesar de haber señalado Maurach la necesidad de prescindir de calificaciones jurídicas en orden a un actuar precedente, me parece que en algunos casos el criterio es inconstante, veámoslo.

Para dicho autor, en el caso de acciones previas no dolosas y dañosas de un bien jurídico rige lo mismo, por lo que también se debe atender exclusivamente a

la lesión peligrosa de un bien jurídico, la que trae consigo un nuevo peligro de intensificación de la lesión a un bien jurídico ya existente, o bien pone en peligro otros bienes jurídicos; v. gr., en los casos de **daño culposo de la salud se pone en riesgo la vida**.

El ejemplo que se destaca en “negritas” en el párrafo precedente, es propuesto por Maurach y hace contraste con su postura en general, y en lo particular, por la explicación de la responsabilidad del “...conductor de un vehículo, que se comporta correctamente, toma la posición de garante de la vida de un sujeto atropellado cuando éste, completamente ebrio, se haya puesto en el camino de aquél...”¹⁰²

En efecto, considero que existe una contradicción, pues al conductor pretende sancionarlo en comisión por omisión, a pesar de su actuar conforme a cuidado debido, y por ende, apegado a la normatividad de tránsito, mientras que abandonado la premisa de “no calificar jurídicamente a la acción previa”, alude a un daño causado culposamente, esto es, antijurídicamente por la inobservancia del deber de cuidado, como acción previa que intensifica la lesión ya existente o pone en peligro otros bienes jurídicos.

En el caso del conductor responsable, Maurach no precisa si se encuentra al ebrio atropellado o si produjo el atropellamiento; no obstante, en el primer caso, sería claro que se trata de una omisión propia; mientras que en el segundo, parece excesivo considerarlo responsable en comisión por omisión cuando la situación le fue impuesta por la persona que resultó atropellada, máxime si se considera que no hubo dolo ni imprudencia, y en ese caso, se presentaría una situación equiparable a encontrarse al atropellado, o sea, de una omisión propia.

¹⁰² *Ibidem.*, p. 263.

El propio autor¹⁰³ estima que una opinión que considere la no responsabilidad del conductor, o sea, como la mía, es objetable también desde un punto de vista político criminal, en atención a que en la práctica la delimitación entre una contraria o acorde con el deber de cuidado es extremadamente insegura; antes bien, insiste Maurach, parece justificado que el sujeto autor de una conducta generalmente peligrosa que lesiona impunemente a terceros en sus bienes jurídicos, se encuentre obligado a evitar el mayor daño que pueda surgir de las lesiones por él provocadas.

En réplica al argumento de este autor alemán, debe señalarse que si bien es cierto al derecho penal pueden orientarlo criterios de índole político criminal, estos no deben introducir elementos que posibiliten la aparición de inconsistencias del sistema que aquél reviste, pues el gobernado debe recibir un tratamiento conforme a su actuación en la interacción social, y en caso de una situación de inseguridad o duda en la delimitación de un proceder como acorde o contrario al deber de cuidado, en mi concepto debe resolverse con base en los principios inherentes a esta rama del derecho, pues en un escenario opuesto, se abonaría a un ambiente de temor en el actuar, y en general, en la convivencia, lo que evidentemente no es el propósito del orden jurídico; antes bien, éste propende a hacer armónica y confiable el coexistir de los individuos.¹⁰⁴

¹⁰³ Cfr., *Ibidem.*, p. 264.

¹⁰⁴ Un criterio en el sentido del pensamiento de Maurach, es el de Traeger, quien a propósito de estudiar la injerencia, abordó un caso especial: el de aquella acción previa que aunque no sea peligrosa en orden al resultado y se haya realizado sin dolo y sin imprudencia, no obstante, y a pesar de no existir texto legal expreso, se genera una obligación de evitar el resultado. Así, para este autor “«...No necesita fundamentación alguna que cualquiera que pone en movimiento una fuerza natural tiene que adoptar las precauciones necesarias para evitar resultados antijurídicos no sólo en el momento de la puesta en movimiento, sino que también, y mientras dura la actividad de la fuerza puesta en movimiento, tiene que dirigir su atención para que no surjan consecuencias dañosas...»” Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 10, p. 166. Como una especie del género *injerencia*, Welp trata este tema bajo la idea central de que quien crea una fuente de peligro *abriéndola al tráfico*, tiene el deber de asegurarla mientras se mantiene la situación de peligro. Cfr., *Idem.*

En otro orden de ideas, de acuerdo a lo analizado respecto de la concepción de la injerencia de Lascuráin Sánchez, el deber de garantía exige una relación subjetiva del agente respecto del curso de riesgo que desata, esto es, que debe apreciarse dicho deber en quien desarrolle cualquier actividad que suponga un riesgo para otros cuando sea consciente de tal hecho.

Bajo esta premisa, dicho autor establece que el dato fundamental para la generación del deber de garantía no es el de la licitud del comportamiento sino el de la conciencia del peligro, y que el dato fundamental para determinar el contenido del deber de garantía no es el de la conciencia de la ilicitud sino el de la licitud del curso de riesgo desencadenado por su agente.

No entiendo bien el por qué el contenido del deber esta determinado por la conciencia de la licitud del curso de riesgo, pues quizás se refiera a la existencia de un margen de riesgo que se permite y que se tiene la obligación de controlar a fin de evitar la producción de resultados dañosos, es decir, de lesión de bienes jurídicos, aunque si el curso de riesgo es ilícito creo que también se puede tener conciencia de ello, aunque tal vez esto implique que estamos en presencia de un delito de acción pretendidamente doloso, fuera de la injerencia, y por tanto, del ámbito de la omisión impropia.

Ahora bien, con relación al planteamiento de la conciencia del peligro como elemento fundamental para la generación del deber de garantía, quiero hacer alusión al ejemplo que anteriormente se citó de este autor, vinculado a la conducción de automóviles.

Así, en dicho ejemplo se indicó que quien conduce un vehículo tiene una serie de deberes de aseguramiento, de control del peligro; de suerte tal que si cumplidos éstos y a pesar de ello se verifica el accidente, no existirá la obligación de salvar al accidentado; situación contraria se presentará, también se dijo, si el

conductor incumple con su deber de aseguramiento, pues aquí el nuevo riesgo es también asunto suyo, fruto del incorrecto ejercicio de su libertad.

En el supuesto que se analiza, me parece que no se actualizan los lineamientos teóricos expuestos por Lascurain Sánchez, o al menos no sólo ellos, pues abstracción hecha de la consciencia del peligro, se hace hincapié en el cumplimiento o incumplimiento de deberes de aseguramiento o de control del peligro, como presupuestos medulares de cuya actualización deviene o no el surgimiento de un deber ulterior de obrar, consistente en la salvación del accidentado.

Establecido lo anterior, y considerando la presencia de los deberes señalados, creo que éstos de cualquier forma encuentran sustento en el orden jurídico, de suerte tal que el proceder en la realidad puede estar en condiciones de ser comparado con las directrices o lineamientos previstos en aquél, con independencia de que pueda ser contrastado con otros órdenes normativos; por tanto, en el ejemplo propuesto subyace como requisito la contrariedad del actuar precedente al orden en comento, lo que permitirá el nacimiento del deber de actuación ulterior.

Una vez que han sido expuestas las principales posturas doctrinales respecto de las características o naturaleza del acto previo fundante de un deber de actuación ulterior, creo que si bien respecto de aquél pueden predicarse determinadas notas distintivas, acordes con la naturaleza que al efecto se le pueda adscribir, es equívoco pretender llevar hasta sus últimas consecuencias esa "esencia" o "naturaleza" como si en realidad se tratase de un fenómeno natural que lleva imbitas ciertas y determinadas consecuencias independientes de la voluntad del hombre; antes bien, creo que al tratarse la injerencia de una institución tendente a regular la actuación del hombre y sus consecuencias

dañosas, se advierte con claridad su compatibilidad con las características propias del derecho, que es de índole convencional.

En efecto, el derecho entendido como conjunto normativo es un instrumento del que se ha servido el hombre para regular la convivencia, fijando en el mismo las reglas de actuación que la práctica le ha mostrado son convenientes para posibilitar aquélla y sin que sea dable que en dicho instrumento se pretendan insertar las consecuencias que inhiban lo que precisamente se trata de regular, pues en tal caso se perdería el carácter convencional que le corresponde al derecho, precisamente por establecerse o "regularse" en él instituciones que no convienen a la sociedad, en razón de las consecuencias incontrolables que de ellas se pueden derivar.

En estas condiciones, creo en la necesidad de establecer como regla general que el acto precedente sea contrario al orden jurídico, esto es, que sea antijurídico¹⁰⁵, a fin de que pueda generar el deber de actuación posterior propio de la fuente que me ocupa; lo anterior, sin perjuicio de prever excepciones notables que se estime conveniente regular.

2.2.1.3. El rechazo de la injerencia como fuente de posiciones de garante.

El principal representante de esta postura lo es Schünemann¹⁰⁶, que considera que el hacer precedente no puede originar una posición de garante y, por tanto, no puede dar margen a una autoría o participación en comisión por omisión.

Según este autor, una vez que ha tenido lugar el hacer precedente, el injerente se encuentra frente al hecho posterior, igual que cualquier otra persona,

¹⁰⁵ En este sentido *Vid.*, Stratenwerth, Günther. *Op. Cit.*, nota 98, p. 389.

¹⁰⁶ *Cfr.*, Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 10., pp. 145-147.

por lo que las sucesivas etapas del proceso causal sólo se pueden imputar a su esfera de dominio sobre la base del acto desencadenante; y si después el injerente se convierte en doloso, esto es un dolo sin dominio, una mala voluntad sin hecho. Un dominio requiere un sustrato material sobre el que actúa, y éste no puede serlo el proceso causal, pues se estaría equiparando el dominio (actual) con la posibilidad de evitación (potencial).

Para comprender lo anterior, debe partirse desde la perspectiva dogmática de este autor, quien desarrolló como criterio autónomo de posición de garante los *deberes de aseguramiento del tráfico*, proponiendo incluso la desaparición de la injerencia, por estimarla subsumible en aquéllos.

Al respecto, es necesario conocer la ubicación de dichos deberes dentro de las formas de aparición del dominio sobre la causa del resultado, formulación tendente a explicar la equivalencia entre comisión y omisión.

Así las cosas, con motivo de la determinación del elemento que explique la equivalencia en comento, Schünemann establece que en la comisión el motivo de imputación del resultado se encuentra en la relación entre el centro personal de dirección de individuo y el movimiento corporal causante del resultado, es decir, el dominio total de la persona sobre el cuerpo¹⁰⁷; aplicando estas ideas a la omisión, indica el propio autor que en ésta una de las causas del resultado¹⁰⁸ puede serlo alguna cosa que, por sus características, puede generar riesgos para otros, misma que es llamada *causa esencial*; precisando el autor que en este caso, el resultado

¹⁰⁷ Cfr., Perdomo Torres, Jorge Fernando. *Op. Cit.*, nota 16, p.63. El hecho de que el movimiento corporal, resultado del nexo causal, se constituya en la causa inmediata del resultado, es lo que permite afirmar que el dominio inmediato sobre esa causa inmediata del resultado es la causa mediata de éste. Cfr., *Ibidem.*, p. 64.

¹⁰⁸ La otra causa del resultado en la omisión sería el desvalimiento especial de la víctima, por lo que el resultado en este supuesto le será imputado personalmente al omitente cuando domine de manera actual dicho desvalimiento, cuando controle anticipadamente en su campo de dominio al sujeto del suceso de lesión. Cfr., *Idem.*

sólo puede serle imputado al omitente cuando domine de manera actual dicha causa, cuando controle el suceso.

En este sentido, dentro de las formas de aparición del dominio¹⁰⁹ sobre la *causa esencial* del resultado, para él, están en primer lugar los deberes de aseguramiento del tráfico¹¹⁰, cuyo fundamento común es el poseer o circular cosas que de acuerdo con su naturaleza pueden convertirse en peligrosas frente a otras personas; derivado de lo cual puede advertirse que esta construcción teórica otorga respaldo sólo a deberes de aseguramiento, no así a los de salvamento, pues su incumplimiento sólo produce, según se adelantó supralíneas, una relación potencial del omitente con el resultado.¹¹¹

Igualmente considera Schünemann¹¹² a la injerencia como un principio del *versari in re illicita* reducido al *dolus subsequens*, en donde se imputan las consecuencias de la acción no por la culpabilidad en el hecho, sino por la actitud subjetiva del autor surgida posteriormente.

Así, no se puede imputar un resultado doloso a quien cuando desencadena el proceso causal (suceso fortuito o imprudente), no lo hizo dolosamente, pues en tal caso cobraría vigencia indebidamente un *dolus subsequens*; antes bien, de

¹⁰⁹ El concepto de dominio que se emplea por Schünemann tiene un carácter fáctico y en menor medida valorativo, pues según se señaló, el dominio absoluto de la persona sobre el cuerpo, supone la relación estrecha entre el centro personal de dirección de individuo, esto es, una voluntad de dominio, y el movimiento corporal causante del resultado. Sin embargo, el tener el poder fáctico o voluntario no puede constituirse en el criterio decisivo para establecer una responsabilidad, pues en principio no explica la competencia por las consecuencias del desarrollo peligroso de dicha organización, la cual surge en un sistema en el que los integrantes se definen de acuerdo a la distribución de tareas; además de que, si así fuera dicha responsabilidad dependería de lo que el individuo sea capaz de lograr tanto a través de dominio fáctico como de sus deseos. *Cfr., Ibidem.*, pp. 67-69.

¹¹⁰ Otro tipo de dominabilidad se puede encontrar en las relaciones de autoridad entre personas; en éstas el sujeto obligado por los deberes de aseguramiento en el tráfico es aquél que se encuentre inmediatamente próximo a la cosa generadora del peligro con excepción, sin embargo, de aquellas relaciones en las que el sujeto se encuentra sometido a la vigilancia y mando de otra persona, pues en estos casos el comportamiento defectuoso se presenta como una emanación de la esfera de dominio asignada a esa persona de rango superior. *Cfr., Ibidem.*, p. 65-66

¹¹¹ *Cfr., Ibidem.*, p. 65.

¹¹² *Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. Op. Cit.*, nota 10, pp. 146-147.

acuerdo con Schünemann, el injerente debe responder por una omisión propia agravada.

Creo importante recordar que los delitos sólo se pueden cometer por acción u omisión y, a su vez, éstas, culposa o dolosamente.

Desde esta perspectiva, tenemos que ya sea acción u omisión, se debe considerar en cada una de ellas, en el momento que se realizan, el carácter subjetivo que las reviste.

El actuar precedente, que es el que desencadena el proceso causal, en mi concepto y para los efectos de una omisión impropia no es el delito mismo, sino el presupuesto que genera un deber de actuar posterior, por lo que la atención debe situarse en este último momento, en el que probablemente se presente una omisión.

Así, en el momento de la probable omisión, necesariamente debe observarse el carácter doloso o culposo con el que aquélla se lleva a cabo, debe considerarse dicho aspecto subjetivo.

2.2.1.4. Una especie de la injerencia: la responsabilidad por el producto.

La expresión “responsabilidad por el producto”, puede ser referida a diversas hipótesis resultado de la puesta en el mercado de un producto, como la responsabilidad penal derivada de un fraude, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, delitos contra la propiedad industrial o publicidad engañosa; sin embargo, con dicha expresión la doctrina europea¹¹³ se ha referido a las posibles

¹¹³ Cfr., Corcoy Bidasolo, Mirentxu. “Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal Español: delitos de peligro”. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, España, J.M. Bosch Editor, 1996, p. 247; Gimbernat Ordeig,

responsabilidades penales que pueden surgir de la puesta en peligro o lesión de la salud, tanto pública como individual.

La responsabilidad penal por la existencia en el mercado de productos peligrosos para la salud de los ciudadanos, de acuerdo con Corcoy¹¹⁴, se puede concretar en dos momentos: primero, cuando el producto peligroso se ofrece en el mercado se afecta a la salud pública, y el derecho penal responde a través de delitos de peligro contra la salud pública; y segundo, si el producto ya se utilizó y se ha lesionado la salud individual o la vida, por medio de los delitos de homicidio o lesiones.

Kuhlen¹¹⁵ adopta una postura parcialmente contraria en cuanto a los momentos que comprende la responsabilidad penal por el producto; al respecto, estima que los delitos de peligro abstracto no constituyen el centro de interés de esta clase de responsabilidad, sino que el centro de interés se ubica en los tipos de lesión, en específico, el homicidio y las lesiones corporales.

La consideración de este autor, si bien es correcta en atención al tipo de casos de los que se ha ocupado contemporáneamente la doctrina y la

Enrique. *Op. Cit.*, nota 10, p. 169; Iñigo Corroza, María Elena. *La responsabilidad penal del fabricante por defectos en sus productos*, España, J.M. Bosch Editor, 2001, pp. 44 y ss.

¹¹⁴ Cfr., Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *Op. Cit.*, nota 113, p. 248. Como se desprende del título del trabajo de este autor, su exposición se centra en el primero de los momentos que se citan, de ahí que aluda a los delitos de peligro y a los bienes jurídicos supraindividuales; por cuanto hace a estos últimos, explica que en tratándose de salud pública, la protección penal no puede limitarse a los alimentos sino que debe extenderse a todos los peligros que para la vida o la salud puedan derivarse de cualquier producto de consumo (coches, productos de limpieza, alimentos, etc.); así, deberá tratarse de proteger la llamada incolumidad pública, esto es, el conjunto de condiciones que garantizan la seguridad de la vida, integridad física y salud de todos. De acuerdo con este autor, si al Estado se le exige garantizar la seguridad del ciudadano, su labor debe consistir en controlar todos aquellos riesgos que sean adecuados para poner en peligro la salud o la vida de los ciudadanos; por tanto, el bien jurídico que efectivamente se protege en los delitos contra la salud pública, es la *seguridad en el consumo*. Como fundamentos de esta clase de bienes jurídicos colectivos el autor señala: a) Seguridad y confianza del ciudadano en que los objetos de consumo que se ofrecen en el mercado no dañarán la salud; b) Prevenir riesgos para la salud de cada uno de los ciudadanos; y c) Posibilitar la intervención del derecho penal cuando no se ha producido lesión de la salud, pero existe riesgo de ello. Cfr., *Ibidem.*, pp. 250-252.

¹¹⁵ Cfr., Kuhlen, Lothar. “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad por el producto”, en Santiago Mir Puig y Diego Manuel Luzón Peña (comp.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Tr. Carolina Bolea Bardon, España, J.M. Bosch Editor, 1996, p. 235.

jurisprudencia en Europa, en particular por lo que hace a los casos de la "Colza" y "Leder-Spray", entre otros, en mi opinión deja de lado el estudio de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, como la salud pública o la seguridad en el consumo y los tipos penales de peligro a través de los cuales se protegen aquéllos, todo lo cual se encuentra vinculado, sin lugar a dudas, con la responsabilidad por el producto, aunque quizás desde otra perspectiva, aquella que posibilita la intervención del derecho penal cuando aún no se ha producido la lesión de bienes jurídicos individuales, aunque existe peligro de ello; postulado éste que me parece deseable en orden a la prevención que conlleva.

Idealmente, el fabricante de un producto sólo puede ser castigado cuando es una persona física; sin embargo, generalmente son empresas o personas morales quienes fabrican y distribuyen productos, y como éstas no pueden ser sancionadas en los mismos términos que aquélla, la responsabilidad penal por el producto únicamente se establecerá con relación a sus miembros individuales, quienes ocupan las posiciones de decisión, y por ende, de ejecución de dichas organizaciones.

El análisis de la responsabilidad penal referido a la organización centra la atención del derecho penal, no en el sujeto más inmediato o próximo al hecho en un sentido naturalístico; antes bien, el estudio se dirige a las personas que dentro de la persona jurídico colectiva son responsables de la toma de decisiones, lo que posibilita la responsabilidad de todo aquél que en razón de su posición en la empresa, disponga de las atribuciones necesarias y esté en condiciones de garantizar la observancia del cuidado debido. Se trata de determinar a qué personas físicas se les puede reprochar su comportamiento en atención a sus funciones en la organización. La posición de cada uno en ésta fundamenta un

ámbito de competencia y responsabilidad que no puede ignorarse en la consideración jurídico penal.¹¹⁶

En atención a lo anterior, de la determinación de los deberes penalmente relevantes que afectan al fabricante y a los que actúan para él, depende especialmente la eficacia de la responsabilidad penal por el producto en la protección de bienes jurídicos; así, para considerar que una determinada acción es jurídicamente desaprobada, y por ende, contraria a deber, será necesario determinar *ex ante* que está vinculada a un riesgo para bienes jurídicos, y que sea preponderante el interés tutelable frente a la ejecución de la acción.¹¹⁷

En el marco de esta ponderación de intereses es donde suelen establecerse exigencias a los fabricantes que no deben ser exageradas, pues en casos de graves e impactantes lesiones se suele buscar algún responsable aunque sea dudoso si actuó *ex ante* infringiendo algún deber; aunado a lo anterior, en la doctrina existen líneas generales de orientación para determinar el deber, que revisten criterios que dan un amplio margen a la concreción.¹¹⁸

Conteste con el criterio de este autor, Lascuraín Sánchez¹¹⁹ apela a un argumento de utilidad, señalando que la sociedad esta interesada en la elaboración de ciertos productos a pesar de su peligrosidad, tal es el caso de las medicinas; y si sometemos estas actividades a severos y permanentes deberes de investigación se desalentaría con perjuicio de la sociedad misma.

¹¹⁶ Cfr., *Ibidem.*, p. 238. Cabe preguntarse si en estos casos de responsabilidad por el producto en el ámbito de empresa, se infringe el principio de culpabilidad, al atribuir los deberes o formas de actuar de ésta a sus miembros; al respecto, Kuhlen estima que la infracción sucedería si la responsabilidad se trasladara a sus miembros sin más, en función sólo de la posición que ocupa, pero la clase de imputación propia de un ámbito de empresa u organización no opera en esos términos, pues la responsabilidad penal de uno de sus miembros presupone que el mismo haya vulnerado en forma individualmente reprochable los deberes que se imponen al fabricante y que le correspondan en lo personal, contribuyendo así a la lesión de otros. Cfr., *Ibidem.*, p. 239.

¹¹⁷ Cfr., *Ibidem.*, p. 242.

¹¹⁸ Cfr., *Idem.*

¹¹⁹ Cfr., Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. *Op. Cit.*, nota 22, p. 104.

Ahora bien, este autor¹²⁰ establece como principio la autorización para introducir en el mercado productos peligrosos si se adoptan los cuidados previos y si se establece el compromiso de advertir con posterioridad a los consumidores y usuarios los nuevos peligros de que tenga conocimiento.

A este respecto, advierte la existencia de supuestos en los que el cumplimiento de deberes de cuidado y de garantía aseguran la ausencia de lesión, y si llega a producirse se deberá al azar o al ejercicio de la autonomía de la víctima o de un tercero; y supuestos en los que la adecuación jurídica del comportamiento supone una lesión o un riesgo de lesión, en donde cabría concebir un deber suplementario de contención del daño producido cuando éste no sea una consecuencia del derecho ejercido.

En este sentido, en cuanto a los supuestos mencionados en segundo término afirma Lascuráin Sánchez¹²¹ que, no obstante que el productor cumplió con sus deberes de cuidado y de garantía, y ejerció su actividad con las cautelas de inocuidad de su conducta y de indemnidad de la libertad ajena, debe asumir el riesgo posterior a pesar de que el riesgo generado en el ejercicio de su libertad terminó al salir de su esfera con la inocuidad propia del cumplimiento de aquellos deberes, pues existen riesgos especiales caracterizados, por un lado, por la complejidad de sus propios efectos (v. gr., sustancias químicas), y por otro, por una especial utilidad social cuya preservación requiere medidas de control hasta cierto punto limitadas, pues tras ellas puede quedar un riesgo remanente. A este respecto, tal deber sería el correlato del disfrute de una libertad especial; y además, con vista de la complejidad del proceso de elaboración y de las características del producto puede entenderse que, hasta cierto punto, en lo que se refiere a la información, parte del producto esta aún en la esfera del productor.

¹²⁰ *Cfr., Ibidem.*, p. 101.

¹²¹ *Cfr., Ibidem.*, p. 102.

Si la información necesaria reside fundamentalmente en el productor y raramente en el destinatario del producto, mal puede usar éste su propia autonomía, de ahí la necesidad de un deber en el productor posterior a la introducción del producto en el mercado, moderado en su contenido en cuanto a la obtención de información adicional acerca de la peligrosidad del producto y absoluto en cuanto a la comunicación de la misma al destinatario del mismo.

Al respecto, Frish¹²² nos dice que en aquellos casos en los que un producto es distribuido y posteriormente resulta ser peligroso, sin que dicha peligrosidad tenga que ver con el procedimiento productivo aplicado por la empresa, la solución correcta no es afirmar la existencia de un deber derivado de un comportamiento antijurídico anterior, pues no puede estimarse esto cuando el producto fue sometido a un procedimiento de comprobación previo a su distribución; antes bien, y considerando que quien ejerce la libertad de configurar su conducta excluyendo la intromisión de terceros, debe preocuparse de que su acción no implique peligros, lo correcto es afirmar que una conducta cuya función es hacer posible la utilización del producto se vuelve inadmisibles desde que es reconocida como peligrosa; en estas situaciones los consumidores o usuarios esperan que el producto esté libre de peligros cognoscibles debido a la aplicación de los controles reglamentarios y que el productor les avise cuando dichos peligros sean conocidos más tarde. Quien comercializa un producto ha de tener en cuenta estas expectativas, por lo que será especialmente responsable de la eliminación ulterior de todo peligro.

Acorde con lo anterior, y en particular, con el criterio de Lascuráin Sánchez respecto a los riesgos especiales, Gimbernat señala que un sector de la doctrina en

¹²² Cfr., Frish, Wolfgang. “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en Santiago Mir Puig y Diego Manuel Luzón Peña (comp.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Tr. José Manuel Paredes Castañón, España, J.M. Bosch Editor, 1996, p. 115.

sede de injerencia, ha llegado a hablar de un comportamiento previo que supone un "riesgo incrementado" para la lesión amenazadora del bien jurídico, y con ello se quieren aprehender aquellos casos en los que el comportamiento previo supera el ámbito de los peligros contra los cuales todo el mundo, normalmente, toma precauciones por sí mismo.

Con el punto de vista del comportamiento de "riesgo incrementado" es posible fundamentar el deber de evitación de riesgos amenazantes, incluso aunque al autor, por faltar la cognoscibilidad del peligro, no se le pueda imputar una infracción del deber, no obstante lo cual, debe evitar los peligros cuyo origen y desarrollo puede conocer mejor que el perjudicado por los medios especiales o privilegiados de que dispone.

De esta manera, para enjuiciar el deber de garante, no debe distinguirse si el peligro desencadenado ya era cognoscible al tiempo de la acción o si sólo lo fue *a posteriori*, pues en ambos casos, se da origen a la actuación del autor y esto desencadena el deber de evitación.

Frente a este planteamiento, en el cual, debido a su formulación, admite una responsabilidad derivada de una conducta previa conforme a derecho, cabe objetar que el instituto de la injerencia perdería cualquier contorno de concreción y abarcaría de forma ilimitada cualquier condición del resultado.

Ahora bien, Kuhlen¹²³ señala que en la actualidad, para un fabricante que se disponga a actuar conforme al cuidado debido, es difícil advertir cuándo se halla frente a una sospecha de peligro que deba tomarse en serio, y no ante una "campaña publicitaria" o "histeria colectiva"; quedando asimismo abierta la cuestión de qué tipo de contribución debe realizar el fabricante para informar de la sospecha en comento: ¿basta dar a conocer el estado de la cuestión en la praxis y

¹²³ Cfr., Kuhlen, Lothar. *Op. Cit.*, nota 115, p. 245.

en la ciencia?; ¿debe el fabricante impulsar o realizar él mismo nuevas investigaciones acerca de la peligrosidad del producto y de qué tipo?; ¿se cumple el deber de disminución del riesgo a través de medidas económicas menos tajantes que el cese de la actividad y la retirada de los productos distribuidos? Dotar a los deberes penalmente relevantes del fabricante de contornos precisos, es en opinión de este autor, la tarea más urgente en el ámbito de la responsabilidad por el producto, a la cual está emplazada no sólo la práctica sino también la dogmática penal.

2.2.2. Control de fuentes de peligro operantes en el propio ámbito de dominio.

La vigilancia o control de fuentes de peligro, en concepto de Maurach¹²⁴, es con frecuencia asumida en forma voluntaria, con la consecuencia de que quien la asume se transforma en garante de todos los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados por dichas fuentes.

Al parecer, de acuerdo con el pensamiento de este autor, la fuente de que ahora me ocupo no es autónoma, pues encuentra su origen en la aceptación o asunción voluntaria.

Al respecto, parece coincidir con estas ideas de ausencia de autonomía, Jescheck¹²⁵, quien al afirmar su existencia, destaca la vinculación con la asunción voluntaria o un actuar precedente infractor.

La fundamentación de este deber para el propio autor¹²⁶, reside en que la comunidad debe poder confiar en que, quien ejerce el poder de disposición sobre un determinado ámbito de dominio o sobre un espacio delimitado que está abierto a los demás o que puede influir sobre ellos, domina los peligros que en este

¹²⁴ Cfr., Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 5, p. 258.

¹²⁵ Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. cit.*, nota 7, p. 675.

¹²⁶ Cfr., *Ibidem.*, p. 675-676.

ámbito pueden derivarse bien de estados o situaciones peligrosas o bien de animales, dispositivos o instalaciones.

Como ejemplos de lo anterior, propone a quien asume la supervisión de los automóviles de una empresa para preservar la seguridad del tráfico, o quien ante una parada repentina debe advertir al tráfico que le sigue; la responsabilidad del titular de un vehículo por no mantenerlo en condiciones de seguridad para el tráfico reside en su deber de supervisión del mismo; el deber de garante del titular de una vivienda destinado a evitar los delitos que otros cometen en su interior puede derivarse del hecho de que aquélla, a causa de su estado o situación, se presente como una fuente de peligro.

No obstante el último ejemplo propuesto por Jescheck, del que en principio pudiera advertirse su conformidad en que la titularidad de locales genera deberes de garantía, su posición se delimita al considerar en particular:

- Que el hostelero no debe ser castigado por un delito de receptación basado en su colaboración en la venta cuando no impide el ofrecimiento en su local de los objetos robados, puesto que las estancias del restaurante no son ninguna fuente de peligro; incluso la violación que se desarrolla en una taberna en la que el dueño deja que ésta tenga lugar sólo debe desencadenar la punibilidad a título de omisión de socorro.
- Tampoco la posición de monopolio de un ámbito determinado puede fundamentar el deber de prestación de auxilio, v. gr, si el capitán de barco descubre a un polizón y no cuida de él con graves daños para la salud de éste.

Con motivo de la titularidad de locales como fuente de deberes de garantía, Stratenwerth¹²⁷ señala que para una parte de la doctrina, la circunstancia de que un espacio cerrado posibilite o facilite la comisión de delitos obliga a su evitación por parte de quien es su titular; mientras que la opinión mayoritaria exige que dichos locales constituyan, por sus características o ubicación, una fuente de peligros.

No obstante, para este autor tal distinción carece de sentido, y al respecto cuestiona: "¿por qué razón el propietario de una vivienda ubicada en un lugar apartado va a ser más responsable que otros de evitar que ella sea usada para cometer delitos? Uno no es auxiliar de la policía en su propia casa. Naturalmente que ello no excluye que exista el correspondiente deber de control o de auxilio respecto de autor o víctima por una razón distinta."¹²⁸

Lascuráin Sánchez¹²⁹ establece que en este tipo de casos se trata de un elemento inocuo que se encuentra en el entorno dominado por el titular, pero que es convertido en peligroso por un tercero, que es el que organiza y ejerce su libertad, y el que tendrá el deber de omitir o hacer, o ambos a la vez, en relación con el resultado que se estima disvalioso.

A este respecto, el propio autor considera que la tolerancia del titular del dominio utilizado puede catalogarse, en su caso, de colaboración en la obra de otro, si cabe atribuir a dicho comportamiento un sentido objetivo de

¹²⁷ Cfr., Stratenwerth, Günther. *Op. Cit.*, nota 98, p. 395.

¹²⁸ *Idem.* Acorde con esta línea de pensamiento, Mir Puig pone de relieve lo discutible que resulta el pretendido deber de control de un ámbito en sí mismo no peligroso, como el que pudiera corresponder al encargado de un bar en relación con las conductas realizadas por los clientes, encargado a quien se consideraría se ubica en posición de garante, y por ende, responsable de las lesiones causadas de un cliente a otro si no las impidió; no obstante, en casos como éste resulta polémico que exista un deber de "policía" que llegue a hacer responsable de los delitos cometidos por otras personas. Cfr., Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 8, p. 327.

¹²⁹ Cfr., Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. *Op. Cit.*, nota 22, pp. 85-88.

favorecimiento del delito, lo cual parecería difícil en conductas adecuadas como permitir la entrada y permanencia.

Así, este autor considera que la titularidad del local donde se realiza el delito de otro –donde otro realiza su delito- no genera una posición de garantía, sólo puede tener un significado de participación –activa u omisiva- en el mismo, particularmente, cuando con el comportamiento omisivo se trate de una contribución al hecho y no de una simple falta de entorpecimiento del mismo.

A este respecto, Lascuráin Sánchez dice que son garantes los que están emplazados a evitar el resultado, de modo que si existe tal deber y el delito es realizable por omisión, la imputación a que dan pie estos requisitos lo es a título de autor y no a título de partícipe.

Por otra parte, continúa exponiendo este autor, la participación por omisión queda para los garantes que no impiden la comisión de delitos cuya autoría por omisión no está tipificada, y para los no garantes que contribuyen omisivamente al hecho.

De esta manera, en mi opinión, atendiendo a la primera hipótesis, si no hay autoría por omisión tipificada, en consecuencia, realmente no hay garante o posición de garantía en el partícipe, esto es, existe participación sin posición de garantía.

A efecto de no identificar las contribuciones omisivas con el simple no dificultar el hecho delictivo, Roxin establece que: “La inactividad aparece como facilitamiento y favorecimiento positivo de un hecho cuando el sujeto, en consideración al delito planeado, omite una acción que estaba dispuesto a llevar a cabo al margen de toda comisión delictiva y que habría impedido o dificultado objetivamente la comisión del hecho. Por el contrario, queda impune quien omite,

aun sabiendo de la comisión del delito, una acción que impediría o dificultaría el resultado, acción que de todos modos no habría llevado a cabo. Formulándolo brevemente: quien para posibilitar un delito abandona la resolución de actuar ya adoptada, incurre en participación; quien no hace el esfuerzo de decidirse a contrarrestar un delito, queda impune.”¹³⁰

En lo referente a los supuestos de inactividad con vista a las conductas delictivas que se realizan en el espacio privado, Lascuráin Sánchez¹³¹ señala que la presencia ajena en el espacio privado de alguien sólo es posible con su tolerancia, la que puede ser calificada como contribución activa u omisiva al delito cuando la presencia ajena tiene entre sus objetivos previsibles la comisión de un delito.

Un razonamiento similar al anterior puede darse en el caso de los titulares de los establecimientos públicos en los que se trafica con drogas; la cesión del espacio para la comisión del delito, cuando ésta sea previsible, se constata con la obligación legal de los titulares de impedir tal utilización; en estos casos, la obligación de denuncia del hecho o de expulsión del local hacen que su ausencia pueda verse precisamente como la omisión de una resolución de actuar ya adoptada.

En atención a lo expuesto, para Lascuráin Sánchez, es posible “...catalogar el comportamiento omisivo del titular del domicilio respecto a cualesquiera delitos cometidos en el mismo y el del dueño del local respecto al tráfico de drogas desarrollado en su establecimiento *como contribuciones omisivas punibles y no como una simple falta de entorpecimiento del delito de otros.*”¹³²

¹³⁰ Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Séptima Edición, Tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000, p. 527.

¹³¹ Cfr., Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. *Op. Cit.*, nota 22, pp. 89-90.

¹³² *Ibidem.*, p. 90.

Por otra parte, Gimbernat¹³³ expone que el legislador tolera la existencia de focos de peligro; unas veces porque su origen está en fenómenos que no puede controlar, como enfermedades, fenómenos naturales, etc., y otras, porque su creación se estima imprescindible o conveniente para el mejor desarrollo de la sociedad y de los individuos que la integran, dentro del cual hay que incluir, entre otros, los fines de diversión (corridas de toros, carreras de autos).

Pero el legislador tolera esos focos sólo en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad, y es ahí donde sitúa el nivel de lo permitido, prohibiendo (penalmente, si ello desemboca en un resultado típico) cualquier desequilibrio que lo eleve por encima de ese nivel. Ese desequilibrio se produce en la omisión, porque como el foco de peligro suele tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha previsto normativamente que determinadas personas (médicos, encargados de obras, guardas de paso a nivel) apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión, produciéndose esa desestabilización, porque en contra de lo normativamente previsto, no se aplican las medidas de precaución que harían posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado.

Si lo que caracteriza al grueso de los delitos imprudentes es la causación del resultado típico por un foco de peligro que ha rebasado el riesgo permitido, el responsable del resultado será en el delito culposo de comisión por omisión quien, al no adoptar una medida de precaución a la que venía obligado, igualmente ha desestabilizado un foco que, si se hubiera aplicado aquella medida, se habría mantenido dentro del riesgo permitido.

De esta manera, si no se aplican las correspondientes medidas estabilizadoras de precaución, y con ello, el foco deja de ser permitido, el responsable normativo del rebasamiento será precisamente quien estaba

¹³³ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 12, pp. 96-97.

encargado específicamente de controlar el foco dentro de los límites tolerados por el ordenamiento jurídico.

En estas condiciones, en tratándose de omisiones impropias, no hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino únicamente si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara efectivamente el riesgo permitido y si, a su vez, ese foco de peligro ha causado efectivamente el resultado.¹³⁴

En otro orden de ideas, respecto de esta misma fuente de deberes de garante, Mir Puig¹³⁵ es acorde con lo expuesto hasta ahora al señalar que quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro (instalaciones, animales, máquinas) para bienes jurídicos, es el responsable de que tal peligro no se realice. En este sentido se encuentra en posición de garante, pues le corresponde el control del que depende la indemnidad de los bienes jurídicos.

Para abundar en su explicación acude a ejemplos tradicionales en la doctrina, como el de quien tiene un león en su jardín y omite cerrar la puerta de la jaula, será autor de homicidio si el animal da muerte a un visitante; lo propio ocurre con el guardagujas que no colocó las cadenas, lo que permite el choque del tren.

Como se puede advertir, en esta fuente de deberes de garante de que me he ocupado, encontramos como característica la necesidad de que se ejerza el

¹³⁴ Haciendo un paralelismo de lo que ocurre con los delitos imprudentes de acción, en la comisión por omisión imprudente se caracteriza porque el resultado ha sido causado con toda seguridad por un foco de peligro que, *como consecuencia de una omisión imprudente, se ha transformado de permitido en ilícito*. El que a una omisión se le pueda atribuir el efecto de un aumento del riesgo, se explica porque el riesgo o peligro es una amenaza de modificación dañosa del mundo exterior, cuya presencia se establece sobre la base de un juicio de probabilidad que se elabora intelectualmente teniendo en cuenta los dos siguientes elementos: el primero, consiste en la existencia o en la creación en el mundo exterior de un foco de peligro; el segundo, se funda en el dato de que la ausencia o la presencia de medidas de precaución hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva. *Cfr., Ibidem.*, pp. 93-94.

¹³⁵ *Cfr., Mir Puig, Santiago. Op. Cit.*, nota 8, pp. 326-327.

control respecto de determinadas fuentes de peligro por parte de quien las ha creado o de aquél a quien se ha atribuido su vigilancia, pues de ello depende la indemnidad de bienes jurídicos.

Así, el encargado del control es garante de los riesgos que dicha fuente de peligro implica para bienes jurídicos, por lo que bastaría dejar de efectuar aquél para que el peligro se convierta en lesión, la cual poseería la misma gravedad que la causada por vía positiva.

2.2.3. Responsabilidad por la conducta de terceras personas.

De acuerdo con Jescheck¹³⁶, desde el punto de vista de la cercanía del peligro puede derivarse responsabilidad como garante de la actuación de terceras personas, y sin consideración a un actuar precedente o a la asunción voluntaria del deber.¹³⁷

Aquí, para este autor, es fundamental la idea de que la colectividad, en atención a posiciones de autoridad o vigilancia existentes, confía en que el obligado controla los peligros que entraña la persona bajo su supervisión.

Con motivo de su explicación, Jescheck emplea diversos ejemplos en los que en su concepto se actualizan deberes de garante; así, señala que las personas encargadas de la educación de menores de edad que se encuentran bajo su supervisión deben cuidar de que éstos no delincan; la posición de garante de los

¹³⁶ Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend Thomas. *Op. Cit.*, nota 7, pp. 676-677.

¹³⁷ No obstante, de acuerdo con este autor alemán, el deber de garante puede derivarse al mismo tiempo de varias de las fuentes analizadas, fortaleciendo dicho concurso de deberes de garante la exigibilidad de la acción de rescate, v. gr., el padre no rescata a su hijo que se ha puesto a sí mismo en peligro de muerte de forma negligente, en donde se aprecia en nuestro concepto, primero, una **vinculación natural** entre padre e hijo; y segundo, derivado de la fragilidad del hijo, de su indefensión **representa una fuente de peligro** que es necesario vigilar, controlar. Por otra parte, también es posible la existencia de un conflicto de intereses, si surgen deberes de acción incompatibles frente a diferentes personas. Cfr., *Ibidem.*, p. 677.

superiores jerárquicos en la función pública y de los militares de mayor rango está regulada por la propia ley; el personal de prisiones es responsable de que los internos no cometan acciones punibles.

Ahora bien, si bien es cierto puede ser necesario la existencia de deberes de garante en supuestos como los que son motivo de este apartado, su extensión y la responsabilidad consecuente no deben, en mi opinión, ser ilimitados; antes bien, creo importante la fijación de parámetros en dichos deberes, de manera tal que la responsabilidad se pueda restringir, pero sin suprimirla; esto, con base en el interés de la colectividad en que las conductas socialmente dañosas sean sancionadas.

La esencia de este planteamiento, al parecer es compartida por Jescheck, al comentar que va demasiado lejos la decisión de hacer responsable como garante al ingeniero de caminos cuyo chofer, sin haber bebido alcohol durante el camino, provoca un accidente y respeta el deber de no alejarse del lugar del siniestro.

En efecto, el conductor del vehículo ha sido contratado para la realización de una actividad para cuyo desempeño ha cumplido con los requisitos y aptitudes indispensables, de suerte tal que el ejercicio de la misma, en cuanto habilidades, reflejos, conocimiento de la normatividad de tránsito, etc., se desarrolla con independencia o autonomía respecto de quien lo contrató; esto significa que si bien operó una delegación para la conducción de vehículos, la misma no implica que el ejercicio de dicha actividad suponga instrucciones respecto al uso del freno, acelerador, volante, etc., de ahí que en el caso del ejemplo propuesto, se estime excesivo pretender hacer responsable al ingeniero de caminos por los actos que son asunto del chofer.

Relacionado con lo anterior, Lascuraín Sánchez¹³⁸ establece la existencia de un principio según el cual todas las personas tienen un ámbito de autonomía para dirigir su actuación y un deber correlativo de controlarla, a fin de garantizar el ejercicio igual y general de autonomía; lo anterior, supone en principio la prohibición de asignación de deberes para el control de la autonomía ajena, lo cual no se opone a la existencia de deberes de garantía respecto de cursos de riesgo iniciados por terceros que operan en forma no autónoma en nuestro ámbito de organización; v. gr., si ordenamos al empleado a nuestro servicio que suelte al perro en el jardín, estamos obligados a garantizar que el perro no muerda al cartero.

Una excepción doctrinalmente discutida a la asignación de deberes de garante en relación con el control de los comportamientos de otro que ejerce su autonomía con plena competencia, es la de los denominados garantes de protección, en donde si el resultado lesivo se produce con la pasividad del garante que tenía el deber de evitar el comportamiento lesivo de terceros que actúan libremente, y al no haberlo observado responderá como autor, a pesar de la existencia de otra imputación aparentemente preferente a título de autor por comisión dolosa.

Lascuraín¹³⁹ no parece aceptar del todo la consideración de la doctrina dominante en Alemania, que atribuye al garante en estos casos el papel de partícipe; en este sentido, este autor manifiesta que no entiende por qué no ha de responder el garante que puede evitar el resultado, teniendo un deber trascendente al respecto, tanto como el deber negativo del autor activo respecto a la generación del resultado; agregando que si la lesión del bien jurídico depende del curso agresivo y de la ausencia de defensa del titular del bien, no convence que se devalúe este último factor cuando depende de un tercero.

¹³⁸ Cfr., Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. *Op. Cit.*, nota 22, pp. 105-106.

¹³⁹ Cfr., *Ibidem.*, p. 107.

De acuerdo con el propio autor,¹⁴⁰ donde no existe excepción a la idea de que nadie es garante respecto al control de los actos autónomos de otro es en materia de participación, esto significa que no surge el deber de garante de control respecto a los comportamientos dolosos de tercero en los que se participa; así, se nos pueden asignar deberes especiales por los riesgos propios, pero no por los riesgos ajenos a los que contribuyen los riesgos propios.

Si la participación es intervención en el hecho de otro y si son los hechos propios los que legitiman la asignación de deberes de garantía, va de suyo que la participación no genera deberes de garantía o sólo lo hace en lo que tiene de hecho propio: sólo respecto al curso de riesgo que se dirige en ayuda del que va a emprender el autor.

Lascuráin pone como ejemplo una sentencia del Tribunal Supremo Español relativa a un hecho de homicidio y robo, en donde se aprecia la intervención de 2 personas dentro de su ámbito de autonomía cada uno, y si bien contribuyen al hecho principal de homicidio, pues favorecen a la indefensión de la víctima, éste no es de ellos sino del tercero; en estos casos, se puede ser partícipe pero no autor, máxime si la contribución del partícipe no penetra en el verbo nuclear del tipo.

En este sentido, Lascuráin se decanta por la prohibición de sobrevaloración del aporte, de manera tal que el interviniente queda siempre vinculado al suceso, y siempre según el aporte realizado, y las posteriores omisiones no lo convierten en autor del acontecimiento.

¹⁴⁰ Cfr., *Ibidem.*, pp. 107-110.

Mir Puig¹⁴¹ esta de acuerdo en la existencia de los deberes de que ahora me ocupo, y en ese sentido comenta que en determinadas condiciones, quienes tienen el deber de vigilar a otras personas se hallan en posición de garante respecto de los males que éstas puedan causar; v, gr., el deber de vigilancia de los padres respecto de sus hijos menores.

No obstante, y conteste con la máxima de restricción de responsabilidad esbozada por mí supralíneas, en concepto de este autor, para que rijan los principios derivados del deber de control de una fuente de peligro es preciso, por de pronto, que el deber de vigilancia abarque, en particular, la obligación de controlar una específica peligrosidad que encierre el vigilado.

Así sucede cuando los sujetos a vigilar sean menores irresponsables o enfermos mentales peligrosos, independientemente de quienes sean los encargados de su vigilancia (padres, tutores, maestros, enfermeros, médicos, etc.); y ocurre lo propio, v. gr., con relación a los encargados de vigilar a un delincuente en razón de una específica peligrosidad que manifieste, aunque sólo respecto de dicho peligro específico.

“Ahora bien, en todos los supuestos contemplados (salvo supuestos extremos de falta de acción), es *otro sujeto* el que materialmente comete el hecho antijurídico. Ello plantea una cuestión adicional: ¿convierte la posición de garante al encargado de la vigilancia en *autor real* de delito cometido, o sólo en *partícipe...* por omisión... Me inclino por la segunda opción, por entender que la *pertenencia del hecho...* corresponde sólo al sometido a vigilancia, que no puede considerarse utilizado como instrumento por la sola omisión del titular de la vigilancia...”¹⁴²

¹⁴¹ Cfr., Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 8, pp. 327-328.

¹⁴² *Ibidem.*, p. 328.

El planteamiento contenido en esta transcripción, en mi opinión, no es del todo plausible, pues en tratándose de menores o incapaces, atribuir el carácter de partícipe al padre, tutor o maestro, supone necesariamente la presencia de un autor, que no podría estar representado por aquéllos por una cuestión elemental, en razón de que no son sujetos de derecho penal, al no presentarse en ellos un ejercicio cabal de su autonomía dada su inimputabilidad.

En la jurisprudencia alemana existe la tesis de que entre cónyuges, uno responde en comisión por omisión de los delitos cometidos por el otro si no los evita pudiendo hacerlo; sin embargo, una cosa son las obligaciones recíprocas de ayuda y socorro que la ley establece para el matrimonio, y otra, que de ahí equívocamente se quiera extraer para los cónyuges el deber de evitar que el otro lesione bienes jurídicos de terceras personas.¹⁴³

La doctrina alemana¹⁴⁴ ha rechazado ese principio por considerar que obedece a otra época en la que el comportamiento de los cónyuges se entendía como conformación de un mundo común y el matrimonio, una empresa que abarca toda la vida de ambos; mientras que actualmente, de la comunidad de vida matrimonial exclusivamente abarca la protección y la ayuda a favor de otro cónyuge, pero no la salvaguardia contra éste de bienes jurídicos ajenos.¹⁴⁵

Dentro de la relación paterno filial, la doctrina dominante estima que mientras el hijo no alcance la mayoría de edad los padres responden en comisión por omisión por los delitos que aquél realiza.¹⁴⁶

¹⁴³ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 10, p. 201.

¹⁴⁴ Vid., Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 4, p. 253; Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 5, pp. 254-255; Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend Thomas. *Op. cit.*, nota 7, p. 677; Jakobs, Günther. *Op. cit.*, nota 34, p. 997.

¹⁴⁵ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 10, p. 202.

¹⁴⁶ Cfr., *Ibidem.*, p. 203-205.

Esta responsabilidad se extiende a tutores, padrastros y educadores, por los delitos cometidos por los hijos, pupilos o educandos menores de edad, y se fundamenta en la posición jurídica dominante frente al niño que excluye la intervención de otros, incluido el Estado, por lo que deben impedir en lo posible los hechos punibles de dichos menores, ya que son garantes frente a la comunidad de su educación fiel al derecho.

En el caso de los educadores, se hace hincapié en que su responsabilidad se circunscribe al ámbito de la actividad escolar.

Por otra parte, otro de los ámbitos dentro del cual se ha estudiado la fuente de deberes de garantía objeto de este apartado, lo es el empresarial, para el cual son aplicables, en lo conducente, lo estudiado con antelación respecto de la responsabilidad por el producto como una especie de la llamada injerencia.

Al respecto, para Frisch¹⁴⁷, el fundamento normativo en este ámbito se ubica en la ponderación de intereses, con la cual se pretende determinar a quien le incumbe evitar que se produzcan determinados cursos causales peligrosos para bienes jurídicos; lo anterior, en atención a los principios de distribución adecuada de libertades y de cargas.

Quien ejerce la libertad de configurar su conducta de forma autónoma y excluyendo la intromisión de terceras personas debe, en contrapartida, preocuparse que de su acción no se deriven peligros; exigencia que opera igualmente en el caso en que la acción consiste en la constitución de una relación con una persona o con una cosa, misma que le será permitida si, en caso de derivarse peligros para bienes jurídicos, se preocupa de excluirlos a través de medidas colaterales de cuidado.

¹⁴⁷ Cfr., Frisch, Wolfgang. *Op. Cit.*, nota 122, pp. 111-115.

Esto ocurre particularmente cuando las relaciones se configuran con pretensiones de duración, por ejemplo, la construcción de instalaciones, la designación de personas o la distribución de funciones dentro de una organización, todo con pretensiones de estabilidad. Así, quien ejerce de esta forma su poder de organización, debe hacerse responsable de que el ejercicio de dichas relaciones no implique peligros para bienes jurídicos de terceros. En el caso del mantenimiento de dichas situaciones, relaciones o distribución de funciones que exijan periódicamente acciones de renovación, se actualiza una responsabilidad especial para excluir los peligros inherentes a dicho mantenimiento, de manera tal que la continuación activa de la relación duradera representará la creación de un riesgo desaprobado; y lo mismo ocurre cuando no hacen falta dichos actos de renovación de la organización establemente constituida. Como se ve, el deber puede tener dos contenidos, el actuar para eliminar peligros y la prohibición de una determinada acción.

Así pues, los órganos directivos de las empresas al ejercer un poder de organización para una serie de acciones, lo hacen generalmente con pretensiones de duración, por lo que serán responsables de las lesiones de bienes jurídicos de terceros o de la colectividad que puedan derivar de esa configuración estable y estarán obligados a eliminar aquellos peligros que, de haber existido desde un comienzo, hubieran determinado prohibir dicha configuración. Esto sucede cuando con motivo de la alteración de las instalaciones se producen peligros para el medio ambiente o bienes jurídicos de terceros, que de haberse percibido desde un principio, la instalación no se habría puesto en marcha, o cuando tras la designación de una persona se detectan deficiencias en sus capacidades o fiabilidad, lo que hubiera impedido que se le confiase cierta actividad. En estos casos, el órgano directivo deberá eliminar los peligros que vayan apareciendo, pero no la aplicación de una determinada medida de diligencia.

Ahora bien, para el propio autor¹⁴⁸, si el propietario o el órgano directivo de la empresa se sirven de otras personas para la realización de sus distintas funciones, deben organizar la distribución de éstas de manera que no se produzcan lesiones de bienes jurídicos, así como actuar contra los peligros que puedan ser cognoscibles posteriormente; deberes especiales que no finalizan con la delegación de la tarea, sino que se convierten en un deber de preocuparse por que dicha delegación no acabe produciendo aquellas lesiones.

Esta responsabilidad especial derivada del poder de organización que ejerce el órgano directivo tiene límites, pues no abarca, desde luego, la esfera privada de los empleados, por lo que ante los delitos cometidos en dicha esfera no existe un deber de garantía, y lo propio ocurre cuando los delitos sean cometidos con objetos propios de la empresa, siempre que respecto de éstos no exista un deber de garantía. Así, lo decisivo es que sea una tarea propia de la actividad empresarial la que genere el daño, pues la única obligación existente en los casos de delegación de tareas es la de salvaguardar el carácter no lesivo de las mismas.

Pueden ser objeto de delegación no sólo los trabajos mecánicos, sino también los deberes de vigilancia. La asunción de estos deberes se traduce en una responsabilidad especial. En el caso de delegación de funciones de vigilancia, el delegante se descarga de deberes, pero no queda totalmente liberado, pues dada su titularidad sobre dicho deber de vigilancia, está obligado, por ejemplo, a delegar su deber en personas capacitadas para asumir la actividad en que consiste la delegación y que sean fiables para ello, pues en caso contrario, será responsable del resultado dañoso que se produzca. Igualmente, el órgano directivo continúa teniendo un deber de vigilancia, que aunque de contenido variable, en definitiva consistirá en tener convicción de que el subordinado cumple con el deber asignado (realización regular de inspecciones, rendición de cuentas, etc.), y la infracción de este deber de vigilancia puede fundamentar la responsabilidad por el resultado

¹⁴⁸ *Cfr., Ibidem.*, pp. 116, 117 y 121.

producido. Asimismo, el órgano directivo deberá intervenir en los casos en que sea evidente que no se pueda esperar del subordinado que cumpla con su deber, y muy especialmente cuando dicho deber se refiera a la evitación de un peligro inminente.¹⁴⁹

Todo lo dicho resulta válido no sólo para los casos de delegación vertical, sino también para los de división de la dirección a un mismo nivel, en donde la descarga de deberes es mayor, en razón de la mayor autonomía de cada uno de los sujetos especialmente competente.

Otra cuestión vinculada a la responsabilidad de los órganos directivos de las empresas, es aquella de las medidas sistemáticas de control que deben emplearse para evitar la producción de resultados típicos, en interés de un control completo y a tiempo de fuentes de peligro.

De acuerdo con Frisch¹⁵⁰, existen diversos factores a considerarse antes de determinar la adopción de las medidas en comento, como son el análisis de las diversas fuentes de las que podrían derivarse cursos causales dañosos; proximidad o lejanía de los peligros; costos y beneficios de los sistemas de control; organización conforme a los principios de la división del trabajo y de confianza.

Lo anterior, explica este autor, permite advertir la dificultad de determinar con exactitud el deber en cada caso concreto; sin embargo, no debe olvidarse que existen ya regulaciones concretas sobre los controles que son exigibles, a través de la legislación, instrucciones de corporaciones profesionales u otras medidas usuales en determinados sectores; de manera tal que el incumplimiento de éstas, podrá ser considerado como omisión de lo debido a los efectos de evitar el riesgo; aunque debe reconocerse que estas directrices o indicaciones no están disponibles

¹⁴⁹ En este sentido *vid* Lascaraín Sánchez, Juan Antonio. *Op. Cit.*, nota 22, pp. 114-119.

¹⁵⁰ *Cfr.*, Frisch, Wolfgang. *Op. Cit.*, nota 122, 117-120.

en todos los ámbitos, situación que lleva nuevamente a la idea de la responsabilidad por la infracción de una norma de conducta, cuya existencia puede ser afirmada en forma convincente, cuando la necesidad de ciertos controles resulte evidente.

En otro orden de ideas, el ámbito de los servidores públicos también ha sido objeto de estudio con vista de la fuente de deberes de garantía de que ahora me ocupo.

Así, con independencia de una tipificación legal expresa como omisión impropia, Gimbernat¹⁵¹ señala que las principales dudas de imputación del resultado causado por actividades delictivas de otro se han planteado en relación a omisiones de policías, funcionarios de prisiones, bomberos y autoridades medioambientales.

En el caso de los policías, adoptando una postura a favor de su responsabilidad, un sector de la doctrina alemana ha considerado el otorgamiento a favor de éstos de derechos especiales y la limitación consecuente de la autoayuda de los ciudadanos contra los delitos, derivado de restricciones legales sobre tenencia de armas; el deber policial de defensa contra peligros concretos para la seguridad y el orden, que fundamentaría a la par un derecho subjetivo a que se le defiendan del que se encuentra en peligro y, por tanto, una posición de garante frente a éste.

No obstante, creo que en el caso de los policías y de la actividad que se les ha encomendado, existe en principio un objetivo difuso, a causa de la indeterminación del grupo de personas susceptibles de ser defendidas, situación que puede limitar las posibilidades de acción de estos pretendidos "garantes", respecto de los cuales falta la necesaria y específica relación de dependencia. En

¹⁵¹ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. *Op. Cit.*, nota 10, pp. 205-209.

adición a lo anterior, creo incluso, que por las mismas razones, pudiera también ser equívoco atribuir al policía omiso una intervención como partícipe, considerando su omisión como una contribución favorecedora del hecho.

Para la doctrina dominante en Alemania en los casos de los bomberos y los funcionarios de prisiones tienen un deber de garante, los primeros, en relación a los bienes jurídicos amenazados por los incendios o catástrofes cuya extinción o contención forma parte de sus cometidos profesionales; en estas condiciones, si a pesar de una llamada de auxilio o alarma de fuego, desatienden acudir o adoptar las medidas apropiadas y exigidas técnicamente, pueden responder penalmente tanto de incendio por omisión, como de un delito de lesiones o de homicidio realizados pasivamente, y por cuanto hace a los segundos, se estima que al no impedir los delitos de los internos, responden de aquéllos en comisión por omisión, pues el interno se encuentra plena o parcialmente incapaz de protegerse a sí mismo y a sus bienes jurídicos, en atención a lo cual, y en forma correlativa, se establece para el Estado y sus funcionarios, un deber de protección.

Por otra parte, en la doctrina y jurisprudencia alemanas¹⁵² se ha planteado la responsabilidad del servidor público medioambiental como autor de un delito de contaminación del agua en comisión por omisión cuando: a) Se ha concedido una autorización ilegal que permite acciones contaminantes y se abstiene posteriormente de revocarla; b) El servidor público se abstiene de revocar una autorización, en un inicio correcta, pero que ha dejado de serlo posteriormente por una modificación normativa o variación de las circunstancias de hecho; y c) Se presenta una abstención del servidor público para terminar con unos vertidos delictivos efectuados por un tercero que actúa sin autorización o al margen de ella, en este último caso por no respetar las condiciones impuestas en la misma.

¹⁵² Cfr., *Ibidem.*, pp. 210-211.

Horn¹⁵³, a quien se deben los criterios fundamentales seguidos en la discusión posterior sobre la responsabilidad en comisión por omisión de los servidores públicos en Alemania por delitos ambientales, a raíz de la publicación de un artículo relativo de su autoría en 1981, establece que la concesión de una licencia o autorización fundamenta una garantía por injerencia, al abrirse una fuente de peligro que convierte al funcionario en garante-vigilante; y con relación a éste, precisa que, el funcionario competente para revocar una licencia no tiene que coincidir con quien la concedió (apertura de fuente de peligro), pues garante siempre lo será el servidor público como organismo.

A este respecto, y en un sentido análogo, Rudolphi¹⁵⁴ señala que el titular de la posición de garante lo es la autoridad hidráulica competente como tal, pero el servidor público ocupa esa posición de garante con la asunción fáctica de su cargo; así, la responsabilidad de garante, con esto, corresponde al servidor público competente en el momento de la omisión contraria al deber de garante.

Por su parte, Horn¹⁵⁵ establece que sólo se podrá hablar de una omisión impropia, cuando el servidor público tenga realmente, de acuerdo con las normas extrapenales (administrativas), el deber de intervenir, lo que no es el caso cuando al mismo le esté autorizado ejercer su arbitrio, o sea, es requisito *sine qua non* que no disponga de margen de arbitrio, y que por ello, esté obligado jurídico administrativamente a realizar la acción omitida.

Por último, frente a la postura dominante, un sector de la doctrina alemana, representado por Rudolphi¹⁵⁶, considera que en la tercera de las hipótesis de responsabilidad citadas supralíneas, no cabe responsabilidad en comisión por omisión, puesto que si bien es cierto la jurisprudencia y la doctrina reconocen que

¹⁵³ Cfr., *Ibidem.*, pp. 211-212.

¹⁵⁴ Cfr., *Ibidem.*, p. 215.

¹⁵⁵ Cfr., *Ibidem.*, pp. 212-213.

¹⁵⁶ Cfr., *Ibidem.*, pp. 216-217.

entre las fuentes de peligro que deben ser vigiladas por un garante, también entran en consideración personas, en dichos casos el garante tiene una especial facultad de vigilancia y mando atribuida por el ordenamiento sobre la persona vigilada, situación que no acontece entre la autoridad hidráulica y el ciudadano que contamina el agua; por lo que, con base en esto debe negarse la existencia entre aquélla y éstos, una estrecha relación de custodia.

3. La concepción de Jakobs (exposición general).

3.1. Estatus general y estatus especial como fundamento de la responsabilidad.¹⁵⁷

Los seres humanos configuran su mundo externo, existiendo límites a la libertad de tal configuración; así, el primer fundamento de la responsabilidad es la lesión de estos límites generales de libertad respecto de la configuración exterior del mundo.

Pero los seres humanos viven, en la medida que lo hagan en sociedad, en un mundo socialmente configurado de una manera determinada; tienen un estatus especial, por ejemplo, como madre o como hijo mayor o como ciudadano, etc., y vienen definidos, por tanto, por un haz de derechos y deberes; de esta manera, el segundo fundamento de la responsabilidad es la inobservancia de los límites trazados por ese estatus especial.

Estos límites designan el ámbito del derecho de configuración; las reglas sobre la configuración del mundo exterior designan por tanto el estatus general de cualquier miembro de la sociedad, el papel de todos en contraposición con el papel especial del titular del estatus específico.

¹⁵⁷ Cfr., Jakobs, Günther. *La competencia por organización en el delito omisivo*, Tr. Enrique Peñaranda Ramos, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1994 (segunda reimpresión septiembre de 2000), Cuadernos de Conferencias y Artículos número 1, pp. 9-11.

El contenido de ese estatus general consiste en tener que respetar al otro en su derecho y en ser respetado por el otro en el propio derecho.

Tanto si se trata del estatus general como del especial, el fundamento de la responsabilidad es siempre la lesión de las reglas del estatus.

3.2. El estatus general: La competencia por organización.

3.2.1. Deberes de aseguramiento.¹⁵⁸

De acuerdo con este autor, a cada uno compete, en virtud de su estatus general, esto es, como consecuencia de su derecho de organización, garantizar que en el contacto con una organización ajena la propia mantenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido.

El deber de aseguramiento, si el estado de organización es inocuo, se produce sencillamente por el hecho de no modificarlo en un sentido nocivo, es decir, por la omisión de una conducta arriesgada. Si ese estado es, por el contrario, peligroso, el aseguramiento se produce por medio de una acción.

La lesión del deber de aseguramiento en el primer caso, se produce por una acción arriesgada contraria a una prohibición; y en el segundo, por una omisión contraria a un mandato de actuar lo que lesiona el deber, y por tanto, ello conduce al ámbito del delito omisivo.

El fundamento jurídico de la responsabilidad hay que encontrarlo, por lo que respecta al estatus general que aquí nos interesa, de un modo unitario para las infracciones de prohibiciones (delitos de comisión activa) y la de mandatos (delitos de omisión), en que como consecuencia de la libertad de organización se tiene la

¹⁵⁸ Cfr., *Ibidem.*, pp. 11-17.

obligación de evitar una configuración de la propia organización que exceda el riesgo permitido.

Puesto que la distinción de comisión y omisión afecta a un aspecto superficial, no se puede establecer diferencia alguna respecto de su calificación como delito y en particular ninguna diferencia cuyo contenido sea el de que para un delito de omisión necesitaría una posición de garante, mientras que en el delito comisivo tal posición en nada contribuiría a la responsabilidad.

El fundamento de la responsabilidad se encuentra en la lesión de las reglas del estatus general, y puesto que este estatus se determina por el derecho a configurar libremente la organización dentro del riesgo permitido, evitando riesgos, todo titular de un círculo de organización es garante de la **evitación de un output** que exceda el riesgo permitido, sólo que por tratarse de un deber que incumbe a cualquiera esto no constituye especialidad alguna, por cierto, ni en el delito de comisión activa, ni en el de omisión.

En efecto, un autor de comisión activa es siempre garante por lo que a su propia organización respecta, pero no en relación con procesos que haya que atribuir a otras organizaciones; y un autor por omisión es de igual forma siempre garante del output de su organización.

Ejemplos:

Una persona enferma en peligro de muerte se encuentra conectada a un aparato que suple una función corporal; si el médico es garante de esta asistencia realiza en todo caso el injusto de homicidio, tanto si desconecta mediante acción la máquina, como si omite volver a ponerla en funcionamiento cuando se desconecta por sí misma, pero si el médico no es garante de dicha asistencia no se le imputa en ningún caso el homicidio.

Lo decisivo, dice Jakobs, no es la clase de conducta realizada sino la atribución o no atribución de cursos de daño a la organización del médico.

“Hay, por tanto, comisiones activas que no conducen a responsabilidad porque falta una posición de garante. El curso dañoso para el que el agente se muestra causal ha de ser remitido, a pesar de la causalidad, a una organización ajena y se define al final como propensión de la víctima o como error de terceras personas.”¹⁵⁹

3.2.2. Deberes de salvamento por asunción.¹⁶⁰

Los deberes de aseguramiento afectan tan sólo a aquella parte de la organización en la que se trata de la evitación de un output peligroso.

En el caso de los deberes de salvamento, se pueden evitar asimismo daños si se dispone de un output peligroso, pero son a reserva de su revocación segura antes de que se produzca el daño; siendo este cuidado la condición para la autorización del output.

Nos hallamos ante los casos de asunción del dominio del riesgo, en donde no se trata ya sólo del aseguramiento de la configuración interna de la propia organización sino, por lo menos en parte, del salvamento de una organización ajena respecto de riesgos que ya se han introducido en esta organización ajena.

Ejemplos:

Jakobs pone el ejemplo del fabricante que entrega a sus trabajadores pelos desinfectados previamente de animales, con lo cual cumple con su deber de

¹⁵⁹ *Ibidem.*, p. 17.

¹⁶⁰ *Cfr.*, *Ibidem.*, pp. 17-19.

aseguramiento; pero puede suceder que se los entregue infectados y asume la obligación de velar por una asistencia médica curativa a los primeros signos de enfermedad de su personal; esto es, se compromete a la eliminación de un riesgo que ya no pertenece en forma exclusiva a su ámbito de organización.

Tampoco los deberes que surgen por asunción constituyen algo específico del delito de omisión; la asunción amplía tanto el ámbito de los mandatos como el de las prohibiciones.

Lo que se asume entonces es la renuncia a la utilización socialmente adecuada de la propia organización, es decir, se renuncia a una configuración interna que es en sí misma socialmente adecuada, por ejemplo, a quien asume el cuidado de un menor enfermo de sarampión, le está prohibido abrir la ventana de la habitación de modo que quede muy iluminada; y su equivalente como mandato consiste en que si la luz penetra por sí sola, por caerse una cortina, se tiene el deber de velar porque se haga de nuevo la oscuridad.

3.2.3. Deberes de salvamento por injerencia.¹⁶¹

Con motivo de este tópico, Jakobs inicia formulando la cuestión de si existe un deber de actuar positivo para poner a salvo una organización ajena por haber creado en forma previa el riesgo para esta organización, y por tanto, la necesidad de su salvamento.

En el caso de la asunción, con la conducta de asunción se compensa un riesgo que se genera por este mismo acto, a saber, la renuncia a otra clase de protección.

¹⁶¹ Cfr., *Ibidem.*, pp. 19-21.

De esta manera, la cuestión se reduce a establecer si para fundamentar deberes de salvamento se precisa un acto expreso concluyente de asunción o si, por el contrario, el derecho puede suplir un acto de esa índole por una conducta precedente de características aún por determinar.

Constituye un caso claro de asunción el de quien induce a otro, que ha iniciado ya un acto de salvamento, a interrumpirlo a mitad del camino, manifestando la intención de dar aviso en su lugar, pero **¿qué sucede si se hace tropezar al que efectúa el acto de salvamento, o si se le informa falsamente que sería ya demasiado tarde?. ¿Es también esto, todavía, un acto de asunción?** El riesgo para el bien que debe ser salvado es siempre el mismo y también el autor crea, de un modo imputable, el fundamento del tal riesgo.

Así, no es la presentación de uno mismo como promitente de la acción de salvamento lo que crea *per se* un riesgo para otras personas; una promesa es peligrosa si a ella sigue la renuncia a otra forma de protección precisamente por esa renuncia, pero **esta pérdida de seguridad, este volverse más arriesgado el mundo, se encuentra de idéntico modo en los casos de ingerencia sin asunción, tanto si se hace desistir a alguien de su intento de salvamento con un intención limpia, como si ello ocurre con una violencia física (hacerlo tropezar) o psíquica (engaño).**

El que interrumpe el intento de salvamento organiza de forma imputable un riesgo por medio de dicha interrupción. Por tanto, la solución tiene que ser siempre la misma: en todos estos casos surge de esta organización peligrosa un deber de salvamento.

3.2.3.1. La conducta precedente antijurídica.

Queda aún por clarificar cuándo se organiza en concreto un riesgo de forma imputable, con un comportamiento de organización que puede ser por su parte una acción o una omisión.

En el caso de los deberes de aseguramiento no existe alternativa en relación con la competencia global de aquel que domina el círculo de organización; se puede discutir respecto de estos deberes, si un output del círculo de organización amenaza con convertirse en un riesgo; pero, si es así, es indudable la competencia.

Otra cosa sucede en el caso de los deberes del salvamento: si el output se desprende de su fuente, también puede ser competente para su inocuización un sujeto distinto; por tanto, entre los ámbitos de organización concurrentes hay que dilucidar cual es más intensamente obligado a procurar la eliminación del riesgo.

Una especial intensidad no se puede fundamentar en relación con aquel de cuyo círculo de organización sólo han surgido hacia el exterior cursos causales como los que cualquiera puede desencadenar en cada momento sin preocuparse de sus consecuencias.

Así, explica Jakobs, la adecuación no desempeña a estos efectos ningún papel, pues hay fuentes de daño adecuadas por completo, pero al mismo tiempo socialmente adecuadas; v. gr., en la venta de alcohol a personas responsables, el vendedor no tiene, por tanto, que intervenir en auxilio cuando el comprador, tras el consumo del alcohol, amenaza con producir daños.

Contrariamente, se puede fundamentar con facilidad esa intensidad especial cuando la conducta precedente crea un riesgo no permitido para el bien puesto en peligro; pues a propósito en tal caso la puesta en peligro del bien es la

consecuencia no sólo desde un punto de vista naturalista, sino también jurídico del comportamiento precedente.

De acuerdo a la exposición de este autor, entiendo que crear un riesgo no permitido va en contra de lo socialmente adecuado, por eso vincula también desde la óptica jurídica.

Esta forma de fundamentar la intensidad especial también rige en el caso de que el titular del bien tampoco haya cumplido con aquello que le incumbía, en cuyo caso, tienen que responder ambos: tanto víctima como injerente; v. gr., si un curioso se encarama a una obra mal asegurada (infringe lo que le incumbe para su autotutela) y sufre un accidente, el constructor tiene la obligación como garante de salvarlo (la competencia de organización surge del defectuoso aseguramiento), mientras que sólo tendría una obligación general de auxilio si la obra fuera segura y adecuada.

3.2.3.2. El sometimiento a riesgos especiales.¹⁶²

A primera vista puede pensarse que si una conducta precedente no es antijurídica, todos tienen que acomodarse a ella; sin embargo, esta perspectiva es errónea, pues así lo demuestra la simple observación que puede que una conducta precedente sólo sea conforme a derecho porque trae tras de sí el deber de impedir consecuencias nocivas y que sin este deber subsiguiente la conducta precedente sería socialmente insoportable; v. gr., quien pasea en aguas poco profundas con un niño pequeño, sólo actúa conforme a derecho porque ese paseo, en virtud del deber de levantar al niño inmediatamente del agua en caso de caída, no entraña ningún riesgo considerable; sin este deber la conducta equivaldría a un abandono.

¹⁶² Cfr., *Ibidem.*, pp. 24-28.

Por tanto, también tienen que generar un deber de salvamento aquellas conductas de sometimiento a riesgos especiales que sólo pueden ser adecuadas a derecho si existe un deber de salvamento. Se puede hablar en tales casos de una asunción nada más que objetiva, calificativo que obedece al hecho de que no depende de una declaración de asunción.

Pero con ello no se agota el ámbito de la conducta precedente conforme a derecho que, a pesar de ello, fundamenta deberes de salvamento.

Cuando alguien provoca un riesgo especial, es decir, un riesgo mayor que el ineludible en la vida, la víctima puede apelar a que aquel a quien compete la organización de sus ventajas debe organizar también y de preferencia la eliminación de sus perjuicios, no importando si las posibilidades de salvamento son seguras; si las posibilidades son inciertas, pero a pesar de ello se permite el riesgo, tal permiso contiene la pretensión de sacrificar la seguridad de los bienes a un interés particular; al destinatario de este beneficio es de preferencia a quien compete, en compensación, el salvamento.

El ordenamiento jurídico contiene, por regla general, infinidad de indicios para la valoración de un riesgo como riesgo especial; el caso que más se discute es el del funcionamiento ordenado de un automóvil, en el que como consecuencia del peligro inherente a dicho funcionamiento se produce un accidente con una víctima que por su parte se comportó en forma correcta.

De acuerdo a Jakobs, en este caso existe un deber de salvamento para el titular del vehículo, y ello es así, porque el funcionamiento de un automóvil se considera todavía como un riesgo especial, y el ordenamiento jurídico pone el peligro del tráfico a cargo de su organizador.

La existencia de un deber de salvamento derivado de un riesgo especial, rige sin duda sólo si la víctima no genera por su parte un riesgo especial, y en particular, si no se comporta en contra de cuanto a él mismo incumbía, pues en otro caso falta un sacrificio en el interés particular de otro.

La idea de sometimiento a un riesgo especial contiene también la clave de la respuesta a la cuestión de en qué causas de justificación tiene que ser minimizado el daño al bien sobre el que se ha intervenido.

En el caso de defensa legítima, el agresor somete a un riesgo especial al agredido, del que éste se libera por medio de la defensa; esta situación sólo compete al atacante y por tanto no se puede fundamentar en su favor un deber de salvamento; de ahí que el agredido sólo responda por una omisión de socorro, pero no como garante, en caso de que abandone al agresor herido con motivo de la defensa.

En el caso del estado de necesidad agresivo, con base en una asunción exclusivamente objetiva, existirá un deber de salvamento si sólo de este modo se puede mantener la proporcionalidad entre el bien salvado y el sacrificado, por tanto, a quien tiene que coger un jarro de agua del vecino para regar unas valiosas plantas que de otro modo se secarían, no le está permitido dejar abierto el surtidor si el agua de que ahí mana destruye las plantas del vecino.

El deber de salvamento no siempre corresponde de un modo preferente a quien interviene en estado de necesidad, y en concreto no le corresponde cuando gestiona un negocio ajeno, y quien se beneficia por ello es por sí mismo capaz de evitar el daño.

3.2.3.3. Injerencia y comisión activa.¹⁶³

No sólo es posible que se generen por ingerencia mandatos de salvamento sino también prohibiciones, y en especial, prohibiciones de interrumpir cursos de salvamento ya iniciados.

En general, de acuerdo con el pensamiento de Jakobs, a cualquiera se le permite realizar una conducta socialmente adecuada, aunque perturbe el mantenimiento de un bien puesto en peligro, o a lo sumo se le prohíbe tal conducta bajo amenaza de sanción a título de omisión de socorro; mientras que a aquél que ha introducido el riesgo en una organización ajena se le prohíbe ejecutar una conducta interruptora del salvamento, bajo la amenaza de un castigo por un delito de resultado; por ejemplo, si un sujeto atropella a una anciana de un modo tan desconsiderado que ésta se ve en peligro de caer al suelo, aquél no puede retirar su mano, de la que trata de asirse la anciana; más aún, tendría que tenderle la mano si ella todavía no se halla en esa situación favorable. Ambas cosas, tanto el hecho de retirar la mano como el de no ofrecerla, conducen, si el autor falta a su deber, a un delito de lesión, aunque para cualquier otro ajeno a la situación que no actúe a favor de quien está a punto de caer, podría ser sancionado por omisión de socorro.

3.3. El estatus especial: La competencia institucional.¹⁶⁴

Los deberes en virtud de competencia institucional son aquellos que afectan sólo a personas que forman parte de un estatus especial, como el de los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial o algunos cargos públicos; en donde se trata de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que se ha de configurar en parte conjuntamente, de altruismo.

¹⁶³ *Cfr.*, *Ibidem.*, pp. 28-29.

¹⁶⁴ *Cfr.*, Jakobs, Günther. *Op. Cit.*, nota 34, pp. 993-994.

Los deberes resultantes de dichas instituciones sólo pueden ser equivalentes a la comisión si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias.

Se trata pues, de aquellas formas de relación sociales respecto a las cuales no existe ninguna alternativa de organización; estas instituciones básicas están positivizadas al menos incipientemente, por lo que de ésta regulación se deducen los deberes, cuando lo correcto debería ser de la institución en sí.

No obstante, la protección de bienes representa siempre una de entre las diversas funciones de las instituciones respectivas.

3.3.1. La relación paterno-filial.¹⁶⁵

Jakobs alude aquí al deber de guarda de los padres para con los bienes de sus hijos legítimos, como prototipo de los deberes de garante.

Este deber se extiende en la medida en que padres e hijos configuran un mundo en común, que en el niño lo abarca todo: los padres deben alimentar y cuidar a sus hijos, si es necesario buscar asistencia médica, así como evitar los peligros para su vida e integridad, incluidos los peligros de autolesión dolosa o imprudente, e incluso los peligros provenientes del otro cónyuge, y además cuidar del patrimonio del hijo. Sobre todo, tiene importancia práctica el deber de cuidar del patrimonio en relación con la administración desleal.

Estos deberes garantizan tan sólo un estándar mínimo de cuidados, ya que penalmente no se puede garantizar la dedicación óptima, sino sólo la dedicación

¹⁶⁵ Cfr., *Ibidem.*, pp. 996-996.

cuya negación es evidentemente defectuosa; v. gr., ni siquiera el examen médico preventivo regular de un lactante pertenecerá al estándar mínimo; los padres acomodados no tienen que buscar al único especialista en otro continente para que cure al niño.

Los deberes no tienen por qué cumplirse de propia mano; no obstante, mediante su delegación, lo padres sólo se ven libres si el que los asume satisface el estándar mínimo, y en esa medida.

Los deberes, para el padre, surgen al momento de la consumación del nacimiento, ya que en ese instante da comienzo el cuidado del padre jurídicamente asegurado; así, no existe deber de garante para evitar la interrupción del embarazo, lícita o antijurídicamente, por parte de la madre.

Los deberes concluyen al alcanzarse la mayoría de edad, pues el hijo asume la responsabilidad por su mundo vital.

Al padre de un hijo ilegítimo no le afectan estos deberes, y sólo es responsable del bienestar del niño mediante el pago de alimentos.

La posición de garante que a veces se afirma ante los hermanos, falta por ausencia de comunidad, jurídicamente garantizada, del mundo vital; tampoco existe posición de garante de los niños respecto de sus padres por el mero hecho de la descendencia, máxime si se considera que no es cometido de aquéllos configurar el mundo vital de éstos.

3.3.2. El matrimonio.¹⁶⁶

¹⁶⁶ *Cfr., Ibidem.*, pp. 996-998. Jakobs explica que correlativamente a la relación paterno-filial encontramos relaciones supletorias, como la adopción y la tutela; sin embargo, en tratándose del matrimonio no existe relación paralela; así, las parejas estables de homosexuales no les afectan al menos los deberes de los cónyuges, pues la confianza, existente fácticamente, en la evitación de peligros, no es posible fundamentarla

Al igual que en la relación paterno filial, aquí se garantiza sólo un estándar mínimo; por tanto, el deber de velar por el patrimonio, no se encuentra dentro del ámbito de los deberes de garante; no obstante, el cuidado del patrimonio puede asumirse, surgiendo por ello una relación especial de confianza.

Dada la igualdad de derechos de los cónyuges en la configuración del mundo común, contenido del deber nunca puede ser un comportamiento contrario a la voluntad del otro cónyuge responsable. Así pues, no existe el deber de garante consistente en evitar forzosamente las autolesiones dolosas o los delitos del cónyuge responsable, pues ello entrañaría extensión de la vida matrimonial, no pudiéndose imponer un comportamiento que no pertenece a la estructura de la institución.

Ello rige también cuando el cónyuge, tras el comportamiento de suicidio, ha perdido la influencia sobre el curso causal hacia la muerte, si de las circunstancias no cabe deducir que ha cambiado de parecer; pues también el deber de garante relativo a ese período de tiempo supondría un deber de extender la vida en común hasta extremos no queridos por el cónyuge.

Por otra parte, la resolución de suicidarse constituye una desgracia (psíquica, por el error, depresión, etc.), cabe remediarla evitando el suicidio, por lo que el cónyuge está obligado como garante a impedir el resultado, como un mero auxilio; v. gr., en el caso del que se quiere suicidar por creer erróneamente que se perdió toda su cosecha, si la esposa entrevé el error, debe sacarle de él, e incluso impedir el resultado.

jurídicamente; si los grupos de intimidad extramatrimoniales estuviesen asegurados por medio de deberes de garante, quedaría destruido el monopolio del matrimonio. *Cfr., Ibidem.*, p. 998.

De este modo, restan deberes de evitar aquellos peligros para la vida, la integridad, la libertad, el honor y otros bienes personalísimos que no han sido queridos responsablemente por el cónyuge; estos deberes no están sujetos a que se conviva, aunque un déficit material puede fundamentar la atenuación de la pena.

Los deberes no existen únicamente con respecto a los peligros que sólo se pueden evitar planificadamente, por lo que el cónyuge está obligado a auxiliar si se encuentra al otro por casualidad en un estado que necesita ayuda.

No existe posición de garante a partir de la promesa de matrimonio, pues ésta sólo tiene como función probar la fuerza del vínculo de los prometidos, como para constituir una vida en común, por eso, el vínculo jurídico no debe ser más fuerte que el afecto de los prometidos.

3.3.3. La confianza especial.¹⁶⁷

En la **asunción** (deber de garante en virtud de responsabilidad por organización), hay un comportamiento creador de confianza que vincula con intensidad equivalente a la comisión, incluso, sólo por **mejorar la situación de los bienes**.

Sin embargo, contenido de la **confianza especial** sólo lo constituye el **auxilio que acarreará previsiblemente un efecto adecuado**, aun cuando ya no se encuentre dentro del estándar general. Si un contrato eficaz se dirige a la realización de una prestación inadecuada, tal eficacia carece de trascendencia

¹⁶⁷ Cfr., *Ibidem.*, p. 999.

penal, pues el comportamiento punible no se puede determinar, mediante la libertad de contratación, asilándolo de las valoraciones jurídicas y sociales.¹⁶⁸

Los presupuestos de la confianza especial pueden derivar de: a) la creación de una relación de garantía mediante confianza (confianza que genera garantía); o b) el cumplimiento de una relación de garantía ya existente que se gobierna a través de una organización (confianza que proporciona garantía).

3.3.3.1. Confianza que genera garantía.¹⁶⁹

Aquí, quien es objeto de la confianza debe introducirse en una relación que le atribuye la responsabilidad por el aseguramiento de un bien o el combatir un peligro.

En primer lugar, tenemos el caso cuando el sujeto promete el auxilio e introduce el bien o el peligro contra el que hay que proteger a aquél en su ámbito de organización, o asume la dirección del ámbito de organización donde se sitúa alguno de ellos.

Al igual que en la asunción, el introducirse en una posición de garante puede fundamentar posición de garante incluso en ausencia de un contrato eficaz.

El aspecto abarca desde la acogida de personas necesitadas de cuidado, para prestárselos, en el propio hogar, en un hospital o en una residencia de ancianos, hasta la administración de un patrimonio ajeno o la gestión de negocios. Dado que más bien el auxilio en la situación de necesidad es el objeto de la

¹⁶⁸ Lo anterior tiene importancia práctica en la actividad de los médicos: para prolongar la vida unos minutos más, no tienen que emprender todas las manipulaciones conocidas; tampoco el médico es garante de que al paciente se le administren medicamentos o técnicas curativas de efectos no reconocidos médicamente, aunque se revelen eficaces posteriormente. *Cfr., Idem.*

¹⁶⁹ *Cfr., Ibidem.*, pp. 999-1003.

confianza especial, el obligado tiene que realizar su promesa antes de la situación de necesidad y ejecutar actos de organización para el supuesto venidero de la situación de necesidad. En caso de peligros recurrentes del mismo género, durante una fase de necesidad se puede garantizar el auxilio en la próxima fase; v. gr., el médico es garante en virtud de confianza especial, al asumir un caso, pues su promesa se dirige a querer tratar al menos a las personas que él asume, y la actividad de su consulta es una organización para los pacientes futuros.

La jurisprudencia alemana ha fundamentado en multitud de ocasiones una posición de garante derivada de la convivencia en la misma vivienda con la persona en peligro; sin embargo, sólo proporciona fundamento para la responsabilidad mediante confianza especial cuando se promete el auxilio y se llevan a cabo preparativos para éste. La convivencia *per se* no constituye una institución elemental jurídicamente garantizada y por eso tampoco fundamento propio de deberes de garante.

En segundo lugar, surge confianza especial que da lugar a garantía en la unión de ámbitos de organización, previa a la situación de necesidad, para el auxilio mutuo (*comunidades de peligro*). Si varias personas realizan una actividad peligrosa, habiendo acordado auxilio mutuo en caso de necesidad, también está obligado a ayudar, debido a su participación, aquél participante en la empresa sin el cual ésta, en su caso, también se habría llevado a cabo.

Un supuesto especial de estas comunidades de peligro es la comunidad de vida para la evitación de riesgos vitales (ejemplo de la comunidad del inválido vidente y el invidente que puede andar). La evitación de peligros tiene que ser el contenido, **puesto en práctica**, de la comunidad, lo que sólo cabe apreciarlo en la asociación de personas que se ven afectadas por riesgos superiores a los normales de la vida. Por este criterio se rige también que el deber en su caso

tenga por contenido la asistencia personal o bien sólo procurar el auxilio de terceros.

Se trata aquí de un deber de garante respecto de peligros específicos, no comprendiendo otros a pesar de que afecten al mismo bien jurídico.

En tercer lugar, surge confianza que da lugar a garantía frente al titular de aquellas organizaciones que sustituyen a la protección elemental estatal, en la medida en que la sustitución además se ponga en práctica: bomberos voluntarios, hospitales privados, etc., pero fáctico públicos, servicios de guardia médicos no organizados por el Derecho Público, vigilancia de bañistas en aguas de acceso general.

No existe un deber de mantener la organización; de todos modos, el deshacerla debe llevarse a cabo desmontando la confianza especial y no interrumpiéndola súbitamente; así pues, jurídicamente eficaz sólo es la retirada de la promesa de auxilio antes de la situación de necesidad.

3.3.3.2. Confianza que proporciona garantía.¹⁷⁰

En estos casos existe ya un deber de garante e importa sólo a quién se dirige dentro de la organización que gestiona la relación de garantía.

Aquí se sitúa la vinculación obligado organización, pues la vinculación organización comportamiento de auxilio ya existe previamente. Está obligado quien se deja integrar en la organización, es decir, quien se incorpora a la posición del que es propio del comportamiento de auxilio; v. gr., en un gran hospital, por la noche tiene que estar disponible un médico de guardia (organización-comportamiento de auxilio), lo que es una consecuencia de la actividad del

¹⁷⁰ Cfr., *Ibidem.*, p. 1003.

hospital; pero quien sea responsable (obligado-organización), no se rige por quien se haya ocupado previamente de los pacientes, etc., sino por el plan del servicio.

No importa si mediante la entrada en funciones en la posición se anula otra posibilidad de protección, pues las expectativas dirigidas al obligado se rigen por su posición, sin tener en cuenta las condiciones aleatorias existentes en el momento de asumir la función; v. gr., deber de garantía del médico que releva al que es un charlatán.

La confianza que proporciona garantía tiene importancia práctica sobre todo en los ámbitos de la responsabilidad por organización referida a organizaciones estatales y a la protección estatal elemental, y dirige los deberes genuinamente estatales al funcionario competente en concreto a través de la persona, responsable en concreto de la organización, que actúa en lugar del Estado; v. gr., delegaciones al ciudadano que se emplea como funcionario *ad hoc*, como testigo en la búsqueda de la verdad.

3.3.4. Los deberes genuinamente estatales.

3.3.4.1. Relaciones estatales de poder.¹⁷¹

El poder de organización sólo da lugar *per se* a **deberes de garante** en la medida en que la **organización empeore las condiciones de existencia del bien.**

En relaciones de poder estatal no hay alternativas de organización para el gobernado y constituye asunto de éste ajustarse a la relación de poder; v. gr., si al gobernado se le impone la obligación de prestar servicio militar, él sabrá lo que tenga que hacer, pero debe cumplir con la obligación impuesta y ajustar sus otras actividades en atención a ello.

¹⁷¹ Cfr., *Ibidem.*, pp. 1004-1005.

Sólo en el caso de que el sometimiento al poder represente un sacrificio especial, surge para el Estado un deber de resarcimiento.

En el caso de que los **efectos** no dependan de la organización de su titular, sino que **afectan a cualquiera**, existirá un **deber estatal de cuidar como garante auxiliando en caso de accidentes** durante el período de ejercicio del poder, **y en relaciones de poder más amplias, hasta de alimentar, vestir, etc.**, éste deber que va más allá de la asistencia estatal elemental no se limita a medidas que el subordinado, de estar en total libertad, organizaría por sí mismo; así, hay que velar porque el recluso esté libre de piojos, con independencia de que en libertad él no se los quitaría.

Si bien Jakobs considera que los límites de los deberes estatales de asistencia son en algunos casos dudosos, establece que **no existirán tales para evitar autolesiones dolosas de una persona responsable** sometida a una relación de poder, y menos **cuando la sumisión fundamenta la autolesión**.

Sin embargo, en este caso habrá deber de salvación, con fundamento en el poder de organización, cuando el sometido cambia de parecer tras un intento peligroso de suicidio.

3.3.4.2. Los fines estatales.¹⁷²

El Estado se define a través de aquellas prestaciones que ha de llevar a cabo irrenunciablemente: previsión social elemental, seguridad exterior e interior y los principios básicos del Estado de Derecho.

¹⁷² Cfr., *Ibidem.*, pp. 1005-1009.

No están garantizadas todas las funciones estatales, sino sólo las irrenunciables; éstas son todas aquellas funciones que el Estado ha de llevar a cabo, con independencia de sus posibilidades financieras.

El hecho de que este marco sea impreciso ciertamente proporciona un motivo para recortar aún más lo irrenunciable, pero no para renunciar en absoluto a la garantía de la prestación de las instituciones estatales; no puede discutirse que el Estado tenga una estructura, sino sólo cuál es ésta en los supuestos límites; v. gr., en el criterio de Jakobs la recaudación de impuestos es irrenunciable sólo fácticamente, **pues el Estado no se define a través de tal función**, por lo que las autoridades recaudatorias no serían *garantes por institución*. Sin embargo, se tratará de una función irrenunciable el promover la educación, por lo que la omisión de hacer posible cualquier forma de que un niño asista a la escuela, se considerará como contraría a la ley.

El fenómeno del Estado está estructurado. Por eso la garantía de observancia de la norma sólo afecta a aquellas autoridades a cuyo ámbito de competencias corresponde la aplicación de las normas. Así, el deber general de todo funcionario de contrarrestar las irregularidades no es un deber de garante, si bien a aquellos a los que incumbe la persecución penal son garantes.

Por tal motivo, no están garantizadas las normas de derecho de los funcionarios y administrativas generales que, en interés de la eficacia general de la Administración prescriben la celeridad de los asuntos administrativos o el pleno empleo de la capacidad laboral. V. gr., el que por la burocracia aduanal se retrase la importación de un embarque de medicamentos no constituye lesiones por omisión.

Junto a los deberes genuinamente estatales pueden aparecer otros deberes fundamentados institucionalmente o por organización.

Así, el cuidado del Estado por la seguridad elemental, puede dar margen a un deber derivado de confianza especial.

Aún cuando falte un deber estatal, es posible que los que actúan por el Estado respondan por otro fundamento de deber, como puede ser la confianza especial o deberes por organización; v. gr., el mantenimiento de la capacidad financiera del estado mediante la recaudación de impuestos, que no es una función estatal indisponible, pero los funcionarios de hacienda son garantes y tienen que hacer valer las deudas tributarias.

Así, por lo que hace al cumplimiento de los deberes de garante por parte de los funcionarios estatales es necesario considerar los criterios propuestos por Jakobs para el supuesto de confianza que proporciona garantía.

3.3.4.2.1. Previsión social elemental.

Abarca el ámbito del cuidado para la protección contra peligros drásticos en los que está excluido el aseguramiento individual; se trata de aseguramiento ante catástrofes naturales o incendios, graves accidentes, epidemias y enfermedades peligrosas, así como actividades de salvación en caso de que acaezca una calamidad de las descritas.

3.3.4.2.2. La seguridad interna y externa.

Ambas constituyen fines primordiales del Estado, pues éste se define a través de su deber de prestar seguridad.

Por lo que hace a la seguridad interna, la policía es garante de proteger contra la delincuencia, aunque Jakobs destaca que así como los ataques triviales

no dan motivo para la fundación del Estado, la prevención de la criminalidad de bagatela tampoco se garantiza, por sí, institucionalmente.

El ejército es garante de la seguridad exterior.

3.3.4.2.3. Los principios básicos del Estado de Derecho.

Estos tienen trascendencia práctica en tanto que el propio Estado suscita pretensiones: sujeción a la ley por parte de todas las autoridades, de los jueces, de las demás personas llamadas a decidir o ejecutar, tanto en la persecución penal como en el cumplimiento de las penas.

CAPÍTULO IV

LAS FUENTES DE LA CALIDAD DE GARANTE EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

SUMARIO: 1. Código Penal Federal (artículo 7). 1.1. La ley. 1.2. El contrato. 1.3. El actuar precedente. 2. Código Penal para el Distrito Federal (artículo 16). 2.1. Aceptación efectiva de la custodia. 2.2.- Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza. 2.3. Actuar precedente culposo o fortuito. 2.4. Efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo. 3. Las fuentes de la calidad de garante en las entidades federativas. 3.1. Códigos penales con filiación al Código Penal Federal. 3.2. Códigos penales con filiación al Código Penal para el Distrito Federal. 3.3. Otros códigos penales que también regulan la omisión impropia en su parte general. 3.4. Código Penal del Estado de San Luis Potosí. 3.5. Códigos penales que no regulan delitos de omisión impropia.

1. Código Penal Federal (artículo 7).

Con motivo de regular los delitos de omisión impropia (comisión por omisión), y establecer como uno de sus requisitos, que el deber de actuar del garante para evitar el resultado material, tenga su origen en la *ley, el contrato o en un actuar precedente*, se observa la influencia en este ordenamiento, de la teoría formal de deber jurídico.

1.1. La ley.

De acuerdo con Von Liszt¹, la obligación jurídica puede resultar de un precepto especial del orden jurídico, que puede pertenecer al derecho penal², o encontrarse establecido expresa o tácitamente en otras ramas jurídicas.

Al explicar este último supuesto, el propio autor alude a un conjunto de deberes, dentro de los cuales cita el que corresponde a los padres de alimentar a

¹ Cfr., Von Liszt, Franz. *Tratado de derecho penal*, 2ª edición (20ª edición alemana), Tr. Luis Jiménez de Asúa, España, Editorial Reus, 1927, tomo II, p. 306.

² No coincido con esta idea, pues según se apuntó en el Capítulo III, con motivo de analizar el concepto de la *calidad de garante*, el deber de actuar que fundamenta dicha posición es un deber extra penal, pues de lo contrario los delitos de omisión propia sólo servirían para fundar una posición general de garante, que sustentaría una omisión impropia (comisión por omisión).

sus hijos, obligación *contractual* del enfermero, deber del funcionario público, etc., mismos que, reitera, resultan de una situación jurídica determinada, esto es, una función, un *contrato*, etc.

Como se observa, realmente se considera dentro de esta fuente no sólo al “precepto jurídico o ley”, sino que ésta se extiende para abarcar la asunción de deberes fundamentada en el contrato.

Mezger³, al referirse a la misma fuente del deber, estipula que debe ser entendida en el sentido más amplio del término; considerándose incluidas la ley en sentido estricto, la ordenanza equiparada a la ley, la orden del superior jerárquico y el derecho consuetudinario. Para precisar la amplitud a que se refiere, alude a lo determinante que son en este sentido el derecho público y privado. Finalmente, y dentro de este contexto, al igual que Liszt, destaca muy especialmente, los deberes derivados del derecho de familia (del padre, madre, tutor, deber dar alimentos).⁴

³ Cfr., Mezger, Edmund. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990, p. 122-123.

⁴ En este mismo sentido Vid., Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de derecho penal*, 5ª edición, Argentina, Editorial Losada, S.A., 1992, tomo III “El Delito”, pp. 420-423; para Félix Cárdenas, aunque comparte este *sentido amplio* de la norma jurídica o ley, no incluye dentro del mismo a la costumbre, por considerar principalmente que no existen deberes jurídicos que imperativamente obliguen fundados en la costumbre, ya que ésta se origina en hábitos individuales y sociales, en muchas ocasiones de contradictorios culturales signos. Cfr., Félix Cárdenas, Rodolfo. “Delitos de comisión por omisión impropia dolosos en el Código Penal Español y en el Código Penal Federal mexicano, una reflexión comparada”, *Revista de investigaciones jurídicas*, México, número 26, 2002, p. 309. Welzel señala que 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 derivan deberes de garante en sentido estricto, donde el más importante lo constituye la protección y asistencia entre parientes cercanos, cuyo contenido varía de acuerdo a la relación de parentesco. La amplitud mayor se alcanza en relación a los padres legítimos, cuyo deber de cuidado abarca la vida, integridad corporal, el patrimonio y la buena conducta, por lo que también será el impedir acciones punibles o que ocasionen daños. Por el contrario, el deber de garante entre parientes cercanos se limita a evitar un peligro para la vida o la integridad corporal, desde luego que también recíproca. En este sentido de la salvación de la vida e integridad corporal no es tampoco problemático el deber de los cónyuges, aunque es dudoso extender el mismo para impedir los hechos punibles del otro. En paralelo al deber legal de prestar alimentos debería bastar cualquier descendencia lineal. Situación en la que es discutida la inclusión del padre ilegítimo y del novio. Cfr., Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*, traducción de la 11ª edición alemana, 4ª edición castellana, Tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 252-253. Asimismo, por cuanto hace a las obligaciones que la ley impone a los padres Vid., Novoa Monreal, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*, Argentina, Ediciones Depalma, 1984, p. 142.

Siguiendo un criterio ecléctico por cuanto involucra las fuentes del deber que son materia de las teorías formal y material del deber jurídico, Zaffaroni⁵, dentro de lo que él designa como *deber legal*, considera las siguientes:

1. El deber legal de cuidado de una persona, como es el padre para los hijos; pero no cuando se trate de un deber legal general como es el de ayuda.
2. La responsabilidad legal de un determinado ámbito, o sector de la realidad. Situación en la que se encuentra el médico de guardia respecto de la asistencia de un paciente, porque en tal supuesto está a su cargo un ámbito concreto; por el contrario, no siendo el médico de guardia o encargado de la atención del paciente, se entiende que la obligación legal no hace más que agravar el injusto, pero en el marco de la omisión propia, por que la condición de médico no podría poner a su cargo un ámbito que abarque la salud de toda la población.
3. La existencia en el sujeto activo de un poder especial respecto de la protección o vigilancia para los bienes jurídicos de terceros, como el caso de los empleados de fuerzas de seguridad. Zaffaroni, menciona como ejemplo también la posición en la que se ubica el padre respecto de los daños producidos por su menor hijo, en perjuicio de terceros, ejemplo que estudiamos al tratar de la *responsabilidad por la conducta de terceras personas* en el Capítulo III.

⁵ Como se advierte claramente los diferentes deberes a que alude Zaffaroni pueden ser ubicados en los variados supuestos abordados en el Capítulo III (*Teoría Material de las Funciones*), es decir, se presenta una correspondencia con aquéllos. *Cfr.*, Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al. Derecho penal, parte general*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 578; similar situación ocurre con Maurach, quien estima a la ley como la más destacada de las fuentes de la calidad de garante, ya que la misma puede colocar a personas determinadas en posiciones de *protección* o sólo con el fin de *vigilar y controlar determinadas fuentes de peligro*, o bien para ambas. *Cfr.*, Maurach, Reinhart, *et al. Derecho penal, parte general*, 7ª edición, Tr. Jorge Bofill Genzsch, Argentina, Editorial Astrea, 1995, tomo 2, p. 254.

4. El deber legal que emerge de una relación del sujeto con una fuente de peligro, como puede ser el de quien tiene un automóvil en cuanto a la seguridad del tránsito, o el que tiene una fiera respecto de su vigilancia.

Abstracción hecha de la mixtura de fuentes contenida en esta construcción, se advierte que el *deber legal* propuesto involucra la regulación de diversos ámbitos, dentro de los cuales se observan, en principio, el familiar, profesional, laboral, servicio público, seguridad en el tránsito, entre otros, situación que nos lleva a diversas ramas del derecho (público o privado) en función de la actividad y el marco normativo que le corresponde; lo cual es coincidente con el concepto de ley *lato sensu* a que aluden los autores citados supralíneas.

Así, la amplitud otorgada por la doctrina al término *ley*, según se observa, abarca disposiciones producto de un procedimiento legislativo en términos formales, pudiendo corresponder a los ámbitos público o privado, así como disposiciones normativas de inferior jerarquía; lo que hace aplicable la crítica formulada por la Dra. Olga Islas⁶ respecto del propio término contenido en el segundo párrafo del artículo 7 del Código Penal Federal, en el sentido que dicha fuente generará inseguridad jurídica, dada su amplitud.

Es de mencionarse que la crítica en comento, al parecer, es formulada en atención a los justos términos de dicho precepto, esto es, en consideración a un concepto de ley *stricto sensu*, pues no otra interpretación se desprende del contexto en que aquélla se formuló, la cual sigue siendo aplicable, por mayoría de razón, al concepto amplio de la propia fuente.

⁶ Cfr., Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 5ª edición, México, Editorial Trillas, 2004, p. 40. La Dra. Olga Islas al referirse a las categorías de hechos y circunstancias de la vida, que tradicionalmente se consideran como generadoras de una posición de garante, señala a las normas jurídicas extrapenales, dentro de las cuales se contempla no sólo el derecho escrito, sino también el derecho consuetudinario, las resoluciones de los tribunales, y por ende, la jurisprudencia. Cfr., *Ibidem*, p. 39

1.2. El contrato.

La teoría formal del deber jurídico, desde su formulación por Feuerbach, consideró originalmente como fuente de la obligación de actuar al *contrato*, exigiendo con ello un compromiso expreso y jurídicamente válido, por el que alguien asumía la protección de otro, pero se advirtió con posterioridad, que no era necesario un acto jurídico formal y tampoco que defectos legales afectaran su validez y vigencia, excluyendo la posición de garante.

En efecto, de acuerdo con Gimbernat⁷, a pesar de que hasta los años 30, a nivel de principio, era unánime la opinión de que únicamente un deber jurídico y no uno moral podía servir de base para una posición de garante; lo cierto es que la teoría del deber jurídico nunca se aplicó consecuentemente, y muy pronto se estimó que algunas relaciones familiares o interpersonales, aunque en sentido jurídico privado no dieran lugar a deberes de guarda, podían servir de base a posiciones de garante; que lo importante era la *asunción fáctica* de la relación contractual, que ésta daba margen a una comisión por omisión después de terminada su vigencia o incluso cuando fuese declarada nula.⁸

Se advierte que en la actualidad existe una tendencia en la doctrina hacia el abandono del contrato como fuente de posiciones de garantía, entendido como negocio jurídico en un sentido estrictamente civil y la sustitución de éste por el deber que se genera de la simple aceptación o asunción fáctica de un deber de actuar; construcción última de la que me he ocupado en capítulo precedente de

⁷ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana, una exposición. Estudios sobre los delitos de omisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 133-134.

⁸ En este sentido Vid., Mezger, Edmund. *Op. cit.*, nota 3, p. 123; Welzel, Hans. *Op. cit.*, nota 4, p. 253; Maurach, Reinhart, et al. *Op. Cit.*, nota 5, pp.256-258; Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición corregida y ampliada, Tr. Miguel Olmedo Cardenete, España, Editorial Comares, 2002, p. 671-672; Islas de González Mariscal, Olga. *Op. cit.*, nota 6, p. 40; Novoa Monreal, Eduardo. *Op. Cit.*, nota 4, p. 142; Félix Cárdenas, Rodolfo. *Op. Cit.*, nota 4, pp. 309-312. Félix Cárdenas, además de destacar la relevancia de la asunción fáctica del deber, señala que el concepto de *contrato* debe comprender el de *convenio lato sensu*, pues al derecho penal le interesa la *voluntad pactada* que da origen al deber de actuar para el garante.

este esfuerzo de investigación, al cual me remito para una mejor comprensión de su significado y alcances, en obvio de repeticiones.

1.3. El actuar precedente.

El actuar precedente o instituto de la injerencia descansa sobre la prohibición de lesionar a otro, bajo la idea de que quien origina previamente una fuente de peligro o una situación de riesgo para bienes jurídicos, debe cuidar de que el mismo no se materialice en un resultado típico.

Con independencia de acudir al análisis efectuado sobre esta fuente de deberes en el Capítulo III, puesto que en él se abordan diversos tópicos que se le vinculan, es de destacarse la ausencia de límites que se derivan de su establecimiento (que no regulación), en el ordenamiento punitivo federal.

En efecto, en el texto de dicho cuerpo normativo el deber de actuar de quien omite impedir un resultado material, además de hacerse depender de una ley o contrato, también puede derivarse "...de su propio actuar precedente" sin más, previsión normativa cuya amplitud, no permite conocer lo que debe entenderse por dicha fuente del deber, su alcance o características conceptuales, lo que dará margen a interpretaciones disímiles y equívocas, pues será fácil caer en la confusión entre la comisión por acción y comisión por omisión.

2. Código Penal para el Distrito Federal (artículo 16).

El conjunto de fuentes que prevé este ordenamiento, responde al estado de la evolución de la doctrina de los delitos de omisión impropia, por lo que se abandona la teoría formal del deber jurídico, aunque aún se mantiene en nuestro Código Penal Federal, y se da entrada a la teoría material de las funciones, formulada por Armin Kaufmann, por lo que para la existencia de una omisión

impropia, no bastará la existencia de un deber jurídico de acción, sino que será necesario, adicionalmente, la concurrencia de situaciones que vinculen efectivamente (materialmente) al omitente con el bien jurídico o con la fuente de peligro que amenaza con lesionar aquél.

2.1. Aceptación efectiva de la custodia.

A diferencia de la previsión contenida en el Código Penal Federal, donde el contrato desempeña un papel principal en el origen del deber de actuar, en el ordenamiento de que ahora me ocupo en forma correcta se acude a la *aceptación o asunción efectiva*⁹, precisándose que el deber que se genera se circunscribe a la custodia o protección de un bien jurídico, aunque no se establece mención de su titular, permitiendo con ello una amplitud en este sentido.

Ahora bien, en cuanto a la clase o entidad del bien jurídico objeto de la custodia, los términos en que se encuentra prevista esta fuente son genéricos, pudiendo considerarse a la vida, la salud o integridad corporal, e incluso, el patrimonio.

2.2. Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza.

En su oportunidad, se analizaron las características e implicaciones de lo que la doctrina conoce como *comunidad de vida o de peligro*, análisis al cual me remito para evitar reproducir aquí lo que entonces se dijo; no obstante, es importante comentar que esta previsión legal, si bien se corresponde con la comunidad de peligro de que se ocupa la doctrina, en forma adecuada destaca la índole de peligros a los cuales en forma tradicional se ha referido ésta, es decir, aquellos que derivan de la naturaleza, v. gr., en actividades como alpinismo,

⁹ *Vid supra* Capítulo III.

surfing, ecoturismo, natación en aguas abiertas, excusiones, entre otras, por lo que se excluyen cualesquiera otros, incluso, los derivados de ocupaciones ilícitas.

2.3. Actuar precedente culposo o fortuito.

Nuevamente, pero ahora en este cuerpo normativo, se encuentra presente el instituto de la injerencia, pero a diferencia de su previsión en Código Penal Federal, en esta ocasión se añaden como requisitos que el actuar precedente se desarrolle en forma culposa (imprudente) o fortuita.

Estas características representan un avance importante en la regulación de esta fuente de deberes de garantía, pues en principio se excluye la posibilidad de considerar bajo este rubro aquellas acciones dolosas, con el inconveniente de incurrir en interpretaciones equívocas que impidan disociar entre la comisión por acción y la comisión por omisión.

Por cuanto hace a la injerencia imprudente, su estudio tiene ya una tradición en la doctrina, según se observó en el análisis relativo del Capítulo III de este trabajo; sin embargo, lo novedoso en el Código Penal para el Distrito Federal lo constituye la inclusión del carácter fortuito de dicha fuente.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española¹⁰, el caso fortuito es considerado como un suceso por lo común dañoso, que acontece por azar, sin poder imputar a nadie su origen; asimismo, en sede del cumplimiento de obligaciones, dicho suceso se considera ajeno a la voluntad del obligado, situación que lo excusa del cumplimiento de aquéllas.

¹⁰ Cfr., Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, vigésima segunda edición, España, Editorial Espasa, 2001, tomo 3, canguro-coscarrón, p. 321.

Ahora bien, normativamente, la fracción X del artículo 15 del Código Penal Federal lo contempla como una causa de exclusión de delito; y en este contexto nuestros tribunales federales y la doctrina¹¹ han entendido que el caso fortuito constituye un conducta lícita, sin la voluntad encaminada a la producción de un resultado típico, y además, desarrollada con todas las precauciones y cuidados debidos, no obstante lo cual, surge aquél, el cual tiene la característica de ser imprevisible por la concurrencia de una concausa ajena a dicha conducta.

En este sentido, en el caso fortuito el resultado adviene por el concurso de fuerzas diversas; la conducta del agente (precauida, lícita), y una fuerza ajena a él; por un lado, se tiene ese actuar, y por el otro, una concausa que se une, y de la conjunción de ambos elementos aparece el suceso, coincidente con la descripción legal de un delito, que no puede atribuirse al sujeto puesto que no obró con dolo, ni omitió deber de cuidado o diligencia alguno, situación última que permite observar la ausencia de los requisitos a que aluden los numerales 8 y 9 del ordenamiento punitivo federal (artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal).

Ilustran lo anterior, la jurisprudencia y tesis aisladas emitidas por la entonces Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondientes a la Sexta Época, cuyos rubros y textos a continuación se transcriben.

Tesis de Jurisprudencia número 66, consultable en la página 37, tomo II, parte SCJN, del Apéndice de 1995.

¹¹ Vid., Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.* *Op. Cit.*, nota 5, pp. 139-141; Carrancá y Trujillo, Raúl *et al.* *Derecho penal mexicano, parte general*, vigésima edición, México, Editorial Porrúa, 1999, pp. 464-466; Castellanos, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal, parte general*, trigésima edición, México, Editorial Porrúa, 1991, pp. 254-255; Márquez Piñero, Rafael. *Derecho penal, parte general*, cuarta edición, México, Editorial Trillas, 1997, pp. 311-314 y Vela Treviño, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*, segunda edición, México, Editorial Trillas, 1990 (quinta reimpresión 2004), pp. 265-273.

CASO FORTUITO, EXCLUYENTE DE.

La excluyente de caso fortuito se configura legalmente cuando a pesar de que la conducta del agente activo es lícita, cuidadosa y precavida, surge el resultado típico, imprevisible por la concurrencia de una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el hecho.

Sexta Epoca:

Amparo directo 4050/56. Ricardo López Hernández. 10 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3513/56. Clemente López Torres. 24 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 918/59. Juvenal Aguilar Anguiano. 22 de abril de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 7757/59. Luis Castillo López. 6 de abril de 1960. Cinco votos.

Amparo directo 4849/61. Antonio Velázquez Muñoz. 2 de febrero de 1962. Unanimidad de cuatro votos.

Tesis Aislada consultable en la página 40, volumen III, segunda parte, del Semanario Judicial de la Federación.

CASO FORTUITO.

En el caso fortuito es indudable que la conducta nada tiene de culpable; se trata de un problema de metaculpabilidad, en virtud de que el resultado no es previsible; por ello se ha dicho que marca el límite o la frontera con la culpabilidad. En el caso fortuito el resultado adviene por el concurso de fuerzas diversas; la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita), y una fuerza a él extraña; de una parte ese actuar voluntario y de otra una concausa que se une a la conducta, y de la amalgama surge el evento. En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad, porque si una actuación es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concausa extraña y por ello se produce el resultado que coincide con la descripción legal de un delito, no puede atribuírsele al sujeto, porque no quiso ese resultado, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia; en una palabra, está ausente el elemento moral del delito.

Amparo directo 3513/56. Clemente López Torres. 24 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Tesis Aislada visible en la página 15 del volumen LVI, segunda parte, del Semanario Judicial de la Federación.

CASO FORTUITO Y CULPA, DIFERENCIA.

El caso fortuito se caracteriza principalmente por la imprevisibilidad del resultado; mientras en la culpa no se prevé lo que es previsible, o se realiza la conducta aun previéndolo, en el caso fortuito no se prevé el resultado por ser imprevisible. Ahora bien, si no se demostró ningún actuar descuidado, imperito, negligente, imprudente del ahora quejoso y si, por otra parte no estaba en posibilidad de prever el resultado producido (y por tanto de evitarlo), su conducta no es culposa y por ende, tratándose del caso fortuito (artículo 15, fracción X), quedó excluido de responsabilidad.

Amparo directo 4849/61. Antonio Velázquez Muñoz. 2 de febrero de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Angel González de la Vega.

Ahora bien, en consideración a las notas distintivas del caso fortuito, y aplicándolas a la fuente del deber de garantía materia de este apartado, tenemos que el actuar precedente fortuito se traduce en un proceder lícito que se lleva a cabo observando las precauciones y cuidados debidos, concurriendo al mismo tiempo una concausa o fuerza a él extraña, y de su amalgama nace una situación o curso causal imprevisible, representativo de un peligro de daño para bienes jurídicos, lo que hace surgir para el injerente un deber de actuar para la preservación de aquéllos.

Así las cosas, la introducción del carácter fortuito en el actuar precedente se estima excesivo, pues no debe perderse de vista que se está en presencia de un actuar lícito, y la imposición de un deber en estas condiciones representa un pesado gravamen para el gobernado, en comparación con las hipótesis relativas a la omisión propia, de suyo onerosas, en donde, por lo general, el sujeto se "encuentra" con la situación, surgiendo para él un deber de solidaridad social legalmente impuesto, consistente en el auxilio de quien se encuentre en peligro.

Debe observarse que en la omisión propia antes de surgir el deber de auxilio, antes de "encontrarse" con la situación, el carácter de la conducta es, en

principio, lícita; en este supuesto, y en caso de omitir el auxilio prescrito, por esta sola circunstancia se prevé la imposición de una sanción cualitativamente menos severa, mientras que con motivo del actuar precedente fortuito, también lícito según se apuntó, se genera un deber de actuar, cuyo incumplimiento trae aparejado, en caso de producirse un resultado material, la equiparación con su causación por vía activa, y por ende, la imposición de las penas que corresponden a esta clase de delitos.

A este respecto, deben considerarse las hipótesis de causación fortuita de lesiones y el deber de auxilio consecuente, previstos en los artículos 157 del Código Penal para el Distrito Federal y 341 del Código Penal Federal, en donde la sanción consiste, respectivamente, en días multa y jornadas de trabajo a favor de la comunidad; asimismo, en el numeral 340 del último ordenamiento en cita, se contempla una sanción de jornadas de trabajo a favor de la comunidad, para el que se encuentre a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida o en peligro, y no le preste el auxilio necesario; supuestos normativos que, con independencia de los inconvenientes de la ausencia de unidad en la legislación penal, hacen patente una falta de coherencia en la sanción de conductas a las que debe corresponder el mismo o similar tratamiento.

Aunado a lo anterior, no se considera conveniente imponer deberes adicionales a quien ha cumplido con los que están a su cargo, situación que además de onerosa en lo individual, puede representar un factor de interferencia en la convivencia social, al convertir ésta en una fuente inacabable de responsabilidades, y por ende, carente de seguridad jurídica.

2.4. Efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

Con motivo de esta fuente del deber de actuar se observa una concurrencia o mixtura de otras que fueron materia de estudio en el capítulo precedente.

En efecto, la referencia a una efectiva y concreta posición de custodia de bienes jurídicos, constituye una manifestación de lo que se conoce en la doctrina como *asunción efectiva de deberes*, y el señalamiento de los titulares de dichos bienes, esto es, los miembros de la familia o el pupilo, se corresponde con aquella fuente conocida como *estrecha relación vital o vinculación natural*.

Finalmente, se prevé una delimitación en cuanto a los bienes jurídicos objeto de tutela, considerándose únicamente la vida y la salud o integridad corporal; a diferencia de lo que ocurre con la primera de las fuentes del deber de garante consideradas por este ordenamiento, en donde, según quedó anotado, el patrimonio también puede ser objeto de protección.

3. Las fuentes de la calidad de garante en las entidades federativas.

Como resultado del análisis de la regulación de los delitos de omisión impropia, y por ende, de las fuentes del deber de garante en la legislación penal de los Estados de la República Mexicana, se advirtieron diversas orientaciones en los ordenamientos punitivos, los cuales se pueden agrupar en función de su vinculación teórica con los Códigos Penales Federal o del Distrito Federal; aunque de igual forma es posible observar casos con orientación distinta, e incluso, con ausencia de regulación al respecto.

3.1. Códigos penales con filiación al Código Penal Federal.

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
--------------------	--	--	-------------

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
Aguascalientes	P.O. 21/07/2003	21/07/2003	<p>Artículo 126.- La conducta puede ser de acción u omisión.</p> <p>...</p> <p>El resultado de lesión o de peligro, se entenderá cometido por omisión, cuando la no evitación de aquel (sic), al infringir un especial deber jurídico del inculpado equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a una causación. <i>A tal efecto, se equiparará la acción a la omisión:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> a) <i>Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; o</i> b) <i>Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido por el particular tipo penal, mediante una acción y omisión precedente.</i> <p>La conducta de acción u omisión puede ser de contenido doloso o de contenido culposo.</p>
Baja California Sur	B.O. 20/03/2005	20/03/2005	<p>Artículo 22.- En los delitos de resultado material, también responderá del resultado típico producido quien, teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide, <i>siempre que esta obligación sea consecuencia de una ley o de un contrato.</i></p>
Campeche	P.O. 08/01/1974	31/08/1994	<p>Artículo 5º.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.</p> <p>...</p> <p>En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el <i>deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.</i></p>

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
Coahuila	P.O. 28/05/1999	28/05/1999	<p>Artículo 34. TIPOS PENALES DE RESULTADO POR OMISIÓN. Para que la omisión del autor sea punible por figura típica de resultado, será necesario que aquel (sic) pueda impedirlo y tenga el deber jurídico de realizar una acción para evitarlo.</p> <p>Artículo 35. DETERMINACIÓN DEL NEXO CAUSAL. La acción es causal si al suprimirla el resultado desaparece. La omisión equivale a causar si al añadir la acción debida y posible, se evita el resultado. Las concausas preexistentes, simultáneas o posteriores permitirán atribuir el resultado al agente; a menos que excluyan el nexo causal, por ser suficientes por sí para producir aquél. En cuyo caso, la acción u omisión sólo se sancionará cuando en sí misma constituya delito. Lo dispuesto en el párrafo precedente tendrá aplicación aún cuando la concausa consista en el hecho lícito o ilícito de otro sujeto.</p> <p>Artículo 36. FUNDAMENTOS DEL DEBER JURÍDICO. No se admitirá la omisión en los tipos penales de simple conducta o resultado que refieran sólo acciones, o en los que la omisión se deduzca con forzamiento. En las figuras típicas de simple conducta que contemplen una omisión, el deber de actuar se fundará en la orden de hacer implícita en ellas y en la posibilidad objetiva del sujeto en el caso concreto, de realizar la acción debida. Para los efectos del artículo 34 y respecto de cualquier forma de intervención que admita la omisión, <i>el deber de actuar en el caso concreto sólo se fundará en la ley, reglamento, resolución administrativa o judicial; contrato o</i></p>

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
			<i>convenio; hacer precedente que determinó el riesgo; o en principios de comunidad de vida o convivencia social. En éste ultimo (sic) caso, la omisión sólo será penalmente relevante si el resultado es inminente y seguro, el sujeto lo advierte y puede evitarlo sin riesgo para él u otros.</i>
Estado de México	G.G. 20/03/2000	20/03/2000	Artículo 7.- Los delitos pueden ser realizados por acción y por omisión. En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se estimará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se acredite que el que omite impedirlo tenía el <i>deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su actuar precedente.</i>
Guanajuato	P.O. 02/11/2001	02/11/2001	Artículo 9º. ... En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si de acuerdo a las circunstancias podía hacerlo y además tenía el <i>deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.</i>
Hidalgo	P.O. 09/06/1990	09/06/1990	Artículo 17.- En los delitos de resultado material, también responderá del resultado típico producido quien teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide pudiendo hacerlo, <i>derivándose dicho deber de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.</i> (Texto vigente por reforma de 22/03/1999, donde se introdujeron las fuentes de deber.)
Sonora	B.O. 24/03/1994	B.O. 20/10/2005	Artículo 5º.- Delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable sancionada por las leyes penales. En los delitos de comisión por omisión se considerará que el

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
			<p>resultado es consecuencia de una conducta omisiva cuando se determine que el que omitió impedirlo tenía el <i>deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.</i></p> <p>...</p>
Yucatán	D.O.E. 30/03/2000	30/03/2000	<p>Artículo 6. En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste, tenía del deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía del <i>deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.</i></p>

3.2. Códigos penales con filiación al Código Penal para el Distrito Federal.

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
Chiapas	P.O. 14/03/2007	14/03/2007	<p>Artículo 11.- Formas de Omisión.- Existe omisión propia cuando el tipo penal expresamente contemple la conducta pasiva. Existe omisión impropia o comisión por omisión en los delitos de resultado material cuando éste es atribuible a quien haya omitido impedirlo, siempre y cuando el resultado fuera evitable y el activo tuviera el deber jurídico de evitarlo.</p> <p>Artículo 12.- Calidad de Garante.- En la omisión impropia se considerará que el activo tenía el deber jurídico de evitar el resultado típico y que por lo tanto le es atribuible dicho resultado si <i>la obligación de evitarlo</i></p>

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
			<p>deriva de:</p> <p><i>I.- Su aceptación voluntaria y efectiva de la custodia del bien jurídico. Las formalidades que otras ramas del derecho exijan para actos contractuales o convencionales serán irrelevantes para efectos penales siempre y cuando se encuentre suficientemente acreditada la aceptación consciente, efectiva, voluntaria y ajena de vicios por parte del sujeto activo de la custodia del bien jurídico penalmente tutelado.</i></p> <p><i>II.- Su propio actuar precedente generador del riesgo del bien jurídico.</i></p> <p><i>III.- Su parentesco con el pasivo en línea ascendente o descendente sin limitación, por adopción, colateral hasta el cuarto grado o relación conyugal respecto de la vida, la salud o la integridad corporal.</i></p> <p><i>IV.- El acuerdo de voluntades, libre y espontáneo, que tenga por objeto la transmisión entre iguales de la custodia del bien jurídico tutelado.</i></p> <p><i>V.- la ley, entendida como el resultado del proceso legislativo, pública, general y coercitiva. No se considerarán fuentes suficiente (sic) de la calidad de garante los reglamentos, instructivos, circulares, acuerdos o cualquier otro ordenamiento de carácter administrativo.</i></p>
Chihuahua	P.O. 27/12/2006	27/12/2006	<p>Artículo 16. Omisión impropia o comisión por omisión</p> <p>En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:</p> <p><i>I. Es garante del bien jurídico, por:</i></p> <p><i>a). Aceptar efectivamente la custodia;</i></p> <p><i>b). Formar parte voluntariamente de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;</i></p> <p><i>c). Generar el peligro para el bien</i></p>

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
			<p><i>jurídico con una actividad precedente imprudencial; o d). Hallarse en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o sobre quien se ejerza la tutela.</i></p> <p>II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y</p> <p>III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.</p>
Morelos	P.O. 09/10/1996	09/10/1996	<p>Artículo 14.- El delito puede ser realizado por acción o por omisión. En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite evitarlo, si era garante del bien jurídico; si de acuerdo con las circunstancias, podía evitarlo; y su inactividad permitió la realización de dicho resultado. <i>Es garante del bien jurídico el que: a) aceptó efectivamente su custodia; b) con una actividad precedente culposa, generó el peligro para el bien jurídico, o c) tenía la custodia legal de otra persona, en forma efectiva y concreta.</i></p>
Oaxaca	P.O. 09/08/1980	03/06/1995	<p>7º. Quien omite evitar un resultado material descrito en un tipo de acción, será considerado autor del mismo, sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, era garante del bien jurídico y su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. <i>Es garante del bien jurídico el que: a) aceptó efectivamente su custodia; b) voluntariamente formaba parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza, c) con una culposa o fortuita actividad precedente generó el peligro para el bien jurídico; o d) se haya (sic) en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, salud o integridad corporal de algún miembro de su familia.</i> (Texto</p>

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
			vigente por reforma de 03/10/1998; antes regulaba fuentes formales).
Tabasco	P.O. 05/02/1997	05/02/1997	Artículo 9.- El delito puede ser realizado por acción o por omisión. Quien omite evitar un resultado material descrito en un tipo de acción será considerado autor del mismo sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, era garante del bien jurídico y su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. <i>Es garante del bien jurídico el que: a) aceptó efectivamente su custodia; b) voluntariamente formaba parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) con una culposa o fortuita actividad precedente 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.</i>

3.3. Otros códigos penales que también regulan la omisión impropia en su parte general.

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
Baja California	P.O. 20/08/1989	20/08/1989	Artículo 12.- Acción y Omisión. Y Omisión Impropia.- El delito sólo puede realizarse por acción o por omisión. A nadie se le podrá atribuir un resultado típico si éste no es consecuencia de su acción u omisión. En los delitos de resultado material, también responderá del resultado

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
			típico producido quien, <i>teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide.</i>
Colima	P.O. 27/07/1985	27/07/1985	ARTÍCULO 9.- El delito puede ser realizado por acción u omisión. Cuando el Agente lleve a cabo una conducta idónea para producir un resultado, éste le será atribuido, salvo que hubiese sobrevenido en virtud de una causa extraña a su propia conducta. Responde también del resultado típico producido, el que omite impedirlo, si podía hacerlo de acuerdo con las circunstancias, y <i>si debía jurídicamente evitarlo.</i>
Guerrero	P.O. 14/11/1986	14/11/1986	13.- A nadie se le podrá atribuir un resultado típico, si éste no es consecuencia de su acción u omisión. Será atribuible el resultado típico producido, a quien <i>teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide.</i>
Michoacán	P.O. 07/07/1980	07/07/1980	Artículo 10.- Nadie podrá ser sancionado por una conducta o hecho, previsto en la ley como delito, si el resultado del que depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión. No impedir el resultado cuando <i>se tiene la obligación jurídica de impedirlo</i> , genera responsabilidad para el agente. ...
Nuevo León	P.O. 26/03/1990	26/03/1990	ARTÍCULO 13.- EL DELITO PUEDE SER REALIZADO POR ACCIÓN O POR OMISIÓN. CUANDO SE REPRIMA EL HECHO EN RAZÓN DEL RESULTADO PRODUCIDO, TAMBIÉN RESPONDERÁ QUIEN, <i>TENIENDO EL DEBER JURÍDICO DE EVITARLO, NO LO IMPIDIÓ HABIENDO PODIDO HACERLO.</i>
Puebla	P.O. 23/12/1986	23/12/1986	Artículo 23.- Cuando se sancione el hecho en razón del resultado producido, responderá también de él

Entidad federativa	Fecha de publicación del código u ordenamiento	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
			quien, <i>teniendo el deber jurídico de evitarlo</i> , no lo impidió habiendo podido hacerlo.
Querétaro	P.O. 23/07/1987	23/07/1987	ARTÍCULO 11.- En los delitos de resultado material por conducta omisiva, responderá quien no lo impida, si podía hacerlo y <i>debía jurídicamente evitarlo</i> .
Quintana Roo	P.O. 29/03/1991	29/03/1991	ARTÍCULO 12.- El delito puede realizarse por acción o por omisión. Será atribuido el resultado típico producido a quien <i>teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo</i> no lo impida.
Sinaloa	P.O. 28/10/1992	28/10/1992	ARTÍCULO 12.- A nadie se le podrá atribuir un resultado típico, si éste no es consecuencia de su acción u omisión. Será atribuible el resultado típico producido, a quien <i>teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo</i> , no lo impida, pudiendo hacerlo.
Veracruz	G.O. 07/11/2003	07/11/2003	Artículo 19.- El resultado será atribuido al agente cuando sea consecuencia de una conducta idónea para producirlo, salvo que hubiere sobrevenido en virtud de un acontecimiento extraño a su propia conducta. También responderá del resultado producido quien omita impedirlo <i>teniendo el deber jurídico de evitarlo</i> .

En este grupo de ordenamientos se observa, como nota común, que el deber de garante es previsto con una fórmula genérica que alude a la existencia de un “deber jurídico de evitación”, sin que se especifique el origen o fuente del mismo, “regulación” que en mi concepto introduce una situación de inseguridad jurídica para el gobernado, mayor en cuanto a sus alcances, de aquella que se advirtió con motivo del análisis del concepto “Ley” en el Código Penal Federal.

3.4. Código Penal del Estado de San Luis Potosí.

De acuerdo con lo expuesto en capítulos precedentes, para que los tipos de acción con resultado material puedan extenderse para abarcar la omisión, es necesario regular en el propio tipo el deber de evitar el resultado, o bien, establecer en la parte general del correspondiente código una norma que permita que los tipos de acción con resultado material puedan llevarse a cabo también por omisión, o que dicho canon determine los tipos de acción con resultado material que puedan realizarse omisivamente.

Hasta ahora, se ha visto la legislación penal local en la que se optó por establecer la correspondiente regulación en su parte general, permitiendo que todos los tipos de acción con resultado material puedan realizarse a través de una omisión.

Sin embargo, en el caso del Estado de San Luis Potosí, derivado del análisis integral de su ordenamiento punitivo, se advirtió que en la parte especial, Título Primero, relativo a los "DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL", el artículo 107 prevé el homicidio por omisión¹², único supuesto en todo el ordenamiento en el que se permite que un tipo de acción con resultado material pueda llevarse a cabo mediante omisión; dicho precepto literalmente prescribe:

ARTÍCULO 107. Comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro.

Incorre en homicidio por omisión, quien teniendo el deber de cuidado hacia un enfermo, incapaz o menor por razones de cercanía o parentesco se abstenga de prestarle protección o impida su tratamiento médico, influyendo con tal indolencia en su muerte.

En este precepto se establece un deber de garante consistente en el cuidado que debe darse a personas específicas, pudiendo tratarse de un enfermo, un incapaz o un menor de edad. El origen del deber en esta disposición se circunscribe a la "cercanía" o al "parentesco" entre la persona objeto de cuidado o

¹² Esta disposición se encuentra vigente desde el 30 de septiembre de 2000, fecha en que fue publicado el Código Penal en el Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí.

protección y el titular de dicho deber, supuesto que se ajusta a las características de la denominada "estrecha relación vital", que involucra de igual forma a la "vinculación natural", estudiadas en el capítulo III de esta investigación.

Por otra parte, llama la atención la descripción de la forma en que ha de incumplirse el deber para dar margen a la actualización de este supuesto; así, resulta cuestionable la referencia "...abstenga de prestarle protección...", particularmente por que no se delimitan o especifican las notas distintivas o características de la "protección" que ha de prestarse, qué involucra o hasta dónde debe llegar; lo anterior, a fin de abonar a una delimitación del deber, de manera que no se obligue al gobernado a una actuación contra cualquier peligro y con independencia de su magnitud, de manera que estos factores puedan incluso superar su capacidad individual de acción, y por ende, la posibilidad de evitación.

De igual manera, la expresión "...*influyendo* con tal indolencia en su muerte", resulta problemática, pues tampoco se delimita su ámbito de denotación en este contexto, esto es, cómo se influye en la muerte o en qué grado; previsión normativa que permite una interpretación demasiado amplia con perjuicio de la seguridad jurídica.

3.5. Códigos penales que no regulan delitos de omisión impropia.

Derivado del análisis de los ordenamientos punitivos locales, se advirtió que en los casos de los Estados de Durango, Jalisco, Nayarit, Tamaulipas, Tlaxcala y Zacatecas, el legislador no estableció regulación de los delitos de omisión impropia (comisión por omisión), ni en la parte general ni en la especial de dichos cuerpos normativos, por lo que en estas entidades federativas los tipos acción con resultado material, no pueden extenderse, sin violar el principio de legalidad, para abarcar a la omisión.

Especial mención debe hacerse en el caso del Código Penal del Estado de Durango, en cuyo artículo 13 dispone:

ARTÍCULO 13.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, pudiendo ser cometido por acción, omisión o comisión por omisión.

...

No obstante la "previsión" de este numeral, en cuanto a la forma en que puede ser cometido el delito, particularmente la *comisión por omisión*, debe destacarse que ni en el propio artículo ni en ningún otro de este cuerpo normativo, se establecen los elementos o requisitos que deben colmarse para que un tipo de acción con resultado material pueda llevarse a cabo a través de una omisión, situación equiparable a la de los otros ordenamientos que se mencionan en este mismo apartado, por lo que esta forma de comisión no puede ser aplicada, según se apuntó.

CAPÍTULO V

REQUISITOS DE LA DOCTRINA PARA LA PROCEDENCIA DE LA OMISIÓN IMPROPIA

SUMARIO: 1. Situación típica. 2. Posición de garante (Primer criterio de equivalencia). 3. Ausencia de la acción indicada. 4. Capacidad de acción. 5. Correspondencia (Segundo criterio de equivalencia). 6. Resultado material.

1. Situación típica.

De acuerdo con Welzel, la situación típica comprende "aquellos presupuestos circunscritos típicamente, cuya concurrencia hace que el ordenamiento jurídico exija una intervención. Señala por regla general la meta de la acción mandada, el objeto sobre el que debe influirse, como también, dado el caso, otras circunstancias que se presuponen para la intervención."¹

Para ejemplificar esto en los casos de omisión propia, señala que la situación típica consistirá, en la omisión de auxilio, en la presencia de una persona que va pasando en el lugar de un accidente.² En el caso de omisión impropia, considera que consiste "...en la producción de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, es decir, en la producción de un resultado típico en el sentido de un delito de comisión, o sea, la muerte, la lesión corporal, la privación de la libertad, un incendio, etc. ...El resultado puede consistir también en una lesión calificada del bien jurídico",³ y a este respecto, cita los supuestos de lesiones para las que el ordenamiento punitivo alemán prevé una punibilidad agravada, en específico, las reguladas en los parágrafos §§224, 225, 226 y 227.

Esta afirmación de Welzel me parece poco afortunada, pues entiende que la situación típica involucra la lesión misma del bien jurídico, cuando ya no

¹ Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*, traducción de la 11ª edición alemana, 4ª edición castellana, Tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 241 y 250.

² *Cfr.*, *Ibidem*, p. 242. La omisión de auxilio o del deber de prestar ayuda que prevé el Código Penal Alemán, actualmente se encuentra regulada en el parágrafo §323 c).

³ *Ibidem*, p. 250. Con un criterio análogo *vid.*, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988 (primera reimpression 1997), tomo III, p. 454.

hay nada que hacer, lo que haría imposible el cumplimiento de cualquier deber de evitación.

Así las cosas, creo que en la situación típica, tratándose de omisiones impropias, debe entrar en consideración como presupuesto, la posible o inminente producción de un resultado lesivo, lo que daría margen al cumplimiento de la finalidad de la acción debida o mandada, esto es, de la intervención requerida por el ordenamiento jurídico.

Armin Kaufmann⁴ al exponer los diversos elementos que deben integrar el tipo de los delitos de omisión, no sólo se limita a las características que le son inherentes a cada uno de ellos, sino que además, establece una ubicación sistemática de los mismos.

Así, la verificación simple de que una persona determinada no ha realizado la acción descrita en el mandato, carece de referencias temporal y espacial, así como con respecto a determinado objeto de la acción.

Para eludir esta dificultad, el autor propone que debe situarse en primer término "...uno de los requisitos de la capacidad de acción, el fin de la acción señalado por el mandato. Éste es por lo general el objeto de la acción ordenada... Welzel llama a este requisito «situación típica». Se trata de aquellas circunstancias que han de eliminarse, modificarse, protegerse o en general verse influidas por la acción prescrita, los «objetos de influencia» de la acción prescrita".⁵

De acuerdo con lo anterior, el objeto de la acción ordenada o situación típica es el accidente y sus consecuencias que han de eliminarse; los fuegos que han de asegurarse para evitar incendios, etc.

⁴ Cfr., Kaufmann, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*, Tr., Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006, pp. 113-114.

⁵ *Ibidem*, p. 113.

Ha de mantenerse que los objetos de la acción o el fin de la acción señalada en el mandato son condiciones previas de la capacidad de acción; lo cual tiene lógica, pues no hay denuncia de delito sin existir plan delictivo, no hay prestación de auxilio en un accidente sin que éste se haya producido.

En este sentido, sólo por razones prácticas se analizan estos presupuestos en primer lugar para comprobar la falta de realización del mandato; y es que los objetos de actuación constituyen el punto de partida para poder responder a la cuestión de la ausencia de la acción descrita en el mandato en relación con la persona concreta.

Acorde con lo anterior, Jescheck indica que el "...supuesto de hecho del que se deriva el contenido concreto del correspondiente deber de acción es la situación típica. En los delitos de omisión regulados legalmente ésta es descrita ampliamente por el tipo mismo, aunque no siempre lo hace de un modo terminante. En la configuración de los delitos omisivos llevada a cabo por una reestructuración de los tipos comisivos de conformidad con el §13, lo que falta debe ser completado de acuerdo con su sentido."⁶

Como ejemplos de situaciones típicas, Jescheck propone, de acuerdo con la legislación alemana, entre otros, el de la omisión de denuncia de delitos, donde la situación típica consiste en el proyecto de ejecución de un delito grave concreto que aún puede ser impedido mediante la denuncia correspondiente; en este caso, la prestación positiva o la acción indicada es la interposición a tiempo de aquélla o su comunicación al amenazado; se trata de un deber de acción al que está sometido todo el que tenga conocimiento fidedigno de los hechos.

⁶ Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición corregida y ampliada, Tr. Miguel Olmedo Cardenete, España, Editorial Comares, 2002, pp. 662-663. En el parágrafo §13 del ordenamiento punitivo alemán se prevé una cláusula general de equiparación entre los tipos de acción (con resultado) y los de omisión, regulando con ello la omisión impropia o comisión por omisión.

Asimismo, en el homicidio planeado por la esposa y su hijo mayor en perjuicio del marido y a la vez padre, la situación típica consiste en el peligro para la vida creado por medio del plan delictivo; la acción ordenada es el impedimento del hecho y los obligados a ella son los otros hijos que viven en la casa.⁷

En este ejemplo propuesto por Jescheck, debe comentarse que si se trata sólo de un plan delictivo, propiamente no hay peligro para la vida, pues se trata de actos preparatorios; cuestión distinta será cuando se esté en presencia de actos ejecutivos, los que realmente sí ponen en peligro la vida; no obstante, se observa que dicho ejemplo tiene sustento en el párrafo §138 de la legislación penal alemana, que establece el deber de denunciar para quien se entere de un plan delictivo o de la ejecución del mismo, a un tiempo en el que todavía se pueda desviar la ejecución o evitar el resultado.⁸

Lo expuesto hasta ahora constituye sólo una muestra de lo que Silva Sánchez⁹ ha estimado como una postura generalizada en la doctrina, consistente en el acuerdo de considerar como uno de los elementos comunes a las realizaciones típicas omisivas, la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico, la cual representa, genéricamente, el factor esencial de lo que suele conocerse como *situación típica*, cuya formación experimenta con todo, ulteriores correcciones en tipos determinados.

⁷ En todos los delitos de omisión se demanda la realización de una prestación positiva; ahora bien, el cómo dicha prestación (acción esperada y omitida) tendría que haberse producido depende de la ley o de las circunstancias del hecho en particular. Así, Jescheck señala el ejemplo de la permanencia injustificada en espacios ajenos, delito de omisión propia en el que la norma señala el deber de alejarse de ellos a requerimiento de la persona legitimada para ello; en otros, como el deber de prestar auxilio, lo que tiene que suceder deriva del conjunto de las circunstancias del supuesto de hecho. En el caso de los delitos de omisión impropia, el contenido del deber de acción se determina la mayoría de las ocasiones según las circunstancias; para ello es determinante la finalidad de la salvaguardia del objeto protegido de la acción frente a la puesta en peligro o lesión típica. *Idem*.

⁸ El rubro o título de este precepto se identifica como “Omisión de denuncia de hechos punibles planeados.”

⁹ *Cfr.*, Silva Sánchez, Jesús María, *El delito de omisión, concepto y sistema*, segunda edición, Argentina, Editorial B. de F., 2003, p. 353.

Ahora bien, para Silva Sánchez¹⁰, con la expresión *situación de peligro*, no es posible aludir a la concurrencia real de un peligro efectivo para un bien jurídico, lo que sólo sería verificable con cierta aproximación a través de un juicio *ex post*.

Más bien, de acuerdo con el propio autor, la situación de peligro, como elemento común a las realizaciones típicas omisivas, sólo puede entenderse en el sentido de apariencia *ex ante* del referido peligro para un bien jurídico; esto significa que la existencia o no del peligro típico se decide en el momento en que el sujeto aún no ha empezado a actuar y puede optar entre hacerlo en una u otra dirección.

Lo anterior, puede recibir una doble fundamentación:

A) Lo apoya la concepción del injusto que dicho tratadista estima preferible y que, a su vez, deriva de la función preventiva de la pena y de la correspondiente concepción de las normas penales como directivas del comportamiento (determinación de conductas).

En este sentido, será en el momento en que se va a actuar en el que la norma debe dirigir su conminación al sujeto, mandándole una actuación que estará en función de la situación en que aparezcan –en aquel momento– los bienes jurídicos merecedores de protección.

Así, esta situación *ex ante* (o sea, el enjuiciamiento objetivo que de ella haga el hombre medio con los conocimientos especiales del sujeto) es el factor decisivo, dado el carácter de las normas como normas de determinación de conductas y no meras normas de valoración *ex post*.

B) El segundo argumento de Silva Sánchez a favor de la consideración de la situación de peligro desde una perspectiva *ex ante* tiene un carácter más

¹⁰ Cfr., *Ibidem*, pp. 354-356.

específico; en efecto, sin ir más allá, la adopción de un concepto de *situación de peligro* como realmente concurrente *ex post*, excluiría del marco de examen las omisiones en tentativa inidónea. Éstas, por definición, se basan en una apariencia de peligro *ex ante* que resulta desmentida por el juicio realizado *ex post*.

“En definitiva, sólo una concepción de la situación de peligro sobre la base de un juicio de apariencia *ex ante* es adecuada al cumplimiento de la función del concepto de omisión que consiste en abarcar todas las realizaciones típicas omisivas. A la vez, tan sólo ella se muestra coherente con la fundamentación que, a nuestro juicio, debe recibir el injusto penal.”¹¹

Por otra parte, la mayoría de los autores se limita a definir la situación de peligro afirmando simplemente su condición de tal; en algunos casos, además, se alude al posible origen del peligro en fenómenos naturales o humanos, ya sean éstos actos de la propia víctima, del sujeto de la omisión subsiguiente o de terceros.

No obstante, el tratadista cuyo pensamiento ahora se sigue¹², destaca la necesidad de precisar la noción de la situación de peligro desde las perspectivas cualitativa y cuantitativa.

A) Perspectiva cualitativa.

Desde esta óptica, los peligros de procedencia humana no ofrecen, en general, dificultades, en cuanto a su integración en el elemento típico que nos ocupa.

En este sentido, tan “...sólo se trata de examinar, tanto para los de origen natural como para los que lo tienen en un acto del hombre, qué sucede

¹¹ *Ibidem*, p. 356.

¹² *Cfr.*, *Ibidem*, p. 354.

a propósito de los peligros consentidos por la propia víctima. Concretamente, ya dentro de los peligros de procedencia humana, es preciso determinar si el suicidio puede constituir una situación de peligro típico. En otro orden de cosas, se impone un análisis de la misma cuestión respecto de hechos justificados.”¹³

a) Peligros consentidos por la víctima.¹⁴

Bajo este rubro, los supuestos que pueden considerarse especialmente conflictivos, son aquellos en los que el sujeto se niega, en condiciones de libertad de voluntad a recibir ayuda, o aquel en el que se sitúa voluntaria y responsablemente en la situación de peligro, creándola o consintiendo en ella.

La pregunta que se plantea es si en estos casos debe considerarse la presencia de una situación de peligro, de manera que dé lugar al requerimiento típico de una conducta dirigida a su evitación.

Así, el problema no adquiere demasiada entidad cuando se trata de *bienes disponibles*; pues *el consentimiento* ante su puesta en peligro o hipotética lesión, hace desestimar una situación de peligro.

Las cosas son diferentes cuando el peligro consentido o la autopuesta en peligro afectan a bienes de los estimados como *indisponibles*, paradigmáticamente la vida. Surge, por tanto, el problema de si el rechazo de ayuda, dada una amenaza para la vida, y en particular, los supuestos de suicidio, deben considerarse como *situaciones de peligro típico*.

Al respecto, parece opinión mayoritaria que la situación de suicidio asentada en una voluntad responsable no debe entenderse como una situación de peligro típico, y por tanto, no puede dar lugar al requerimiento típico de una conducta dirigida a su evitación; un argumento de naturaleza sistemática,

¹³ *Ibidem*, p. 354.

¹⁴ *Cfr.*, *Ibidem*, pp. 356-357.

decisivo en este punto, es la no penalización de que goza en derecho alemán la participación activa en el suicidio.

En nuestro derecho, los artículos 142 y 143 del Código Penal del Distrito Federal prevén, como supuestos típicos activos, los hechos de ayuda e inducción al suicidio. Sobre la base de disposiciones análogas del derecho español, y en atención a la indisponibilidad del bien jurídico *vida*, para Silva Sánchez parece adecuado y coherente apreciar la existencia en estos casos de una situación de peligro típico generadora de un deber de socorro.

No comparto el criterio de dicho autor cuando en estos casos pretende derivar una situación de peligro, de la que a su vez se genere un deber de socorro, pues el que ayuda o induce, realiza los supuestos de acción previstos en el tipo, para los que se encuentra dispuesta una específica punibilidad.

b) Hechos verificados al amparo de una causa de justificación.¹⁵

Otro grupo de casos problemáticos para considerarlos integrantes de una situación de peligro son los hechos justificados.

Con relación a este tema, y citando a Roxin, Silva Sánchez señala que para este autor lo que ocurre es que el deber de garante no se extiende a la protección de un sujeto respecto de los peligros que debe sufrir por disposición del derecho, como en el caso de la defensa legítima.

Lo anterior, no se refiere a la no evitación de las consecuencias lesivas de un hecho justificado¹⁶, una vez que éste se ha producido, sino al examen de

¹⁵ Cfr., *Ibidem*, pp. 357-359.

¹⁶ Por lo que se refiere a la no evitación de las consecuencias de un hecho justificado, si bien para cierta doctrina, en este supuesto es indudable que existe una situación de peligro típico a los efectos de una responsabilidad en comisión por omisión con fundamento en la injerencia; en mi opinión, esta solución representaría una onerosa carga para quien obró lícitamente, por lo que, en todo caso sería preferible dar a esta clase de supuestos un tratamiento sobre la base de la regulación de los delitos de omisión propia, en los cuales antes de “encontrarse” con la situación, el carácter de la conducta es en principio lícita, surgiendo un deber de solidaridad social legalmente impuesto, consistente en el auxilio de quien se

no impedir la realización de una conducta justificada que pone en peligro un bien jurídico; ello, tanto desde la perspectiva del garante como desde la del tercero que tiene la posibilidad de impedirlo.

En este sentido, con base en un argumento de coherencia interna del ordenamiento, Silva Sánchez señala que éste no puede obligar a uno o varios sujetos a impedir un acto para el que ha facultado (o incluso, a cuya realización ha obligado) a otro sujeto.

En definitiva, los hechos justificados que ponen en peligro bienes jurídicos no constituyen *situaciones de peligro típicas* a los efectos de la apreciación una omisión penal.

B). Perspectiva cuantitativa.¹⁷

Desde esta óptica, se hace necesario determinar cuándo nos hallamos ante una medida o grado de peligro suficiente para hacer típicamente requerida la intervención del sujeto, superando, de alguna forma, la ambigüedad (yo diría vaguedad) del concepto de peligro; entendido éste como la probabilidad de lesión de un bien jurídico o al menos como la probabilidad de una puesta en peligro concreto (*ex post*) de él.

La cuestión no admite duda cuando, conforme a la definición usual de peligro, se trata de una probabilidad inminente de producción del resultado de lesión o de peligro concreto (*ex post*) de un bien jurídico.

Sin embargo, es discutible si la no realización de determinadas conductas en momentos previos da margen a una *situación de peligro* a los efectos de una realización típica omisiva. En la generalidad de los casos, no es así.

encuentre en peligro; situación que puede considerarse análoga al supuesto de que ahora se trata, en donde también se encuentra presente un proceder lícito, autorizado por el derecho.

¹⁷ Cfr., Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 9, pp. 359-360.

La situación de peligro se constituye en general por la probabilidad de que un bien jurídico resulte lesionado, puesto en concreto peligro, o también por la probabilidad de que una lesión ya iniciada se extienda o agrave. Ambas modalidades de conformación de la situación de peligro corresponden a dos diferentes clases de acciones indicadas o deberes de actuar: respectivamente, los deberes de evitación del resultado y los deberes de salvación.

Con lo anterior, quedan cubiertos los casos de omisiones de socorro, impedir determinados delitos y comisión por omisión en virtud de la función de protección de un bien jurídico, en donde el sujeto se halla ante un peligro *ex ante* concentrado sobre un bien jurídico, o incluso, se ha realizado parcialmente.

Restan algunos ejemplos de situaciones que se suscitan de modo previo, concretamente, cabe pensar en su posibilidad a propósito de situaciones de garantía por función de control de una fuente de peligro. A diferencia de los ejemplos anteriores, aquí se trata de la probabilidad de producción de un peligro *ex ante*; para evitar esa situación de *peligro de peligro*, se requieren del individuo, como acción indicada, los llamados deberes de aseguramiento. Su finalidad es no esperar hasta la producción de una situación de peligro determinada, sino evitar ya los peligros que normalmente provienen de la fuente que corresponde controlar según la posición de garantía ostentada.

El cumplimiento de los *deberes de evitación o de salvación* se muestra así como un desistimiento de la tentativa iniciada con la previa omisión de medidas de aseguramiento. Ya en ese primer momento parece posible hablar de omisión en sentido jurídico penal.

Por su parte, Mir Puig¹⁸, sin llevar a cabo un análisis tan detallado como el formulado por Silva Sánchez, señala que, en general, la situación típica es

¹⁸ *Cfr.*, Mir Puig, Santiago, “La comisión por omisión en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal de México”, en Moreno Hernández, Moisés y Félix Cárdenas, Rodolfo (Coord.), *Comentarios en torno al*

aquella en que nace el deber de actuar, característica en la que, en mi opinión, hay un acuerdo general en la doctrina; la cual, en forma posterior complementa con el ejemplo del tipo de omisión de socorro, en el que introduce la situación de grave peligro o desamparo en que se encuentra una persona, como presupuesto del deber de ayuda emergente.¹⁹

Ahora bien, de acuerdo con este autor, si "...el primer elemento de toda omisión es que tenga lugar la situación típica base del deber de actuar, en la comisión por omisión no expresamente tipificada ha de integrar dicha situación la llamada posición de garante por parte del autor."²⁰

De lo anterior, se advierte que Mir Puig establece una identificación entre situación típica y posición de garante; sin embargo, estimo que si bien en principio pudiera accederse a que la posición de garante forme parte de la situación típica, ésta no debe identificarse con aquélla.

En efecto, la posición de garante implica la existencia de un deber de preservar determinados bienes jurídicos, ante una situación que revele la posibilidad de que sufran algún daño o menoscabo; lo que permite advertir la diferencia entre la eventual situación de peligro o situación típica y el deber de actuar del garante para evitar el menoscabo en bienes jurídicos que pueda sobrevenir con motivo de esa situación de peligro.

En otras palabras, una cosa es el deber de actuar (del garante) en una situación de peligro, y otra, la situación de peligro misma, con motivo de la cual aquél debe actuar.

nuevo código penal para el distrito federal, México, Ius Poenale, 2003, p. 145; Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 7ª edición (reimpresión), Argentina, Editorial B. de F., 2005, p. 317.

¹⁹ En este sentido *vid.*, Bacigalupo, Enrique. *Delitos impropios de omisión*, Tercera Edición, España, Dykinson, S.L., 2005, p. 128. La situación típica generadora del deber, requiere (o consiste en) una posición de peligro para el bien jurídico. Se trata del peligro real de producción del resultado cuya causación activa está descrita en el tipo penal del correspondiente delito de comisión; v. gr., el peligro de muerte en que se encuentra quien ha caído al agua y no sabe nadar.

²⁰ Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 18, p. 145; Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 18, p. 317, respectivamente.

Por último, es importante destacar que, si bien en todos los delitos de omisión se demanda la realización de una prestación positiva, el cómo dicha prestación tendría que haberse producido, depende de la ley o de las circunstancias del hecho en particular.

Así, Jescheck²¹ señala el ejemplo de la permanencia injustificada en espacios ajenos, delito de omisión propia, en el que la norma señala el deber de alejarse de ellos a requerimiento de la persona legitimada para ello; en otros, como el deber de prestar auxilio, lo que tiene que suceder deriva del conjunto de las circunstancias del supuesto de hecho.

En el caso de la omisión impropia, el contenido del deber de acción se determina, la mayoría de las ocasiones, según las circunstancias; para ello es determinante la finalidad de la salvaguardia del objeto protegido de la acción frente a la puesta en peligro o lesión típica.

Con lo anterior, es posible advertir que la realización de la acción indicada en el tipo es debida sólo en esa situación típica, dado que todos los tipos omisivos son circunstanciados, pero además, de esa circunstancia depende la vigencia de la norma imperativa deducida. Esta característica otorga al análisis de las circunstancias de la situación típica de un privilegio o prioridad analítica.²²

2. Posición de garante.

Con motivo de la explicación de su concepto de omisión, Liszt señala que la "...manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente

²¹ *Cfr.*, Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. cit.*, nota 6, pp. 662-663.

²² En este sentido *vid.*, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *Derecho penal, parte general*, segunda edición, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 573.

un movimiento corporal que debiere haberse realizado (y que fuera realizable).”²³

De acuerdo con estas ideas, en particular, cuando se alude a que la actividad que no se desarrolla, “debiera haberse realizado”, se destaca la obligatoriedad de aquélla; aunque tal señalamiento involucra, en la forma en que lo hace este autor, sólo un deber genérico.

No obstante, el propio Liszt, en otro lugar de su exposición, destaca que bajo ciertas condiciones el orden jurídico equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo; así, “...sólo cuando el orden jurídico obliga a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo.”²⁴

En este sentido, de lo anterior destaca que cuando el derecho establece un deber especial, consistente en impedir un resultado, posibilita la equiparación entre el hecho de no impedirlo y el de causarlo; ese deber especial corresponde, de acuerdo a lo que actualmente se conoce en la doctrina, a un sujeto que se encuentra en posición de garante.

Mezger, con motivo de exponer las fuentes correspondientes a la teoría formal del deber jurídico, se limita a señalar que en las omisiones impropias, el “...deber de impedir el resultado antijurídico es... un deber de actuar... Pertenece al tipo legal del injusto.”²⁵

Como puede observarse, en este autor no se encuentra todavía un desarrollo importante de la teoría del garante, lo mismo que en Liszt, aunque en este último es posible advertir un análisis más agudo en las implicaciones del

²³ Cfr., Von Liszt, Franz. *Tratado de derecho penal*, 2ª edición (20ª edición alemana), Tr. Luis Jiménez de Asúa, España, Editorial Reus, 1927, tomo II, p. 302.

²⁴ *Ibidem*, pp. 303-304.

²⁵ Cfr., Mezger, Edmund. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990, p. 122.

deber especial que corresponde al garante, adelantando incluso visos de la problemática de la equiparación.

En la concepción de Welzel, la posición de garante "...comprende los elementos decisivos de autor, que convierte al que omite evitar un resultado típico, en un autor de omisión, en el sentido del tipo de mandato de garante equiparado al delito de comisión."²⁶

De acuerdo con estas ideas, se reitera el carácter de la posición de garante como característica que permite la identificación del autor de una omisión y la equiparación de ésta con la comisión.²⁷

Por su parte, con relación a este tema, Maurach²⁸ establece una distinción, por una parte, entre la posición de garante o presupuestos del deber de actuación, que dicho autor los denomina como elementos de autoría, y por la otra, el deber de actuar.

Al respecto, el deber de actuar en los delitos de omisión ha sido ubicado sistemáticamente en la antijuridicidad, o bien, en el tipo; sin embargo, para él, es necesario distinguir, por un lado, la norma ubicada fuera del tipo y el deber de actuación que se deduce de ella, y por el otro, la infracción punible de dicho deber; esta última se encuentra descrita en el tipo legal en cuanto infracción a la norma.

²⁶ Cfr., Welzel, Hans. *Op. cit.*, nota 1, p. 251.

²⁷ Mir Puig se muestra partidario de estas ideas; indica que la posición de garante es precisa para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su propia causación positiva y castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción. Expresado de otra forma, no todo aquél que omite evitar la producción de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado por vía positiva, sino sólo determinadas personas que se encuentran respecto del bien jurídico afectado en una específica posición de garante; ésta es el primer elemento que, a falta de causalidad, permite la imputación objetiva del resultado a estas personas, de lo que se observa que, mientras que para la comisión es necesaria pero no basta la causalidad, en la comisión por omisión ni siquiera es necesaria ésta, pues se parte de la existencia de la posición de garante. Cfr., Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 18, pp. 148-149; Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 18, p. 320, respectivamente.

²⁸ Cfr., Maurach, Reinhart, *et al. Derecho penal, parte general*, 7ª edición, Tr. Jorge Bofill Genzsch, Argentina, Editorial Astrea, 1995, tomo 2, pp. 240-242.

Así las cosas, en los delitos de omisión impropia sólo reconoce como elemento típico a la lesión concreta del bien jurídico en tanto que infracción al deber, no el deber de actuar en sí mismo.

En otras palabras, para Maurach "...la norma y el deber que de ella surge son concebidos como ubicados fuera del tipo ...e incluso fuera de la estructura delictiva considerada en su conjunto; ...el tipo describe solamente la infracción a la norma en sí misma y, por lo tanto, los presupuestos bajo los cuales una lesión concreta al bien jurídico debe ser considerada como provocada con infracción del deber."²⁹

"La norma... subyacente tras los delitos de comisión propia³⁰ sólo adquiere forma imperativa respecto de aquellos llamados por la norma en forma especial a conservar los bienes jurídicamente protegidos. De ahí que el tipo, en cuanto descripción del acontecer contrario a la norma... contenga también la descripción de los presupuestos del deber de actuación, esto es, del autor idóneo en los delitos de omisión propia."³¹

Atentos a esta caracterización, entiendo que los delitos de omisión impropia se les denomina delitos especiales por que en el tipo no contienen la descripción de dichos presupuestos, es decir, la descripción del autor idóneo.

²⁹ *Ibidem*, p. 241. Una concepción como ésta no puede ser admitida, pues un deber de actuar cuya infracción conlleve una pena, debe estar previsto en el propio tipo, debe ser elemento del mismo, pues de lo contrario, se infringiría el principio de legalidad en materia penal, conocido como *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

³⁰ Es importante señalar que, para Maurach, los tipos que comprenden una inactividad actuante legalmente descrita (v. gr., no proporcionar ayuda o auxilio al accidentado), son llamados *omisiones propias u originales*; en tanto que los tipos que contienen una actividad actuante legalmente descrita (v. gr., dar muerte, dañar la salud, causar daño al patrimonio), son *comisiones propias u originales*; así, las *omisiones impropias* son aquellas que realizan el tipo de un delito de *comisión propia* mediante una inactividad (el padre que no salva a su hijo de morir ahogado en la piscina); y finalmente, la realización activa de un tipo de *omisión impropia* será descrita como *comisión impropia*. En este contexto, el propio doctrinario destaca que parte de la base de que la norma ideal existente fuera de las leyes penales, por lo general es aprehendida y concretada en todos los tipos, tanto en forma de prohibición como de mandato. Cfr., *Ibidem*, 223-224.

³¹ *Ibidem*, p. 241.

Obviamente esta caracterización de los elementos de autoría se encuentra diseñada en orden a una legislación penal en donde aquéllos no se encuentran previstos típicamente, por lo que en ese contexto debe apreciarse la misma.

Ahora bien, para Maurach³², el dominio meramente fáctico, la dominabilidad de una situación de peligro, no puede obligar a nadie, *per se*, al desarrollo de una actividad actuante. Así, en orden a una caracterización de los elementos de autoría, el propio autor establece que sólo una relación obligatoria adicional especial, que apunte a la conservación del bien jurídico amenazado, permite atribuir a una persona como propia la lesión a un bien jurídico fácticamente dominable y producida por un hacer inactivo.³³

Esta relación especial es descrita, acertadamente, como posición de garante, de manera tal que sólo puede ser autor de un delito de omisión impropia quien se encuentre especialmente obligado a la conservación del bien jurídico concretamente dañado, aquel que se encuentre obligado a garantizarlo, que deba responder jurídicamente.

Conforme al tenor del §13 del StGB en los delitos de resultado, dentro de los delitos de omisión impropia, esta posición de garante es también suficiente

³² Cfr., *Ibidem*, pp. 246-247.

³³ Jescheck, en forma análoga a Maurach, señala que en los delitos de omisión impropia no basta con el hecho de que una acción posible hubiera evitado el resultado para poder hacer responsable de la lesión del bien jurídico a cualquiera que posea capacidad de acción, puesto que no existe un deber de ayudar en todo momento que sea necesario cuyo incumplimiento sea punible. En estas condiciones, es preciso demostrar un “fundamento jurídico especial” en aquellos casos en los que, excepcionalmente, alguien va a ser responsabilizado por haber omitido la protección de bienes jurídicos ajenos mediante una prestación positiva; por lo que la equivalencia de la omisión con el hacer positivo presupone que el autor de aquella responda como garante de la evitación del resultado. En atención a lo anterior, en el ámbito de la causación del resultado, por lo que hace al Código Penal Alemán (§13, I), para la equivalencia de la omisión con el hacer positivo es necesario que el autor *tenga que responder jurídicamente de que el resultado no acaezca*. Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. Cit.*, nota 6, p. 668. En el ámbito nacional, los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, también requieren la presencia de una posición de garante. (Artículos 16, fracción I del Código Penal del Distrito Federal; 7, párrafo segundo del Código Penal Federal).

para afirmar la autoría simultáneamente con la concurrencia del domino o la dominabilidad fáctica de una situación de peligro.³⁴

Asimismo, para Maurach, debido a que la forma y clase concreta de producción del resultado no se encuentra descrita en mayor detalle en los delitos de mera causación, en los delitos de resultado, con la afirmación de la posición de garante, se establece al mismo tiempo la equivalencia entre la comisión y la omisión, exigida por la segunda alternativa del §13.

Al respecto, creo que no es afortunada la afirmación del párrafo precedente, pues la posición de garante si bien constituye un primer criterio de equivalencia, en el caso de los delitos de mera causación, como en su oportunidad se estudiará, también es preciso buscar el cumplimiento del segundo criterio a que alude Maurach, conocido como *correspondencia*.

Kaufmann³⁵ está de acuerdo con Welzel en que la fijación de la posición de garante constituye un problema de delimitación del autor por omisión, de determinación de los elementos objetivos de la autoría del delito de omisión impropia; lo discutido es en qué lugar de la estructura del delito han de integrarse tales elementos de autoría, y ello tanto en el delito comisivo como en el omisivo.

Sin embargo, en el criterio de Kaufmann, esta cuestión de principio no requiere aclaración general alguna en el marco del delito de omisión impropia,

³⁴ El parágrafo 13 del Código Penal Alemán prescribe lo siguiente: “Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, sólo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y cuando la omisión se corresponda con la realización de un tipo legal a través de una conducta activa. La pena podrá ser atenuada de acuerdo con el parágrafo 49.1.” Conforme a una interpretación literal de este precepto, es posible concluir que la posición de garante basta para afirmar la autoría, y por ende, la imputación del resultado; sin embargo, en mi opinión, para afirmar ambas cosas es menester comprobar otros elementos, particularmente, la capacidad de acción, que involucra la posibilidad de la acción indicada, por lo que no coincide con la idea de que la posición de garante presuponga la concurrencia del dominio o la dominabilidad fáctica de la situación de peligro. Aunque este requisito no se establezca en forma expresa en los tipos, ello no se traduce en una autorización para suponer su efectiva presencia junto a otros elementos; antes bien, el mismo debe ser comprobado, pues en todo caso, debe considerarse el principio jurídico que dispone que “nadie esta obligado a lo imposible.”

³⁵ Cfr., Kaufmann, Armin. *Op. Cit.*, nota 4, pp. 309-310.

ya que en él no despliega efectos prácticos. Y es que los *elementos fundadores de la posición de garante* son los que afectan simultáneamente al sujeto del mandato y al objeto de la acción prescrita, a la persona del omitente y a la situación típica.

Bien es cierto que la posición de garante se basa precisamente en la relación que, debido a la especial relación vital, se establece entre el propio garante y el bien jurídico garantizado; así, si el deber de garante se basa en la acción previa, en función de ésta y del peligro de ella resultante no sólo queda determinado el propio garante, sino también el objeto de su deber de obrar, el bien jurídico amenazado por dicho peligro.

Así pues, la posición de garante no constituye un elemento de la autoría puro, sino uno susceptible de varios sentidos que al mismo tiempo concreta tanto a la situación típica como al obligado a actuar, de donde se deduce que los requisitos materiales de la posición de garante pertenecen a la situación típica y que el conocimiento de esta situación ha de abarcar, asimismo, el conocimiento de los elementos fundadores de la posición de garante.

Con una postura análoga a la observada en Maurach, Kaufmann expone su criterio respecto de la ubicación sistemática del deber que resulta de la posición de garante.

Así, comienza dicho autor³⁶ por señalar que en los tipos de prohibición el deber de omitir no es elemento del tipo; situación que es idéntica en el caso del tipo de mandato de los delitos de omisión impropia.

Los requisitos o elementos a los que el ordenamiento jurídico vincula el deber de garante son elementos del tipo, ya que forman parte de la descripción de la situación típica, pero de ningún modo se deduce de ahí que el propio

³⁶ Cfr., *Ibidem*, pp. 311-313.

deber de garante sea elemento del tipo, al igual que en el delito comisivo el deber de omitir tampoco puede considerarse elemento del tipo.

Ahora bien, con motivo de indagar la función que, como elemento del tipo, pudiera corresponder al deber de evitar el resultado desligado de sus requisitos, Kaufmann explica que si en el delito de omisión impropia se realizan todos los elementos del tipo (y por ende, las circunstancias fundamentadas del deber de evitar el resultado), y si además, no median causas de justificación, ya no cabe duda de que la omisión es típica y antijurídica, siendo innecesario para esta verificación recurrir a otro elemento del delito, al propio deber de evitar el resultado.

En estas condiciones, según este autor, si se da una omisión impropia típica y antijurídica, entonces consta que existe un deber de garante y que ha sido infringido.³⁷

Por otra parte, y en abono de su postura, este autor, a propósito de comparar cómo se da la subsunción en los delitos de comisión y de omisión, establece que en éstos hay que desarrollar un tipo de mandato de garante (abstracto), para luego poder subsumir en él; de esta forma es posible saber si el omitente concreto estaba obligado a evitar el resultado en concreto. Y es que si el omitente ha omitido típica y antijurídicamente, entonces estaba también obligado a actuar.

En este sentido, la situación de indagar el tipo de mandato, realizando con ello la tarea no llevada a cabo por el legislador, en criterio de Kaufmann, ha inducido al equívoco doctrinal de que la determinación del deber de garante es una cuestión de estructura del delito; por tanto, en el delito de omisión

³⁷ Este razonamiento debe rechazarse, pues el deber que corresponde al garante, así como su violación, junto con los otros elementos del tipo, es lo que constituye la omisión impropia, a nivel normativo; y a nivel fáctico, del delito, es necesario que ese deber esté a cargo, en el caso concreto, del garante (sujeto activo), y la conducta concreta del mismo es preciso que se oponga a dicho deber, surgiendo así su violación, que junto con la realización (tipicidad) de los restantes elementos del tipo, da margen al surgimiento del delito de omisión impropia. *Cfr.*, Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Quinta Edición, México, Editorial Trillas, 2004, pp. 29, 30, 57, 58 y 64.

impropia el deber de garante no es elemento del tipo ni de la antijuridicidad, no apareciendo en lugar alguno de la estructura del delito.

Ante este tipo de posturas cabe establecer una doble consideración: a). En los casos de legislaciones donde no existe regulación de posiciones de garante, es explicable la presencia de esta clase de criterios, pues, en efecto, dichas posiciones, y por ende, los deberes emergentes de ellas, no quedaron previstos normativamente, lo que incluso trae aparejado críticas a la labor judicial de integración de la norma y de afectación del principio de legalidad; y b). En aquellos casos en los que hay una efectiva regulación, creo que el deber ha de encontrarse previsto o reconocido normativamente, por lo que será en el tipo, como parte integrante de la norma penal, donde encuentre su ubicación.³⁸

En otro orden de ideas, Zaffaroni³⁹, si bien comparte el criterio de los autores para quienes la posición de garante da margen a que la violación del deber que trae aparejado haga que la conducta típica omisiva *equivalga* a la conducta típica activa, advierte que ello no sucede en forma inevitable, sino que la doctrina y algunas legislaciones, parecen dejar abierta la posibilidad de que esa equivalencia no se presente, pese a la posición de garante.

Ejemplo de lo anterior lo son el §13 del Código Penal Alemán y el artículo 2 del Código Penal Austriaco (así como el 11 del Código Penal Español y el 16 del Código Penal del Distrito Federal); conforme a dichos preceptos, no sólo se precisa de una posición de garante, sino además una equivalencia con la tipicidad activa, como condición independiente, que constituye un elemento al que la doctrina ha designado como *cláusula de equivalencia o correspondencia*, que se traduciría en un correctivo a la posición de garante ante la eventualidad excepcional en que la no evitación dé lugar a un contenido del injusto no comparable con el de la causación.

³⁸ En efecto, la Dra. Olga Islas, quien desarrolló el Modelo Lógico Matemático del derecho penal, ha ubicado dentro de la estructura del tipo, en primer lugar, al deber jurídico penal, que junto con la violación del mismo, situado al final, son considerados como elementos valorativos de aquél. *Cfr.*, *Ibidem*, pp. 29-31.

³⁹ *Cfr.*, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 3, pp. 458, 459, 461 y 462.

Para este autor, la *correspondencia o equivalencia*, como correctivo de los restantes elementos de la tipicidad omisiva y con funcionamiento independiente de éstos, plantea el problema de que la equivalencia de la no evitación con la causación quedaría librada a la operatividad de un imponderable, lo que pondría de manifiesto la insuficiencia de toda la teoría de la omisión.

En los casos de una falta de previsión legal, la solución quedará en manos de la doctrina; de esta manera, y ante la falta de casos concretos en que pueda afirmarse que la equivalencia no surge de la posición de garante, Zaffaroni no estima que se trate de conceptos independientes, sino que la *correspondencia o equivalencia* con la tipicidad activa es la consecuencia de que el autor se halla en la *posición de garante*, siendo el requerimiento de la primera, una garantía más acerca de la certeza de la comprobación de la segunda.

Es importante mencionar que este autor⁴⁰ no comparte el criterio de que esta equivalencia sea resuelta sobre la base de una cláusula que al efecto se establezca en la parte general de los ordenamientos punitivos, con el fin de solventar las objeciones vinculadas al principio de legalidad; antes bien, el autor sostiene que las dificultades para legislar en esta materia deben solucionarse acuñando tipos en la parte especial, en los que el deber de garante no sólo se funde jurídicamente, sino también en una particular intensidad obligante.

No obstante este criterio, Zaffaroni señala que para los casos en que al legislador, por la naturaleza de la cosa, le es imposible individualizar típicamente al autor, la equivalencia debe construirse de acuerdo con los modelos legales de posiciones de garante, que se hallan en los tipos omisivos impropios escritos.

⁴⁰ Cfr., *Ibidem*, pp. 464, 465, 473 y 474.

Así las cosas, este planteamiento se considera inconsistente, pues en un principio se muestra contrario al establecimiento de formulas generales, y después acepta la construcción de la equivalencia sobre la base de los modelos de posiciones de garante que proporcionan los tipos omisivos impropios escritos; esto es, acepta o concede viabilidad a una forma de proceder similar a la que involucra una cláusula general, pero que no autoriza ningún precepto, además de que se acude a la analogía.

En atención a lo expuesto, cabe preguntarse cual sería la postura de Zaffaroni si en la formula que se pueda establecer en la parte general de un código, no se recogen los criterios formales, sino los materiales en donde entra en consideración la particular intensidad obligante.

Como respuesta a lo anterior, creo que podría señalarse, en principio, que la objeción respecto a la formula en la parte general podría considerarse salvada, pues se establecerían legalmente los supuestos de posiciones de garante en función de criterios materiales.

3. Ausencia de la acción indicada.

Existe acuerdo en la doctrina en considerar a este requisito como elemento no sólo de la omisión, en general, sino de la omisión impropia, el que también se ha llamado *la no realización de la acción debida o indicada*.

Así, en el concepto de omisión formulado por Liszt⁴¹, se advierte la necesidad, para que aquélla se integre, de que no se lleve a cabo una actividad, que no se ejecute voluntariamente un movimiento corporal; criterio análogo al de Mezger⁴², para quien la omisión se encuentra caracterizada por un *no hacer algo*.

⁴¹ Cfr., Von Liszt, Franz. *Op. Cit.*, nota 23, p. 302.

⁴² Cfr., Mezger, Edmund. *Op. Cit.*, nota 25, p. 118.

La integración de este elemento, es asociada por Welzel⁴³, a la consecución del fin establecido por el mandato, esto es, lo caracteriza como la no ejecución de una acción con dicha tendencia.⁴⁴

Para el mismo autor, considerando su aspecto negativo, en el delito de omisión doloso falta la tipicidad cuando el obligado a actuar cumple exitosamente; y cuando se esfuerza en forma seria, aunque sin resultado, para alcanzar el fin.

Si el obligado cree erróneamente realizar lo adecuado para cumplir el mandato, debe apreciarse culpa; así, la tentativa de cumplir el mandato puede fracasar por emplear erróneamente el medio adecuado (lanzar muy lejos el salvavidas), por tomar el camino errado (se acude personalmente en vez de usar el teléfono llegando tarde), o porque, a pesar de aquilatar acertadamente la situación de hecho, no encuentra la vía para intervenir (el que no sabe nadar busca ayudar, pero no advierte la existencia del salvavidas).⁴⁵

Acorde con lo anterior, en los casos de omisiones impropias falta este elemento o requisito (*la no ejecución de una acción con tendencia a evitar el resultado*), cuando el garante se ha esforzado seriamente en impedir la producción del resultado.

Dicha tentativa de evitar el resultado favorece también al omitente, aún cuando el fracaso era evitable, debiendo estimarse en estos casos, culpa. La ejecución defectuosa puede deberse a un mal empleo de los medios de

⁴³ Cfr., Welzel, Hans. *Op. cit.*, nota 1, pp. 242-250.

⁴⁴ En este mismo sentido, para Jescheck, de acuerdo con la lógica, al tipo del delito de omisión pertenece la ausencia de la acción necesaria que se fundamenta en la situación típica. Así sucede cuando, por ejemplo, tras un accidente de tráfico los implicados ilesos *no trasladan* a una persona gravemente herida al hospital. Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. cit.*, nota 6, pp. 663-664.

⁴⁵ Coincidente con esto, Jescheck establece que no concurre el tipo de omisión dolosa cuando el autor se ha esforzado infructuosamente en cumplir con su deber de acción; v. gr., si la carta avisando del robo de una sucursal bancaria llega tarde al conocimiento de la policía porque el confidente ha prescindido de avisar telefónicamente; así, cuando con la finalidad de cumplir su deber, alguien actúa equivocadamente o de modo inconsciente hace menos de lo debido, sólo cabe el castigo por omisión imprudente. Cfr., *Idem*. Con una postura análoga en cuanto a dolo y culpa *vid.*, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 22, pp. 573-574; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 3, p. 454.

salvamento (el que hunde el bote por impericia) o en un error en el planeamiento del hecho y en la elección de los medios (el salvavidas sólo lanza un salvavidas al que se ahoga en lugar de saltar él mismo al agua).

De acuerdo con Kaufmann⁴⁶, en la articulación del tipo, el elemento de que me ocupo, ha de situarse, lo más al principio posible, a fin de evitar comprobaciones previas no racionales.

Sin embargo, la verificación simple de que una persona determinada no ha realizado la acción descrita en el mandato, carece de referencias temporal y espacial, así como con respecto a determinado objeto de la acción.

Para eludir esta dificultad debe situarse al principio un requisito de la capacidad de acción, conocido como el fin de la acción señalado por el mandato; éste es por lo general el objeto de la acción ordenada, y es al que en este trabajo se identifica como "situación típica."

Ha de mantenerse que los objetos de la acción o el fin de la acción señalada en el mandato son condiciones previas de la capacidad de acción; lo cual tiene lógica, pues no hay denuncia de delito sin existir plan delictivo, no hay prestación de auxilio en un accidente sin que éste se haya producido.

En este sentido, sólo por razones prácticas se analizan estos presupuestos en primer lugar para comprobar la falta de realización de la acción requerida por el mandato; y es que los objetos de actuación constituyen el punto de partida para poder responder a la cuestión de la ausencia de la acción descrita en el mandato en relación con la persona concreta.

En la sistemática de Maurach se establece, que tal "...como en otros delitos, también el tipo de los delitos de omisión impropia contiene los elementos del respectivo perjuicio -contraria a la norma- de un bien jurídico... la

⁴⁶ Cfr., Kaufmann, Armin. *Op. Cit.*, nota 4, pp. 113-114.

(*sic*) que debe concretarse de acuerdo con la acción típica, el sujeto y el objeto del hecho.”⁴⁷

Por lo que se refiere a la acción típica, y básicamente para su entendimiento, debe considerarse que Maurach, describe a los delitos de omisión impropia como aquellos que realizan el tipo de un delito de comisión propia mediante una inactividad.⁴⁸

Con base en lo anterior, puede advertirse que la acción típica en los delitos de omisión impropia, estará integrada por la no realización de una prestación positiva tendente a evitar lo que legalmente se describe como actividad actuante, y que por ende, se encuentra prohibida en los tipos de los delitos de comisión propia.

En efecto, lo anterior se corrobora cuando el propio autor señala que: “...si un perjuicio típico de un bien jurídico descrito como *actividad actuante* (*dar muerte*) es producida por una *inactividad* (*dejar producir la muerte*), existiría un delito de omisión impropia...”⁴⁹

Por último, debe destacarse que en el criterio de Maurach, la propiedad de un delito debe determinarse conforme a la concreta descripción legal de la acción en el tipo.

Como puede observarse, si bien el autor estipula de forma singular las características de la acción típica en la comisión y en la omisión impropia, al final, las correspondientes a esta última se describen en forma coincidente con lo previsto por otros autores; sin embargo, la comparación siempre es útil a fin de determinar las diferencias, y como en este caso, las semejanzas en torno al elemento materia de este apartado.

⁴⁷ Cfr., Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 28, p. 230.

⁴⁸ Los delitos de comisión propia, para Maurach, son aquellos cuyos tipos contienen una actividad actuante legalmente descrita. *Vid supra* nota 30.

⁴⁹ Cfr., Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 28, p. 226.

No obstante las semejanzas en comento, por lo que hace a la forma de la acción típica, para Maurach⁵⁰ es posible apreciar como delitos de omisión impropia, todos los delitos de mera actividad y de resultado en cuyos tipos la acción se encuentre claramente descrita como actividad actuante; v. gr., poner en circulación dinero falso, prestar falsa declaración y la mera provocación de la muerte.

Así, de acuerdo con este criterio, dichas acciones típicas pueden llevarse a cabo mediante una inactividad corporal, v. gr., el comerciante permite que un billete falso permanezca en la caja y sea puesto en circulación por el empleado; el testigo no proporciona todos los antecedentes de hecho y el padre no salva a su hijo.

Con relación a los dos primeros ejemplos, que proceden de delitos de mera actividad, creo que no se pueden llevar a cabo en comisión por omisión (u omisión impropia), sobre todo si se considera que estos últimos presuponen generalmente la equiparación con los delitos de resultado. Al respecto, Silva Sánchez es conforme con este criterio, establecido no solamente por la doctrina sino también legislativamente en países como Alemania, España y México, entre otros.

En el caso señalado por Maurach del allanamiento de morada, por vía de omisión impropia, creo que más bien se trata de un delito de mera actividad, pues representa *per se*, la materia de lo prohibido.

⁵⁰ Cfr., *Ibidem*, pp. 230-232. La acción típica, de acuerdo con la construcción de Maurach, puede asumir diversas formas, las que inciden en la clasificación de los delitos de omisión impropia; en atención a ello, éstos pueden ser dolosos y culposos; de mera actividad y de resultado; de lesión y de peligro abstracto y concreto; de propia mano y especiales; y finalmente, unisubsistentes y plurisubsistentes; lo anterior, sin perjuicio de combinaciones. Como se observa la acción típica en los delitos de omisión impropia, de acuerdo con este tratadista, tiene un sentido amplio, lo cual se reconoce por el mismo cuando señala que parte de la doctrina considera que estos delitos son exclusivamente de resultado, con lo cual se controvierte la posibilidad de que se presenten delitos de mera actividad por vía de omisión impropia.

Finalmente, por lo que se refiere al término "resultado", el autor en cita en principio propone que no debe ser entendido necesariamente como lesión a un bien jurídico, sino que también puede consistir en una puesta en peligro; criterio que, como se verá en el apartado correspondiente, cambia al momento de realizar la interpretación del §13 del Código Penal Alemán.

No obstante la descripción de la acción típica en los delitos de omisión impropia, como una actividad actuante correspondiente al tipo del delito de comisión propia, Maurach⁵¹, con base en una investigación de Schöne, señala que el tenor literal de la ley da margen a dudas en diversas hipótesis.

En este sentido, considera problemáticos:

A) Los tipos que describen la acción con determinadas palabras en cuya significación se abarca tanto la actividad actuante como la inactividad actuante.

En este apartado, el autor acude a ejemplos de delitos de mera actividad, como "permitir dar a conocer resultados falsos de una elección" o "dejar presentarse a un candidato no elegible"; en estos casos, como la descripción del tipo abarca la inactividad actuante, para Maurach son delitos de omisión propia; sin embargo, si se considera a la omisión como la no prestación positiva a favor de un bien jurídico previamente en peligro, no puede estimarse que los supuestos que refiere el autor sean omisiones propias; antes bien, son delitos de mera actividad que representan *per se* la materia de lo prohibido.

B) Los tipos pluriactivos en los que el *resultado típicamente descrito* es provocado mediante una *acción típicamente descrita*.

Si la descripción típica se encuentra planteada claramente como una actividad actuante, no habrá dificultad; pues al constituir la provocación del resultado también una actividad actuante, ella puede ser realizada tanto por

⁵¹ Cfr., *Ibidem*, pp. 232-233.

comisión como por omisión impropia; ejemplos de lo anterior, pueden ser el delito de lesiones cuando se causa una determinada *disminución física como pérdida de la visión o del oído, o la función de una extremidad*, todo esto causado por una *actividad intencional y deliberada*.

Si la acción típica que conduce al resultado típico se encuentra descrita en forma tal que comprende la actividad actuante y la inactividad, v. gr., “hacer persistir en el error”, “aprovecharse del error”, que conduce al perjuicio patrimonial; en estos casos, la acción típica se presenta como una forma determinada de producir el resultado, claramente descrita (o más bien, comprendida) en esas situaciones como actividad actuante, por ello, dichos casos también pueden ser realizados como delitos de omisión impropia.

Con una óptica distinta a la de los autores cuyos conceptos han sido abordados hasta este momento, Silva Sánchez describe la acción debida o indicada, “...como una conducta que, desde una perspectiva *ex ante*, se estima objetivamente apropiada –más aún, necesaria- para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una prestación positiva.”⁵²

De acuerdo con este criterio⁵³, la adopción de la perspectiva *ex ante* se halla en la base de la teoría de la imputación objetiva. Como es sabido, según ésta, no los procesos efectivamente lesivos, sino aquellos en los que la lesividad ya era previsible *ex ante* son los que resultan prohibidos. Ello, aunque después el juicio de previsibilidad *ex ante* se vea refutado, mostrándose que aquella conducta, *ex ante* peligrosa, carece *ex post* de toda virtualidad lesiva.⁵⁴

⁵² Cfr., Silva Sánchez, Jesús María. Op. Cit., nota 9, p. 361.

⁵³ Cfr., *Ibidem*, pp. 368-369.

⁵⁴ En forma coherente con este criterio, el autor se decanta por la función de determinación de conductas de las normas penales, la cual sólo puede ser cumplida por éstas en el momento en que el sujeto se dispone a actuar en un sentido o en otro, esto es, *ex ante*. Puede suceder que una conducta mandada o prohibida *ex ante*, en un juicio *ex post*, se revele como carente de peligro o sea no idónea para la salvación; sin embargo, en el momento en que la norma debe intervenir motivando o determinando conductas, habrá algunas de éstas que aparezcan como “peligrosas”, “lesivas”, y otras como “salvadoras”, por lo que las normas que pretenden conducir el comportamiento, necesariamente han de prohibir unas y mandar otras. En este contexto, no se puede mandar la acción que *ex post* se revelará como adecuada para la salvación porque ésta es todavía desconocida y tal mandato se muestra como de imposible cumplimiento. Cfr., *Ibidem*, pp. 366-368.

Esta última consideración afectará a la imputación del resultado, pero no a la presencia de una realización típica. La distinción entre los momentos del injusto e imputación del resultado puede practicarse igualmente en los tipos omisivos.

Así las cosas, la imputación del resultado lesivo exige, sin embargo, un juicio *ex post*, según el cual la conducta *ex ante* indicada habría evitado efectivamente el resultado; en el ejemplo de un atropellamiento de alguien que parece estar vivo aún después del evento, si el juicio *ex post* revela que la víctima ya había muerto cuando hipotéticamente habría que haberla socorrido, sólo cabrá hablar de una tentativa inidónea.

En adición a lo anterior, la perspectiva *ex ante* adoptada respecto de la acción indicada o debida, Silva Sánchez la reviste de un enfoque objetivo, esto es, partiendo de los conocimientos que de la situación típica tiene el hombre medio, añadiéndose los saberes especiales de que el sujeto pudiera disponer por encima de aquél baremo.⁵⁵

Con relación a esta postura, es de mencionarse que, no obstante el carácter objetivo, se acude a los conocimientos o saberes especiales de los que el sujeto de la omisión pudiera disponer, en adición a los que corresponden al hombre medio, situación que permite advertir una tendencia en la que entra

⁵⁵ *Cfr.*, *Ibidem*, pp. 369-370. En esta línea, el propio autor se muestra contrario a un enfoque subjetivo, propia del finalismo, pues en su concepto dicho enfoque es demasiado amplio en orden a la afirmación de la responsabilidad, concretamente en el campo omisivo, porque teóricamente ha de hacer responsable al sujeto que cree advertir, contra todo criterio objetivo, una situación de peligro que requeriría su intervención, y no obstante, no interviene. Esto conduce a la punición de la tentativa irreal. Ello no ocurre a la inversa, en el sentido de producirse la impunidad del sujeto que se esfuerza seriamente por cumplir el mandato; tal situación podrá conducir a la exclusión de la responsabilidad dolosa, pero no necesariamente a la exclusión de la responsabilidad por imprudencia; su intento defectuoso de cumplimiento del mandato deberá dar lugar, en efecto, a una realización típica imprudente. *Cfr.*, *Idem*. Contrario a este criterio el propio Silva Sánchez cita a Schöne, para quien en los delitos de omisión propia se da el mismo deber de evitación de lesión de bienes jurídicos que en los de omisión impropia, y no un mandato de acciones *ex ante* adecuadas para dicha evitación, pues en el momento que se afronta la situación de peligro no siempre es determinable lo necesario para la misma; de igual forma, el propio autor rechaza el criterio del hombre medio, pues de su aplicación se deriva que determinadas acciones que evitarían el resultado no se mandan, y las que se ordenan, no lo evitan por ser inidóneas, de ahí que mandar estas acciones carece de sentido para la protección de bienes jurídicos. *Cfr.*, *Ibidem*, pp. 364-366.

en consideración un aspecto subjetivo; sin embargo, no se establece una delimitación o grado de dichos saberes, a fin de conocer los linderos con una postura de corte subjetivo.

Ahora bien, con base en el criterio *ex ante*, que de alguna manera muestra una cierta coherencia sistemática con la función de determinación de conductas de las normas penales, Silva Sánchez⁵⁶ rechaza la distinción entre omisiones que infringen un deber de actuar y aquellas que infringen un deber de evitar un resultado.

En este contexto, afirma, tradicionalmente se ha estimado que las omisiones propias sólo infringen un deber de actuar porque se castigan aunque no se produzca el resultado lesivo del bien jurídico; el enjuiciamiento parte aquí de una perspectiva *ex ante*. En cambio, las omisiones impropias infringen un deber de evitar un resultado, dado que su producción se vincula a la aparición de un resultado lesivo que podría ser evitado; observándose aquí, que la perspectiva en este último caso es *ex post*. En este sentido, se llega a señalar que, si *ex post* se descubre que ninguna acción del sujeto habría evitado el resultado, no existe siquiera una "omisión de evitación del resultado".

Lo anterior, en concepto de este autor no es correcto, pues si el juicio *ex ante* afirma la posibilidad de evitar el resultado y no se actúa, existe una omisión que nada puede borrar. El juicio *ex post* de imposibilidad de evitación tiene como único efecto la no imputación del resultado, es decir, el castigo por tentativa en lugar de por delito consumado. Pero en su criterio, una omisión existe desde el momento en que consta que el sujeto no ha realizado una conducta que *ex ante* aparecía como apropiada y necesaria para la evitación del resultado. Así, en el plano de la acción indicada, de la naturaleza del deber, no tiene, pues, sentido establecer diferencia alguna entre omisiones.

⁵⁶ Cfr., *Ibidem*, pp. 362-363.

Con base en lo anterior, es importante comentar que, en mi opinión, la acción indicada no puede desvincularse del propósito al que está afecta, esto es, debe considerarse su contexto en orden a su análisis integral; lo anterior, se confirma con la propia definición de Silva Sánchez, cuya perspectiva *ex ante* introduce expresamente el propósito al que se dirige.

Dicha perspectiva, en general, me parece correcta, pues incluso, y de acuerdo a lo estudiado a propósito de la "situación típica", son las circunstancias y el propio tipo los que determinan la clase de acción a realizarse, incluida su dirección.

No obstante, cuando el autor introduce en su análisis la idea de *posibilidad ex ante* para evitar un resultado y el juicio *ex post* de *imposibilidad* para su evitación, así como la utilidad de este último para apreciar la tentativa, me parece que introduce en este nivel lo que constituye la materia de estudio, según la mayoría de la doctrina, de la capacidad de acción.

En estas condiciones, si bien puede aceptarse el concepto propuesto, en razón a lo apuntado, la ausencia de la acción indicada bajo esa configuración debe valorarse, en principio, como elemento de una omisión, en la medida de la comprobación (análisis) de los otros, entre ellos, la capacidad de acción.

Por lo que hace al juicio de *posibilidad ex post* de evitación del resultado y su utilidad mencionados por Silva Sánchez, con independencia, según indiqué, que su estudio puede ser materia de otros elementos en la estructura del tipo de omisión impropia, se advierte inconsistencia en su formulación, pues el autor pretende sancionar a título de tentativa un caso de imposibilidad de evitación; sin embargo, en mi opinión debe apreciarse aquélla, en todo caso, cuando a pesar de la decisión de no llevar a cabo la prestación positiva, *el resultado no se produce* por causas ajenas a la voluntad del omitente; en este sentido, si la *imposibilidad* mencionada supone que *el resultado sí aconteció*, es a esta clase de supuestos a los que me parece su estudio debe vincularse.

Aunado a lo anterior, debe subrayarse que para dicho autor, si no se presenta el resultado, de cualquier forma existe una omisión que debe sancionarse, al menos a título de tentativa; sin embargo, desde un punto de vista normativo, a nivel del tipo, Silva Sánchez deja de lado al *resultado* como uno de sus elementos; y desde un punto de vista fáctico, a nivel del delito, hace lo propio con la tipicidad y las consecuencias de su ausencia.

Así las cosas, y en función del criterio apuntado supralíneas, no existe objeción para el concepto propuesto por el propio doctrinario, en la medida que considera el propósito a que se encuentra afecta la acción indicada.

En atención a lo anterior, en cuanto a las omisiones propias, creo que uno de los objetivos de su regulación es que no se produzcan los resultados lesivos, en razón de lo cual se prescribe la intervención del sujeto que se encuentra con la situación, de lo contrario no se explicaría su establecimiento, pues si bien en forma inmediata éste tiene como finalidad medir la solidaridad humana en orden a su punición para el caso de actitudes contrarias a ésta, también importa el bien jurídico que corresponde a quien se encuentra en situación de apuro.

No obstante, además de considerarse el aspecto de solidaridad en comento, debe atenderse a la limitación normativa a que las circunscribe el legislador, dado el gravamen que implica la imposición de deberes de actuar, todo lo cual fluye hacia el establecimiento de una punibilidad que atiende únicamente a la no realización de la acción prescrita, con *independencia* de la producción de un resultado.

Por lo que hace a las omisiones impropias, la acción indicada se encuentra vinculada al resultado que se llegue a producir, de ahí la existencia de sujetos determinados quienes se encuentran especialmente obligados a la preservación de los bienes jurídicos, esto es, a quienes les corresponde

normativamente un deber de actuación tendente a la evitación del resultado lesivo que amenace producirse; a este respecto, de igual forma debe tenerse presente que en estas omisiones se parte de la base de la equiparación entre el hecho de causar un resultado y el no evitarlo.

En estas condiciones, la referencia a la acción indicada desde una perspectiva *ex ante* no debe llevar a la conclusión de que en este plano no hay diferencia entre omisiones, pues al estar conceptualmente vinculada a su dirección, propicia su estudio en forma integral y en su contexto, considerando todos sus elementos, evitando con ello generalizaciones que tienen por base ópticas parciales del objeto de estudio.

No obstante, en contra de la distinción entre omisiones que infringen un deber de actuar y aquellas que infringen un deber de evitar el resultado se pueden esgrimir, de acuerdo con Silva Sánchez⁵⁷, los siguientes argumentos:

A) Desde la perspectiva de un derecho protector de bienes jurídicos, no tiene sentido la imposición de deberes de actuar que no tengan por finalidad la evitación de resultados lesivos de dichos bienes, pues si lo que protegen los tipos de omisión son los específicos bienes jurídicos individuales, sería incomprensible un *mero deber de actuar* sin una dirección o configuración de su sentido.

B) Igualmente criticable resulta el establecimiento de un *deber de evitar el resultado*. En este sentido, el autor señala que objeto de mandatos y prohibiciones como normas de determinación de la conducta humana es, precisamente, esta misma conducta; no, en cambio, procesos causales cuyo término escapa al control del hombre.

Así, del mismo modo en que no cabe prohibir causaciones, tampoco resulta correcto mandar evitaciones de resultados, pues en concepto del autor,

⁵⁷ Cfr., *Ibidem*, pp. 362-363.

la efectiva evitación de éstos es algo que en última instancia escapa al control del individuo, pasando a depender directamente del azar.

Por tanto, lo más que se puede pedir del sujeto es, pues, que éste realice conductas apropiadas *ex ante* para la evitación del resultado; ello, aunque el juicio *ex post* revele que lo que *ex ante* parecía idóneo no lo es tanto, y en consecuencia, no se ha logrado la pretendida evitación.

En estas condiciones, frente a lo sostenido en las tesis extremas que critica, Silva Sánchez señala que la acción indicada es un actuar que aparece *ex ante* como objetivamente adecuado –es más, necesario- para lograr la evitación del resultado.

Al respecto, me parece necesario comentar que en este segundo argumento del autor se presentan dos cuestiones que parecen ser un mismo objeto susceptible de ser visto desde diferentes ángulos.

Así, se indica que no pueden ser objeto de mandatos y prohibiciones meros procesos causales, cuya formulación literal, en principio, parece adecuada; no obstante, si se adopta el criterio de considerar a las normas penales como normas de determinación de conductas, puede reformularse el planteamiento sobre la base, por ejemplo, de *prohibir conductas* que desencadenen procesos causales peligrosos para bienes jurídicos, con lo cual se precisa que el objeto de la norma es la conducta humana, y no meros procesos causales, incluso desvinculados de aquélla.

En este sentido, la segunda cuestión que merece comentarse es la afirmación, haciendo un desdoblamiento de lo anterior, que considera incorrecto mandar evitaciones de resultados. Así, este mandato se dirige o se encuentra afecto, como es lógico, a una conducta, y ésta tiene como propósito la evitación de un resultado.

La consideración anterior, me parece que es compatible con una formulación de acción indicada, que sea objeto de una norma de determinación de conductas, pues en todo caso, dicho actuar tiene como fin ulterior la evitación del resultado, y aquél debe aparecer *ex ante*, como objetivamente adecuado para dicho fin, esto es, se encuentran vinculados, desde esta óptica, en forma indisoluble.

En estas condiciones, creo que un determinado actuar (objeto o materia del mandato o prohibición), no podría desvincularse, en este caso, del propósito de evitación del resultado, pues en caso contrario implicaría mandar sólo por mandar o prohibir sólo por prohibir, haciendo a un lado la consideración del propio Silva Sánchez de que carece de sentido la imposición de deberes de actuar que no tengan por finalidad la evitación de resultados lesivos.

Con vista de los argumentos presentados contra la distinción entre omisiones que infringen un deber de actuar y aquellas que infringen un deber de evitar un resultado, deben tenerse presentes, según quedó apuntado, los elementos que en su contexto distinguen a los delitos de omisión propia e impropia, esto es, la limitación normativa en cuanto a punibilidad de la primera, y la equiparación con la comisión por lo que se refiere a la segunda, reiterándose la necesidad del análisis integral en cada caso.

Por otra parte, continuando con las características de la acción indicada, de acuerdo con la concepción del autor⁵⁸ que se sigue, ésta ha de ser necesaria, útil, para la evitación del resultado. Carece de sentido, pues, que el tipo requiera la realización de conductas que se muestran perfectamente inútiles a tal fin.⁵⁹ Más con ello no se agotan los requisitos integrantes de la

⁵⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 373.

⁵⁹ Si la única acción posible para el sujeto no era capaz de impedir ese resultado, no cabrá calificar su no realización como omisión. No obstante, esta cuestión se ha puesto en duda por un criterio de los tribunales alemanes que han sostenido, en diversas resoluciones, complicidad omisiva en casos en que el sujeto, si bien no podía haber impedido el hecho principal, sí lo podía haber dificultado, y sin embargo no intervino. La explicación de lo anterior señala que el no dificultar un hecho por parte de un garante equivale a su favorecimiento activo; siendo el favorecimiento característica de la complicidad comisiva, debe calificarse aquella conducta como complicidad por omisión. Ante esta argumentación, la doctrina ha

mencionada acción. Además, evidentemente, ha de ser de posible realización. La posibilidad describe el límite externo del círculo de sujetos de las realizaciones típicas omisivas; sin embargo, de esta última me ocuparé con posterioridad.

En este sentido, no cabe estimar, pues, acción indicada a aquella que sólo sería capaz de retrasar por un período de tiempo irrelevante la producción del resultado.

Otro de los elementos de la acción indicada, estudiado por Silva Sánchez⁶⁰, es la exigibilidad, cuyo contenido normativo lo convierte a su vez en el del concepto de culpabilidad; sin embargo, advierte el surgimiento de otra corriente para la que dicho concepto es entendido como principio regulativo, y lo capacita para operar no sólo en la culpabilidad, sino también en el injusto o tipicidad, siendo esta postura la que se ha impuesto en la doctrina alemana.

Por otra parte, existe acuerdo en la doctrina dominante que en los delitos de omisión la exigibilidad debe contemplarse de un modo más general, y no sólo en los límites del estado de necesidad exculpante, además de que tiene una importancia mayor que en los delitos de comisión, en los cuales, se rechaza un valor general de la misma.⁶¹

En este contexto, se observan dificultades de índole sistemática para aceptar la exigibilidad como principio limitador de la tipicidad, pues las funciones del estado de necesidad justificante y exculpante, confundidas y ampliadas las cumpliría aquélla en el ámbito de lo típico.

puesto de manifiesto que carece de sentido que el derecho exija una intervención inútil. *Cfr., Ibidem*, pp. 370-371.

⁶⁰ *Cfr., Ibidem*, pp. 375-376.

⁶¹ *Cfr., Ibidem*, pp. 377-379.

No obstante, Silva Sánchez⁶² destaca, entre otros, argumentos de carácter político criminal, que fundamentan la presencia de factores de exigibilidad en el tipo omisivo, por la necesidad de limitar la creciente tendencia de proteger bienes jurídicos mediante la creación de tipos como el de omisión de socorro; representando dichos factores un elemento liberal para proteger al individuo de excesivas exigencias.

Aunado a lo anterior, señala que debe advertirse la diversa fundamentación material de las exigencias que corresponden, en cada caso, a las omisiones propias e impropias, pues en las primeras, se halla la vigencia de un principio solidarístico, mientras que en las segundas se advierte la existencia de una base funcional específica; por lo que, de admitirse la operatividad de la exigibilidad en la esfera típica, ésta deba entenderse y concretarse considerando dichas diferencias.

En el caso de las omisiones materia de este trabajo, de acuerdo con este autor, el principio regulativo de exigibilidad tiene una función en la delimitación del ámbito de intervención de cada clase de garante, permitiendo con ello explicar la distinta configuración de las situaciones de garantía de policías, bomberos, salvavidas, niñeras, padres, etc., sin que sea óbice a lo anterior, una vez delimitado el ámbito de las posiciones de garantía de una cierta clase, que el garante individual en una situación concreta, se acoja a las disposiciones en materia de justificación y exculpación.

En cuanto a la aplicabilidad de la exigibilidad como principio regulativo, Silva Sánchez⁶³ señala que en las omisiones impropias no reguladas expresamente en la Parte Especial⁶⁴, opera como elemento de limitación del deber de actuar de cada clase de garante a determinadas situaciones de

⁶² Cfr., *Ibidem*, pp. 382-386.

⁶³ Cfr., *Ibidem*, p. 387.

⁶⁴ Cuando Silva Sánchez alude a las omisiones impropias no reguladas en forma expresa en la Parte Especial, permite pensar en aquellas cuya regulación puede encontrarse en la Parte General, a través de la cláusula correspondiente; o bien, en las omisiones impropias, en general, no reguladas.

garantía específicas, limitación que debe tener en cuenta las relaciones del garante con el bien jurídico o la fuente de peligro a su cargo.

No obstante esta general vigencia del principio de exigibilidad, destaca el autor, su excepción se encuentra en los supuestos de omisión legalmente tipificados diferentes a los ya referidos⁶⁵, los cuales no contienen limitación típica expresa referible a la exigibilidad; no requieren delimitación de situaciones de garantía por vía externa, pues la descripción típica las delimita perfectamente.

En suma, en estos últimos supuestos no habría manera de introducir criterios de exigibilidad en la propia tipicidad, lo que impediría considerar a aquélla elemento integrante del concepto de omisión penal, debiendo estimarlo limitado en su operatividad, sólo a las más significativas realizaciones típicas omisivas.

Con relación a esta exposición en torno a la exigibilidad, creo que a nivel normativo, es decir, del tipo, además de las fricciones de índole sistemática apuntadas, resulta difícil establecer criterios a este respecto, los cuales, incluso, no son mencionados por Silva Sánchez, si bien establece el propósito de aquélla; así las cosas, me parece que la exigibilidad debe ser analizada o apreciada en casos concretos, específicos, situación que sugiere que el análisis debe verificarse en otro nivel, el fáctico o de los hechos.

Después de analizar las características de la acción indicada, para Silva Sánchez es posible hablar de la existencia de una omisión penal, en función del peligro típico para un bien jurídico, desde el momento en que el sujeto lleva a cabo una conducta distinta a la típicamente indicada como prestación positiva de salvaguarda de aquel bien, siendo este elemento del tipo omisivo el que

⁶⁵ La referencia a *supuestos de omisión legalmente tipificados*, la entiendo, en el contexto de la exposición de este autor, circunscrita a los tipos de omisión impropia regulados en la parte especial, lo cual se confirma cuando alude a que la descripción típica delimita las posiciones de garantía perfectamente.

constituye el objeto de este apartado y al que normalmente se le denomina en la doctrina como *ausencia o no realización de la acción indicada*.⁶⁶

Como puede observarse, este elemento es descrito con base en un sustrato material o fáctico, en el cual entra en consideración la conducta o acción realmente llevada a cabo, siendo posible en mi opinión, incluir aquí el mero permanecer inactivo, y de cuyo contraste con la acción prescrita típicamente, deviene su relevancia en orden a la integración de las omisiones.

Acorde con lo anterior, Zaffaroni señala que el "...núcleo del tipo objetivo es la exteriorización de una conducta *distinta de la ordenada*. En todos los casos de omisión hay una conducta ordenada. Se demanda la existencia de una conducta *que no se dirija* al fin ordenado."⁶⁷

En este sentido, para la comprobación de este elemento debe llevarse a cabo la comparación entre la acción realizada por el autor y la que es requerida para la salvación del bien jurídico, esto es, el juicio de comparación debe arrojar como resultado que la realizada no es la indicada para dicha salvación.⁶⁸

Por tanto, en la medida en que la acción del autor no coincide con la que hubiera evitado el resultado se tendrá por cumplida esta exigencia del tipo penal de los delitos impropios de omisión.

4. Capacidad de acción.

⁶⁶ Cfr., Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 9, pp. 360-361. De acuerdo con el propio autor, "...no es preciso que lo no realizado sea una *acción debida*, para que surja una omisión penal. Si lo no llevado a cabo es una *acción debida, mandada por una norma penal*, estaremos ante una *omisión antinormativa*, esto es, antijurídica. Ahora bien, pueden haber omisiones *justificadas*. Éstas se producen cuando la no realización de la conducta indicada en el tipo como necesaria para la salvación del bien jurídico aparece amparada por un *enunciado permisivo*... Resulta, así, incorrecto asociar tal concepto al de acción debida: también la no-realización de acciones no-debidas puede ser omisión. Ello, en tanto en cuanto el sujeto, justificadamente, deje de llevar a cabo la conducta que el tipo le indica a los efectos de protección positiva del bien jurídico."

⁶⁷ Cfr., Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *Op. Cit.*, nota 22, pp. 573-574; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 3, p. 454.

⁶⁸ Cfr., Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.*, nota 19, p. 128.

Existe un amplio acuerdo en la doctrina acerca de que, para omitir, no basta con la no realización de una acción cualquiera concebible o imaginable; de ahí que la posibilidad de la acción no realizada se estima como condición indispensable para la existencia de una omisión.

Cuando se sostiene que la acción no realizada debe haber sido posible, entran en consideración "acciones humanamente posibles"; o bien, posibles para el hombre medio en la situación del sujeto; o en fin, posibles para éste en su concreta individualidad, con lo cual se advierte la alternativa entre un criterio general y otro individual de posibilidad.

El criterio de posibilidad general entiende que si al hombre medio en la posición del autor habría podido realizar la acción, el sujeto que no la realiza omite, aunque personalmente no pudiera llevarla a cabo.

En la concepción de posibilidad individual se parte de los conocimientos y capacidades personales del sujeto en cuestión, y de si éste, en determinada situación habría podido cumplir con la acción analizada; si no es así, no omite.

A su vez, dentro del criterio de la posibilidad individual se encuentra una dicotomía o diferendo de lo que ésta puede comprender, señalándose básicamente la posibilidad físico objetiva y la posibilidad desde una óptica subjetiva.

En la medida en que se aborde el pensamiento de diversos doctrinarios, se conocerán los distintivos de las diversas ópticas del concepto de posibilidad que han sido reseñadas.

De alguna forma, la *capacidad de acción*, o al menos, la *posibilidad* que generalmente se estudia dentro de aquélla por la doctrina, ya ocupaba a Liszt, cuando explicaba que en la omisión la "...*manifestación de voluntad* consiste

aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado (y que fuera realizable).⁶⁹

A este respecto, la precisión de que la realización de la actividad “fuera realizable”, es una característica o elemento que se reitera por el autor cuando se refiere a la evitabilidad de un resultado por el acto, que “...a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros...”⁷⁰, fue omitido o no se llevó a cabo, con lo cual se destaca, aunque sea de modo incipiente, la necesidad del elemento “posibilidad” o “capacidad de acción.”

Ahora bien, sin perjuicio de analizar el pensamiento de otros doctrinarios que se han ocupado del elemento materia de esta sección, creo importante referirme a la construcción que a este respecto formuló Armin Kaufmann, lo anterior, por la influencia de su *Dogmática* en el debate posterior de los delitos de omisión.

Así, la realización de la voluntad no sólo es posible cuando están dispuestos el objeto de la actividad y los medios del hecho, sino que hace falta más bien el empleo de estos factores, esto es, la dirección final.

La dirección final requiere supervisión y guía del curso de la acción ya puesto en marcha, hasta en tanto se alcanza el fin; para ello no sólo es necesaria la fuerza de voluntad, sino también una medida de intensidad variable de saber ontológico y nomológico, de conocimiento o cognoscibilidad del entorno exterior en que opera la dirección final y de los medios con los que opera.

Así pues, hace falta que exista cierta medida de conocimiento o cognoscibilidad referidos al curso de la acción.

⁶⁹ Cfr., Von Liszt, Franz. *Op. Cit.*, nota 23, p. 302.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 303.

La capacidad de acción tiene, por tanto, un aspecto intelectual al que pertenecen todos aquellos requisitos que posibilitan tanto plantearse un acto como realizarlo, y a los cuales designa Kaufmann como *conocimiento del fin de la acción y cognoscibilidad de la vía de realización*.

A) Conocimiento del fin de la acción.⁷¹

El conocimiento del fin de la acción (posible), el conocimiento del objeto de la actividad, constituye el primer requisito de la capacidad de acción; este conocimiento no hace falta que consista en una certeza subjetiva; aún cuando el que debe actuar se encuentre dudoso de la situación fáctica que se le presenta, puede plantearse la acción de salvamento y ejecutarla.⁷²

Según Kaufmann, no hace falta percibir el objeto de la acción precisamente *per oculos*; así, si alguien es enviado por su superior, que ha avistado con unos prismáticos a alguien en peligro, el subordinado cuenta desde un principio con la posibilidad de encontrar a la persona en estado de apuro; de este modo conoce el objeto de la acción, si bien no con precisión y con determinación espacial; en esta medida es ya capaz de acción, y su búsqueda de la persona es ya parte de una acción del salvamento.

En suma, el conocimiento, o el considerar posible, el objetivo que ha de alcanzarse es requisito irrenunciable de la concreta capacidad de acción; sólo a partir del objetivo *percibido* puede planearse y ponerse en marcha la dirección final.

En este sentido, para Kaufmann, no basta requerir, como lo hace Gallas, la cognoscibilidad del objetivo de la acción; antes bien, sólo cuando se han

⁷¹ Cfr., Kaufmann, Armin. *Op. Cit.*, nota 4, pp. 60-62.

⁷² En este sentido *vid.*, Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 1, p. 242; Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.*, nota 19, pp. 151-152. En contraste con lo anterior, Gallas, a este propio respecto establece menos exigencias; en efecto, para dicho autor el omitente debe haberse representado la acción prescrita como fin volitivo posible, o al menos tiene que habérsela podido representar con la aplicación debida de sus facultades psíquicas (atención, memoria, etc.). Así, para Gallas, con respecto al fin de la acción basta con el poder darse cuenta. Cfr., Kaufmann, Armin. *Op. Cit.*, nota 4, p. 61.

encontrado las posibilidades de obrar, cuando se ha percibido un concreto objetivo de la acción, se es capaz de una acción determinada.

Si se desvanece la base cognoscitiva existente, también desaparece la capacidad de acción; sin embargo, no por ello se ve influido el juicio de que la capacidad de acción existió anteriormente; v. gr., el que olvida la situación de apuro de una persona, en nada cambia el que antes lo podría haber salvado; lo cual es así también si la acción sólo puede llevarse a cabo en un momento futuro.

En contraste con este requisito, una mayoría de autores entiende que la *posibilidad de conocer* es suficiente respecto de la existencia de la situación en que es factible actuar (situación típica); en este sentido, Silva Sánchez⁷³ advierte en su exposición que la exigencia del finalismo, de que el sujeto conozca o tenga por posible la concurrencia de dicha situación típica tiene repercusiones en cuanto a la punición de las omisiones imprudentes.

Claro está que hay una diferencia entre el caso en que se conoce el fin de la acción y aquél en el que su conocimiento se halla sólo en el marco de nuestro alcance fáctico, en un nivel de posibilidad.

En este sentido, está claro que ni el sentido del idioma impide hablar de capacidad en el segundo caso, ni hay razones que se opongan a que el legislador sancione dichos supuestos.

Así, al introducir la idea de *infracción de deber*, se advierte que en el primer caso se podrían dar imprudencias concientes, y en el segundo, inconcientes.⁷⁴

⁷³ Cfr., Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 9, pp. 43-46.

⁷⁴ De acuerdo con Silva Sánchez, "...para infringir la norma de cuidado que protege un determinado bien jurídico, no es preciso conocer que dicho bien se encuentra en una situación de peligro tal que hace precisa la intervención. ...lo que sí parece cierto es que puede producirse una omisión típica (por culpa inconsciente) sin que se conozca la situación descrita en el tipo." En apoyo de esta conclusión, el propio autor expone: "...Si lo que configura la omisión es la *finalidad potencial*, la *capacidad de acción final*, es

La tesis de Kaufmann, continua señalando el propio autor,⁷⁵ cierra el camino de una comprensión axiológica y político criminalmente adecuada del injusto de la imprudencia omisiva, pues, en principio, un concepto de omisión que exige el conocimiento del fin de la acción no puede abarcar los casos de culpa inconsciente, por lo que en él pueden advertirse los mismos defectos que en el concepto final de acción, que sólo resulta adecuado a los hechos dolosos y no, en cambio, a los imprudentes.

En consecuencia, sólo un concepto que también en cuanto a la *situación típica* exigiera la mera *posibilidad de conocer* sería el sistemáticamente adecuado, pues únicamente él abarcaría todos los supuestos de omisiones merecedoras de pena.

En efecto, por la aplicación del principio de inversión, el único caso posible de imprudencia dentro de la óptica finalista, sería el del *intento defectuoso del cumplimiento del mandato*; todos los demás quedarían impunes.⁷⁶

perfectamente concebible que el sujeto no sólo se haya representado el fin ‘observar’ sino también otros muchos y que, al no haberlos realizado, los haya omitido también. ...Piénsese en el sujeto extremadamente distraído que no sólo no advierte ni tiene por posible la aparición del peligro, sino al que ni siquiera se le ocurre pensar en la posibilidad de observar, tal es su irresponsabilidad. Pues bien, a partir de la exigencia del conocimiento del fin de la acción para que haya una omisión, este sujeto habrá ‘omitido pasear’, ‘omitido bañarse’, etc.; pero *no habrá omitido observar*.” Ahora bien, en caso de que llegara a producirse un accidente en el que un padre por estar leyendo el periódico, no advierte que su hijo pequeño cae al agua y se ahoga, la pregunta sería ¿con cuál de las omisiones se infringió la norma de cuidado? En atención al carácter transitivo de la omisión, existe la necesidad de determinar la acción concreta que se omite, por lo que es innecesario preguntar dentro de varias omisiones, cual es la que determina, a través de la infracción de la norma de cuidado, la producción de una omisión “X” imprudente. Lo anterior, “...lleva a considerar la posibilidad de que lo que llamamos omisión penalmente relevante (típica) no tenga que ser una omisión prejurídica a la que se haya añadido una propiedad. En todo caso ...no tiene ningún sentido hablar de omisión, a los efectos del derecho penal, si no es en relación con lo descrito en los tipos penales. Y ciertamente, para omitir en el sentido de estos tipos no es preciso conocer la situación de peligro para el bien jurídico correspondiente. Más bien, bastaría con la posibilidad de conocerla, dados los demás elementos de previsibilidad y evitabilidad. En definitiva, el concepto de omisión que parece más factible no precisaría del conocimiento de la situación típica, contra lo que al respecto postula la tesis finalista.” Cfr., *Ibidem*, pp. 49-52.

⁷⁵ Cfr., *Ibidem*, pp. 46-47.

⁷⁶ No obstante esta afirmación, Silva Sánchez destaca a nota de pie de página algunos casos adicionales: En el caso de Kaufmann, éste hace referencia a la “*falta de cuidado en el enjuiciamiento de la situación típica*... Este supuesto se daría cuando el sujeto considera por un momento la existencia de la situación típica, llegando luego a la falsa conclusión de que no concurre ...Sería, pues, una especie de culpa consciente.” Para Welzel es necesario el conocimiento del fin de la acción; sin embargo, “...admite

B) Cognoscibilidad de la vía de realización.⁷⁷

La dirección final requiere, de igual forma, el empleo de medios adecuados para la consecución del objetivo conocido.

No es necesario que el que es capaz de acción *sepa o conozca* que vía o vías conducen a la consecución del objetivo de la acción, pues la elección de medios ya es de por sí parte de la dirección final. Una vez que se ha percibido el objetivo como posible dirección de la acción, a quien está interesado en alcanzar el objetivo se le plantea por sí sola la cuestión de la vía posible.

En este sentido, *basta con que le sean cognoscibles tales posibilidades para decir que es capaz de acción*⁷⁸; si por el contrario, alguien no está interesado en la salvación de una persona en apuro, probablemente no caiga en la cuenta ni siquiera de cómo se desarrollaría una posible acción de salvamento, pero ello no cambia en nada de que es capaz de acción.

Así pues, en la configuración del acto basta con que la persona, con base en sus facultades psíquicas, pudiera calcular por anticipado el curso de la acción, lo cual le es posible cuando posee el necesario saber causal, lo que le

también, además de el del 'intento defectuoso', otros supuestos de imprudencia que engloba en la expresión *falta de cuidado en el enjuiciamiento de la situación típica*." *Idem*.

⁷⁷ Cfr., Kaufmann, Armin. *Op. Cit.*, nota 4, p. 62.

⁷⁸ En este sentido *Vid.*, Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 1, pp. 242-243; Sin embargo, para Bacigalupo la capacidad de evitación del resultado no se modifica por el hecho de que el sujeto conozca o pueda conocer los medios, incluso no le otorga ninguna influencia en la capacidad de acción (evitación del resultado), pues literalmente indica: "En definitiva, 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. Este conocimiento es relevante penalmente, pero no para la determinación de la capacidad de impedir el resultado." Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.*, nota 19, pp. 153-154; desde mi punto de vista, creo que para poder llevar a cabo o ejecutar un plan de salvación, es necesario que el sujeto al menos *pueda conocer* los medios de los que ha de echar mano para el logro del propósito, sirviéndose para ello de su experiencia, de su saber causal, lo cual le permitirá incluso el empleo de los medios o vías adecuados en aras de la protección o salvación de bienes jurídicos. Claro que esta posibilidad de conocimiento no será problemática en situaciones elementales, no así en aquellos casos en los que se requiera, para poder advertir una solución (como vía de salvación), de conocimiento especial como presupuesto para advertir la misma; este sería el caso del piloto que decide transportar personal sin revisar las condiciones de la aeronave, la cual falla en pleno vuelo; derivado de su desconocimiento de las condiciones orográficas, no sabe de la presencia de una planicie en la cual puede aterrizar y salvar a las personas que por negligencia puso en peligro.

permite advertir, tener presentes y supradeterminar los factores reales decisivos a través de la correcta elección de medios.

Acerca de la exactitud con la que ha de calcularse el curso de la acción, también basta aquí que la realización sea conocida, o cognoscible, como posible.

Quien cuenta con la posibilidad de realizar la acción que conduce al fin conocido, o quien puede contar con tal posibilidad, es capaz de acción.

Ahora bien, en vinculación con estos requisitos intelectuales, Kaufmann señala que no cabe concebir ninguna decisión de obrar sin que el sujeto actuante se conceda al menos la posibilidad de alcanzar el objetivo; pero ahí reside, asimismo, ya la posibilidad de equivocarse con respecto al objetivo o de sobreestimar la propias facultades.

Existen, pues, los siguientes supuestos de error en el ámbito de la capacidad de acción, y por ende, de la omisión:⁷⁹

C) Las representaciones erróneas pueden presentarse respecto al propio objetivo de la acción:

C.1) No se advierte la posible dirección de la acción; quien no sabe que ha acaecido un accidente no puede prestar ayuda. El desconocimiento del objetivo de la acción elimina la capacidad de acción: si al principio un cazador duda sobre si ante sí tiene a un jabalí o un tronco, y llega a la falsa conclusión de que se trata de un tronco, se elimina la capacidad concreta de abatir al jabalí.

C.2) Si se supone erróneamente la concurrencia de un objetivo, no existe la capacidad de acción plena, la capacidad de alcanzar el objetivo, sino sólo la

⁷⁹ Cfr., Kaufmann, Armin. *Op. Cit.*, nota 4, pp. 63-64.

capacidad de una acción de tentativa (inidónea); v. gr., el cazador nocturno que se imagina ver en la espesura un venado, puede sólo intentar (inidóneamente) abatirlo. Y sólo cabe omitir tal tentativa.

Esta capacidad de tentativa también se presenta cuando el omitente no advierte que en su dirección de acción posible actúa o actuará otro para conseguir el mismo objetivo.

Como puede advertirse, para este autor, en los casos en que se supone erróneamente el objetivo o fin de la acción no hay propiamente capacidad de acción, sino que se estará en presencia de una diversa para una acción de tentativa inidónea. Si tras dicha suposición errónea no se actúa, se omite la tentativa inidónea de cumplir el mandato.

En este contexto, se advierte una bifurcación en el concepto, encontrando una capacidad de acción y otra de tentativa; la omisión surge bien por no actuar pese a tener capacidad de acción, bien por no actuar gozando de capacidad de intentar.

A este respecto, Silva Sánchez⁸⁰ observa que se está llamando omisión a dos cosas distintas; lo anterior, derivado del entendimiento de la capacidad de acción de dos modos diferentes.

Para realizar un tipo de tentativa inidónea por omisión basta con un comportamiento omisivo distinto del configurado para realizar un tipo de consumación; sin embargo, lo que Kaufmann hace es construir dos conceptos de omisión, uno que subyace a los tipos de tentativa y otro que lo hace con los tipos de consumación.

En este punto, señala Silva Sánchez, se advierten fricciones en sede de tentativa inidónea en la concepción de Kaufmann, toda vez que para éste,

⁸⁰ *Cfr.*, Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 9, pp. 54-56.

capacidad de acción es capacidad *ex post* de consumación, *por lo que sólo existe en los casos de omisiones conscientes consumadas*, situación que lleva a la conclusión de que el concepto de omisión de dicho autor no es el común denominador de las diversas modalidades de omisiones típicas.

Vinculado con lo anterior, Silva Sánchez⁸¹ formula las siguientes consideraciones:

1) La capacidad de acción, para permitir a un concepto de omisión abarcar todas las omisiones punibles, no puede configurarse de manera que implique la posibilidad físico objetiva de llevarla a término, esto es, de lograr el fin; situación que parece evidente desde el momento en que hay tipos de tentativa inidónea realizables por omisión.

2) Un concepto de omisión que pretenda constituir el denominador común de las omisiones típicas no debe fundarse en una tendencia subjetiva⁸² ni en un juicio *ex post* de posibilidad efectiva. Más bien, es preciso un juicio *ex ante* de posibilidad efectiva, es decir, que un espectador objetivo con los conocimientos especiales del autor le atribuyera a éste *ex ante* la posibilidad de realizar la acción correspondiente.⁸³ Si en tales condiciones el sujeto no actúa, omite. No lo hará, en cambio, si el espectador objetivo no emite tal juicio, por mucho que el sujeto se represente erróneamente la posibilidad.

La suposición errónea de la concurrencia de la situación de actuar o de los medios de la acción da lugar a omisión (tentativa inidónea) cuando tal

⁸¹ Cfr., *Ibidem*, pp. 57-59.

⁸² En esta afirmación el autor consideró la concepción de Zielinski, quien estima que a la capacidad de acción le es esencial sólo la finalidad del sujeto, aún cuando esté movida por representaciones erróneas de la realidad, siendo suficiente, por tanto, la capacidad de tentativa, es decir, con que el sujeto pueda planear y realizar una acción que toma por idónea. Sin embargo, un planteamiento como éste, al convertir la omisión de no realización de una acción posible, en no realización de una acción pensada como posible, amplía hasta límites muy elevados de concreción el ámbito del concepto de omisión, no siendo aceptable por la subjetivización que implica, pues si el sujeto se representa una posibilidad absolutamente irreal y no actúa en esa dirección, habrá omitido. Cfr., *Idem*.

⁸³ Para Silva Sánchez, su concepto engloba omisiones dolosas, culposas, consumación y tentativa inidónea. Cfr., *Ibidem*, p. 58.

suposición no es sólo una creencia subjetiva del autor, sino que se trata de un juicio *ex ante* del espectador objetivo con los conocimientos del sujeto.⁸⁴

No obstante, la posibilidad *ex ante* por sí sola no proporciona concreción al concepto, pues son muchas e indeterminadas las acciones posibles *ex ante* para el sujeto; de ahí que parezca preciso un criterio externo que, de todo lo posible *ex ante* para aquél, concrete algo cuya no realización pueda, con sentido, ser denominada *omisión* a los efectos del derecho penal. Este criterio lo proporcionan los tipos penales.

En estas condiciones, sólo la posibilidad *ex ante* puede ser elemento del concepto de omisión, y la posibilidad *ex post* podrá dar lugar, en su caso, a la imputación objetiva del resultado (con la concurrencia de otros elementos). Pero desde el momento en que hay tipos de tentativa inidónea realizables por omisión, esa segunda posibilidad no puede ser considerada elemento del concepto de omisión.

D) Continuando con Kaufmann, el error puede surgir, de igual forma, respecto a la posibilidad objetiva de realización; aquí resulta importante que, con respecto a la vía para alcanzar el objetivo, basta el poder darse cuenta para afirmar la capacidad de acción:

D.1) Si quien permanece inactivo no se ha dado cuenta del medio objetivamente disponible, ni tampoco podría haberse dado cuenta, falta la capacidad de acción; v. gr., el que no sabe nadar, y no sabe ni puede darse cuenta de que cerca hay disponible un salvavidas, no puede socorrer al que se ahoga.

⁸⁴ La ausencia real *ex post* de los conocimientos y capacidades intelectuales no obsta a la posible apreciación de la capacidad de tentativa (inidónea) de realizar la acción. Así, el hecho de que falten los conocimientos teóricos para prestar una ayuda determinada, no es obstáculo para la posibilidad objetiva *ex ante* de llevarla a cabo, si desde la perspectiva de un juicio con esas premisas, aparentemente se poseían. En cambio, si existen efectivamente los conocimientos teóricos para la realización de determinada acción, se tiene, dejando aparte la falta de otros medios, capacidad de acción. De acuerdo con Silva Sánchez, sólo de esta forma es posible distinguir entre la posesión real, efectiva y el conocimiento que el mismo sujeto y otros juzgadores tengan acerca de esa posesión. *Cfr.*, Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 9, pp. 59-60.

D.2) Sin embargo, si al buscar una posibilidad de salvación se habría dado de bruces con el salvavidas, sí fue capaz de acción; y ello porque pudo darse cuenta del medio de salvación, orientado por su objetivo del salvar, y emplearlo.

D.3) Quien pudo llegar a la conclusión objetivamente errónea de que determinada acción era factible es capaz de una acción de tentativa

Si, en el último ejemplo, no existía objetivamente ningún medio de salvación, pero el que no socorrió creyó ver un salvavidas, fue capaz de tentativa de salvación y ha omitido esta tentativa.

Igualmente ocurre cuando el que no socorre, de haber puesto interés en encontrar un medio de salvación, habría tenido que caer en la cuenta de que tenía disponible un medio de salvación (el salvavidas).

Con base en la exposición de Kaufmann relativa al error en la omisión, puede advertirse que en función de las representaciones de un sujeto, y por ende, de los diversos fines de acción que pueda proponerse, las acciones posibles que se omiten son indeterminadas en cantidad y cualidad; de ahí la necesidad de la existencia de un criterio a partir del cual se observe una omisión, pues sin él, lo que el sujeto haga no formará parte del concepto de omisión, y lo que pueda hacer y deje de hacer será indeterminado.

Lo anterior, encuentra su punto crítico en los casos de capacidad de tentativa, pues basta que el sujeto se represente erróneamente una acción como posible, para que, si no intenta llevarla a cabo, omita.

Así las cosas, la adopción de un criterio *ex ante* de capacidad de acción, así como de la óptica de los tipos penales que expresan el sentido del

comportamiento, puede abonar a la solución de la problemática presente en la sistemática finalista.

En adición a los requisitos intelectuales que han sido expuestos, Kaufmann⁸⁵ introduce asimismo como requisito o elemento de la capacidad de acción, la posibilidad físico objetiva, y al respecto señala que existe amplio acuerdo en la doctrina y jurisprudencia respecto de la necesidad de su presencia.

Con lo anterior se hace alusión, por una parte, a las facultades físicas, a las habilidades manuales, etc., de una persona; pero también deben considerarse aquí los datos externos, sin los que no se puede llevar a cabo determinada acción.

Así, debe existir el objeto sobre el que ha de recaer la acción, al igual que también deben existir y estar disponibles los medios de auxilio necesarios para realizar la acción.

Como ejemplo de todo esto, debe considerarse que no hay acción de salvamento sin alguien a quien salvar (objeto de la acción); además, si de salvar se trata, quien no sabe nadar, si no tiene disponible un salvavidas, no puede socorrer al que se ahoga (medios de auxilio).⁸⁶

En estas condiciones, en forma sintética y por lo que hace a los requisitos externos, puede decirse que no basta con la decisión de una acción determinada, sino que ésta también debe poder realizarse.

⁸⁵ Cfr., Kaufmann, Armin. *Op. Cit.*, nota 4, p. 55

⁸⁶ En forma complementaria, Bacigalupo considera que la posibilidad física se vincula con la idea de que la conservación de un bien jurídico no puede ir más allá de lo que la realidad permite, por lo que sus límites pueden depender de los conocimientos especiales que una persona tenga o de sus especiales habilidades, las que eventualmente permiten extender las posibilidades abiertas naturalmente. Cfr., Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.*, nota 19, p. 151.

Ahora bien, verificar la posibilidad física de acción significa comprobar la posibilidad de realización causal de una concreta decisión de actuar imaginada. Así, no parece presentar dificultad efectuar esta comprobación sobre la base de una decisión de obrar en que queda incierto si el omitente, de acuerdo con su capacidad intelectual, la habría podido concebir; pero no siempre la situación es tan simple.

En este sentido, Kaufmann⁸⁷ recurre a ejemplos en los que se presupone una decisión concreta de obrar en forma de determinado plan de salvación, e incluso toda la dirección final que ha de tener lugar en el curso de la acción de salvación, parte por parte, paso por paso; lo anterior, con el propósito de indagar la posibilidad de acción física, esto es, si una determinada persona, dada su fuerza y habilidad física, la existencia de ciertas o determinadas herramientas, podría haber ejecutado el plan de salvación.

Con lo anterior, el autor llega a la conclusión de que la verificación de la posibilidad física de acción no consiste en apretar un botón para poner en marcha una cadena causal que ejecute el resultado de salvación, sino que ha de comprobarse la *posibilidad* de toda una serie de actos volitivos.

Con la posibilidad física de acción debe constatarse la cualidad de un sujeto determinado, su fuerza muscular, sus habilidades, la existencia de medios determinados y las características físicas del lugar, en orden a la situación de necesidad; así como el aspecto subjetivo de la capacidad de acción, que es lo que puede amalgamar los datos aislados en un todo con sentido.

En este contexto, resulta absurda una posibilidad de acción física u objetiva por sí sola, ya que no puede dar una configuración adecuada ni a un concepto de omisión ni al tipo objetivo del delito omisivo.

⁸⁷ Cfr., Kaufmann, Armin. *Op. Cit.*, nota 4, pp. 117-120.

En adición a lo anterior, debe considerarse la necesidad del aspecto subjetivo de la capacidad de acción, en específico, el conocimiento de la situación típica, antes de preguntar por la posibilidad física de acción, e incluso antes de conocer las alternativas para alcanzar el objetivo del mandato, pues de nada serviría la comprobación de todas éstas en aras de aquella posibilidad si el destinatario del mandato no se percató de la situación de necesidad, de la situación típica.

Discrepante al respecto, para Silva Sánchez⁸⁸ la noción de posibilidad físico objetiva no es adecuada para representar el elemento constitutivo del concepto de omisión en sentido jurídico penal, pues si se construye sobre esa idea ha de mostrar necesariamente una total ausencia de límites. Ni siquiera se puede hablar de omisión, sino de omisiones, pues siempre que se realiza algo, se omite todo lo demás que en aquél momento se podría estar realizando.

Así, se entiende que la capacidad de acción real sólo puede ser probada en relación con un plan de hecho concreto, pues el método de suponer una decisión y averiguar, a partir de ahí, la posibilidad de su realización lleva sólo a una capacidad de acción hipotética, físicamente irreal.

De esta manera, al no requerirse la posibilidad de adoptar una decisión y conducirla, el concepto de omisión configurado sobre la base de la mera posibilidad objetiva no puede cumplir las funciones a él atribuidas.

También son criticables por estrechos los conceptos de omisión, que con independencia de que añadan otros elementos, contienen la referencia a la posibilidad físico-objetiva de realizar una acción determinada, pues no abarcan todas las omisiones punibles, ya que no en todas se da una posibilidad objetiva efectiva (constatada por un juicio objetivo *ex post*) de realizar la acción de que se trate.

⁸⁸ Cfr., Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 9, pp. 40-41.

Hay que recordar que el concepto de omisión que propone Silva Sánchez obedece a un criterio *ex ante*, para los efectos de la imputación.

Al respecto, creo importante que la capacidad de acción requiera un aspecto subjetivo consistente en la posibilidad de conocer la situación típica, y resultado de ello, la de adoptar una decisión, así como la posibilidad de conocer el medio de realización o ejecución; lo anterior, a fin de disponer de elementos más específicos sobre los cuales verificar la posibilidad físico objetiva.

En mi opinión la posibilidad físico objetiva, real, debe considerarse dentro de la capacidad de acción, pues es necesario que la acción indicada sea realizable desde esta perspectiva, en orden a su objetivo, a la preservación de los bienes jurídicos, pero desde una óptica *ex ante* de plausibilidad, lo que es independiente de su consecución.

De esta manera, si la única vía de llevar a cabo la acción indicada es a través de deslizamiento en una grieta de un acantilado usando técnica de rappel, mientras que el obligado carece de cuerda y arnés, es evidente que no existe posibilidad física de realizar aquélla.

En este sentido, y en atención a lo expuesto, la capacidad de acción debe entenderse en un sentido individual, pues no tiene sentido afirmar que alguien ha omitido algo que personalmente no podía realizar, y que el ordenamiento jurídico mande algo a un sujeto que en lo personal no pueda prestar, pues de antemano que tal motivación fracasará, por lo que no es razonable dirigirla.⁸⁹

Cuestión distinta será la posibilidad físico objetiva de evitar el resultado, alcanzar el fin, pues en este supuesto el criterio para su determinación será *ex*

⁸⁹ En este sentido *vid.*, *Ibidem*, pp. 133 y 374.

post, útil no sólo a los efectos de viabilidad de imputación del resultado,⁹⁰ sino de la punición correspondiente.

En este orden, partiendo de la base de la existencia de tipos de tentativa y de consumación⁹¹, la doble posibilidad materia de análisis, permite, por lo que hace a la primera, apreciar indiciariamente una omisión, además de dar cabida a los supuestos de tentativa; en cuanto a la segunda, una vez acaecido el resultado, determinar si éste era evitable con miras a la imputación del mismo, y en su caso, la punición correspondiente.

En efecto, en los supuestos en que el resultado se presenta, me parece necesario analizar también la posibilidad físico objetiva de evitación, juicio de cuyo sentido dependerá la imputación de aquél y la punición que corresponda; o bien, la negación de capacidad de acción, pues en estos casos, se estima necesario comprobar ambas posibilidades, y si la segunda de ellas está ausente, no puede dirigirse un deber de evitación, pues si bien existe la posibilidad inicial de una acción con esa tendencia, la misma no tendrá la eficacia requerida, cobrando vigencia por ello, el principio jurídico que dispone que “nadie está obligado a lo imposible.”

Por su parte, en cuanto a la capacidad de acción, Maurach⁹² distingue dentro del tipo diversos presupuestos del deber de actuación, esto es, del autor idóneo en los delitos de omisión impropia, a los que también denomina elementos de autoría.

⁹⁰ Welzel emplea la expresión “posibilidad real física de evitar el resultado”; no obstante, se desprende de su exposición que advierte la distinción que considero necesaria entre la posibilidad física de llevar a cabo la acción indicada (con independencia que consiga su propósito) y aquella correspondiente a la evitación del resultado, útil para la imputación del resultado; en efecto, en un primer momento señala que el obligado tiene que poder tomar efectivamente el camino que le es reconocible, para alcanzar el fin establecido por el mandato; y posteriormente, este autor destaca, por lo que hace a la posibilidad de evitación del resultado, que es necesario emitir un juicio causal hipotético sobre si la respectiva persona podría haber evitado el resultado con su actividad, esto es, la no evitación del resultado por una omisión existe sólo cuando la ejecución de la acción habría evitado el resultado con un grado de probabilidad que limita con la certeza. *Cfr.*, Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 1, p. 251. Con referencia a la evitación del resultado y la fórmula heurística de cuasicausalidad, *vid.*, Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.*, nota 15, p. 151.

⁹¹ *Vid.* Islas de González Mariscal, Olga. *Op. Cit.*, nota 37, p. 28 y sigs.

⁹² *Cfr.*, Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 28, p. 245.

Así, el primer elemento de autoría (general), es el dominio final del hecho (en los delitos dolosos) o la dominabilidad de una situación de peligro (ante hechos culposos) en relación con el concreto perjuicio de un bien jurídico.

No concurre este elemento cuando el autor no tuvo la posibilidad de intervenir activamente en el acontecimiento que condujo a la lesión del bien jurídico.

De ahí que la autoría pueda decaer mediatamente ante la *ausencia de una acción* (el inválido que no apaga el fuego que se enciende) o bien, a *falta de una acción típica dolosa* (el televidente no utiliza su inactividad como medio para producir el perjuicio del bien jurídico del que es espectador). Algo similar sucede para la inactividad impuesta, la que puede ser retrotraída a la *vis absoluta* ejercida por un tercero, en tanto la inejecución impuesta por medio de *vis compulsiva*, según este autor, no afecta el hecho de la omisión.

No entiendo porqué se le da un tratamiento distinto al caso de la *vis compulsiva* en orden a la omisión, si también aquí se condiciona la actuación (omisión), siendo un caso típico de ausencia de conducta; sin embargo, la caracterización que presenta este autor, descarta los elementos subjetivos, psíquicos, para la capacidad de acción, en cuyo concepto sería preponderante la posibilidad físico objetiva.

En la persona del autor que ejerce la coacción con el fin de lograr la inactividad no se concreta, en ambos casos, un delito de omisión cometido por autoría mediata, sino un delito de comisión propia. De ahí que no sea decisivo si este sujeto o aquel a quien se le impone la omisión, o incluso ambos, se encuentran o no en una posición de garante. Lo anterior, en mi opinión, puede entenderse en los términos que apunta Maurach, si se considera a quien "omite" como un instrumento de quien lleva a cabo la coacción.

Por otra parte, el dominio final del hecho (o dominabilidad de una situación de peligro) decae en cambio *directamente* cuando el autor, si bien puede actuar, no se encuentra en la situación de desarrollar o llevar a cabo una actividad que pueda conducir a la salvación del bien jurídico; v. gr., el padre que no sabe nadar y observa cómo su hijo se ahoga, en la medida en que sólo lo pueda salvar con una acción propia. De ahí que sólo pueda ser autor idóneo de un delito de omisión impropia aquel que objetivamente se encuentre en la situación de ejecutar una determinada acción de salvamento, esta capacidad debe ser enjuiciada de acuerdo con las **facultades individuales del autor**, bajo las circunstancias dadas (medios de ayuda); las exigencias subjetivas especiales (conocimiento, capacidad de culpabilidad, etc.) no constituyen elementos de esta posibilidad de dominio objetivo del hecho, sino pertenecen más bien a otros elementos delictivos (tipo subjetivo, atribuibilidad).

Jescheck⁹³ distingue dos clases de capacidad de acción: la general y la individual.

La primera corresponde a un concepto de omisión inmerso en el de acción jurídico penal, entendido este último como un comportamiento humano con trascendencia social, ubicado en un nivel previo a la tipicidad en donde debe ser comprobada la existencia de un hecho que permita la entrada en consideración del poder punitivo del Estado.⁹⁴

En estas condiciones, se advierte que la capacidad general de acción corresponde a un concepto de omisión pretípico, y lo define como la posibilidad de que alguien que tiene que pensar en plena posesión de todos los conocimientos y capacidades del hombre medio pueda llevar a cabo la acción ordenada, lo cual es algo que, en el marco de la teoría de la acción (jurídico

⁹³ Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich. *Op. Cit.*, nota 6, pp. 233, 234, 238, 239, 241 y 664.

⁹⁴ Asimismo, existe un interés teórico en la caracterización positiva de dicho comportamiento con trascendencia jurídico penal, pues de éste se deriva el límite exterior de la imputación de un hecho como obra del ser humano, y finalmente, el concepto jurídico penal de acción, también tiene un significado práctico, ya que bien formulado permite excluir todo aquello que carece de importancia para el enjuiciamiento penal. Cfr., *Ibidem*, p. 234.

penal), pertenece ya al concepto de omisión como un comportamiento humano de trascendencia social.

En otras palabras, la omisión pretípica es "...la realización de la posibilidad de reacción que se le presenta a la persona de acuerdo con su naturaleza, si puede ser afirmada con carácter general la capacidad para emprender la acción esperada mediante la puesta en acción de la finalidad ...Sin embargo, el examen de la capacidad de acción no puede situarse sobre las cualidades personales del individuo en el caso concreto, pues a través del concepto de acción (jurídico penal) debe ser delimitado aquél ámbito de la conducta humana que generalmente se plantea en la imputación penal, de ahí que a la definición de la omisión le deba servir de base la capacidad general de acción."⁹⁵

En este contexto, para Jescheck habrá omisión cuando pueda afirmarse que *otra persona*, situada en el lugar del *autor*, a quien hay que imaginar en plena posesión de los conocimientos y capacidades requeridos en la correspondiente situación, había estado en condiciones de emprender la acción indicada.

En atención a lo anterior, debe señalarse que toda omisión, según se ha expuesto en otro lugar, se configura en función de su relación con la norma, esto es, en función de la tipicidad, que es como adquiere significado omisivo el sustrato de comportamiento humano que le sirve de base; por lo que debe considerarse no idóneo el concepto pretípico de omisión formulado por este autor.

En efecto, a partir de la formulación de su concepto social de acción, se observan inconsistencias, en particular, cuando hace referencia a la omisión, pues alude a su relación con diversos órdenes normativos (entre ellos el

⁹⁵ *Ibidem*, p. 241.

derecho), con lo que en forma expresa reconoce la necesidad de la relación en comento para la existencia de aquélla.

Así las cosas, en un concepto general, como el jurídico penal de acción, deben incluirse los aspectos comunes a las especies comprendidas en el mismo, sin perjuicio de proceder a una individualización o atender a las características particulares de las categorías o conceptos cuando haya necesidad de ello.

En este sentido, cuando se hace referencia al concepto de omisión, que deberá ser siempre típico, pues sin la tipicidad no hay omisión, debe atenderse a su género próximo y a su diferencia específica, lo cual se olvida por Jescheck al tratar de forzar la aplicación de su concepto de omisión pretípico, acuñado a la luz del diverso de acción (jurídico penal), que posee un carácter genérico.

En lo referente a la capacidad individual de acción, Jescheck⁹⁶ señala que la cuestión de la tipicidad de la omisión debe estar referida a aquel sujeto que como autor de la omisión se tiene en cuenta en el caso concreto, pues sólo la omisión de una acción que precisamente hubiera sido posible en *ese supuesto* puede poseer la cualidad del injusto.

De este modo, la capacidad individual de acción pertenece al tipo del delito omisivo que, sin embargo, sólo resulta afirmable cuando el autor hubiera podido emplear los recursos idóneos para ello; se presupone además, que al autor le habría sido posible hacer lo necesario de una forma sensata.

Como ejemplo, el autor indica que no puede ser sancionado un funcionario jurisdiccional por encubrimiento personal cometido omisivamente en acto de servicio, si estaba sobrecargado de trabajo por encima de los límites de su capacidad de rendimiento, lo que le impedía despachar el trabajo atrasado.

⁹⁶ Cfr., *Ibidem*, p. 664.

De igual forma, hay que negar la capacidad de acción cuando el autor sólo habría podido sustituir el resultado amenazante por otro que es igualmente grave.

Como se observa en esta exposición, no obstante lo afirmado anteriormente por este autor, aquí advierte la necesidad de considerar la posibilidad de llevar a cabo la acción indicada en función de las particularidades del supuesto concreto; de esta manera se vincula la capacidad individual de acción con la tipicidad, que otorga vida a una omisión.

No obstante, Jescheck⁹⁷ advierte con relación al requisito de la capacidad individual de acción, que la cuestión de bajo qué presupuestos puede aceptarse dicha capacidad es un tema cuya discusión ocupa a la doctrina.

Así, el autor advierte la existencia de diversas posturas en relación con la posibilidad de realizar la acción indicada, esto es, la capacidad de acción: las que adoptan un punto de vista físico objetivo, subjetivo, las que se fundamentan sobre la capacidad de culpabilidad del omitente, y aquellos que consideran a la capacidad de motivarse como requisito previo de la capacidad de acción.

No obstante, este autor indica que "Lo correcto es buscar un término medio. Lo primero que exige la capacidad de acción es que concurren los *presupuestos externos* (cercanía espacial, medios adecuados de auxilio) para el ejercicio de la acción obligatoria y que se disponga de *recursos propios* (fuerza física, conocimientos técnicos, capacidades intelectuales). A partir de ahí el autor de la omisión debe *representarse* la acción preceptiva como una meta posible de la voluntad o, como mínimo, *poder representársela* por aplicación del cuidado debido. En ambas líneas hay que aplicar un criterio *objetivo*: lo decisivo es si, por medio de un juicio "ex ante" de los hechos, un espectador cuidadoso

⁹⁷ Cfr., *Ibidem*, pp. 664-665.

habría conseguido representarse la acción obligada como objetivo de su voluntad y considerar suficientes las posibilidades externas para ello.”⁹⁸

Como puede observarse, Jescheck adopta una concepción de capacidad individual de acción semejante a la propuesta con motivo del análisis de la de Armin Kaufmann, esto es, entran en consideración la posibilidad físico objetiva; el conocimiento o la posibilidad de conocer el objeto de la acción indicada; así como un criterio *ex ante* para la apreciación de los hechos.

Resulta interesante la exposición que con relación al tema materia de este apartado, realiza Mir Puig⁹⁹, pues indica que en tratándose de la comisión por omisión, la capacidad de acción debe comprender la capacidad de evitar el resultado; esto es, junto a la capacidad de realizar la acción debida es preciso que el autor hubiese podido evitar el resultado de haber interpuesto aquella acción.

No basta tener la posibilidad de llevar a cabo la acción indicada tendente a la evitación del resultado, sino que además ha de ser eficaz, esto es, debe lograr su propósito, evitar el resultado. Si no se logra el propósito existirá capacidad de acción (posibilidad de ejecutarla), pero al no ser eficaz no habrá la posibilidad de evitar el resultado.

Esta última posibilidad o poder faltará cuando la acción positiva indicada de nada sirva para evitar el resultado, porque de todas maneras vaya a producirse.

No hace falta demostrar la presencia de una verdadera relación de causalidad entre omisión y resultado; en la comisión por omisión lo decisivo es la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 665.

⁹⁹ *Cfr.*, Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 18, pp. 145, 160-162; Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 18, pp. 317, 328-330.

Así las cosas, en esta clase de omisiones, para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido, basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en la posición de garante.

El problema es, sin embargo, que no cabe decidir con absoluta seguridad si la acción omitida hubiera o no impedido el resultado, pues se trata de un juicio hipotético sujeto a un margen de error; no obstante, la doctrina mayoritaria postula que debe constatarse que la realización de la conducta debida hubiese evitado el resultado con una "probabilidad rayana en la seguridad."

Un sector doctrinal estima necesario y suficiente que la interposición de la acción esperada hubiera supuesto con seguridad un aumento de las posibilidades de evitación del resultado.

Esto se argumenta diciendo que ya existe el deber de actuar cuando aparece como posible (*ex ante*) que la intervención evite el resultado, aunque no sea seguro que lo consiga; lo anterior es cierto, pero la imputación objetiva del resultado necesario en la comisión por omisión consumada, precisa que el riesgo creado (mejor, no disminuido) se realice efectivamente en el resultado, cuestión que sólo puede decidirse afirmativamente si *ex post* se comprueba que el resultado se habría evitado mediante la intervención omitida, al menos con práctica seguridad.

Por su parte, Jakobs¹⁰⁰ postula que el "...autor debe haber sido *capaz en abstracto* para evitar el resultado por medio de una acción. La capacidad abstracta se corresponde con el movimiento corporal influible mediante motivación (causal del resultado) en el tipo objetivo del delito de comisión (a partir de ahora denominado abreviadamente acto voluntario)."¹⁰¹

¹⁰⁰ Cfr., Jakobs, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición corregida, Tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997, pp. 956-957.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 956.

Así las cosas, la acción potencial en el tipo objetivo del delito de omisión ha de formarse sin tener en cuenta la cognoscibilidad de las consecuencias de la acción, ni la plausibilidad del motivo de la acción, es decir, sin tener en cuenta la dirección de los impulsos.

Se trata sólo de que el autor podría haber llevado a cabo la acción salvadora con sólo querer realizarla, sea por los motivos que sea. *El concepto de la capacidad abstracta atiende únicamente a que determinado comportamiento se puede desencadenar voluntariamente.*

A este respecto, Jakobs precisa que supuesto el motivo del comportamiento, éste debe ser realizable psíquica y físicamente para el autor individual, lo cual llama la atención, en razón de que esta adición, me parece, implica una "posibilidad individual."

Pues bien, si la capacidad en abstracto se refiere a la posibilidad de un comportamiento voluntario, quedan descartados como emprendimiento de salvación:

a) Los movimientos corporales que no se pueden desencadenar voluntariamente. Son relevantes aquí las acciones muy complejas en que la falta de rutina o automatismo no se pueden sustituir únicamente por medio de la voluntariedad, v. gr., nadar, conducir un vehículo en situaciones no totalmente elementales, escribir a máquina con celeridad, en donde se trata de acciones que sólo se pueden realizar si se cuenta con la rutina, y si no falta ya la capacidad abstracta.

Ejemplo de lo anterior, puede ser el de quien no salva a una persona que se ahoga, si no sabe nadar y no existe otra posibilidad de salvación, pues le faltará la capacidad abstracta

b) Los movimientos corporales que físicamente no se pueden ejecutar; esto es, la capacidad física para la ejecución de la acción falta cuando no se tiene suficiente agudeza de los órganos sensoriales o suficiente fuerza muscular.

Por otra parte, la capacidad física de evitación, de acuerdo con este autor, no debe entenderse como capacidad para la salvación de propia mano, así, quien no sabe nadar es capaz en abstracto para salvar a quien se ahoga si puede gritar para pedir ayuda.

Si varias acciones son idóneas alternativamente para la salvación, existe una capacidad abstracta múltiple; v. gr., contra el incendio se puede luchar de propia mano, o bien, alertando al dueño o a los bomberos.

Para Jakobs, *la capacidad abstracta de acción* no es una capacidad individual de realizar la acción salvadora, al igual que un acto voluntario causal no es una acción típica. *Sólo designa una fase en el camino hacia la determinación del comportamiento típico de omisión.*

El paralelismo que este autor propugna entre acto voluntario y capacidad de acción en abstracto, señala el mismo, es sustituido por la doctrina de modos distintos por otras definiciones; sin embargo, de acuerdo con su criterio, al estar objetivamente fundamentadas tienen que ser corregidas con la perspectiva subjetiva.

En este orden, agrega Jakobs, que existe una definición de capacidad de acción que afecta la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo, y en la que hay que atender, en caso de conocimiento de que amenaza producirse el resultado o sin él, a la posibilidad, individualmente dada, de realizar la acción salvadora; este concepto que designa lo que se ha dado en llamar capacidad concreta de acción.

Si bien en un primer momento este autor alude a una capacidad abstracta (de evitación del resultado), consistente en la posibilidad de desarrollar un acto en forma voluntaria, esa capacidad debe entenderse como una etapa primaria que se complementa con la capacidad concreta de acción que atiende a la situación individual del sujeto, y por ende, a su posibilidad de introducir la acción indicada.

No obstante que Jakobs hace hincapié en una capacidad de acción de evitar un resultado, creo importante insistir una vez más en la distinción entre la capacidad de llevar a cabo una acción como la indicada, y la capacidad de evitación, referida anteriormente.

Con relación a la medida del esfuerzo que debe desplegar el obligado en el delito de omisión y los medios a emplear, Jakobs¹⁰² establece que la autorización de un riesgo permitido debe configurarse conforme a un estándar objetivo, por lo que nadie está obligado a ir más allá de ese estándar.

Dentro del marco de referencia del estándar quedan comprendidas las situaciones que derivan del estado de necesidad y la omisión de socorro, por lo que los propios bienes pueden encontrarse afectados cuando se tenga el deber de soportar si la salvación la hubiera emprendido otro; o bien, cuando el obligado debe procurarse materiales donde los encuentre, dentro de lo proporcional y equitativo.

Así, las personas que están obligadas a un potencial estándar para la salvación, tienen que emplear el material de salvación disponible, sin que exista el deber de garante de emplear otro de características superiores, perteneciente a una instancia superior dentro de una organización de salvamento; no obstante, en una situación de emergencia, v. gr., si todos los vehículos dispuestos para tal fin están siendo utilizados, deben ponerse a

¹⁰² Cfr., *Ibidem*, p. 958.

disposición, incluso, los particulares del personal de auxilio en caso de una situación de un deber de socorro o estado de necesidad.

Si bien es propio de un estándar de un servicio de emergencia tener dispuesto un cierto potencial, pero no requerirlo, advierto la posibilidad de que con motivo de un estado de necesidad o deber de socorro, el personal de auxilio pueda disponer del correspondiente a los ciudadanos, lo cual sería correcto conforme a dicho estándar, en el cual se incluyen esos supuestos en los que se tiene obligación de soportar.

Zaffaroni¹⁰³ identifica la capacidad de acción con la posibilidad físico objetiva, al señalar que el sujeto activo debe tener la efectiva posibilidad física de realizar la conducta ordenada, esto significa que dicho sujeto debe disponer de una posibilidad total; de lo contrario, su conducta distinta será atípica, siendo esto una exigencia que el derecho no puede desconocer, en razón de que no es posible que se ordene lo imposible.

Sin embargo, de acuerdo con el propio autor, en estos delitos además se precisa la *posibilidad de que la conducta ordenada interfiera la cadena causal, evitando el resultado*. Esta posibilidad debe representar “una probabilidad con límite en la seguridad”, lo que con frecuencia presentará alguna problemática.

Ahora bien, en lo que Zaffaroni¹⁰⁴ denomina atipicidad objetiva sistemática el sujeto puede realizar y realiza acciones diferentes a la ordenada, pero no puede realizar ésta porque por cualquier razón (incapacidad física, falta de aptitud o entrenamiento, etc.) no puede realizar ninguna acción de igual naturaleza que la ordenada.

Habrá atipicidad objetiva sistemática cuando el sujeto sufre una pérdida de voz por efecto del impacto emocional, si sólo se podía haber salvado a otro gritando; o quien, viendo que otro se ahoga en el mar, siendo sólo posible

¹⁰³ Cfr., Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 3, p. 455.

¹⁰⁴ Cfr., Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 22, p. 574.

salvarlo nadando hasta él, no puede hacerlo porque no sabe nadar o es parálítico

Los casos de atipicidad por imposibilidad de realizar la acción ordenada y los de ausencia de conducta¹⁰⁵ se distinguen porque en los últimos no sólo no existe posibilidad de realizar la acción ordenada sino de realizar cualquier acción (pierde la conciencia, está sometido a fuerza física irresistible porque lo han amordazado y maniatado).

Así, habrá ausencia de acto cuando alguien no salva a otro porque se ha desmayado o ha sido inmovilizado por completo, pues no habrá nada que pueda ser sometido al juicio de tipicidad objetiva.

Cuando el sujeto puede realizar acciones de igual naturaleza que la ordenada, pero de todas formas éstas serían ineficaces, el problema que se plantea es el de un juicio hipotético, y por ende, es una cuestión que debe resolverse en el tipo objetivo conglobante.

Se plantea un problema que hace al tipo objetivo conglobante cuando el sujeto sabe nadar y no lo hace; en tal caso la cuestión a resolver será si nadando hubiese podido llegar hasta la persona en peligro a tiempo para prestarle ayuda.

Como se habrá advertido en algunos de los tratadistas citados, además de la capacidad para realizar la acción indicada, se requiere que la misma comprenda la posibilidad de evitar el resultado; dicha posibilidad suele

¹⁰⁵ En este sentido *vid.*, Jescheck, Hans-Heinrich. Op. Cit., nota 6, pp. 240-241. Para este tratadista no constituyen acción, ni tampoco omisión los reflejos corporales puramente somáticos en los que el movimiento o la ausencia del mismo, se desencadena de modo inmediato a través del correspondiente estímulo del sistema nervioso, al igual que sucede con los movimientos corporales en situación de inconsciencia, o finalmente, con los efectos que se derivan de la fuerza irresistible (*vis absoluta*). Asimismo, tampoco habrá acción (omisión) cuando alguien permanece inactivo frente a una expectativa de acción por faltarle la capacidad de acción, siempre que otros en su situación tampoco la hubieran podido tener; para ejemplificar esto, Jescheck acude al caso del vigilante que es encerrado por unos presos, en atención a lo cual no puede evitar su huida; y al del viajero que es invitado a abandonar el tranvía en movimiento, en cuyo caso al no hacerlo no habrá allanamiento por permanencia ilegítima.

verificarse por la doctrina dominante¹⁰⁶ a través de un procedimiento, según el cual, debe inquirirse si agregando mentalmente la acción omitida por el autor, el resultado desaparece; ante la respuesta positiva la "causalidad" estaría presente, ante la negativa, ausente.

Respecto del efecto hipotético de la acción que debe ser agregada mentalmente, existe coincidencia en lo fundamental; la jurisprudencia exige (fundamentalmente la alemana y española), con el asentimiento de la doctrina, una probabilidad rayana en la seguridad, en cuanto a que la ejecución de la acción omitida habría impedido el resultado típico, o bien, que el resultado se hubiere producido en un instante considerablemente posterior o en una extensión sustancialmente menor,¹⁰⁷ debiendo también aplicarse en este punto el principio *in dubio pro reo*.¹⁰⁸ Así, v. gr., la no colocación de luces de advertencia junto a una zanja no es causal para el accidente si unos gamberros nocturnos habían alejado las barreras, y posiblemente, también habrían sustraído tales luces; quien con motivo de un incendio no lanza a sus hijos a los brazos del personal de socorro situado debajo, causa la muerte por abrasamiento de aquéllos si de ese modo hubieran salvado con cierta seguridad sus vidas.

No habrá capacidad de evitación, ni por tanto, conducta típica, cuando imaginando la conducta debida en lugar de la realizada, igualmente se hubiera producido el resultado.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Vid., Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 28, p. 236; asimismo, la referencia de Gimbernat, Enrique. "Causalidad, omisión e imprudencia", *Estudios sobre el delito de omisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 77.

¹⁰⁷ Cfr., Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 28, pp. 236-237.

¹⁰⁸ Cfr., Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Op. Cit.*, nota 6, p. 667.

¹⁰⁹ Cfr., Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 18, p. 160; Mir Puig, Santiago. *Op. Cit.*, nota 18, p. 328; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 3, p. 456; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 22, p. 575. Lo anterior, introduce el tema de la "causalidad" en la omisión; sin embargo, Zaffaroni señala que lo que importa es la relevancia típica de la causalidad, esto es, qué relevancia tiene en el plano valorativo (típico), debiendo ser entendida como concepto relacionante y no mecánicamente, de manera que con la conducta adecuada a derecho el resultado producido no hubiere acontecido. En cambio, si se entiende a la causalidad como categoría del ser, mecánicamente, es evidente que no se encontrará nexo de causación entre la conducta efectivamente realizada y el resultado lesivo, pues suprimida mentalmente dicha conducta el resultado subsistirá. En consecuencia, la estructura típica omisiva con resultado material no precisa de una causación, cuyo nexo falta en dicha estructura, y que es reemplazado por un nexo de evitación, que se determina comprobando que con la hipotética interposición de la conducta debida,

Asimismo, la posibilidad cierta de interferir la causalidad, evitando el resultado, de acuerdo con Zaffaroni¹¹⁰, es una característica que presenta la dominabilidad en la estructura típica omisiva (conglobante); esto es, se trata de la posibilidad objetiva de dominio del curso causal por parte del agente en esta estructura.

En efecto, lo anterior se estima adecuado si se valora, *a contrario*, que si no existe posibilidad de dominar (controlar) un curso causal, y por ende, evitar un resultado, no estará presente la dominabilidad, la capacidad de evitación de aquél, y en consecuencia, tampoco podrá hablarse de la “conflictividad” (lesividad y posibilidad de imputación) que caracteriza al tipo objetivo conglobante.

Por otra parte, también cuando un curso causal no puede ser dominado en el actual estado de la ciencia y de la técnica, aunque pueda ser explicado, se excluye la tipicidad conglobante, pese a que exista un nexo de evitación verificado en el tipo objetivo sistemático.¹¹¹

En cuanto a los cursos causales dominables, la información o entrenamiento del agente deben considerarse, toda vez que la ponderación de una situación típica y la posibilidad de llevar a cabo una acción que interfiera la causalidad dependen en muchos supuestos de estos datos que, objetivados, permiten desde una observación neutra de la objetividad típica, que se perciba

desaparece el resultado (evitación). Zaffaroni considera que bien puede hablarse de causalidad en la estructura típica omisiva, precisando que su relevancia típica se opera en dicha estructura mediante el juicio de evitación, y no por el de causación, siguiendo las mismas y únicas leyes de la causalidad, las que nos indican cuándo se presenta el nexo de evitación. *Cfr.*, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 3, pp. 455-457.

¹¹⁰ *Cfr.*, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 22, p. 583.

¹¹¹ La tipicidad objetiva sistemática en la omisión requiere que el agente no haya puesto la acción que hubiese interrumpido la causalidad que provocó el resultado; sin embargo, de acuerdo con Zaffaroni, es mayoritaria la coincidencia práctica en que la acción no será típica cuando, imaginando la conducta debida en lugar de la realizada, igualmente se hubiera producido el resultado. *Cfr.*, *Ibidem*, p. 575. En estas condiciones, entiendo que la tipicidad en la construcción de este autor, si bien en un primer momento se verificó al no haberse realizado la acción indicada, una vez conocida la inevitabilidad del resultado se advierte la ausencia de esa “conflictividad”, y por tanto, de la lesividad y posibilidad de imputación de aquél.

o no la parte exterior de la conducta como un plan criminal, realizable mediante una acción que no interfiera la causalidad.

No obstante la opinión dominante respecto de la causalidad hipotética en la omisión, para Maurach¹¹², teniendo como base que "...la causalidad entre la acción típica y el resultado debe ser enjuiciada valorativamente conforme a la teoría de la imputación objetiva... (establece que) Para los delitos de omisión impropia rige exactamente lo mismo."¹¹³

En este sentido, también aquí lo decisivo es que la lesión del bien jurídico producida sea valorada como realización del peligro creado por la acción omisiva; este es el caso cuando, ante la inactividad actuante, cabía contar con la producción de la lesión del bien jurídico, no así ante el desarrollo de una determinada actividad conservadora de un bien jurídico.

En esta circunstancia es igualmente posible reconocer una importancia indiciaria al "aumento del riesgo"; si la inactividad actuante aumenta el riesgo (o bien, la actividad actuante lo disminuye) del perjuicio al bien jurídico y aquélla se concreta en éste, entonces el resultado será por lo general objetivamente imputable a la acción omisiva; este sería el caso de la persona ebria que no arroja a sus hijos a los brazos del personal de salvamento, lo que les hubiera podido salvar la vida, en lugar de perecer entre las llamas; lo mismo rige ante la eliminación de una posibilidad de salvamento, de ahí que el autor coincida con el criterio de que si un cónyuge no hace nada en concreto para impedir el aborto al que se someterá su mujer, aumenta el riesgo, pues efectúa un aporte "causal" al aborto.

También los cursos causales atípicos deben ser enjuiciados conforme a las reglas de la imputación objetiva, como en aquellos casos en los que el daño mayor se produce por una causa indirecta; v. gr., la persona que muere por

¹¹² Cfr., Maurach, Reinhart, *et al.*, *Op. Cit.*, nota 28, pp. 237-238.

¹¹³ *Ibidem*, p. 237.

infarto camino al hospital, en donde se le atendería por las lesiones de una caída motivada por la ausencia de iluminación de las escaleras del edificio; la responsabilidad del administrador siempre será por lesiones culposas.

De acuerdo con este autor¹¹⁴, si un resultado dañoso de un bien jurídico se produjo con independencia de una acción omisiva, aquél no puede ser imputado objetivamente a quien incurrió en dicha omisión.

No obstante, puede haber casos en los que la omisión de eliminar un perjuicio ya producido a un bien jurídico, representa en sí un perjuicio independiente de un bien jurídico; por ejemplo, en los delitos permanentes (privación de la libertad), pero también frente a nuevas lesiones autónomas de bienes jurídicos, en tanto que continuación del efecto del resultado típico ya producido (quien deja que su perro, que ha matado a 3 ovejas, dé muerte a otras 3, antes de detenerlo) o incluso del efecto más intensivo de un resultado típico provocado (el que lesiona a otro y permanece inactivo con el peligro de que la víctima pierda una extremidad o incluso la vida).

Por su parte, Gimbernat¹¹⁵ establece que si bien la doctrina dominante exige como requisito imprescindible de la responsabilidad por un resultado en comisión por omisión una causalidad hipotética, según quedó apuntado supralíneas, existen en su concepto, dos objeciones para aplicar en este ámbito la fórmula adaptada de la *conditio sine qua non*:

a) La probabilidad con limite en la certeza es insuficiente para imputar un comportamiento en la comisión; por tanto, tampoco en la omisión impropia o comisión por omisión se debe imputar el resultado si sólo existe dicha probabilidad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado; lo anterior, en orden a la equivalencia entre acción y omisión.

¹¹⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 238.

¹¹⁵ Cfr., Gimbernat, Enrique. *Op. Cit.*, nota 106, pp. 77-81.

b) En la comisión por omisión se prescinde de la exigencia de la probabilidad en comento y se califican de delitos consumados supuestos en los que sólo existe una elevada probabilidad, pero no con límite en la certeza, de que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Como ejemplos de esta segunda objeción, el autor cita los casos en los que se responde por la muerte de la esposa, cuando el marido no le ha auxiliado al caer aquélla enferma o no impidió que un tercero la matara, puesto que habrá enfermedades con índices de supervivencia altos o seguros, en donde si se presta la atención médica correcta, aún así no se puede saber, con la probabilidad rayana en la seguridad que exige la doctrina, si la acción omitida hubiera o no evitado el resultado.

Para este autor¹¹⁶, la omisión impropia se caracteriza por que el resultado ha sido causado con seguridad por un foco de peligro que, como consecuencia de una omisión imprudente, se ha transformado de permitido en ilícito.¹¹⁷

El que a una omisión se le pueda atribuir el efecto de un aumento de riesgo se explica si se considera que el peligro es una amenaza de una modificación dañosa en el mundo exterior, cuya presencia se establece sobre la

¹¹⁶ Cfr., *Ibidem*, pp. 93-94.

¹¹⁷ El concepto de riesgo permitido es mixto ontológico-axiológico. Ontológico (riesgo), debido a que la presencia o no de una situación de peligro se determina sobre la base de datos del mundo del ser, sin ningún componente normativo. También es axiológico (permitido), en razón de que el punto a partir del cual el riesgo se transforma de permitido en prohibido se encuentra determinado por las normas de diligencia, las que a su vez, pueden cambiar en el tiempo en función de los avances de la ciencia. Cfr., *Ibidem*, p. 94; Gimbernat establece para la comisión una serie de lineamientos que también considera aplicables al campo de la omisión impropia; al respecto, señala que aunque el foco de peligro se mantenga dentro del riesgo permitido, el foco sigue siendo peligroso y puede producir resultados típicos; en adición, cuando a consecuencia de una *acción imprudente* el foco de peligro rebasa el riesgo permitido y causa un resultado típico, habrá dificultad para saber si el resultado obedece al segmento permitido o al no permitido de ese foco de peligro. No obstante esta dificultad, "...dentro del marco de los delitos imprudentes de acción, cuando un comportamiento activo convierte al riesgo permitido en uno prohibido, el resultado debe ser imputado a ese comportamiento, ya que aquél ha sido causado con toda seguridad por el foco de peligro y ya que el que éste hubiera rebasado el riesgo permitido convirtiéndose en uno prohibido es reconducible, igualmente con toda seguridad, a la correspondiente acción negligente: en estos casos, por consiguiente, el delito imprudente de acción viene caracterizado por que el foco de peligro causante del resultado ha traspasado el «punto crítico» de lo permitido a lo prohibido a consecuencia de la conducta negligente del autor." *Ibidem*, pp.88-89.

base de un juicio de probabilidad que se elabora intelectualmente teniendo en cuenta, primero, la existencia en el mundo exterior de un *foco de peligro*, y segundo, el dato absolutamente real, de que la *ausencia o presencia de medidas de precaución* hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva.

Por cuanto hace a los focos de peligro, de acuerdo con Gimbernat¹¹⁸, el legislador tolera su existencia porque en ocasiones no tiene otra opción al tener su origen en fenómenos naturales; en otras, porque su creación se estima conveniente para el desarrollo de la sociedad y los individuos.

Ahora bien, si bien es cierto que se toleran dichos focos, también lo es que ello ocurre en la medida en que no excedan un determinado índice de peligrosidad, y es ahí donde el legislador sitúa el nivel de lo permitido, prohibiendo cualquier desequilibrio que lo eleve por encima de ese nivel.

El desequilibrio se produce por omisión, porque como el foco de peligro suele tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha previsto normativamente que determinadas personas (garantes) apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión.¹¹⁹

Si lo que caracteriza al grueso de los delitos imprudentes es la causación de un resultado típico por un foco de peligro que ha rebasado el riesgo permitido, el responsable del resultado será, en el delito culposo de comisión por omisión, quien al no adoptar una medida de precaución a la que estaba

¹¹⁸ Cfr., *Ibidem*, pp. 95-96.

¹¹⁹ Las medidas de precaución o controles pueden clasificarse en controles de origen y posteriores; los primeros son aquellos que se establecen para conseguir que el foco de peligro sea puesto en funcionamiento dentro de los límites del riesgo permitido; los segundos son aquellos en los que una vez que el foco se ha generado, bien fortuitamente o por una actividad humana, para mantenerlo dentro del riesgo permitido, se establecen servicios de vigilancia que pueden clasificarse en función de la peligrosidad del foco en permanentes, periódicos y facultativos; de este grupo de controles, los facultativos son atribuidos generalmente a la autoridad administrativa, sobre focos de peligro que se encuentran bajo la dependencia directa de los particulares, quienes son los primeros responsables de que aquél no sobrepase el riesgo permitido; los controles facultativos no generan responsabilidad penal en comisión por omisión, antes bien, tienen un carácter preventivo general para conseguir, en lo posible, que mediante la amenaza de una eventual inspección los responsables directos del foco apliquen las medidas de precaución necesarias. Cfr., *Ibidem*, pp. 104-113.

obligado, ha desestabilizado un foco que, si se hubiera aplicado aquella medida, se habría mantenido dentro del riesgo permitido.

Al respecto, me parece que este autor articula una fórmula análoga a la que es materia de su crítica, pues hace depender la permanencia de un foco de peligro dentro del riesgo permitido, de la hipotética aplicación de una medida de precaución; en otras palabras, la evitación de un resultado típico puede lograrse si se lleva a cabo la acción indicada (medida de precaución), modelo al que únicamente faltará el grado de probabilidad con límite en la certeza para reproducir en sus términos la fórmula sostenida por la doctrina dominante.

En efecto, el autor¹²⁰ enfatiza en que en la comisión por omisión habrá que preguntar únicamente si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara efectivamente el riesgo permitido y si, a su vez ese foco de peligro, ya prohibido, ha causado efectivamente el resultado.

Como era de esperarse, en función de lo expuesto, el garante para los efectos de la comisión por omisión, según Gimbernat¹²¹, se circunscribe a todo aquél que tiene el deber de vigilar y controlar un foco de peligro preexistente, deber cuyo origen, según se apuntó, corresponde al legislador su establecimiento, por lo que en este punto debe tenerse por reproducido lo que en otro lugar se comentó con relación a la ley como fuente del deber de garantía.

En estas condiciones, podrá generarse responsabilidad penal en comisión por omisión si no se aplican las medidas de precaución preceptivas respecto de una fuente de peligro, tanto en el caso de que ésta pueda menoscabar bienes jurídicos indeterminados como cuando se trata de uno determinado que, por su

¹²⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 97.

¹²¹ Cfr., *Ibidem*, pp. 113-115.

desamparo, se ha convertido en fuente de peligro, v. gr., el niño que por su edad y falta de experiencia, representa un peligro para sí mismo.

Por último, el doctrinario¹²² a quien se sigue, señala que tratándose de la “causalidad” derivada de una inactividad dolosa, hay que exigir que, como consecuencia normativa de la desestabilización de un foco de peligro, éste haya desembocado con seguridad, intencionadamente, en un resultado típico.

Esta construcción trae como consecuencia que se excluyan como delitos dolosos de omisión impropia, y se sancionen sólo como propia, los supuestos en los que el omitente no está al cuidado de una fuente de riesgo, produciéndose el resultado por una amenaza súbita para un determinado bien jurídico cuya lesión no era previsible.

Así, si la muerte de un pariente se produce a consecuencia de un ataque al corazón, a éste habrá que reconducir el fallecimiento y la omisión de auxilio de sus familiares no pasará de ser un comportamiento pasivo que tal vez hubiera evitado el resultado, ni pasará de ser una omisión propia, pero no podrá entenderse como la omisión de una medida de precaución desestabilizadora de un foco de peligro que ha desembocado en una muerte.

Únicamente existe una comisión por omisión dolosa cuando el encargado de vigilar un foco de peligro preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza intencionadamente condicionando dicho foco con toda seguridad el resultado típico.

De esta manera, responderá a título de dolo por los eventuales resultados de muerte o lesiones, el anestesista que, con intención de causar la muerte del paciente, permanece impasible, sin hacer nada para ayudarlo, cuando advierte en la pantalla del monitor que surgen complicaciones; en este tipo de casos, la ausencia de una medida de precaución preceptiva, transforma

¹²² Cfr., *Ibidem*, pp. 117-121.

un foco de peligro en prohibido, siendo éste el causante, con toda seguridad, del resultado típico.

Por otra parte, dentro del ámbito familiar también pueden darse delitos dolosos de comisión por omisión, surgiendo aquí cuando el pariente constituye o se ha convertido en un foco de peligro, a consecuencia de su inmadurez, de una enfermedad preexistente o de cualquier otra circunstancia, y si dicho foco se ve desestabilizado por ausencia de las correspondientes medidas destinadas a contrarrestar el riesgo, a la persona encargada en cada momento del control le será imputable la muerte o las lesiones sobrevenidas intencional o imprudentemente.

De acuerdo con Gimbernat, la imputación del resultado en estos casos no se produce como consecuencia de un deber extrapenal genérico, sino sobre la base de una obligación específica de vigilancia que no se diferencia en nada de la atención que, por ejemplo, debe prestar un médico al paciente que tiene a su cuidado.

En el caso de Jakobs¹²³, con motivo de abordar el tema de la causalidad hipotética, indica que la "...capacidad abstracta se refiere a una acción que evite el resultado. Si la acción se hubiera ejecutado, no se habría producido el resultado. La omisión, como no ejecución de una acción, *no es causal del resultado acaecido* ...sino que el autor habría llegado a ser causal, en la hipótesis de haber realizado la acción, de la ausencia del resultado (la llamada causalidad hipotética de la omisión)."¹²⁴

Este autor no está de acuerdo con la fórmula de la *conditio sine qua non* aplicada en forma estricta en el ámbito de la omisión, pues considera que crea confusión; que la omisión, al no representar magnitud alguna, al ser la "nada", no puede suprimirse mentalmente.

¹²³ Cfr., Jakobs, Günther. *Op. Cit.*, nota 100, pp. 959-960.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 959.

Así, el asunto no se trata de suprimir mentalmente, sino de negación; por lo que la omisión como negación de una acción determinada, puede volver a negarse, dando como resultado lo positivo. No obstante, las condiciones negativas de un resultado bien es cierto que en sentido lógico existen, pero no se dan realmente y no son objetos física, psíquica o espiritualmente en el sentido de que se pudieran emplear en la configuración de un suceso; por ende, las mismas quedan fuera de la relación causal jurídico penal.

En atención a lo anterior, para Jakobs, el concepto de condición negativa sólo debe emplearse en el sentido de que en la hipótesis de que se diera lo negado, se habría condicionado la evitación del resultado negativamente condicionado, debiendo tenerse en cuenta siempre el carácter hipotético de la causación; esto, podría formularse: si el que omite obrase, evitaría el resultado (en otras palabras, si no se lleva a cabo la no realización de la acción, se tiene la acción indicada o prescrita, y se puede evitar el resultado).

Lo anterior, me parece es una forma alternativa en la que se puede expresar la fórmula de la *conditio*, pero no en forma estricta, sino adaptada.

Si bien, de acuerdo con este autor¹²⁵, en el contexto del fin de la norma, hay que considerar que para la imputación del resultado es necesario que su evitación la hubiese conseguido el autor a través de la realización de la acción prescrita, parece no estar conforme con el requerimiento que generalmente se introduce, consistente en que dicha evitación debe ser posible con una probabilidad rayana en la seguridad, pues manifiesta que ese requerimiento sólo es correcto como formulación procesal; sin embargo, la propia situación en que la hipotética salvación habría tenido éxito es más que probable, es real.

¹²⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 961.

En adición, y en forma complementaria, Jakobs¹²⁶ establece que tratándose de una organización arriesgada de modo permitido, no da lugar a una posición de garante de que se repliegue dicha organización, no hay deber alguno de un organizador para excluir riesgos ubicuos.

Lo anterior me parece coherente, pues si una persona desarrolla sus actividades dentro de un margen que aunque riesgoso es permitido, esto es, si actúa en forma lícita, no tiene por qué generarle un deber adicional al de evitar que ese riesgo se torne prohibido.

Por otra parte, indica este autor¹²⁷ que en la actualidad existe una tendencia en la doctrina de requerir para la imputación del resultado la omisión de disminuir un riesgo de resultado, posición con la cual no está conforme, pues su plausibilidad, incipiente en sí, se reduce a supuestos de omisión específicos en los que se deben reducir altos riesgos hasta convertirlos en un resto de riesgo insignificante, además de los inconvenientes vinculados a la incertidumbre propia de todo riesgo y a la sustitución de los delitos de resultado por delitos de peligro.¹²⁸

¹²⁶ Cfr., *Idem*.

¹²⁷ Cfr., *Ibidem*, pp. 962-963.

¹²⁸ No obstante sus objeciones al respecto, Jakobs señala que en el delito de omisión, la disminución del riesgo no cabe determinarla considerando hipotéticos cursos causales dañosos, en orden a la imputación del resultado, e introduce al efecto los siguientes supuestos: A). En la omisión hay que atender a la realización de aquél riesgo a cuya evitación está obligado el que omite; v. gr., la maniobra de rebase incorrecta en la circulación rodada, donde el riesgo se genera cuando se omite corregir la dirección del automóvil para ampliar la distancia respecto del otro vehículo. B). Debe mantenerse la imputación, aún si es imposible la salvación con un comportamiento conforme a deber, pues otras personas causarían el resultado, mediante la interrupción del curso causal, o la no evitación al no proseguir, contrariamente al deber, del curso causal salvador. El riesgo que se ha de eliminar se realiza también en el resultado cuando el autor podría evitar el curso causal real conducente al resultado, pero simultáneamente habría puesto las condiciones para un riesgo concurrente con otro curso causal hacia el resultado. (O sea, no vale el argumento defensivo de que “de todos modos el bien hubiera perecido”, para tratar de librarse la responsabilidad por el resultado acaecido). Faltando la realización del riesgo, la situación puede estar, sin embargo, configurada de manera que en caso de comportamiento conforme a deber se habría evitado el resultado típico. Pero emprender la acción de salvación no podría explicar en este caso la evitación del resultado; v. gr., si el médico hubiera operado conforme a deber, habría eliminado la verdadera causa de la enfermedad, ya por error, ya por descubrirla y eliminarla oportunamente. C). Tampoco en la omisión existe deber de producir variaciones neutras para el resultado dentro del mismo curso causal arriesgado; v. gr., si el que omite sólo puede sacar del arma 1 de 12 cartuchos; mientras que el homicida necesita para su propósito al menos 7, no es contrario a deber dejar el arma con los 12. D). *Las hipotéticas causas del daño no tienen influencia* en la realización del riesgo; así, un medicamento administrado en forma adecuada por el médico habría curado la enfermedad, pero habría dado lugar a otra de la misma entidad. *El riesgo que ha de evitar el autor se realiza si el médico omite administrar medicamentos*. Aquí, por el

Según se ha observado, la capacidad de acción involucra no solamente la posibilidad de llevar a cabo la acción en sí misma, lo que se puede estimar como una primera parte, sino también, y en forma complementaria, la posibilidad de evitar el resultado, por lo que será necesario comprobar la existencia de dicha capacidad, así como la ausencia de la prestación positiva para la salvaguarda de un bien jurídico en peligro, para que, reunidos los demás elementos materia de este capítulo, se considere integrada una omisión.

Por último, antes de concluir esta sección, es importante mencionar que la capacidad de acción es un requisito, una propiedad del hombre, pero no es la acción en sí, como conducta humana; más bien, es algo previo, es un presupuesto de esa conducta.¹²⁹

En efecto, la ejecución de una acción pone de manifiesto la posibilidad de realizarla; el sujeto revela así su capacidad de acción, pero ésta existe no sólo mientras se realiza el acto, sino también ya al comienzo del mismo y es independiente de su ejecución.¹³⁰

Al respecto, baste recordar con Stratenwerth¹³¹ que para reconducir un resultado a la conducta del omitente, se requiere que éste se encuentre en condiciones de llevar a cabo una de las acciones que en teoría habrían evitado el hecho, situación que pone de manifiesto la necesidad de disponer previamente de la capacidad o posibilidad de realizar dicha acción; así, para acudir nadando en auxilio de alguien, es necesario (supone) saber nadar.

5. Correspondencia (segundo criterio de equivalencia).

conflicto de deberes está justificada la omisión en caso de que el mismo resultado se produciría hipotéticamente, incluso en otro bien, pero de la misma importancia. Así, en el supuesto del ejemplo, la omisión no sería, pues, antijurídica, a pesar de la realización del riesgo, si además se da el aspecto subjetivo de la justificación. *Cfr., Ibidem*, pp. 964-965.

¹²⁹ *Cfr.*, Silva Sánchez, Jesús María, *Op. Cit.*, nota 9, pp. 65-66.

¹³⁰ *Cfr.*, Kaufmann, Armin. *Op. Cit.*, nota 4, pp. 55 y 320.

¹³¹ *Cfr.*, Stratenwerth, Günther. *Derecho penal, parte general, el hecho punible*, Tr., Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, España, Editorial Thomson-Civitas (Aranzadi), 2005, Tratados y Manuales, p. 399.

Al ocuparme de la posición de garante se destacó que dicho elemento constituía el criterio que permite, en un primer momento, la equiparación entre la omisión de evitar un resultado y su causación activa.

Lo anterior ocurre en aquellos supuestos conocidos como delitos de mera causación (causación pura), como el homicidio, las lesiones, daños en general.

Según se indicó en su oportunidad, de este criterio se ocupa Liszt¹³² cuando destaca que bajo ciertas condiciones, el orden jurídico equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo, específicamente, cuando el orden jurídico obliga a impedir un resultado; obligación o deber jurídico que ahora sabemos corresponde a un sujeto que se le llama garante.

Sin embargo, un segundo criterio adicional de equivalencia, materia de este apartado, requiere que el no impedir el resultado por parte del garante, *corresponda* a la forma de su realización por medio de acción, requisito éste conocido también como equivalencia de modalidades¹³³; esto significa que dicha correspondencia permite la equiparación en los casos de delitos de resultado con modalidades determinadas de comportamiento.

Acorde con lo anterior, Maurach¹³⁴ considera que "...la producción del resultado -o en su caso la realización del tipo en los delitos de mera inactividad-

¹³² Cfr., Von Liszt, Franz. *Op. Cit.*, nota 23, pp. 303-304.

¹³³ Vid, Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 1, p. 259. De acuerdo con Welzel, ha de considerarse que el no impedir el resultado típico por parte del garante *debe corresponder* al contenido social de sentido de la acción típica del delito de comisión respectivo; lo anterior, indica el propio autor, no representa problemas en los delitos de mera causación; sin embargo, donde sí habrá problema es en aquellas acciones típicas que deben llevarse a cabo en una forma determinada; v. gr., no es lo mismo llevar con error la contabilidad, que no llevar contabilidad; no es lo mismo realizar actos lascivos, que no evitar actos lascivos, y en general, se refiere a todos aquellos delitos que requieren de una ejecución determinada; en este mismo sentido *vid*, Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. Cit.*, nota 6, pp. 677-679; con referencia a la segunda parte del §13 del ordenamiento alemán, Jescheck señala que el injusto específico de la no evitación del resultado en los delitos con elementos especiales de acción, sólo puede corresponderse con el hacer positivo *si el resultado se realiza aproximadamente como exige el tipo* (mediante violencia, empleando un instrumento peligroso, procurando una oportunidad), o de una forma que pueda equipararse valorativamente.

¹³⁴ Cfr., Maurach, Reinhart, *et al.*, *Op. cit.*, nota 28, pp. 247-248.

sólo puede ser atribuida a alguien como propia, cuando junto al dominio o la dominabilidad final de una situación de peligro, y junto a la posición de garante respecto del bien jurídico amenazado, la inactividad actuante equivalga a la actividad actuante ...Esta equivalencia es descripta también como *equivalencia de modalidades* ...ella representa así el segundo elemento del sujeto idóneo dentro de los delitos de omisión impropia... la que está legalmente descripta en la segunda alternativa del §13, inc. 1^o¹³⁵ del Código Penal Alemán (StGB).

Para ejemplificar, este autor acude al supuesto de los funcionarios de un banco que se percatan de que un tercero pretende estafar a un antiguo cliente, adquiriendo aquéllos el carácter de coautores en virtud de sus posiciones de garante, por el sólo hecho de observar inactivamente el perjuicio patrimonial fraudulento sufrido por su cliente; ejemplo en el que destaca que la forma de producción del resultado descrita en el tipo, acontece derivado de una actitud engañosa, la que conduce al error y a la disposición patrimonial.

Asimismo, Maurach propone el caso de la puesta en peligro del sustento vital por medio del incumplimiento del deber legal relativo, ejemplo en el que no se advierte en realidad que se trate de un supuesto de resultado material, como los exigidos por nuestra legislación nacional; sin embargo, no se desconoce que se trata también de un delito de resultado, sólo que éste es de peligro.

En su exposición, también hace alusión a delitos de mera inactividad; no obstante, no imagino la forma en que se pudieran integrar dentro de los delitos de omisión impropia, sobre todo si se considera que en estos delitos debe verificarse la equivalencia precisamente entre una omisión y los delitos de acción con resultado material, de ahí que parezca extraño que se hable de omisiones de "mera inactividad".

¹³⁵ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 247; el §13 del Código Penal Alemán, establece lo siguiente: "Quien omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, sólo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y cuando la omisión se corresponda con la realización de un tipo legal a través de una conducta activa. La pena podrá ser atenuada de acuerdo con el párrafo 49.1"

En el caso de la estafa del § 263¹³⁶ del ordenamiento punitivo alemán, creo que se deben distinguir dos situaciones: a). Si los funcionarios del banco hicieren que el cliente incurra o persista en su error con la intención incluso de obtener el beneficio económico, realmente no se trataría de un delito de omisión impropia, sino de un delito de acción en los términos descritos en el tipo, pues éste se actualizaría de manera literal, que es una forma de lesionar el bien jurídico; y b). Si dichos funcionarios no sacan del error al cliente, inducido por un tercero, quien se beneficiará del perjuicio patrimonial, creo que en este supuesto sí se actualizaría un delito de omisión impropia, pues no se lleva a cabo la prestación positiva cuando el bien jurídico está en peligro de ser lesionado.¹³⁷

En este sentido, puede observarse que en la situación a) no sólo no se realiza la prestación positiva, sino que el proceder mismo de los funcionarios bancarios lesiona el bien jurídico, es decir, no se trata de la ausencia de una prestación positiva a favor de un bien jurídico en peligro de lesión, situación presente por lo general en toda situación típica omisiva.

¹³⁶ El tipo básico de estafa, previsto en el primer párrafo del §263, prescribe: “Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, perjudique el patrimonio de otro por medio de simulación de falsos hechos, suscite o mantenga un error, la desfiguración o la supresión de hechos verídicos, será castigado con pena privativa de libertad hasta 5 años o con multa.”

¹³⁷ Con relación a la posibilidad o imposibilidad de que ciertas clases de delitos de acción sean realizados en comisión por omisión, Silva Sánchez menciona los especiales problemas dentro de los delitos de resultado en tratándose de aquellos con modalidades de realización determinada. En este sentido, por lo que hace al delito de estafa distingue las dos situaciones que se han mencionado: A). En el supuesto en el que se presenta el *engaño mediante silencio*, el autor indica que el silencio en determinadas circunstancias puede tener un indudable contenido de significado, de ahí que se vea en él un engaño capaz de generar el error en otra persona; en este caso, no se observa una realización típica omisiva, sino una conducta (activa en otra dirección o completamente pasiva), que en su contenido de silencio en determinadas circunstancias, realiza directamente el sentido del tipo; esto es, un engaño que hace peligrar el patrimonio de la víctima, y por ende, constituye una intromisión en la esfera jurídica ajena, de lo que se advierte la existencia de una realización *típica comisiva*. B). En el supuesto en el que un sujeto no saca a otro del error en que se encuentra y que lo perjudicará en su patrimonio, ocupando aquél, además, una determinada posición cualificada en relación con el *bien jurídico en peligro*, de acuerdo a este autor, sí cabe hablar de omisiones, pues se trata de la no realización de una prestación positiva de salvaguarda (no sacar del error) de un bien jurídico ya en peligro (el patrimonio derivado del error existente). No obstante, el problema en esta estafa por omisión radica en que no está claro que “el no sacar a la víctima de su error” por parte del garante, sea lo mismo que enganarla. En el Derecho alemán el §13 del StGB permite cierta flexibilidad al respecto, al menos en la opinión de la doctrina dominante en ese país. En España, de acuerdo con Silva Sánchez, no se trata de una correspondencia valorativa, sino de efectiva identidad en la realización típica, situación que hace difícil aquella identidad o igualdad. *Cfr.*, Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 9, pp. 447-450.

Ahora bien, de acuerdo con este tratadista, en sede de los delitos de mera causación, cuando se actualiza el "deber responder" a que se refiere la primera parte del §13, puede considerarse que la omisión equivale, en virtud a la posición de garante, a un actuar; en los restantes delitos, la exigencia de correspondencia de la segunda parte conserva su significación adicional, sin que deba estimarse autónomo, pues depende de la existencia de la posición de garante, es decir, de la actualización del primer criterio de equivalencia.

Finalmente, Maurach señala que en los tipos donde se requiere una calidad específica del sujeto,¹³⁸ sólo éste puede ser autor por omisión, sin embargo, en mi opinión, deberá ponerse atención a la descripción típica para distinguir la forma en que se lesiona el bien jurídico, y a su vez determinar si realmente se trata de un delito de omisión, o bien, de acción, esto es, si el proceder del sujeto implica la no prestación positiva a favor de un bien jurídico en peligro, o bien, la lesión misma del bien jurídico.

Por otra parte, con motivo de su análisis de la segunda parte del §13 del Código Penal Alemán, Jescheck, señala que "...el injusto específico de acción de la no evitación del resultado en los delitos con elementos especiales de la acción sólo puede corresponderse con el hacer positivo si el resultado se realiza aproximadamente como exige el tipo... o de una forma que pueda equipararse valorativamente... En cambio, la ausencia del injusto de acción no puede ser compensada a través de una 'valoración global del hecho' pues conduciría a una puesta en peligro de la seguridad jurídica. Lo que resulta dudoso es dónde hay que buscar los elementos de la correspondencia como, por ejemplo, cuando en la estafa el autor no engaña sino que deja que el error suceda o que se mantenga. En cualquier caso, hay que recurrir tanto al ámbito del injusto como

¹³⁸ A este respecto, Maurach propone el supuesto del testigo cuyo silencio se refiere a los hechos materia de su deber de declaración, conforme al §153 del ordenamiento alemán. Maurach, Reinhart, *et al. Op. Cit.*, nota 28, p. 248.

al de la culpabilidad si el autor ha provocado (sin dolo) el error mismo o cuando ha abusado de una relación de confianza especialmente estrecha.”¹³⁹

Silva Sánchez¹⁴⁰, después de reseñar los criterios de equiparación contenidos en el precepto del ordenamiento alemán de referencia, por cuanto hace al que es objeto de este apartado, refiere que en concepto de Artz, la variabilidad de las posiciones de garante, en cuanto a su intensidad, da lugar a que tampoco en los delitos de causación pura se renuncie a la cláusula de correspondencia al momento de establecer la equiparación.

El planteamiento anterior, me parece atendible si se advierte que la estrechez de la relación entre un sujeto y un bien jurídico o una fuente de peligro, puede variar, de manera que habrá casos en los que aquélla, si bien existe, no se traduce en una dependencia en grado tal como para admitir una equiparación; no dejo de advertir que la estrechez en comento puede considerarse un concepto afectado de vaguedad, en el que sus características designativas pueden tener alguna fluctuación, aunque conservando un cierto núcleo conceptual.

Acorde con el criterio de Artz, Silva Sánchez¹⁴¹, con motivo de la interpretación del primer inciso del artículo 11 del Código Penal Español, establece que la infracción del deber jurídico es condición necesaria, pero no suficiente de la equivalencia; pues, en todo caso, y no sólo en los supuestos de los delitos de medios determinados, es imprescindible el juicio adicional de correspondencia (equivalencia), que en dicho precepto debe determinarse “según el sentido del texto de la ley.”

¹³⁹ Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. cit.*, nota 6, p. 678.

¹⁴⁰ *Cfr.*, Silva Sánchez, Jesús María, *Op. Cit.*, nota 9, p. 428.

¹⁴¹ *Cfr.*, Silva Sánchez, Jesús María. *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Argentina, Editorial Ad-Hoc, 1998, p. 93.

No obstante, en abono a la solución de esta problemática, debe considerarse la “equivalencia estructural” acuñada por Silva Sánchez, la cual abordaré más adelante.

Conteste en general con los elementos de caracterización de la cláusula de correspondencia introducidos hasta ahora, Jakobs¹⁴² considera que si para la consumación están descritos estadios intermedios en el camino que conduce al resultado, también, para el caso de la omisión, han de darse dichos estadios; esto es, esta última debe ofrecer un correlato de la forma de ejecución a que sujeta a la acción en el tipo.

De acuerdo con este autor¹⁴³, la formación del correlato no supone dificultades, representando sólo una especificación del alcance del deber de responder, siempre que la vinculación del comportamiento se pueda dividir en: a) Procesos causales basados unos en otros, esto es, se presentan en forma sucesiva; v. gr., el padre que no evita el robo de pertenencias de su hijo, al faltar el ánimo de apropiación, es sólo cómplice por omisión del robo (§§249, 13, 27 StGB); porque tenía que garantizar que no se produjera una sustracción mediante violencia o intimidación; o b) Procesos causales paralelos, y el que omite sea garante de impedir el curso causal en su totalidad; v. gr., quien no impide la explosión de una bomba, que supone un peligro concreto común, con resultado de muerte de una persona, mata con medios de peligro común si es garante de evitar tanto el peligro común como la muerte, siendo éste el supuesto de la función de un bombero; por el contrario, sólo se es garante de la víctima, si son los padres de ésta quienes omiten.

Con relación a esta formación del correlato, estimo que el hecho que Jakobs señale que no supone dificultades, debe ser entendido en cuanto al análisis de los casos de omisión que sean sometidos a la prueba de la cláusula de correspondencia, a fin de determinar la actualización del correlato, pues el

¹⁴² Cfr., Jakobs, Günther. *Op. Cit.*, nota 100, p. 955

¹⁴³ Cfr., *Ibidem*, pp. 1010.

estudio de los ejemplos que propone, en ciertos aspectos muestran que aquél no se presenta.

En efecto, en el caso del inciso a), el ejemplo pone de relieve la falta de correspondencia que exige la norma, pues no se presenta el ánimo de apropiación en el padre, que de acuerdo al contexto en el que lo presenta Jakobs, sería necesario para ser autor (coautor) del robo en comisión por omisión.

En el ejemplo del inciso b), la muerte de la víctima apreciada desde el punto de vista del deber de garantía correspondiente a sus padres, ante la ausencia del deber de evitar el peligro común de éstos, estimo que debe encuadrarse como un supuesto de delito de mera causación, en donde para evaluar la equivalencia si bien se dispone de la posición de garantía, debe atenderse a la segunda parte de la cláusula de correspondencia a pesar de que parezca innecesario buscar el mencionado correlato; lo anterior, con el propósito de determinar por completo la equivalencia.

En este mismo contexto, Jakobs menciona a los delitos de propia mano, respecto de los cuales estima que sólo "...limitadamente se pueden cometer mediante omisión, dado que la autoría en estos delitos presupone una intervención física. La responsabilidad por omisión en concepto de autor sigue siendo posible siempre que se vulnere un deber de no evitar la propia intervención corporal -la cual entonces no tiene lugar-. Ejemplo: El piloto embriagado, que se halla en el puente de mando, al que el capitán le ha encargado la supervisión del piloto automático, no le advierte a éste su embriaguez ni la necesidad de que busque a otro para la supervisión..."¹⁴⁴

En mi concepto, el ejemplo anterior se traduce en un deber de intervenir personalmente, sin que se presente ésta dada la condición de embriaguez del encargado.

¹⁴⁴ *Idem.*

Ahora bien, en dicho supuesto, aunque no se indican las consecuencias de la falta de supervisión del piloto automático, supongo que al representar daños en personas o cosas, le serán atribuidos en comisión por omisión a quien incumplió con su deber de intervenir; sin embargo, en esta hipótesis no alcanzo a percibir la correspondencia que Jakobs establece con un delito de propia mano en el que se causa daño con una intervención corporal personalísima, por lo que si bien en este supuesto se halla una posición de garantía y debe ser entendido como un delito de mera causación, no concurre la correspondencia adicional necesaria para la equivalencia integral.

Por otra parte, los ejemplos que al efecto propone el mismo autor¹⁴⁵, relacionados con la conducción de vehículos en estado de ebriedad, cuando el titular no impide que otro maneje en esas condiciones, introduciendo las variantes dolosa y culposa de la embriaguez; de acuerdo con el criterio de Jakobs, únicamente permitirá la responsabilidad del titular por complicidad atenuada en el primer caso; sin que tampoco se advierta aquí, en mi opinión, la correspondencia con el supuesto típico activo en el caso del titular del vehículo que no impide la conducción en comento, circunstancia que se confirma por el hecho que la responsabilidad se limita al grado de complicidad.

Otro grupo de casos que revisten interés para la correspondencia, son aquellos delitos que se cometen mediante la transmisión de información; así, Jakobs¹⁴⁶ considera que es posible la omisión correspondiente a la comisión, cuando la ausencia de una señal o comunicación (que tiene a su vez valor de información), según las reglas de comunicación interpersonal, da margen a que el interlocutor suponga la ausencia del suceso, cuya comunicación de su acaecimiento, era asunto del autor, siendo necesario además que éste sea garante de que el interlocutor pueda confiar en dichas reglas.

¹⁴⁵ *Cfr., Ibidem*, pp. 1010-1011.

¹⁴⁶ *Cfr., Ibidem*, p. 1011.

Lo anterior, puede suceder en el caso del delito de estafa, o bien, en nuestro medio, del fraude, cuando un asesor financiero no saca del error a su cliente, a quien un tercero le ofrece una inversión que lo perjudicará en su patrimonio.

Otro ejemplo propuesto por el autor al que se sigue, es el de quien se acaba de subir al tren, y guarda silencio ante la pregunta del revisor de si hay alguien que acabe de subir¹⁴⁷; en este caso, creo que el silencio del pasajero con la consecuente evitación de pagar su boleto, constituye en sí la realización del perjuicio patrimonial contra la empresa ferrocarrilera, por lo que se trataría de la actualización en sus términos del correspondiente tipo; en estas condiciones, no es el caso de la ausencia de una prestación positiva para preservar un bien jurídico previamente en peligro.

En otro orden de ideas, Zaffaroni destaca que en los delitos de omisión impropia, lo importante es la "...equiparación a la conducta que viola la norma prohibitiva (la conducta que viola la norma imperativa es equiparada a la que viola la prohibitiva, y por ende, se requiere la misma afectación –puesta en peligro o lesión- del bien jurídico y, *cuando se requiere*, que la conducta vaya acompañada del mismo resultado material)...";¹⁴⁸ así, conforme a este criterio, se advierte que la omisión impropia puede o no requerir un resultado material, lo cual se confirma cuando, atendiendo a la legislación argentina, el propio autor señala que el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es un claro ejemplo de omisión impropia donde no se demanda resultado alguno en especial.

En mi opinión, la postura de este autor no puede compartirse en razón de que la sistemática de estos delitos tiene su origen en la búsqueda en ellos de la causalidad presente en los delitos de comisión, por lo que en este sentido

¹⁴⁷ De acuerdo con esto, parece que la ausencia de la señal, para Jakobs, equivale a proporcionar en forma activa información falsa.

¹⁴⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 3, pp. 460-461; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *Op. cit.*, nota 22, p. 575.

su vinculación con los delitos de resultado material se muestra evidente; situación que es acorde con nuestra legislación nacional, específicamente, por lo que hace a los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, pues en éstos, se parte de la equiparación con los delitos de resultado material, de conformidad con sus numerales 7 y 16, respectivamente.

Algo que se estima rescatable del pensamiento de Zaffaroni¹⁴⁹, es su propuesta de hipótesis de trabajo, para determinar si es posible, y en qué forma, la existencia de delitos de omisión impropia, resultantes de la equiparación con aquellos derivados de tipos en que además de un resultado se requiere una cierta modalidad en la estructura típica activa paralela, v. gr., el ensañamiento, el engaño, debiendo buscarse cómo dichas modalidades de la estructura activa pueden pasar a la estructura típica omisiva equivalente.¹⁵⁰

No obstante, dentro de la propuesta en mención, el autor alude a la posibilidad de encontrar delitos impropios de omisión de pura actividad, supuesto en el que se observa, en principio, una ampliación en el ámbito de aquellos, puesto que para la equiparación ya no sería necesario ninguna clase de resultado.

Aunado a lo anterior, y tratándose de delitos de mera actividad, habría que determinar si la misma tiene, o se encuentra descrita, con especiales modalidades, en orden a la afectación del bien jurídico tutelado.

A este respecto, puede considerarse el tipo de allanamiento de morada, en donde se requiere que la introducción a la vivienda o sus dependencias se

¹⁴⁹ Cfr., Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 3, p. 475.

¹⁵⁰ Como se ha podido observar en la exposición de este apartado, del tema a que se refiere la hipótesis propuesta por Zaffaroni, se han ocupado diversos autores, e incluso, se ha plasmado legislativamente en diversos países. En este mismo sentido, y acorde en general con el tema, Bacigalupo señala que en los delitos de mera causación, no es necesario una valoración adicional tendente a determinar la igualdad valorativa; sin embargo, en los casos donde se observa una clase especial de acción, es preciso que se tomen en cuenta las modalidades del hecho en relación a ese disvalor de acción; en suma, en este último caso, cuando una modalidad especial de la acción determine una calificación del delito, o bien, cuando un resultado mayor determine un mayor contenido de injusto, será requerida una consideración especial del caso y no siempre podrá afirmarse directamente la admisibilidad de una comisión por omisión. Cfr., Bacigalupo, Enrique. *Op. Cit.*, nota 19, pp. 139-140.

lleve a cabo "sin motivo justificado, sin orden de la autoridad competente, furtivamente, con engaño, violencia o sin permiso de la persona autorizada para darlo"; en este caso, advierto serias dificultades para establecer la correspondencia, pues en el incumplimiento del deber del garante deben presentarse situaciones que sean equivalentes a aquellas formas de realizar la acción.

En este contexto, el garante idóneo para este caso, en mi opinión, podría serlo el velador particular de un inmueble a quien se le ha contratado *ex profeso* para su cuidado; sin embargo, en esta clase de situaciones debe tenerse cuidado de no establecer innecesariamente una responsabilidad penal por la conducta de terceros, máxime cuando se trata de la actualización de tipos de mera conducta, en donde la consumación puede estimarse fácil; sin embargo, en todo caso, debe reconocerse que en los delitos de mera actividad existen especiales problemas de correspondencia con la acción, debido a la vinculación de la intervención con un comportamiento determinado.

Complicado aún más, es el panorama representado por el tipo de portación de armas prohibidas, en donde aunado al requerimiento de cierto contexto, mediante referencias de tiempo, modo y lugar, se presenta la dificultad de acotar el círculo de garantes, máxime cuando se trata de un delito contra la seguridad pública o colectiva, en cuyo caso el deber de evitación debería corresponder a la autoridad, y en específico, a sus servidores públicos; sin embargo, además de lo expuesto en el párrafo precedente, la inviabilidad de una portación de arma prohibida en comisión por omisión, se aprecia con mayor claridad al existir una relación difusa entre los encargados de la seguridad pública y los casos en los que deben intervenir para evitar dicha portación; en este sentido, si al policía que no evita el homicidio cometido por el delincuente, no es dable imputarle ese resultado material, en razón de su relación difusa con el bien jurídico "vida", por identidad de razón, cabe excluir su responsabilidad en el caso planteado.

En adición a las complicaciones expuestas, y en forma concluyente, se insiste en la necesidad de considerar que la estructura de la omisión impropia tiene un origen en la búsqueda infructuosa de una causalidad en ciertos casos de omisión, lo que destaca la relación estrecha entre aquella estructura y los delitos de resultado; lo anterior, además de que se ha considerado a la posición de garante del sujeto como el equivalente funcional de la causalidad.

En este sentido, los tipos de mera actividad, al no requerir la presencia de un resultado trascendente a la realización de la conducta concreta, parece imposible e inútil su equiparación con la estructura de la omisión impropia, que supone, según se ha visto, una vinculación con los tipos de resultado.

Ahora bien, suponiendo un intento de equiparación entre una realización activa y otra omisiva con el añadido de un garante, en orden a la actualización de un tipo de mera actividad, se obtiene a final de cuentas, abstracción hecha de a quien corresponde el deber cualificado del garante, la pretensión de un paralelismo entre una acción y su omisión, situación que incide en el principio lógico de no contradicción, toda vez que la no realización de una acción no puede ser equivalente a su realización.

En otro orden de ideas, es importante comentar que existen tipos en los que se requiere una calidad específica del sujeto, la cual puede concurrir en el autor de la omisión¹⁵¹, siendo ésta elemento determinante de su estatus jurídico¹⁵², v. gr., servidor público, médico, testigo; de manera que, si en los delitos de comisión sólo pueden ser autores determinadas personas, también ello es dable para la omisión impropia.¹⁵³

Por el contrario, la doctrina¹⁵⁴ menciona otra serie de delitos, además de los de mera actividad, que parecen cerrados a una posibilidad de comisión por

¹⁵¹ Cfr., Maurach, Reinhart, *et al. Op. cit.*, nota 28, p. 248.

¹⁵² Cfr., Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas. *Op. Cit.*, nota 6, p. 678.

¹⁵³ Cfr., Jakobs, Günther. *Op. Cit.*, nota 100, p. 956.

¹⁵⁴ Cfr., Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 9, p. 447.

omisión. Dado que el análisis detenido de los problemas que presenta cada una de las categorías exigiría un espacio del que aquí ya no dispongo, baste mencionar los delitos que castigan una determinada conducción de la vida¹⁵⁵ o que sólo pueden ser cometidos de propia mano¹⁵⁶, en los que el autor sólo puede serlo quien, respectivamente, lleva esa forma de vida o realiza por sí mismo la conducta incriminada.

Conviene destacar que los supuestos que muestran los autores citados, no agotan la problemática de la correspondencia; no obstante, las particularidades sólo cabrá caracterizarlas a la luz de la interpretación de los tipos concretos en la parte especial.

Como se adelantó supralíneas, Silva Sánchez más que de una correspondencia en esta clase de omisiones, se ha ocupado de buscar una "identidad estructural" entre éstas y la comisión.

La "identidad estructural" fue diseñada por este autor con la finalidad de acotar o restringir las situaciones de "comisión por omisión", precisamente en una época en la que en Derecho español no existía ninguna disposición o cláusula en la parte general del Código Penal.

Esta obra dogmática no prescinde de la teoría del garante; antes bien, puede formularse sobre la base de la construcción material o funcional de Armin Kaufmann.

Sin embargo, advierte este autor¹⁵⁷, que la responsabilidad no debe considerarse unida en forma genérica al rol o posición del sujeto, antes bien, debe hablarse de *situaciones concretas de garantía*, para lo cual es preciso destacar que dichas situaciones tratan de proteger determinados bienes de determinados peligros.

¹⁵⁵ Cfr., Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas, *Op. cit.*, nota 6, p. 679.

¹⁵⁶ *Vid.*, en sentido contrario a Jakobs, Günther. *Op. Cit.*, nota 100, p. 1010.

¹⁵⁷ Cfr., Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 9, pp. 463-465.

Así, las posiciones de garante por función de protección de un bien jurídico no abarcan la defensa de éste frente a todos los peligros y en cualesquiera circunstancias. En el caso de la posición de garantía por control de una fuente de peligro, la intervención del garante debe referirse a concretos peligros y no a todos los que deriven de aquella fuente.¹⁵⁸

En estas condiciones, sólo concurren los presupuestos de la equivalencia cuando se ha asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados; pues la combinación de este compromiso con su posterior incumplimiento, hace surgir un dominio del riesgo típico normativamente idéntico al que se obtiene por la vía del movimiento corporal que pone en marcha un curso causal;¹⁵⁹ esto es, se reconduce la comisión por omisión al ejercicio de una competencia por organización.¹⁶⁰

El *concreto compromiso del garante*, por ende, tiene que ver con la naturaleza específica de su relación con la fuente de peligro o con el bien afectado.

La adopción del compromiso si bien no precisa ser expresa, debe ser concluyente. Además, el compromiso no debe vincularse “desde afuera” a la aceptación de roles cuyo ámbito y obligaciones de ellos derivadas resultan extraordinariamente difusos, por lo que es necesario ser restrictivo en estos supuestos, no atribuyendo al sujeto compromisos que jamás pensó asumir, aunque “usualmente” vayan unidos a determinado papel social.

¹⁵⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 386.

¹⁵⁹ Cfr., Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 141, pp. 96-97.

¹⁶⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 110. Se obtiene, por tanto, el fundamento de la identidad material de la omisión con la comisión activa, en el plano de las estructuras normativas de imputación. En efecto, el juicio de equivalencia involucra la “...transposición de los criterios normativos de imputación típica propios de la comisión activa (el ‘sentido de la ley’) a la comisión por omisión. En última instancia, ello conduce a entender la comisión por omisión como un supuesto en que la defectuosa organización de la propia esfera jurídica, una vez integrado en ésta el control de riesgos determinados para bienes determinados de terceros, establece la realización del riesgo en el resultado.” *Ibidem*, p. 106.

En consideración a lo anterior, el juicio de equivalencia que propone este autor, hace posible eludir el que cualquier ley extrapenal fundamente comisión por omisión, evitar que cualquier contrato tenga efectos generadores de punibilidad, y establecer la necesaria distinción entre los casos de injerencia susceptibles de generar responsabilidad en comisión por omisión y aquellos en los que no es así.¹⁶¹

Aunque es posible que sea la responsabilidad en virtud de injerencia o actuar precedente el que dé lugar a las mayores discusiones, en opinión de Silva Sánchez¹⁶², el único actuar precedente que puede dar lugar a responsabilidad, es aquél que implique un acto de organización voluntario o intencionado; esto es, aquél que suponga una asunción voluntaria del control de riesgos determinados que puedan amenazar a un bien jurídico determinado.

Es necesario aclarar que cuando se alude, como criterio, a un acto de organización voluntario o intencionado, el autor no se refiere a aquellos actos que pudieran quedar comprendidos específicamente dentro del ámbito de denotación de la expresión *actuar precedente doloso*, pues ésta se circunscribe a supuestos de conocimiento de la realización de un riesgo penalmente relevante que se realiza en el resultado lesivo finalmente producido, y en los que en su mayoría darían lugar a una responsabilidad en comisión activa, en concurso con la infracción de un deber de solidaridad cualificado.

En este sentido, los supuestos relevantes de injerencia son reconducibles a la asunción voluntaria o integración del riesgo en la propia esfera de organización¹⁶³; y si bien estas formas de actuar precedente pueden traducirse

¹⁶¹ Cfr., *Ibidem*, p. 106

¹⁶² Cfr., *Ibidem*, p. 113

¹⁶³ Como ejemplo, el autor considera los supuestos de interrupción de cursos causales salvadores, en la medida en que se entienda que los mismos no constituyen supuestos de comisión activa, por no existir en la conducta de interrupción causalidad en relación con el resultado. Cfr., *Ibidem*, p. 94; asimismo, en estos casos, en mi opinión, podrían entrar en consideración los supuestos de actuar precedente en los que exista culpa con representación, puesto que en éstos el sujeto advierte el riesgo, lo que puede involucrar en cierto modo una asunción del control del mismo, aunque confía en que no se realice el resultado.

en un riesgo permitido, lo importante seguirá siendo la asunción voluntaria del riesgo y no la concepción que tradicionalmente tiene la doctrina respecto del actuar precedente.

En estas condiciones, el ámbito del compromiso asumido voluntariamente por cada garante, determina las situaciones de garantía que le competen, lo que obliga a negar "identidad estructural" en aquellos casos en que el compromiso falta o es dudoso.

Ejemplo de **ausencia o falta de compromiso**, de acuerdo con el autor, son los supuestos de **actuar precedente fortuito o imprudente**;¹⁶⁴ señalando adicionalmente que la ausencia de compromiso se presume cuando la relación es de poca intensidad y no hay datos que hagan pensar en su adopción por otra razón.

Un caso de compromiso dudoso sería el relativo al deber de socorro general de los padres a los hijos en cualesquiera circunstancias que salgan de la normal relación paterno filial.

Como puede observarse, en la delimitación de las situaciones de garantía que supone la "identidad estructural", Silva Sánchez otorga a la asunción del compromiso por parte del garante un papel esencial, esto es, el carácter voluntario de dicha asunción se pone de manifiesto; situación que permite en mi concepto explicar la negación de aquella identidad en los mencionados casos de compromiso del garante ausente o dudoso, puesto que en ellos no existe o no comprende determinados extremos dicha aceptación o asunción.

6. Resultado material.

¹⁶⁴ Estos son los casos específicos de injerencia en los que no se fundamenta una equivalencia plena de la omisión subsiguiente con la comisión activa, y que deben sancionarse como omisiones puras agravadas, en términos del artículo 195.3 del Código Penal Español; a este respecto, debe considerarse que para Silva Sánchez, el requerimiento de equivalencia estructural se encuentra insito en la expresión "equivalencia según el sentido del texto de la ley" del artículo 11 del propio ordenamiento punitivo. *Cfr.*, *Ibidem*, p. 94

Según se comentó anteriormente, la estructura de la omisión impropia o comisión por omisión tiene un origen muy determinado que se vincula con el intento infructuoso de encontrar una causalidad natural en ciertos casos de omisión.¹⁶⁵

Liszt,¹⁶⁶ con relación a este tópico destaca que bajo ciertas condiciones el orden jurídico equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo; así, sólo cuando el orden jurídico obliga a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al de causarlo.

A su vez, con motivo de analizar los elementos integrantes de su concepto general de acto, en orden a la determinación de los caracteres esenciales del delito, el propio tratadista¹⁶⁷ indica que el acto exige la aparición de un cambio en el mundo exterior; esto es, en los hombres (aunque sólo sea en su vida psíquica) o en las cosas, el cual debe ser perceptible por los sentidos.

Con relación a lo anterior, el autor concluye que todo delito necesita un resultado, por lo que sería erróneo distinguir entre delitos que producen un resultado y aquellos de mera actividad, que no lo hacen.

Después de referirse a los resultados definidos en el código penal, de los cuales depende la sanción correspondiente, alude a la idea de homicidio, en donde sólo tiene importancia el hecho de la muerte.

Con vista de lo anterior, si bien Liszt señala que "En el resultado reside la clave para comprender la IDEA DE PELIGRO"¹⁶⁸, de lo cual podría concluirse la limitación del concepto que me ocupa a los supuestos como el mencionado en

¹⁶⁵ Cfr., Von Liszt, Franz. *Op. Cit.*, nota 23, pp. 305-307.

¹⁶⁶ Cfr., *Ibidem*, pp. 303-304.

¹⁶⁷ Cfr., *Ibidem*, pp. 288-289.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 289.

el párrafo precedente, establece que el peligro es también, en sí mismo, un resultado, un estado que tiene presencia en el mundo exterior, aunque limita su importancia a su relación con otro estado no sobrevenido.

Como puede advertirse, el concepto de resultado de este autor involucra no sólo la idea de lo que, en principio, puede entrañar afectación material externa, sino también la de peligro.

Por su parte, Mezger¹⁶⁹ caracteriza a la omisión impropia como aquella que produce un resultado positivo en el mundo externo; por lo que hace a este último, en cuanto materia del presente apartado, lo analiza en su acepción en sentido estricto, representativo de un resultado externo, posterior, que se origina por la conducta corporal del autor o vinculado a la circunstancia de que no se actúa; existe en general coincidencia con el criterio de Liszt, pues para la comisión y la omisión impropia, dicho resultado es caracterizado a través de la dualidad enunciada en el párrafo que antecede.¹⁷⁰

En aparente coincidencia, Welzel¹⁷¹, según se analizó en su momento a propósito de abordar la *situación típica*, define a ésta como la producción de una lesión o de una puesta en peligro de un bien jurídico; esto es, como la producción de un *resultado típico* en el sentido de un delito de comisión.

A este respecto, en su momento se advirtió el desacuerdo con dicha caracterización, en razón de que involucra el resultado mismo, cuando ya no es posible hacer nada, cuando el cumplimiento del deber es inútil; no obstante, en la definición de referencia el autor anticipa el elemento materia del deber de evitación, la cual en principio es conteste con la de los autores citados.

¹⁶⁹ Cfr., Mezger, Edmund. *Op. Cit.*, nota 25, pp. 104, 105, 106, 118, 119, 127 y 128.

¹⁷⁰ En efecto, se ejemplifica a través de los supuestos de las lesiones y muerte por un lado, y el peligro para la seguridad del transporte, derivado de la no realización del cambio de agujas por el guardavías, por el otro.

¹⁷¹ Cfr., Welzel, Hans. *Op. Cit.*, nota 1, p. 250.

A este respecto, es importante mencionar que si bien se observa esta aparente coincidencia conceptual, Liszt y Mezger, al referirse a una primera clase de resultado, aluden expresamente a un cambio exterior, perceptible por los sentidos; mientras que Welzel emplea la expresión "lesión de un bien jurídico", terminología que permite advertir una confusión entre dicha lesión y el resultado por el que ésta se produce.

Ahora bien, es importante comentar que no obstante la confusión en comento, en el análisis particular, Welzel alude a supuestos que entrañan una afectación material, y con ello, un resultado propiamente dicho.¹⁷²

Con base en la disposición expresa del §13 del Código Penal Alemán, que circunscribe el ámbito de los delitos de omisión impropia a los delitos de *resultado*, Maurach¹⁷³ distingue dentro de éstos, a los llamados "delitos de causación" y los "demás delitos de resultado".

En los "delitos de causación", el tipo describe sólo el resultado que provocó la acción, sin hacer referencia a la forma en que se produjo, por lo que constituirá acción típica toda acción que produzca dicho resultado.

Los "restantes delitos de resultado" son aquellos en los que la provocación de un determinado resultado coincide con la descripción del tipo legal; así en el fraude, la causación del perjuicio patrimonial es punible sólo cuando se provoca con engaño, provocación del error.

Ahora bien, para el entendimiento de la significación de esta dicotomía y sus alcances, es necesario acudir a la clasificación que adopta como criterio la

¹⁷² *Vid.*, *Ibidem*, pp. 246, 250 y 259. En este contexto, Welzel indica con relación al elemento correspondencia analizado en su oportunidad, que el mismo no suscita problemas fundamentalmente en aquellas acciones típicas que se circunscriben a producciones de *resultado*, o sea, *matar*, *causar la muerte*, que es *equivalente a no impedir la muerte*; sin embargo, advierte la problemática, según se apuntó, de las acciones que exigen una ejecución determinada; v. gr., el llevar con error la contabilidad o no llevar contabilidad, situación que trae aparejada el eventual perjuicio para los intereses patrimoniales de la hacienda pública.

¹⁷³ *Cfr.*, Maurach, Reinhart, *et al. Op. Cit.*, nota 28, pp. 233-234.

conexión entre acción y resultado, y en función de la cual Maurach¹⁷⁴ distingue entre delitos de mera actividad y delitos de resultado (delitos materiales).

Así, en los delitos materiales el resultado se hace presente luego de la actuación de una serie causal impulsada por el autor, separable de la acción a nivel del pensamiento, esto es, se puede hacer una delimitación espacio temporal, advertir un resultado externo; mientras que en los delitos de mera actividad, la acción misma constituye el punto final de la tipicidad, y se hace presente en forma especial el desvalor de acto o de la acción.

Algo que es importante en la exposición de este autor, y que conduce a una delimitación más precisa de la exigencia del resultado objeto de esta sección, lo constituye la referencia a las consecuencias prácticas de su clasificación, que básicamente en lo que aquí interesa, desataca la aplicabilidad, en forma exclusiva, de la doctrina de la causalidad en tratándose de los delitos materiales; la ausencia de significado de la separación de los "simples delitos de causación" del grupo de los delitos de resultado; y finalmente, la ejemplificación correspondiente a cada clase de delito.

Por lo que se refiere al último aspecto mencionado, dentro de los delitos de resultado (materiales), se considera al homicidio, privación de la libertad, la mayoría de los delitos contra el patrimonio y la generación de escándalo público; en el caso de los delitos de mera actividad se mencionan la violación del domicilio, el perjurio, la comisión de determinados actos sexuales y el incesto.

Con lo anterior, es posible advertir que el *resultado* que se precisa para los casos de omisión impropia, en función del criterio de este autor, debe ser representativo de una lesión o afectación (perceptible externamente) que recaer sobre el objeto material del delito, separable espacio temporalmente de la

¹⁷⁴ Cfr., Maurach, Reinhart, *et al. Derecho penal, parte general*, 7ª edición, Tr. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Argentina, Editorial Astrea, 1994, tomo 1, pp. 357-358.

acción que la produce o la omisión con la que se le vincula, siendo éste el caso de los supuestos que a este respecto se enuncian en el párrafo que antecede y que muestran, en principio, proximidad con los requerimientos de nuestros códigos penales.

Jescheck, por su parte, alude a que "...el acaecimiento del *resultado típico* pertenece al momento consumativo del delito de omisión impropia. Así pues, debe ser comprobada, por ejemplo, la muerte del ofendido que tiene lugar por un homicidio imprudente por omisión de la acción de rescate... la persistencia de la sospecha en el delito de acusación falsa por omisión de la rectificación¹⁷⁵... o la muerte de la víctima por medio de la no evitación del atentado..."¹⁷⁶

Ahora bien, el *resultado típico* de acuerdo con este tratadista, "...supone la lesión o puesta en peligro del objeto material, separable de la acción en una dimensión espacial y temporal..."¹⁷⁷ estas notas distintivas no obstante que aluden a ese desdoblamiento en el resultado, salvan la confusión que se advirtió con motivo del análisis de la concepción de Welzel, al establecer su vinculación con el objeto material.¹⁷⁸

¹⁷⁵ En mi opinión el delito de falsa imputación o acusación, previsto en el §164 del Código Penal Alemán, me parece debe ser considerado como un delito de mera actividad, puesto que en esencia se traduce en la imputación a otro de un hecho antijurídico, que se hace ante una autoridad competente para recibir ese tipo de denuncias, características que lo aproximan al de una declaración falsa ante autoridad; así las cosas, la imputación falsa ante la autoridad, en sí, es en mi concepto lo que constituye la materia de la prohibición. El §164 establece: "Falsa imputación. (1) Quien contra su propia convicción impute un hecho antijurídico o la violación de una obligación de servicio a otro ante una autoridad o una persona con cargo oficial competente para recibir denuncias o ante un superior militar, *con la intención* de propiciar o continuar contra él un proceso disciplinario u otras medidas disciplinarias, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. (2) De la misma manera será castigado quien *con la misma intención* y contra su propia convicción ante alguna de las autoridades descritas en el inciso 1 o públicamente haga cualquier otra aseveración de tipo fáctico sobre otro que sea apropiada para promover o continuar contra él un proceso disciplinario u otras medidas disciplinarias."

¹⁷⁶ Cfr., Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas, *Op. cit.*, nota 6, p. 665.

¹⁷⁷ Cfr., *Ibidem*, pp. 278-282.

¹⁷⁸ En efecto, Jescheck señala que debe distinguirse entre el resultado típico y el menoscabo del bien jurídico protegido; en el caso del primero, se encuentra en estrecha relación con el objeto material, en los términos anotados; mientras que la "lesión del bien jurídico afecta la relación de la acción típica con la pretensión de respeto que posee el valor protegido por la disposición penal. También los delitos de actividad contienen, pues, una lesión del bien jurídico." *Ibidem*, p. 282.

Cabe mencionar que al exponer, en general, la naturaleza de los delitos de resultado, y con motivo de ello sus notas distintivas, se observa congruencia con las características enunciadas a propósito del resultado típico, pues de igual forma se hace referencia a una acción diferenciable en el espacio y en el tiempo respecto del objeto material, lo que a su vez se corresponde con los ejemplos propuestos, que involucran delitos que presuponen perjuicios (lesiones o daños) en el objeto material protegido, así como su puesta en peligro.

Por su parte, Silva Sánchez¹⁷⁹ refiere la diferencia en los criterios que se observan en la doctrina al momento de determinar el significado del término "resultado", que va desde su entendimiento en el sentido físico de resultado material, separado en el tiempo y en el espacio de la conducta; hasta su sentido jurídico que comprende lesión o puesta en peligro, lo que a su vez posibilitaría incluir en el ámbito de denotación del término "resultado" a los delitos de mera actividad, tanto de peligro (abstracto) como de lesión.

Sin embargo, señala el propio autor¹⁸⁰, el sentido que se menciona en último término es entendible cuando en cierto modo se descontextualiza el "resultado"; cuestión distinta es abordar el tema cuando, conforme al artículo 11 del Código Penal Español, se alude a "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado...", lo que en principio excluye la interpretación en sentido jurídico, pues si se considera adicionalmente el juicio de equivalencia que precisa dicho precepto entre la *no evitación del resultado y su causación*, ello parece abonar a una restricción tendente hacia los delitos de resultado material, pues causación en sentido estricto sólo hay en estos últimos, los que en todo caso, pueden aparecer como delitos de peligro (concreto) o de lesión.

El desdoblamiento en el resultado que se ha propuesto por otros autores, aquí también cobra vigencia, aunque con la diferencia que en una parte se circunscribe a los delitos de peligro concreto; sin embargo, es de

¹⁷⁹ Cfr., Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 141, pp. 116-117.

¹⁸⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 117.

señalarse que el autor, con esto, reconduce el análisis del “resultado” al “sentido jurídico” que refirió en un principio, con las críticas que a este respecto se han efectuado.

Como segundo aspecto del problema, refiere Silva Sánchez¹⁸¹ que la expresión “...consistan en la producción de un resultado...”, puede interpretarse como excluyente de los delitos que consistan en algo más que un resultado, y en específico, aquellos que se han considerado como de medios determinados, por lo que en derecho español, todo esto lleva a concluir que los delitos puros de resultado entran en consideración a este respecto.

No obstante esta exposición, el propio autor¹⁸² propone un concepto de resultado comprensivo no sólo del correspondiente a los tipos de la parte especial del código penal, sino también del resultado de los tipos integrados que resultan de la conjunción de aquéllos con las disposiciones sobre participación e imperfecta ejecución de la parte general del propio ordenamiento.

En estas condiciones, según propone Silva Sánchez, es con la realización típica activa a título de autor o a título de partícipe con la que habrá que establecer la equivalencia del hecho que se califique de comisión por omisión.¹⁸³

Así, el hecho del omitente que asumió el compromiso de contención, puede considerarse equivalente al de una participación activa en un delito de *mera actividad o de medios determinados*, siempre que se dé un hecho principal de autoría con esas características; teniéndose en estos casos un delito consistente en un *resultado de favorecimiento* de un hecho principal o de una contribución activa de un tercero al mismo, según que el compromiso en

¹⁸¹ Cfr., *Ibidem*, p. 118.

¹⁸² Cfr., *Ibidem*, p. 121

¹⁸³ Cfr., *Idem*.

comento sea de neutralización de la conducta del autor o de los partícipes activos.¹⁸⁴

Me parece interesante la propuesta de entender por *resultado* aquel que deriva de los tipos provenientes del ensamble de los correspondientes a la parte especial (o leyes especiales) y las disposiciones sobre participación de los códigos penales; sin embargo, estimo que Silva Sánchez en este aspecto incurre en lo que trata de erradicar con su construcción dogmática de la "identidad estructural", pues si con ésta se pretende una restricción de los supuestos de comisión por omisión, que el resultado pueda implicar la participación en delitos de medios determinados o mera actividad, entraña en mi opinión una tendencia contraria.

A este respecto, si bien es deseable el establecimiento de límites a la tendencia expansiva de "mancha de aceite" a que aludía Welzel, la forma de lograrlo en mi concepto, no es mediante la equiparación o el juicio de identidad con delitos que se ubican fuera del contexto u origen de los delitos materia de este trabajo; antes bien, deben ser, en principio, los delitos de resultado¹⁸⁵, los que en mi opinión deben ser el eje rector en los casos de participación, incluso si aquél se construye en la forma que postula Silva Sánchez.

Por su parte, en criterio de Jakobs, resultado "...es todo lo que se puede evitar, es decir, en principio, el resultado típico de los delitos de resultado, bien sea una lesión (p. ej., la muerte en el §212 StGB), bien una puesta en peligro

¹⁸⁴ Cfr., *Ibidem*, pp. 119-122. Para este autor, los dos supuestos fundamentales de participación en comisión por omisión son, por un lado, aquellos en que, pese a que el compromiso de contención abarca la conducta del autor activo, resulta imposible establecer una identidad con el hecho del referido autor activo, en razón de la específica configuración de éste; y por otro lado, aquellos en que el compromiso de neutralización abarca sólo conductas de partícipes activos en el hecho y no la del autor (a sólo cursos causales accesorios al curso central lesivo conducido por el autor activo).

¹⁸⁵ Sin perjuicio de adoptar una serie de características designativas que impliquen una restricción en sí del propio concepto de resultado, tal como acontece en nuestros ordenamientos punitivos y la jurisprudencia al respecto emitida.

concreto (p. ej., para la vida e integridad física o importantes valores materiales en los §§315 ss. StGB)...”¹⁸⁶

Se observa en esta parte, en principio, una cercanía con el concepto de resultado material que de inicio establece Silva Sánchez; no obstante, la complejidad del pensamiento de Jakobs se hace también aquí patente.

En efecto, por resultado propone que debe entenderse asimismo un suceso significativo en el camino hacia una lesión, v. gr., la perfección de un documento inauténtico; o la combustión autónoma de un edificio.¹⁸⁷

Del análisis de la idea contenida en el párrafo anterior, cabe pensar, sobre todo si está próxima una lesión, en la diversa de peligro, que pudiera ser concreto, en el primer supuesto, o abstracto, en el segundo; situación que evidencia la ampliación de los alcances del concepto, y con ello, su carácter difuso.

De igual manera, para este autor¹⁸⁸, en los delitos de mera actividad se da resultado, siempre que la actividad se describa como intervención activa sobre un objeto, introduciendo como ejemplo la conducción de *un automóvil*; y señalando que la intervención cabe separarla, como resultado, de la acción.

No obstante, en los delitos de mera actividad, según se apuntó en el apartado precedente, se advierten especiales problemas en la correspondencia con la acción, debido a la vinculación de la intervención a un comportamiento determinado; lo anterior, con independencia de la inviabilidad que entonces se planteó en función del origen específico de la estructura de la comisión por omisión en orden a su vinculación (equiparación o identidad) con los delitos activos de resultado.

¹⁸⁶ Cfr., Jakobs, Günther. *Op. Cit.*, nota 100, p. 951. Los párrafos o artículos que el autor cita en última instancia, prevén tipos que protegen el tráfico vial, ferroviario, marítimo o aéreo en contra de acciones que atenten contra su seguridad.

¹⁸⁷ Cfr., *Idem.*

¹⁸⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 951-952.

En general, considero que los delitos de mera actividad, contrario a lo que establece este autor, son sólo eso, de mera actividad, sin que sea dable apreciar en ellos un resultado en razón de lo expuesto.

Aunado a lo anterior, dentro de las notas distintivas del resultado, Jakobs introduce los casos de delitos de propia mano¹⁸⁹, que en su opinión, pueden llevarse a cabo en comisión por omisión; y al efecto señala el ejemplo de la madre que, pasivamente, deja que se produzca la relación del yacimiento con ella por parte de su hijo menor de edad (§§173.1, 13.1 StGB).

Esta posibilidad, me parece, obedece a la concepción amplia de este autor respecto de los delitos de resultado, dentro de los cuales, según se mencionó, se incluyen los delitos de mera actividad; sin embargo, además de las objeciones al respecto apuntadas, debe considerarse la opinión de la doctrina dominante en el sentido de negar la comisión por omisión en los delitos de propia mano.¹⁹⁰

Asimismo, Jakobs¹⁹¹ incorpora en el ámbito de denotación del resultado, a la *cualificación de un delito*, como los casos de lesiones peligrosas, producidas por medios específicos (venenos, herramientas peligrosas, atraco, participación, etc.); así como los *estadios intermedios* en el camino que conduce al resultado, exigencias que de igual forma deben presentarse en la omisión, v. gr., el homicidio por motivos o con medios determinados; o el error y la disposición patrimonial como fases intermedias hacia el daño patrimonial en el delito de estafa (§263 StGB); notas distintivas que considero pertenecen no al resultado,

¹⁸⁹ En este contexto, Jakobs trata la restricciones a la participación en los delitos de propia mano, que señala, se mantienen en los delitos de omisión; v. gr., en el caso mencionado en el texto, el padre que omite impedir la relación sexual del hijo con la madre, por falta de intervención física propia (personal), no es coautor, sino sólo partícipe; tampoco el militar que, infringiendo su deber, deja de capturar al desertor, puede ser más que partícipe de la deserción, por falta de deserción propia. *Cfr., Ibidem*, p. 952.

¹⁹⁰ *Vid* por todos, Silva Sánchez, Jesús María. *Op. Cit.*, nota 9, pp. 442 y 447. Para Silva Sánchez, haciendo eco de la doctrina, tanto el tipo relativo a la cohabitación entre parientes (incesto en nuestro medio), como otros delitos sexuales (entre ellos, el adulterio), constituyen delitos de propia mano, de los que, en general, se niega la comisión por omisión.

¹⁹¹ *Cfr.*, Jakobs, Günther. *Op. Cit.*, nota 100, p. 955.

que siempre es el mismo, esto es, lesiones, privación de la vida o perjuicio patrimonial, sino al medio o la forma en que éste acontece, situación que en todo caso debe ser objeto de estudio a propósito de la *correspondencia*, para el caso de estimarse viable.

Por último, el propio doctrinario¹⁹² pone de relieve la dificultad en el delito de omisión, para determinar cuándo un resultado se ha producido completamente y su reversión ya no constituye una evitación del resultado, sino una prestación sustitutoria.

La dificultad se deriva de la circunstancia de que en los tipos con frecuencia no se menciona el bien de cuya protección se trata, sino un objeto situado anticipadamente, en el que se objetiviza el bien en cuestión. Así, la libertad se objetiviza en la propiedad, y por lo que se refiere a aquélla, la devolución del dinero robado es evitación del resultado; pero en el robo no se menciona la libertad, y en cuanto a la propiedad, su devolución no constituye evitación del resultado, sino prestación sustitutoria.

Al respecto, estimo que el derecho de propiedad es efectivamente un reconocimiento del Estado al ámbito de libertad que corresponde al individuo para el logro de sus fines, por lo que la consecución de éstos, redundará en beneficio del individuo, y por ende, del Estado mismo.

No obstante, si bien es dable establecer diversas consecuencias de una primera afectación, es necesario distinguir de inicio el bien jurídico que en forma determinada se pretende tutelar a través del correspondiente tipo, pues establecer múltiples reconducciones, de las cuales no se niega su interés, puede llevar a confundir el objeto de análisis.

¹⁹² Cfr., *Idem*.

En este orden, si de robo se trata, el bien jurídico que entraría en consideración es el patrimonio, y de ahí, me parece, debe partir el análisis que se lleve a cabo.

Por su parte, Zaffaroni¹⁹³ hace hincapié en que lo decisivo para los delitos de omisión impropia, es la equiparación a la conducta que viola la norma prohibitiva, es decir, la conducta que viola la norma imperativa es equiparada a la que viola la prohibitiva, y por esa razón, requiere la misma *afectación*, la que se puede traducir en el peligro o la lesión del bien jurídico; y cuando el tipo lo requiere, que la conducta vaya acompañada de un *resultado material*.

Es importante comentar que, para los efectos que este apartado, Zaffaroni utiliza el término *afectación*, mismo que se desdobra en la forma enunciada, y a partir de ahí, se verifica la equiparación que menciona.

Cuestión distinta, aunque no independiente, de acuerdo con la postura que asume este autor al respecto, es el significado del concepto *resultado material*,¹⁹⁴ el cual es requerido por todo tipo, y consiste en una cierta mutación en el mundo físico, la cual puede estar específicamente (expresamente) prevista (requerida) por el tipo; estar implicada en el verbo típico (por que el verbo la traiga aparejada); o bien, no estar determinada en el tipo, de forma que cualquiera que sea la mutación en comento, con tal que *afecte* al bien jurídico, hace típica la conducta.

En otras palabras, según Zaffaroni,¹⁹⁵ no hay *conductas* penalmente relevantes sin *resultado físico o material*; sin embargo, el legislador al individualizar ambos en los tipos, en algunos casos describe el resultado lesivo que produce la *afectación*, en otros es cualquiera que *afecte* al bien (de ahí que

¹⁹³ Cfr., Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 3, pp. 460-461; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 22, p. 575.

¹⁹⁴ Cfr., Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, nota 3, pp. 257-258.

¹⁹⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 267.

no lo describa), y en otros, por último, es conceptualmente inseparable de la acción.

En este contexto, si bien el alcance que el autor otorga al *resultado material*, muestra una óptica que refiere un fenómeno natural que trasciende en una mutación física con las características anotadas, se advierte que a dicho resultado se le ubica en una posición intermedia o de tránsito, entre la *conducta* y la *afectación* del bien jurídico, consistiendo esta última en su puesta en peligro o lesión, y que, de acuerdo con Zaffaroni, es la que interesa para los efectos de equiparación.

En atención a lo anterior, no se puede compartir el criterio que considera la *afectación* para llevar a cabo la equiparación, pues además de olvidar, de alguna manera, el origen de la estructura de la omisión impropia, representa una ampliación significativa de los supuestos de ésta, sobre todo si se carece de una delimitación conceptual de la dupla en que aquélla consiste, siendo preferible atender al *resultado material* que describa el tipo penal, asumiendo una postura próxima a la de Maurach, como la que en efecto se desprende de nuestros códigos penales y la jurisprudencia.

En efecto, los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, respectivamente, en sus numerales 7 y 16, circunscriben los delitos de omisión impropia a los delitos de resultado material; y nuestros tribunales federales definen a éste en función de una afectación espacio temporalmente separada de la conducta y que se define a través de la lesión o mutación externa correspondiente.

Ilustran lo anterior, las tesis de jurisprudencia y asiladas que a continuación se transcriben:

Tesis de jurisprudencia número 1a./J.97/2001, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 10,

tomo XIV, noviembre de 2001, correspondiente a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

DELITOS ELECTORALES. LA CONDUCTA DEL CIUDADANO CONSISTENTE EN PROPORCIONAR, CON CONOCIMIENTO DE QUE ES FALSO, UN NUEVO DOMICILIO A LA AUTORIDAD, LA CUAL OMITE VERIFICAR SU AUTENTICIDAD, ACTUALIZA LA CONDICIÓN NECESARIA PARA QUE SE PRODUZCA LA ALTERACIÓN DEL REGISTRO FEDERAL DE ELECTORES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 411 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Si se toma en consideración, por un lado, que en términos de lo dispuesto en el artículo 411 del Código Penal Federal **a quien por cualquier medio altere o participe en la alteración** del Registro Federal de Electores, de los listados nominales o en la expedición ilícita de credenciales para votar se le impondrá una pena de setenta a doscientos días multa y prisión de tres a siete años y, por otro, que **el verbo alterar significa cambiar la esencia o forma de una cosa**, se colige que si un ciudadano proporciona a la autoridad electoral correspondiente, mediante solicitud en la que consta su firma, huella digital y fotografía, conforme lo ordenado en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, un nuevo domicilio con conocimiento de ser un dato falso, y la citada autoridad es omisa en verificarlo, con ese actuar culpable del ciudadano se establece una de las condiciones necesarias para que se produzca el resultado típico a que hace alusión el precepto mencionado. Lo anterior es así, con independencia de que, de acuerdo a lo establecido en los artículos 135, 138, 140, 141, 142, 143, 144, inciso 6 y 145 del código electoral invocado, materialmente sea a los funcionarios electorales a quienes corresponda la formación, incorporación de datos y vigilancia de su veracidad ante el Registro Federal Electoral, la elaboración del Padrón Electoral, la expedición de las credenciales para votar y la integración de las listas nominales, pues tal circunstancia no excluye de responsabilidad al ciudadano quien, al aportar datos falsos a la autoridad electoral, participó en la alteración de dicho registro, **actualizándose de esta manera el nexo causal entre la acción del ciudadano y el resultado material, previsto y sancionado por el mencionado artículo 411**. Además, al asentarse en el Registro Federal de Electores, listas nominales y credenciales para votar con fotografía, un domicilio falso, proporcionado con pleno conocimiento de esta circunstancia, es indudable que se lesionan los principios de certeza, legalidad y objetividad, de los que deben estar investidos esos instrumentos electorales, pues constituyen las bases para la organización de los procedimientos electorales y la emisión del sufragio universal, libre, secreto y directo.

Contradicción de tesis 72/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, actualmente Primer Tribunal Colegiado en Material de Trabajo del mismo circuito y el Quinto Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del mismo circuito. 19 de septiembre de 2001. Mayoría de 3 votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo.

Tesis aislada número XVI.P.11 P, sustentada por el Tribunal Colegiado en Material Penal del Décimo Sexto Circuito, visible en la página 1717 del tomo XXVI, diciembre de 2007, correspondiente a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

FALSEDAD ANTE UNA AUTORIDAD. AL SER UN DELITO DE RESULTADO MATERIAL CUYA INTEGRACIÓN REQUIERE LA AFECTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO O SU MATERIA, NO PUEDE CONSIDERARSE INSTANTÁNEO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

El delito de falsedad ante una autoridad previsto en el artículo 253 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, requiere para su integración que la finalidad de su comisión sea afectar el procedimiento o su materia, elemento que no puede materializarse al momento de la acción falaz, sino con posterioridad, pues es hasta entonces cuando se actualiza la conducta delictiva. Lo anterior se deduce en virtud de que en el anterior Código Penal de la entidad publicado en el Periódico Oficial del Estado el 4 de mayo de 1978, el delito en cuestión dejó de ser puramente formal para transformarse en una figura de resultado. **Ahora bien, los delitos formales o de simple actividad se agotan con el simple hacer u omitir del sujeto, en cambio, los de resultado o materiales, requieren un cambio o mutación material del mundo externo,** de ahí que la figura descrita y prohibida por el citado artículo 253 no pueda considerarse instantánea, pues para ello se requiere que dicha figura se consume en un solo momento y en ella se contenga: a) una conducta; y b) una consumación y un agotamiento instantáneo del resultado, lo que no ocurre con la referida figura legal, porque contrariamente, la afectación que exige puede ocurrir en cualquier momento del procedimiento, ya sea en la etapa probatoria o bien al emitirse la sentencia o laudo respectivos, pero no necesariamente en el momento mismo en que el agente se conduce con falsedad ante la autoridad por cualquiera de los medios que en el propio precepto se especifican, puesto que las consecuencias de la falsedad no pueden desprenderse o actualizarse en el momento en que se vierte, y aunque ahí surja el peligro de lesión al bien jurídico, la afectación al procedimiento o su materia no podrán materializarse sino a futuro; lo anterior es así, porque **al momento de tener por acreditado el cuerpo del delito es necesario determinar el momento de la actitud mendaz producida en el juicio, y si efectivamente afectó el procedimiento o su materia,** ya que si únicamente se toma en cuenta el instante en que se produjo la falsedad, no podrán determinarse las consecuencias que originó, lo cual implica **la no consumación del ilícito hasta que se surta el resultado exigido por la conducta.**

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 50/2007. 6 de septiembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Mejía Ponce de León. Secretario: José Alejandro Gómez del Río.

Tesis aislada P.XXXIX/99 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 10 del tomo IX, mayo de 1999, correspondiente a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

CHEQUES SIN FONDOS. EL DELITO DE FRAUDE ESPECÍFICO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 338, FRACCIÓN XXI, DEL CÓDIGO PENAL DE DURANGO, REQUIERE DE UN RESULTADO TAMBIÉN ESPECÍFICO.

El ilícito mencionado no es de peligro como lo era el que tipificaba el segundo párrafo, ahora derogado, del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuya finalidad fundamental era la seguridad de la circulación del cheque como instrumento de pago, al margen del daño patrimonial causado a otro; contrariamente, **la disposición local aludida tipifica un delito de resultado material, pues además de describir la conducta como aquella consistente en que el sujeto activo libre un cheque contra una institución bancaria si no tiene cuenta o carece de fondos suficientes para el pago, establece** que “No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin procurarse ilícitamente de una cosa u obtener un lucro indebido.”; de lo que se infiere que no tiende a proteger la circulación del título de crédito, sino **el daño patrimonial causado por la conducta fraudulenta.**

Amparo directo en revisión 472/98. Efraín Donato Corral Arredondo. 11 de enero de 1999. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Gabriel Clemente Rodríguez.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinte de abril en curso, aprobó, con el número XXXIX/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiuno de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Tesis aislada número I.9o.P3o P, sustentada por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, consultable en la página 1115 del tomo XIX, febrero de 2004, correspondiente a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

QUEBRANTAMIENTO DE SELLOS, DELITO DE. CASO EN QUE NO SE CONFIGURA LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 286 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Las proposiciones que empleó el legislador para la definición de las desviaciones punibles previstas en el precepto de que se trata, se refieren a hechos empíricos exactamente denotados que permiten diferenciar los tipos penales que contempla, atendiendo a su resultado. Así, para constatar la materialización de la conducta que en abstracto describe el primer párrafo del numeral en comento, **es**

necesario que se fracturen los sellos, o bien, que la conducta desplegada sea idónea para hacer ineficaz su colocación mediante actos que impliquen daño, transformación o cambio de la materia sobre la que fueron colocados por disposición legal; asimismo, requiere que la colocación de los sellos sea idónea para asegurar la conservación e identidad de la cosa, sin dejar libres otras aberturas a través de las cuales se puedan eludir los sellos. En tanto, el tipo penal equiparado previsto en el segundo párrafo de la disposición legal que se analiza, se consuma por la sola introducción al lugar clausurado, aunque los sellos permanezcan incólumes. En tal virtud, si la autoridad competente que ordenó y puso los sellos no lo hizo de manera eficaz, colocando éstos en todos los accesos al lugar, con la finalidad de hacer del conocimiento público el estado que guarda éste en relación con los intereses colectivos que tiene encomendados, y el quejoso se introduce al sitio clausurado por una entrada que no tiene el sello de la autoridad, debe estimarse que la conducta típica descrita en el primer párrafo del artículo 286 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, no se consumó por la ineficacia de la autoridad, en razón de la **necesaria constatación del resultado material.**

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1959/2003. 11 de diciembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Luis Fernando Lozano Soriano.

Tesis aislada 1a. XIX/2004, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 307 del tomo XIX, marzo de 2004, correspondiente a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD. EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN INICIA A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE CESA LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.

El Código Penal Federal es claro al fijar en su artículo 102 las reglas aplicables respecto al momento a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción, en atención a la categoría del delito y al establecer en la fracción IV del citado artículo que en los delitos permanentes tal cómputo iniciará desde la cesación de su consumación. Ahora bien, si se atiende, por un lado, a que conforme a la fracción II del artículo 7o. del ordenamiento legal mencionado, son delitos permanentes o continuos aquellos cuya consumación se prolonga en el tiempo y, por el otro, que por su naturaleza la "libertad" es un bien jurídico que jamás queda agotado, ya que puede resistir la consumación de la conducta típica prolongada en el tiempo, resulta evidente que **el delito de privación ilegal de la libertad es de resultado material y permanente en virtud de que se consuma en el momento** en que se detiene ilegalmente a la víctima y dura todo el tiempo que esa detención se prolongue, es decir, **a partir de que se impone a aquélla el impedimento físico de su libertad de tránsito y hasta que el bien jurídico se le reintegre plenamente (hasta que recupere la posibilidad de libre desplazamiento)** y, por ende, éste será el momento a partir de cual

resultará procedente iniciar el cómputo del plazo para que opere la prescripción.

Recurso de apelación extraordinaria 1/2003. Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito al Primer Tribunal Unitario del Cuarto Circuito. 5 de noviembre de 2003. Unanimidad de 4 votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Roberto Javier Ortega Pineda.

CAPÍTULO VI

REQUISITOS PARA LA INTEGRACIÓN DE LA OMISIÓN IMPROPIA EN NUESTROS CÓDIGOS PENALES.

SUMARIO: 1. Código Penal Federal (artículo 7). 2. Código Penal para el Distrito Federal (artículo 16). 3. Códigos penales de las entidades federativas. 3.1. Códigos Penales con filiación al Código Penal Federal. 3.2. Códigos Penales con filiación al Código Penal para el Distrito Federal. 3.3. Otros Códigos Penales que también regulan la omisión impropia en su parte general. 3.4. Código Penal del Estado de San Luis Potosí.

1. Código Penal Federal (artículo 7).

En la parte general de este ordenamiento, la norma que permite que los tipos de acción con resultado material puedan llevarse a cabo también por omisión, se encuentra prevista en el segundo párrafo de su artículo 7, que literalmente dispone:

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

En esta disposición es posible observar como requisitos de integración de esta clase de delitos, los siguientes:

A) En primer lugar, se debe mencionar al deber jurídico de actuar o deber de garante, cuyo origen se circunscribe a las tres fuentes tradicionales: *la ley, el contrato y el actuar precedente* (injerencia), cuyo estudio fue abordado con anterioridad, y al cual me remito en obvio de repeticiones.

B) Por otra parte, la actualización del supuesto normativo transcrito, requiere asimismo la *ausencia de la acción debida*, que se traduce en *no impedir (omisión)* un resultado, según se desprende del texto, incumpliendo con ello el deber jurídico de evitación, proveniente de las fuentes que han quedado anotadas.

C) En cuanto al resultado que de igual forma se exige, el precepto lo circunscribe a aquellos de orden material, esto es, en los que la acción u omisión va seguida de la causación de un resultado separable espacio temporalmente.

D) Aunque en la redacción del precepto objeto de análisis, no se encuentra prevista expresamente la capacidad individual de acción (*capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado*); en atención al análisis realizado en el capítulo precedente, dicho requisito debe considerarse presupuesto en esta clase de delitos, toda vez que para evitar un resultado de esta naturaleza es necesario disponer de los conocimientos y habilidad física para llevar a cabo la acción prescrita; así como que el resultado en términos reales sea evitable, de manera que con la conducta ordenada se tenga la posibilidad cierta de interferir la causalidad.

E) Por último, la equivalencia que debe existir entre la inactividad y la actividad descrita en el tipo de acción, desafortunadamente no fue contemplada por el legislador en este ordenamiento, situación que puede permitir una ampliación del ámbito de punibilidad en los delitos de resultado material, sin mayores límites que el deber de garante del autor para atribuir responsabilidad penal en comisión por omisión en esos supuestos, pues la ausencia de previsión de referencia representaría menores exigencias para colmar sus extremos.

Aunque una interpretación de la disposición transcrita, acorde con la naturaleza de los delitos de omisión impropia, y por ende, de la necesidad de la equivalencia en comento, debiera pasar por considerar esta última para los efectos

de la integración de aquéllos, lo cierto es que al no encontrarse prevista en forma expresa en el texto de la norma, dicha interpretación puede significar una verdadera integración de la ley penal, en franca transgresión del principio de legalidad en esta materia.

2. Código Penal para el Distrito Federal (artículo 16).

La regulación de los delitos de omisión impropia en este cuerpo normativo, se contiene en su numeral 16, cuyo texto es el siguiente:

ARTÍCULO 16. (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente la 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.

Del análisis de este precepto, se desprenden los requisitos de integración siguientes:

A) La posición de garante es el primero de los requisitos de que se ocupa este precepto, pues la enuncia en su fracción I, y en la segunda parte del artículo, incisos de la a) al d), delimita los supuestos o circunstancias que dan margen para que alguien se ubique en dicha posición; supuestos de cuyo estudio se ocupó el Capítulo IV, por lo que debe tenerse aquí por reproducido lo que entonces se dijo, en obvio de repeticiones.

B) El contenido del deber de garante, de conformidad con el primer párrafo de este artículo, consiste en evitar la producción de un resultado que afecte bienes jurídicos; en estas condiciones, el incumplimiento de aquél se traduce en la *no realización de la acción debida*, siendo este último supuesto otro de los requerimientos para la estructura del impropio delito de omisión, según se adelantó, el cual se advierte cuando dicho párrafo alude a la atribución del resultado a quien *omita impedirlo*.

C) Al igual que en el Código Penal Federal, en este ordenamiento se exige que el resultado producido sea de índole *material*, el cual será atribuido a quien no lo impida, siempre que tenga el deber jurídico de evitarlo.

D) De conformidad con la fracción II de este artículo, es menester asimismo que el resultado material, en atención a las circunstancias, pueda ser evitado; elemento que denota la presencia del requisito llamado *capacidad individual de acción*; no es óbice para lo anterior que el texto legal aluda únicamente a la *posibilidad de evitación*, pues ésta y la capacidad de acción, según se dijo, constituyen un requisito presupuesto para estos delitos.

E) Por último, la fracción III prevé con toda claridad la *equivalencia entre la inactividad (no impedir el resultado) y la actividad prohibida en el tipo*, que se erige en otro de los extremos que deben colmarse para la integración de una omisión impropia a la luz de este ordenamiento.

Es importante destacar que al establecer esta equivalencia, el legislador introdujo el término "eficacia", el cual es empleado generalmente en un contexto

fáctico, vinculado con el logro del propósito que se desea o espera,¹ e incluso, con la producción de ciertos efectos.²

En este sentido, el término en comento parece requerir que la inactividad tenga la misma eficacia causal que la actividad respecto del resultado, situación que parece equívoca, pues el mismo no debe ser aplicado a la inactividad, toda vez que ésta no puede influir en el mundo fáctico o empírico; antes bien, sólo cabe comprobar que no se realizó una acción que habría impedido el resultado típico (cuasicausalidad o causalidad hipotética). Por lo demás, téngase aquí por reproducido el análisis que con relación a este elemento de integración se efectuó en el Capítulo V.

3. Códigos penales de las entidades federativas³.

De acuerdo con el análisis realizado en el Capítulo IV, respecto de la regulación de las fuentes del deber de garante en los ordenamientos punitivos de los Estados de la República Mexicana, se sigue en el presente el propio esquema expositivo, en atención a las diversas orientaciones de aquéllos, las cuales permiten agruparlos en función de su vinculación teórica con los Códigos Penales Federal o del Distrito Federal, así como aquellos casos donde se advierte una orientación distinta.

En estas condiciones, y previo a la exposición de los requisitos de las omisiones materia del presente trabajo de investigación, es necesario comentar que la presentación de los mismos atiende a su reconocimiento expreso en el texto de los correspondientes preceptos; sin embargo, por lo que hace a aquellos

¹ Cfr., Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, vigésima segunda edición, España, Editorial Espasa, 2001, tomo 4, coscarse-engaratusar, p. 586.

² Cfr., Bonifaz Alfonzo, Leticia. *El problema de la eficacia en el derecho*, segunda edición, México, Editorial Porrúa, 1999, pp. 1-8.

³ Para una referencia completa del texto de los artículos, véanse las tablas contenidas en el punto 3 del Capítulo IV.

previstos sólo en algunos ordenamientos (*equivalencia de la inactividad a la actividad prohibida en el tipo*), o bien, no considerados en el texto normativo, pero cuya aplicación debe considerarse un presupuesto (*capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado*), me remito a los comentarios al efecto formulados, con motivo del análisis de los requisitos de los artículos 7 y 16 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, respectivamente.

3.1. Códigos penales con filiación al Código Penal Federal.

Entidad federativa	Requisitos de integración	Parte conducente del precepto
Aguascalientes	<p>a). Posición de Garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado de lesión o de peligro.</p> <p>d). Equivalencia de la inactividad a la actividad prohibida en el tipo (Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>a). "...se equiparará la acción a la omisión: ...Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; o ...Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido... mediante una acción y omisión precedente..."</p> <p>b). "El resultado... se entenderá cometido por omisión... cuando la no evitación de aquel..."</p> <p>c). "El resultado de lesión o de peligro, se entenderá cometido por omisión..."</p> <p>d). "...la no evitación de aquel (resultado), ...equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a una causación..." (Artículo 126).</p>
Baja California Sur	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p>	<p>a). "...siempre que esta obligación sea consecuencia de una ley o de un contrato."</p> <p>b). "...teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide..."</p> <p>c). "En los delitos de resultado material, también responderá del resultado típico..." (Artículo 22).</p>
Campeche	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p>	<p>a). "...tenía el deber de actuar... derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente."</p> <p>b). "...también será atribuible el resultado... al que omite impedirlo..."</p>

Entidad federativa	Requisitos de integración	Parte conducente del precepto
	c). Producción del resultado material.	c). “En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico...” (Artículo 5).
Coahuila	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado.</p> <p>d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p> <p>e). Nexo causal (normativo).</p>	<p>a). “...el deber de actuar... sólo se fundará en la ley, reglamento, resolución administrativa o judicial; contrato o convenio; hacer precedente... o en principios de comunidad de vida o convivencia social...” (Artículo 36).</p> <p>b). “...respecto de cualquier forma de intervención que admita la omisión, el deber de actuar en el caso concreto sólo se fundará en la ley...” (Artículo 36).</p> <p>c). “Para que la omisión del autor sea punible por figura típica de resultado...” (Artículo 34).</p> <p>d). “Para que la omisión del autor sea punible... será necesario que aquel (sic) pueda impedirlo...” (Artículo 34).</p> <p>e). “...La omisión equivale a causar si al añadir la acción debida y posible, se evita el resultado.” (Artículo 35).</p>
Estado de México	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p>	<p>a). “...el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su actuar precedente.”</p> <p>b). “...también será atribuible el resultado... al que omite impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo...”</p> <p>c). “...En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico...” (Artículo 7).</p>
Guanajuato	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p> <p>d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p>	<p>a). “...el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.”</p> <p>b). “...será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo...”</p> <p>c). “...En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido...”</p> <p>d). “...será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si de acuerdo a las circunstancias podía</p>

Entidad federativa	Requisitos de integración	Parte conducente del precepto
		hacerlo...” (Artículo 9).
Hidalgo	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p> <p>d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p>	<p>a). “...derivándose dicho deber de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.”</p> <p>b). “...también responderá del resultado... quien teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide...”</p> <p>c). “En los delitos de resultado material, también responderá del resultado típico...”</p> <p>d). “...responderá del resultado... quien... no lo impide pudiendo hacerlo...” (Artículo 17).</p>
Sonora	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado.</p>	<p>a). “...deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente...”</p> <p>b). “...el resultado es consecuencia de una conducta omisiva cuando se determine que el que omitió impedirlo...”</p> <p>c). “...En los delitos de comisión por omisión se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva...” (Artículo 5).</p>
Yucatán	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p>	<p>a). “...tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.”</p> <p>b). “...será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo...”</p> <p>c). “En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido...” (Artículo 6).</p>

Dentro de este grupo de ordenamientos, es de subrayarse la disposición que respecto del resultado contiene el del Estado de Aguascalientes, donde a diferencia de lo que constituye un requerimiento inherente para la omisión impropia, se exige la producción de un resultado no sólo material, sino también de peligro, lo que en el caso específico representa un aumento en el ámbito de punibilidad de estas omisiones; sin embargo, en este supuesto será necesario que el correspondiente

tipo de acción establezca en forma *expresa* el resultado de lesión (material), o bien, en su caso, el de peligro, sin que este último pueda inferirse en aquellos casos de tipos de simple actividad, donde la punibilidad se establece en atención a ésta, con independencia del peligro resultante.

3.2. Códigos penales con filiación al Código Penal para el Distrito Federal.

Entidad federativa	Requisitos de integración	Parte conducente del precepto
Chiapas	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p> <p>d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p>	<p>a). "...Calidad de Garante.- En la omisión impropia se considerará que el activo tenía el deber jurídico de evitar el resultado típico... si la obligación de evitarlo deriva de:..." (Artículo 12).</p> <p>b). "...Existe omisión impropia...en los delitos de resultado material cuando éste es atribuible a quien haya omitido impedirlo..." (Artículo 11)</p> <p>c). "...Existe omisión impropia... en los delitos de resultado material..." (Artículo 11)</p> <p>d). "...éste (resultado) es atribuible a quien haya omitido impedirlo, siempre y cuando el resultado fuera evitable..." (Artículo 11)</p>
Chihuahua	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p> <p>d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p> <p>e). Equivalencia de la inactividad a la actividad prohibida en el tipo (Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>a). "...Es garante del bien jurídico, por:..."</p> <p>b). "...será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo..."</p> <p>c). "...En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico..."</p> <p>d). "...De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo..."</p> <p>e). "...Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo." (Artículo 16)</p>
Morelos	a). Posición de garante	a). "...Es garante del bien jurídico el que:..."

Entidad federativa	Requisitos de integración	Parte conducente del precepto
	<p>(Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p> <p>d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p> <p>e). Que la inactividad permita la realización del resultado.</p>	<p>b). "...será atribuible el resultado típico producido al que omite evitarlo..."</p> <p>c). "...En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico..."</p> <p>d). "...si de acuerdo con las circunstancias, podía evitarlo..."</p> <p>e.) "...su inactividad permitió la realización de dicho resultado..." (Artículo 14)</p>
Oaxaca	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p> <p>d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p> <p>e). Equivalencia de la inactividad a la actividad prohibida en el tipo (Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>a). "...Es garante del bien jurídico el que:..."</p> <p>b). "Quien omite evitar un resultado..."</p> <p>c). "Quien omite evitar un resultado material descrito en un tipo de acción, será considerado autor del mismo..."</p> <p>d). "...será considerado autor del mismo, sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo..."</p> <p>e). "...su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo..." (Artículo 7)</p>
Tabasco	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p> <p>d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p> <p>e). Equivalencia de la</p>	<p>a). "...Es garante del bien jurídico el que:..."</p> <p>b). "...Quien omite evitar un resultado..."</p> <p>c). "...Quien omite evitar un resultado material descrito en un tipo de acción será considerado autor del mismo..."</p> <p>d). "...será considerado autor del mismo sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo..."</p> <p>e). "...su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el</p>

Entidad federativa	Requisitos de integración	Parte conducente del precepto
	inactividad a la actividad prohibida en el tipo (Segundo criterio de equivalencia).	tipo...” (Artículo 9)

3.3. Otros códigos penales que también regulan la omisión impropia en su parte general.

Entidad federativa	Requisitos de integración	Parte conducente del precepto
Baja California	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p>	<p>a). “...responderá del resultado típico producido quien, teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo...”</p> <p>b). “...quien, teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide.”</p> <p>c). “...En los delitos de resultado material, también responderá del resultado...” (Artículo 12)</p>
Colima	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado.</p> <p>d) Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p>	<p>a). “...Responde también del resultado típico producido... si debía jurídicamente evitarlo.”</p> <p>b). “...Responde también del resultado típico producido, el que omite impedirlo...”</p> <p>c). “...Responde también del resultado típico producido...”</p> <p>d). “...Responde... del resultado... el que omite impedirlo, si podía hacerlo de acuerdo con las circunstancias...” (Artículo 9).</p>
Guerrero	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado.</p>	<p>a). “...Será atribuible el resultado típico producido, a quien teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo...”</p> <p>b). “...a quien teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide.”</p> <p>c). “...Será atribuible el resultado típico producido, a quien...” (Artículo 13)</p>
Michoacán	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p>	<p>a). “...No impedir el resultado cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo...”</p>

Entidad federativa	Requisitos de integración	Parte conducente del precepto
	<p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado.</p>	<p>b). "...No impedir el resultado..."</p> <p>c). "...No impedir el resultado..." (Artículo 10)</p>
Nuevo León	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado.</p> <p>d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p>	<p>a). "...TAMBIÉN RESPONDERÁ (DEL RESULTADO) QUIEN, TENIENDO EL DEBER JURÍDICO DE EVITARLO..."</p> <p>b). "...RESPONDERÁ (DEL RESULTADO) QUIEN, TENIENDO EL DEBER JURÍDICO DE EVITARLO, NO LO IMPIDIÓ..."</p> <p>c). "...CUANDO SE REPRIMA EL HECHO EN RAZÓN DEL RESULTADO PRODUCIDO, TAMBIÉN RESPONDERÁ..."</p> <p>d). "...TENIENDO EL DEBER JURÍDICO DE EVITARLO, NO LO IMPIDIÓ HABIENDO PODIDO HACERLO." (Artículo 13).</p>
Puebla	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado.</p> <p>d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p>	<p>a). "...responderá también de él (resultado) quien, teniendo el deber jurídico de evitarlo..."</p> <p>b). "...responderá (del resultado)... quien... no lo impidió..."</p> <p>c). "...Cuando se sancione el hecho en razón del resultado producido, responderá también..."</p> <p>d). "...responderá (del resultado)... quien... no lo impidió habiendo podido hacerlo." (Artículo 23).</p>
Querétaro	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción debida.</p> <p>c). Producción del resultado material.</p> <p>d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.</p>	<p>a). "...responderá (del resultado) quien... debía jurídicamente evitarlo."</p> <p>b). "...responderá (del resultado) quien no lo impida..."</p> <p>c). "En los delitos de resultado material por conducta omisiva, responderá..."</p> <p>d). "...responderá (del resultado) quien no lo impida, si podía hacerlo..." (Artículo 11).</p>
Quintana Roo	<p>a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia).</p> <p>b). Ausencia de la acción</p>	<p>a). "...Será atribuido el resultado... a quien teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo..."</p> <p>b). "...Será atribuido el resultado... a quien... no</p>

Entidad federativa	Requisitos de intregación	Parte conducente del precepto
	debida. c). Producción del resultado.	lo impida.” c). “...Será atribuido el resultado típico producido a quien...” (Artículo 12)
Sinaloa	a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia). b). Ausencia de la acción debida. c). Producción del resultado. d). Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.	a). “Será atribuible el resultado... a quien teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo...” b). “Será atribuible el resultado... a quien... no lo impida...” c). “Será atribuible el resultado típico producido, a quien...” d). “Será atribuible el resultado... a quien... no lo impida, pudiendo hacerlo.” (Artículo 12)
Veracruz	a). Posición de garante (Primer criterio de equivalencia). b). Ausencia de la acción debida. c). Producción del resultado.	a). “...responderá del resultado... quien (tenga)... el deber jurídico de evitarlo.” b). “...responderá del resultado... quien omita impedirlo...” c). “...responderá del resultado producido quien...” (Artículo 19)

3.4. Código Penal del Estado de San Luis Potosí.

De acuerdo con lo estudiado en el Capítulo IV, en el caso del Estado de San Luis Potosí, después de haber analizado en forma integral su ordenamiento punitivo, se advirtió que en la parte especial el artículo 107 prevé un sólo supuesto de omisión impropia, con motivo de regular el homicidio; dicho precepto literalmente prescribe:

ARTÍCULO 107. Comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro.

Incorre en homicidio por omisión, quien teniendo el deber de cuidado hacia un enfermo, incapaz o menor por razones de cercanía o parentesco se abstenga de prestarle protección o impida su tratamiento médico, influyendo con tal indolencia en su muerte.

De la disposición transcrita se desprenden como requisitos para la integración del homicidio por omisión, los siguientes:

A) En primer lugar, un deber de garante, cuyo contenido consiste en brindar el cuidado o protección a personas específicas, pudiendo tratarse de una persona enferma, un incapaz o un menor de edad.

B) Para la actualización de este supuesto, el tipo requiere el incumplimiento de la acción prescrita, a través de la abstención correspondiente o impedir el tratamiento médico, que de igual forma representa una contravención al cuidado o protección debidos.

C) Asimismo, en atención al contenido del deber de actuar y a las formas en que puede verificarse su incumplimiento, el resultado que debe evitarse es la privación de la vida de otro, de manera tal que al presentarse éste, así como los otros elementos señalados, se estará en presencia de un homicidio por omisión.

D) La capacidad individual de acción (capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado), a pesar de no encontrarse prevista en forma expresa, debe considerarse, según se apuntó, un presupuesto dentro de los elementos o requisitos de esta clase de delitos, en los que, además, se requiere que con la conducta ordenada se haya tenido la posibilidad cierta de interferir la causalidad.

Al respecto, en la parte final del precepto de referencia, se precisa que la abstención de protección o el impedimento del tratamiento médico, calificados como "indolencia", influyan en la muerte; exigencia que al suponer la vinculación entre el resultado y la ausencia de la acción debida, debe analizarse, de acuerdo con la doctrina dominante, a la luz de una fórmula de cuasicausalidad (fórmula adaptada de la *conditio sine qua non*).

Por otra parte, es importante destacar en el supuesto normativo objeto de análisis, el uso del término "influencia", el cual, en razón de su vaguedad no permite conocer su grado o magnitud, para determinar con ello la aparición del resultado, situación que puede dar margen a interpretaciones contradictorias.

E) Finalmente, el legislador local al regular en este precepto la tradicional formulación típica del homicidio, por un lado, y la posibilidad de llevar a cabo el mismo en forma omisiva, por el otro, establece en forma expresa la equivalencia entre el no impedir la privación de la vida y su causación por vía activa, lo que supone una valoración semejante en cuanto a contenido de injusto.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La concepción que se pueda tener del delito, se encuentra en estrecha relación con la manera de ser de cada pueblo y las necesidades de cada época; así, conductas que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas, y en cambio, conductas a las que no se les atribuía el carácter de delitos, han sido erigidas como tales.

Sin embargo, en el devenir de la historia, los autores han tratado, con las dificultades que conlleva, de producir un concepto de delito con validez universal para todos los tiempos y lugares; buscando el establecimiento de una construcción dogmática que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como tal y ser sancionado, en consecuencia, con una pena.

SEGUNDA. De las diferentes definiciones analizadas, es posible observar que en términos generales la doctrina ha entendido al delito integrado en su núcleo conceptual, al menos por elementos tales como *acción o conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y conminación con pena*, a partir de los cuales le ha sido posible evolucionar a la dogmática penal en función de la caracterización, ubicación y enfoques respecto de cada uno de ellos.

TERCERA. Por lo que hace a las formas de comisión de los delitos, la legislación punitiva, seguida por la doctrina, establece que éstos sólo pueden llevarse a cabo por *acción* o por *omisión*, previendo en diversos casos en la parte general, por lo que se refiere a la segunda, la regulación de la omisión impropia, retomando alternativamente los elementos dogmáticos correspondientes a las Teorías Formal del Deber Jurídico y Material de las Funciones, siendo esta última en la que al día de hoy se centra la atención de los estudiosos.

CUARTA. La acción en estricto sentido puede considerarse como una conducta humana, voluntaria, definida por una actividad o movimiento corporal susceptible de lesionar bienes jurídicos, ya sea por la actividad en sí, o por el efecto externo o natural de ésta, diferenciable espacio temporalmente, que recae sobre el objeto material.

QUINTA. El comportamiento es la relación del *Yo* conciente y físicamente libre con el mundo circundante, pudiendo consistir esa relación en incidir en el mundo exterior, o dejando que las cosas sigan su curso o permanezcan inalteradas.

SEXTA. La psique tiene una capacidad de atención más reducida que los movimientos que simultáneamente puede llevar a cabo, los cuales se pueden realizar en forma automática o inconciente, sin que exista voluntad actual de realizar cada uno; sin embargo, esos movimientos son comportamientos, pues en cualquier momento el sujeto tiene la posibilidad de intervenir con la conciencia y realizar otra conducta.

SÉPTIMA. El *Yo* conciente tiene una capacidad de motilidad que, además de la *vis absoluta*, también la condiciona la ausencia de conocimientos o la situación objetiva que, según el caso, pueden impedir la realización del movimiento corporal o acción.

OCTAVA. La actividad o inactividad como especies del concepto de conducta como concepto natural, no deben identificarse con la distinción tradicional entre delitos de acción y delitos de omisión; pues en aquél caso se corresponde con la realidad natural, mientras que en éste la distinción resulta de un juicio de relación que examina la conducta con base en la norma para determinar su conformidad con ella; así, puede suceder que desde un punto de vista natural una actividad o acción, pueda representar, desde una óptica normativa, una omisión.

NOVENA. La omisión (al igual que la acción), aunque se parta de una concepción naturalista de conducta, es un término normativo que sólo se corresponde con aquella concepción en el modo o la forma en que la conducta puede ser contraria a la norma, pudiendo consistir tanto en una actividad como en una inactividad.

De esta manera, si al no hacer debiendo actuar, se acompañan ciertos actos que consisten en contraobrar positivamente de lo que está prescrito, no son esos actos de apariencia física positiva los significantes para el derecho, sino el no cumplimiento de lo que se espera y que debe ejecutarse.

DÉCIMA. La omisión es una especie del género no hacer, en donde se seleccionan normativamente aquellos comportamientos que merecen un juicio axiológico negativo.

A este respecto, es necesario destacar que fuera del mundo valorativo de la norma jurídica, no está sólo el mundo no valorativo del ser, sino ese mundo y también el mundo valorativo de todas las restantes normas distintas de la jurídica; de esta manera, la omisión es siempre un no hacer en contra de lo exigido por alguna norma (jurídico penal, religiosa, convencional, etc.)

DÉCIMA PRIMERA. La omisión no consiste en un simple no hacer, sino en un no hacer determinado, con lo que se vincula una actividad requerida con ese no hacer.

DÉCIMA SEGUNDA. De conformidad con la construcción desarrollada por Mezger, la acción esperada es un elemento necesario para apreciar una omisión, aunque no suficiente, toda vez que aquella será antijurídica sólo cuando la acción esperada, sea también exigida por el derecho.

DÉCIMA TERCERA. Si una omisión se sustenta por la no realización de una acción exigida por el derecho, el fundamento para esperar dicha acción sólo puede encontrarse en una fuente distinta, como la moral o la costumbre.

DÉCIMA CUARTA. Con motivo de una omisión, puede estar presente en ella tanto la culpa como el dolo; por lo que hace en lo específico a la ausencia del dolo en la omisión, me parece que contrariamente a lo que opina Welzel, y empleando la distinción que hace entre omisión inconciente y conciente; esta última, al suponer que el individuo sabe de su poder de actuar, no es incompatible con la concurrencia de un dolo tendente a causar daño en bienes jurídicos.

DÉCIMA QUINTA. La comprobación de una omisión sólo puede lograrse si se tiene un referente valorativo, esto es, la existencia de una norma que ordena la realización de una actividad o la evitación de un resultado determinados.

DÉCIMA SEXTA. La omisión puede apreciarse a través, tanto del no movimiento corporal por contracción muscular, como por realizar cualquier otra acción diferente de aquella cuya realización impone el deber jurídico; esto significa que el sustrato real de la omisión es la acción efectivamente realizada, en la cual se comprende el mero permanecer inactivo.

Visto así, la expresión *omisión* encierra una referencia al significado de la conducta efectivamente acaecida, al parangón entre lo realizado con lo exigido, del que podrá surgir la afirmación de tipicidad; o como dice Silva Sánchez, la omisión surge como tal en el enunciado que expresa la relación de discordancia de la conducta efectiva con la pretensión que parte del bien jurídico.

DÉCIMA SÉPTIMA. Aunque en la doctrina se ubiquen a las teorías de la *acción esperada* y del *aliud agere*, como construcciones dogmáticas no sólo

diferentes sino recíprocamente excluyentes; creo que ambas son formas distintas de abordar el mismo objeto de conocimiento, y que en modo alguno se oponen, sino que se complementan.

Su punto de conexión está dado por la aceptación del criterio axiológico que aporta la norma jurídica para apreciar la omisión. En el caso de la teoría del *aliud agere*, se centra la atención en toda acción distinta a la ordenada, incluyendo la pasividad corporal; en tanto que en sede de la *acción esperada*, lo hace en la acción mandada cuya realización se espera, determinando la existencia de una omisión al no verificarse ésta, precisamente por haber realizado una acción distinta a la que se esperaba y que exige la norma, en estas condiciones, no advierto puntos de oposición entre ambas teorías, y sí elementos para considerar el carácter complementario de ambas.

DÉCIMA OCTAVA. El delito de omisión simple se caracteriza por la sola inactividad, esto es, se agota con la simple no ejecución de una actividad determinada, sin que para su punibilidad sea necesario agregar algún efecto externo o alteración del mundo exterior.

Esto último significa que con la acción ordenada puede ser evitado un resultado negativamente valorado por el ordenamiento jurídico, pero el legislador no convierte dicha evitación en un deber para el omitente ni, en consecuencia, el acaecimiento de un resultado determinado, en un elemento del tipo; lo anterior implica que en este tipo de delitos puede estar presente un resultado material, sólo que la ley coloca su atención en la omisión misma, lo que no significa que aquél no exista o no se presente en la realidad.

En la omisión simple la norma vulnerada es siempre imperativa y el autor es indiferenciado, es decir, cualquiera que se encuentre en la situación típica puede convertirse en autor de omisión, pues en este delito la obligación de actuar en esa

situación se deriva de su mera condición de habitantes y no por particulares relaciones jurídicas.

DÉCIMA NOVENA. Las omisiones impropias son aquellas a las que se vincula un resultado material, pues el tipo en forma expresa señala dicho resultado, así como la inactividad que la ley asocia al mismo; la vinculación entre ambos elementos se da por la posición de garantía en que se ubica el autor para la preservación del bien jurídico, evitándole cualquier daño; si no lo impide se le atribuye la autoría en su producción, no porque lo haya causado, sino por no evitarlo, violando una norma preceptiva, y parcialmente, otra prohibitiva.

VIGÉSIMA. La posición de garante es una relación especial y estrecha en la que se encuentran un sujeto y un bien jurídico determinado, de la cual surge un deber jurídico cualificado de actuar, consistente en la protección o evitación de lesiones o puestas en peligro de éste, así como en la obligación de responder de que dichos resultados no se produzcan.

La posición en comento representa un criterio de equiparación o equivalencia entre no impedir un resultado (omisión), y su causación por hacer positivo (comisión); y el deber que emerge de ella se traduce en la reducción del número de aquellos que habrán de impedir el resultado, y en su caso, responder de que éste no se produzca, de ahí el carácter distinto en intensidad vinculatoria y naturaleza del deber de actuar en general.

VIGÉSIMA PRIMERA. La estrecha vinculación familiar como fuente de deberes de garantía, se circunscribe a los miembros más próximos de la familia; aunque este supuesto generador puede ampliarse para abarcar un ámbito extra familiar, observándose que la intensidad del deber puede encontrarse determinada por una concurrencia de criterios o factores, entre los que se pueden mencionar la comunidad de vivienda y la asunción voluntaria, en los que se advierte también

como nota distintiva una absoluta dependencia existencial de unas personas respecto de otras.

Influye asimismo en esta clase de deber, la relación con el titular del bien jurídico; así, el criterio de la estrechez de relación ha sido considerado por la doctrina como un medio regulador que extiende y a la vez limita el deber de garante, pues si éste adquiere sustento en la confianza que deriva de una relación interpersonal, puede desaparecer si ésta se encuentra deteriorada; en todo caso, al actualizarse el deber de evitación o protección, existe coincidencia en la doctrina que los bienes jurídicos que entran en consideración son la vida e integridad corporal, y en menor medida, el patrimonio.

VIGÉSIMA SEGUNDA. La comunidad de vida puede considerarse como una relación estrecha derivada de la convivencia cotidiana, del trato diario, e incluso, en la convivencia bajo un mismo techo, en la medida que esto posibilite compartir deberes, experiencias, respeto mutuo, lo cual da margen al surgimiento de expectativas recíprocas, las que pueden justificar el surgimiento de la posición de garantía.

VIGÉSIMA TERCERA. La pertenencia a una comunidad de peligro alude a la participación voluntaria en una actividad peligrosa en la que intervienen varias personas tácitamente obligadas a ayudarse entre sí; generándose para los intervinientes un deber de evitar la lesión de los bienes de los demás participantes, en la medida que aquéllos se vinculen estrechamente al funcionamiento de esa comunidad.

VIGÉSIMA CUARTA. En la aceptación voluntaria lo decisivo o determinante es la asunción material o fáctica del deber (no la relación contractual), virtud a la cual surge el deber de garante, y sólo cuando comienza la situación de peligro de cuyo manejo está encargado el garante.

La aceptación en comento debe involucrar los deberes vinculados a la evitación del resultado, en orden a la protección de determinados bienes jurídicos frente a agresiones.

VIGÉSIMA QUINTA. El actuar precedente o injerencia se traduce en un hacer activo u omisión que origina un peligro de lesión para bienes jurídicos, situación que da margen al surgimiento de un deber de impedir o evitar la producción del resultado inminente.

Esta fuente del deber de garantía implica un llamamiento a actuar como garante y proteger aquellos bienes jurídicos que resulten amenazados por una fuente de peligro abierta por el propio agente (injerente).

VIGÉSIMA SEXTA. Dentro de las características de la acción (u omisión) previa creadora del peligro, se consideran a la peligrosidad en sí para la producción del resultado; su contraste respecto del ordenamiento, es decir, la contrariedad del actuar precedente respecto del ordenamiento jurídico, señalándose a este respecto, en específico, a la antijuridicidad; no obstante, los teóricos aceptan hipótesis de actuación lícita, pero conciente en la creación del peligro, v. gr., el anfitrión que sirve alcohol al invitado hasta generarle un estado de embriaguez.

La doctrina ha vinculado de igual forma el actuar precedente con la imprudencia, destacando en este sentido, la necesidad de la conciencia en el carácter peligroso del propio comportamiento para el nacimiento del deber.

Las conductas imprudentes son manifestaciones de libertad que pueden con ello generar responsabilidad, pues el sujeto sabe que existe la posibilidad de que su conducta sea peligrosa para otros, y ello le genera un deber de control de la inocuidad de la misma.

Las consideraciones sobre el conocimiento o conciencia sobre la peligrosidad de la propia actuación, me parecen importantes no sólo en cuanto a la postulación de la culpa con representación como fuente de una posición de garantía en este contexto, sino también en el marco de una equiparación entre las estructuras de la comisión y omisión, con el propósito de lograr la identidad estructural a que se refiere Silva Sánchez.

VIGÉSIMA SÉPTIMA. La expresión responsabilidad por el producto alude básicamente a las responsabilidades penales que pueden surgir de la puesta en peligro o lesión de la salud, tanto pública como individual, derivado de la existencia (colocación) en el mercado de productos susceptibles de incidir en la salud de los ciudadanos.

De la determinación de los deberes penalmente relevantes que afectan al fabricante y a los que actúan para él, depende especialmente la eficacia de la responsabilidad por el producto en la protección de bienes jurídicos.

A este respecto, reviste especial interés el estudio de la responsabilidad penal cuando el fabricante es una persona jurídico colectiva, pues en este caso la atención se centra no sólo en el sujeto más próximo al hecho en sentido naturalístico, sino en las personas físicas que dentro de la organización (persona moral) son responsables de la toma de decisiones, que disponen de las atribuciones necesarias y están en condiciones de garantizar la observancia del cuidado debido.

Lo deseable en estos casos es considerar como principio la autorización para introducir en el mercado productos peligrosos si se adoptan los cuidados previos; destaca en este punto el interés de los teóricos con relación al deber de advertir

con posterioridad a los consumidores y usuarios de los nuevos peligros de que se tenga conocimiento.

La doctrina adiciona a esta situación el deber de asumir riesgos especiales posteriores, bajo la idea de que representan un correlato del disfrute de una libertad especial, llegando incluso a hablar de un comportamiento previo que supone un "riesgo incrementado", que permitiría fundamentar un deber de evitación de riesgos, incluso aunque al autor, por no ser cognoscible el peligro, no se le pueda imputar una infracción de deber; sin embargo, esta formulación supone una responsabilidad derivada de una conducta previa conforme a derecho, por lo que el instituto de la injerencia perdería concreción y abarcaría de forma ilimitada cualquier condición del resultado.

En atención a lo anterior, se advierte la necesidad de dotar a los deberes penalmente relevantes del fabricante de contornos precisos en el ámbito de la responsabilidad por el producto, tarea a la cual no sólo está emplazada la práctica sino también la dogmática penal.

VIGÉSIMA OCTAVA. Para quien asume o crea a través de un actuar precedente una fuente de peligro, se genera un deber de vigilancia o control respecto de ésta; quien tiene este deber es el responsable de que los peligros que emanan de dicha fuente no se realicen, y responde de la indemnidad de los bienes jurídicos amenazados.

Con base en lo anterior, se advierte la falta de autonomía de esta fuente de la calidad de garante, pues su origen puede encontrarse en la asunción voluntaria y en la injerencia o actuar precedente.

VIGÉSIMA NOVENA. En atención a las posiciones de autoridad o vigilancia existentes en determinadas personas, es fundamental la idea de que la

colectividad confía en que estos obligados controlan los peligros que entrañan las personas que se encuentran bajo su supervisión.

A este respecto, debe considerarse que las personas tienen, en general, un ámbito de autonomía para dirigir su actuación y un deber correlativo de controlarla; sin embargo, lo anterior no se opone a la existencia de deberes de garantía respecto de cursos de riesgo iniciados por terceros que operan en forma no autónoma en un ámbito de organización ajeno.

Con relación a lo anterior, es importante considerar, con un ánimo restrictivo, que dichos deberes deben vincularse o abarcar, en particular, el control de una específica peligrosidad que encierre el vigilado, la que a su vez, debe estar relacionada en forma estrecha, en cuanto a la actividad que se despliegue, con el ámbito dentro del cual se ejerce la vigilancia y control respecto de éste.

En lo específico, los ámbitos familiar, escolar, empresarial y de servicio público son los que han ocupado a la doctrina, en orden al surgimiento de esta clase de deberes de garantía.

TRIGÉSIMA.- La concepción de Jakobs con relación a las posiciones de garantía, me parece, privilegia los contenidos de los deberes, de ahí que oriente la cuestión por la clasificación de éstos atendiendo al ámbito de responsabilidad por organización y en virtud de la responsabilidad institucional.

Entre los primeros aparecen los deberes de aseguramiento frente a peligros derivados de objetos o actividades empresariales, abarcándose también el comportamiento precedente, el peligro de otras personas, del uso de fuentes de peligro utilizadas por otras personas, deberes de aseguramiento por el poder sobre terceros, deberes de salvación respecto de cursos causales peligrosos, por asunción de deberes y deberes de impedir autolesiones.

Las responsabilidades del segundo grupo serían las derivadas de las relaciones paterno filial, del matrimonio, de la tutela, relaciones de confianza especial como las genuinamente estatales, que abarcan la seguridad y asistencia frente a catástrofes y peligros graves, hasta el deber de todo funcionario de controlar las irregularidades relevantes para el servicio y la seguridad interna y externa.

TRIGÉSIMA PRIMERA. La ley entendida en sentido estricto es una fuente de deberes de garante a la que, dada su formulación en el Código Penal Federal, puede atribuirse un contenido demasiado amplio, pudiendo abarcar disposiciones del derecho público y privado, lo que generaría una situación de inseguridad jurídica para cualquier gobernado ante la dificultad de conocer en su totalidad las disposiciones involucradas; panorama que se complica aún más al considerarse la ficción jurídica del conocimiento de la ley por todos, ratificada por el principio general del derecho que establece "la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento."

TRIGÉSIMA SEGUNDA. El sentido amplio que la doctrina asigna al término ley, abarca no sólo a las disposiciones producto de un procedimiento legislativo en términos formales (derecho público o privado), sino también otras de inferior jerarquía, como reglamentos, resoluciones de los tribunales, órdenes del superior jerárquico, e incluso, el derecho consuetudinario.

TRIGÉSIMA TERCERA. El deber de garante fundado en el contrato (o incluso convenio), si bien ha presentado los inconvenientes de naturaleza civil que son inherentes a esta clase de actos jurídicos por cuanto hace a los temas de vigencia y validez, en la actualidad existe la tendencia a otorgar preponderancia a la asunción fáctica de dichos deberes.

TRIGÉSIMA CUARTA. El establecimiento del actuar precedente en el Código Penal Federal, dada su amplitud, no permite conocer su alcance o características conceptuales, lo que puede dar margen a interpretaciones erróneas, e incluso caer en la confusión entre la comisión por omisión y comisión por acción.

TRIGÉSIMA QUINTA. Las fuentes del deber de garante en el Código Penal del Distrito Federal incorporan dentro de sus notas distintivas la vinculación efectiva (material) del omitente con el bien jurídico o con la fuente de peligro que amenaza con lesionar aquél, situación que se observa en la asunción fáctica o efectiva, comunidades de vida o peligro, vinculación natural e injerencia, analizadas en el Capítulo III, con las que se corresponden.

TRIGÉSIMA SEXTA. La consideración del caso fortuito en los supuestos de actuar precedente que establece el Código Penal del Distrito Federal, por tratarse de un actuar lícito se estima excesivo, pues constituye un pesado deber adicional para quien ha cumplido con los que están a su cargo.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA. Con relación a las fuentes del deber de garantía, y como resultado del análisis de la legislación penal de las entidades federativas, se advirtieron diversas orientaciones en los ordenamientos punitivos, los cuales se pueden agrupar en función de su vinculación teórica, principalmente, con los Códigos Penales Federal o del Distrito Federal; aunque de igual forma es posible observar casos con orientación distinta, e incluso, con ausencia de regulación de los delitos de omisión impropia.

Así las cosas, de los 31 ordenamientos punitivos de los Estados de la República Mexicana, 9 tienen una filiación con el Código Penal Federal; 5 con el Código Penal del Distrito Federal; 10 poseen una filiación distinta; 1 ordenamiento regula la omisión impropia en la parte especial y 6 no tienen regulación al respecto.

TRIGÉSIMA OCTAVA. La situación típica o de peligro consiste en aquellas circunstancias que han de eliminarse, modificarse o en general, verse influidas por la acción indicada o prescrita.

Este elemento debe ubicarse en el primer lugar del análisis, pues el objeto de actuación constituye el punto de partida para la actualización del deber de actuar y su incumplimiento a través de la ausencia de la acción indicada.

TRIGÉSIMA NOVENA. La óptica del análisis de una situación de peligro debe corresponder al momento en que el sujeto aún no ha empezado a actuar y puede optar entre hacerlo en una u otra dirección; lo anterior, a fin de abarcar el mayor número de supuestos omisivos.

CUADRAGÉSIMA. De las circunstancias que implica la situación típica o de la ley, depende la configuración de la prestación positiva que debe producirse.

CUADRAGÉSIMA PRIMERA. La posición de garante es un elemento del tipo, que identifica al autor en los delitos de omisión impropia, pues en atención a su propósito de preservación de un bien jurídico amenazado, permite atribuir como propia a quien omite dicho propósito, la lesión del bien jurídico correspondiente, posibilitando con ello, en principio, su equivalencia con la estructura típica comisiva.

Asimismo, entre la posición de garante y la situación típica existe una relación que, por un lado, actualiza el deber inherente a la primera, y por otro, la determinación de la segunda.

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA. El elemento cuya ausencia da vida a la omisión es la acción indicada, que consiste en una prestación positiva, útil, posible y

adecuada objetivamente desde una perspectiva *ex ante*, para la evitación del resultado lesivo que amenaza a bienes jurídicos.

La ubicación de la situación típica y de la posición de garante en forma previa, hace posible verificar que una persona determinada no ha realizado la acción descrita en el mandato, pues se tiene la posibilidad de conocer el fin de la acción y el ámbito espacio temporal, que constituyen el referente para tal comprobación.

La ausencia de la acción indicada tiene un sustrato fáctico, constituido por la conducta o acción realmente llevada a cabo; de manera que de la comparación entre ésta y la requerida para la preservación del bien jurídico debe concluirse que la realizada no es la indicada en orden a ese propósito, toda vez que la acción del autor no coincide con la que hubiera evitado el resultado.

CUADRAGÉSIMA TERCERA. La capacidad de acción es un presupuesto de la acción indicada que requiere, en un primer momento, de la posibilidad de conocer la situación típica, de adoptar una decisión y de reconocimiento de la vía de realización.

Asimismo, para la capacidad en comento, es importante la posibilidad físico objetiva desde una doble óptica: plausibilidad objetiva *ex ante* de realización de la acción indicada en orden al cumplimiento de su fin; y *ex post*, de evitación del resultado, en su caso.

Para la comprobación de la posibilidad de evitación, la doctrina mayoritaria acude a una fórmula, según la cual, al agregarse mentalmente la acción omitida, ésta debe haber impedido el resultado en una medida de probabilidad con límite en la certeza.

CUADRAGÉSIMA CUARTA. La correspondencia de la omisión con la acción (segundo criterio de equivalencia), ha sido concebida a fin de requerir que estén presentes en la primera, a modo de correlato, las modalidades de comportamiento que, en su caso, el tipo requiera para la segunda.

Sin embargo, la correspondencia en comento se estima importante fijarla también en aquellos casos de delitos de mera causación, pues si bien la posición de garante permite en un primer momento la equiparación, en forma complementaria debe atenderse a la variabilidad de la intensidad de la relación que aquélla supone; lo anterior, con el propósito de ajustar la equivalencia entre las estructuras mencionadas en una mejor medida.

CUADRAGÉSIMA QUINTA. Si bien es importante la sanción de supuestos de comisión por omisión, es necesario que esto se lleve a cabo en un contexto de restricción o limitación y de seguridad jurídica, a fin de evitar la inhibición del contacto social, y en general, del desarrollo de la sociedad, tendencia a cuya consecución abona, sin duda, la construcción dogmática de "identidad estructural" acuñada por Silva Sánchez.

CUADRAGÉSIMA SEXTA. La definición por designación del concepto de "resultado" más restrictiva, es aquella que se identifica con un "resultado material", que involucra el daño o lesión perceptible externamente y separado en forma espacio temporal de la acción u omisión con la que se le vincula, tal como acontece en nuestros Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, así como en la jurisprudencia de nuestros tribunales federales.

CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA. En el Código Penal Federal, al igual que en la mayoría de las legislaciones estatales, puede observarse la presencia de casi todos los requisitos que de acuerdo con la doctrina deben considerarse para integrar la omisión impropia; sin embargo, dicho ordenamiento adolece del elemento

denominado "equivalencia de la inactividad a la actividad prohibida en el tipo" (segundo criterio de equivalencia); situación que se traduce en menos exigencias para colmar los extremos de aquélla, lo que permite una ampliación del ámbito de punibilidad en los delitos de resultado material, sin mayores límites que el deber de garante en el autor.

CUADRAGÉSIMA OCTAVA. La fracción III del artículo 16 del Código Penal del Distrito Federal, si bien establece el segundo criterio de equivalencia, introduce el término "eficacia" como parámetro de ésta; sin embargo, la inactividad no puede tener una eficacia causal en los mismos términos que la actividad respecto del resultado, pues aquélla no puede influir en el mundo fáctico o empírico, contexto en el que generalmente es empleado dicho término.

CUADRAGÉSIMA NOVENA. Además del Distrito Federal, los Estados de Aguascalientes, Chihuahua, Oaxaca, San Luis Potosí y Tabasco, son los únicos cuyos ordenamientos establecen el requisito de "la equivalencia de la inactividad a la actividad prohibida en el tipo."

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Amuchategui Requena, I. Griselda. *Derecho penal*, 3ª edición, México, Editorial Oxford University Press, 2005 (tercera reimpresión 2007), Colección Textos Jurídicos Universitarios.

Bacigalupo, Enrique. *Delitos impropios de omisión*, 2ª edición, Colombia, Editorial Temis, 1983.

----- *Delitos impropios de omisión*, 3ª Edición, España, Dykinson, S.L., 2005.

Bonifaz Alfonso, Leticia. *El problema de la eficacia en el derecho*, segunda edición, México, Editorial Porrúa, 1999.

Carrara, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal*, Tr. Jorge Guerrero y José J. Ortega Torres, Colombia, Editorial Temis, 1991, volumen I, parte general.

Castellanos, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal, parte general*, trigésima edición, México, Editorial Porrúa, 1991.

Cerezo Mir, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, (3ª reimpresión, 2003), España, Editorial Tecnos, 2001, tomo III.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. "Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal Español: delitos de peligro". *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, España, J.M. Bosch Editor, 1996.

Cuello Calón, Eugenio. *Derecho penal*, 18ª edición, España, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1980, volumen I, tomo I, Parte General.

Fletcher, George P. *Conceptos básicos de derecho penal*, Tr. Francisco Muñoz Conde, España, Editorial Tirant lo Blanch, 1997.

Frish, Wolfgang. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo", en Santiago Mir Puig y Diego Manuel Luzón Peña (comp.), *Responsabilidad penal de las empresas y*

sus órganos y responsabilidad por el producto, Tr. José Manuel Paredes Castañón, España, J.M. Bosch Editor, 1996.

Gimbernat Ordeig, Enrique. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana, una exposición. Estudios sobre el delito de omisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

----- *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento. Estudios sobre el delito de omisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

----- *Causalidad, omisión e imprudencia, Estudios sobre el delito de omisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

Gómez-Aller, Jacobo Dopico. *Omisión e injerencia en derecho penal*, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2006.

Iñigo Corroza, María Elena. *La responsabilidad penal del fabricante por defectos en sus productos*, España, J.M. Bosch Editor, 2001.

Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 5ª edición, México, Editorial Trillas, 2004.

Jakobs, Günther. *Acción y omisión en derecho penal*, Tr., Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez Vera, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, Cuadernos de Conferencias y Artículos número 23.

----- *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Editorial Marcial Pons, 1997.

----- *El concepto jurídico penal de acción*, Tr. Manuel Cancio Meliá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996, Cuadernos de Conferencias y Artículos número 11.

----- *La competencia por organización en el delito omisivo*, Tr. Enrique Peñaranda Ramos, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1994 (segunda reimpresión septiembre de 2000), Cuadernos de Conferencias y Artículos número 1.

----- *Moderna dogmática penal, estudios compilados*, México, Editorial Porrúa, 2002.

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición corregida y ampliada, Tr. Miguel Olmedo Cardenete, España, Editorial Comares, 2002.

Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*, 4ª edición, Tr. José Luis Manzanares Samaniego, España, Editorial Comares, 1993.

----- *Tratado de derecho penal, parte general*, Tr. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, España, BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1981, Volumen Segundo.

Jimenez de Asúa, Luis. *Principios de derecho penal, la ley y el delito*, 3ª edición, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1958 (reimpresión 1997).

----- *Tratado de Derecho Penal*, 5ª edición, Argentina, Editorial Losada, S.A., 1992, tomo III "El Delito."

Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho penal mexicano*, 7ª edición, Mexico, Editorial Porrúa, 2003.

Kaufmann, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*, Tr., Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006.

Kelsen, Hans *et al. Ficciones jurídicas*, Tr., Jean Hennequin, Jordi Ferrer i Beltrán, México, Editorial Fontamara, 2003.

Kuhlen, Lothar. "Cuestiones fundamentales de la responsabilidad por el producto", en Santiago Mir Puig y Diego Manuel Luzón Peña (comp.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Tr. Carolina Bolea Bardon, España, J.M. Bosch Editor, 1996.

Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, España, Ediciones Civitas, 2002, Monografías.

Manzini, Vincenzo. *Instituzioni di Diritto Penale Italiano*, 9ª edición, Italia, PADOVA, CEDAM-CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI, 1949, Volumen Primero (Parte General).

Márquez Piñero, Rafael. *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, México, Editorial Trillas, 1997.

Maurach, Reinhart *et al.* *Derecho penal, parte general*, 7ª edición alemana, Tr. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Argentina, Editorial Astrea, 1994, tomo 1.

----- *Derecho penal, parte general*, traducción de la 7ª edición alemana, Tr. Jorge Bofill Genzsch, Argentina, Editorial Astrea, 1995, tomo 2.

Mezger, Edmund. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990.

Mir Puig, Santiago, "La comisión por omisión en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal de México", en Moreno Hernández, Moisés y Félix Cárdenas, Rodolfo (Coord.), *Comentarios en torno al nuevo código penal para el distrito federal*, México, Ius Poenale, 2003.

----- *Derecho penal, parte general*, 7ª edición, Argentina, Editorial B. de F., 2005.

Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*, Colombia, Editorial Temis, 1990.

Novoa Monreal, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*, Argentina, Ediciones Depalma, 1984.

Perdomo Torres, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001, Colección de Estudios número 20.

Porte Petit Candaudap, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 17ª edición, México, Editorial Porrúa, 1998.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Séptima Edición, Tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000.

----- *Derecho penal, parte general*, Tr. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, España, Editorial Thomson-Civitas, 1997 (2ª reimpresión, 2003), Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.

Sánchez Vera Gómez Trelles, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Colombia, Universidad Externado

de Colombia, 1995 (primera reimpression 1997), Colección de Estudios número 4.

Silva Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión, concepto y sistema*, 2ª edición, Argentina, Editorial B de F., 2003.

----- *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, España, J. M. Bosch Editor, 1997, Biblioteca de Derecho Penal.

----- *Estudios sobre los delitos de omisión*, Perú, Editorial Grijley, 2004, Serie Pensamiento Penal Contemporáneo.

----- *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Argentina, Editorial Ad-Hoc, 1998.

Stratenwerth, Günther. *Derecho penal, parte general, el hecho punible*, Tr., Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, España, Editorial Thomson-Civitas (Aranzadi), 2005, Tratados y Manuales.

Struense, Eberhard. *Delitos de comisión y de omisión*. Tr. Patricia S. Ziffer, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996 (primera reimpression 1998), Cuadernos de Conferencias y Artículos número 10.

Vela Treviño, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*, segunda edición, México, Editorial Trillas, 1990 (quinta reimpression 2004).

Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, Segunda Edición, Tr. Luis Jiménez de Asúa (de la 20ª edición alemana), España, Editorial Reus, 1927, Tomo II.

Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*, traducción de la 11ª edición alemana, 4ª edición castellana, Tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al. Derecho penal, parte general*, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2005.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988 (primera reimpression 1997), tomo III.

HEMEROGRAFÍA

Félix Cárdenas, Rodolfo. "Delitos de comisión por omisión impropia dolosos en el Código Penal Español y en el Código Penal Federal Mexicano, una reflexión comparada", *Revista de investigaciones jurídicas*, México, No. 26, 2002.

Islas de González Mariscal, Olga. "La omisión impropia o comisión por omisión", *Revista mexicana de derecho penal*, México, Cuarta Época, No. 12, abril-junio de 1974.

Romero, Gladys. "Los delitos de comisión por omisión. La comisión por omisión en el tipo penal de estafa", *Revista mexicana de justicia*, México, Vol. III, No. 2, abril-junio de 1985.

Zulita Fellini Gandulfo. "Delitos impropios de omisión", *Revista mexicana de justicia*, México, Vol. III, No. 2, abril-junio de 1985.

DICCIONARIOS

Corominas, Joan. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, España, Editorial Gredos, 1980 (1ª reimpresión de 1984), volumen II (CE-F).

Cuervo, R.J. *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*, España, Editorial Herder-Instituto Caro y Cuervo, 1998, tomo segundo (C-D).

Diccionario de latín (latín-español), España, Editorial SOPENA, 1985, A/J.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Vigésima Segunda Edición, España, Editorial Espasa, 2001.

LEGISLACIÓN

Código Penal Federal.

Código Penal del Distrito Federal.

Legislación penal de los Estados de la República Mexicana.

Código Penal Alemán (StGB), Tr. Claudia López Díaz, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Código Penal Español, España, Boletín Oficial del Estado, 2006, Colección Textos Legales número 24.

OTRAS FUENTES

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *IUS 2009, jurisprudencia y tesis aisladas, junio de 1917-diciembre de 2009.*

Dirección electrónica: www.scjn.gob.mx