

249
2 es.



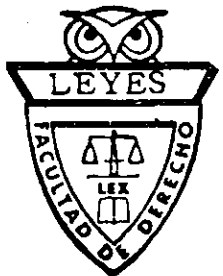
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"BREVE ESTUDIO DE LOS DELITOS
IMPROPIOS DE OMISION"

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
OSCAR FUENTES HERNANDEZ

ASESOR: DR. JUAN CARLOS RAYO MARES



CD. UNIVERSITARIA,

FEBRERO 1998.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

259785



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

CD. Universitaria, a 24 de febrero de 1998.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E .

EL C. OSCAR FUENTES HERNANDEZ, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. JUAN CARLOS RAYO MARES, su tesis profesional intitulada "BREVE ESTUDIO DE LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISION", con el objeto de obtener el grado académico de licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8 fracción V, del reglamento de seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO


DR. RAÚL CARRANCA Y RIVAS

ASUNTO: EL QUE SE INDICA.

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

El alumno OSCAR FUENTES HERNANDEZ, con número de cuenta 8418847-6, realizó bajo la asesoría del suscrito la investigación de Tesis Profesional intitulada - "BREVE ESTUDIO DE LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISION", que ha elaborado para ser admitida a sustentar el correspondiente examen profesional de la Licenciatura de Derecho.

Estimo que la citada investigación merece los requisitos que al efecto - - establece la normatividad Universitaria.

Aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo, quedando a su disposición para cualquier comentario o aclaración al respecto y reitero a usted mediante éste conducto mi atenta y sincera estima.

ATENTAMENTE
ASESOR DE TESIS


DR. JUAN CARLOS RAVO MARES

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
-FACULTAD DE DERECHO-

BREVE ESTUDIO DE LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISION

OSCAR FUENTES HERNANDEZ.

A quien despertó mi pasión por
el Derecho Penal, mi maestro
de siempre, el Sr.
Lic. RAUL NAVARRO GARCIA.

— in memoriam —

A mis hermanos **SILVIA y MANUEL**
por su apoyo y comprensión.

Con cariño a mis padres **MANUEL y**
SOCORRO, por haber hecho de mí
un hombre de bien, a ellos mi
infinita gratitud.

No los defraudare.

A mi esposa **Verónica** y a mis hijos **Oscar** y **Cesar**, les agradezco la paciencia y comprensión por las horas que dejamos de estar juntos para poder concluir este trabajo.

INDICE GENERAL

JUSTIFICACION DEL TEMA A MANERA DE INTRODUCCION.....	1
--	---

CAPÍTULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES

E I. EVOLUCION HISTORICA	
A) Epoca Romana.....	4
B) Epoca Germanica y medieval.....	7
C) Epoca Española y medieval.....	7
D) Epoca contemporánea.....	8
E II. LA OMISION EN LAS FASES DE ELABORACION DEL SISTEMA DE DERECHO PENAL	
A) Sistema Clásico.....	11
B) Sistema Neoclásico o Teleológico.....	14
C) Sistema Finalista.....	15
E III. LA CONDUCTA	
A) Aceptación del concepto superior genérico de acción y omisión.....	18
B) Negación del concepto superior genérico de acción y omisión.....	21
E IV. DISTINTAS CLASES Y FORMAS DE LOS DELITOS DE OMISION	
A) Omisión simple.....	23
B) Comisión por omisión.....	23
C) Otras clasificaciones de la omisión.....	24

CAPÍTULO SEGUNDO

LA OMISION IMPROPIA EN LA ESTRUCTURA NEOCLASICA DEL DELITO

E I. HACIA UN CONCEPTO DE OMISION	
A) El planteamiento alemán (sistema clasico).....	27
1) Concepto negativo-intransitivo de la omisión.....	28
2) Concepto negativo-transitivo de la omisión.....	29
B) El planteamiento de los valores (sistema neoclásico).....	31

	1) Concepto neoclásico de la omisión.....	33
	2) Concepto normativo de la omisión.....	34
E	II. RELACION DE CAUSALIDAD	
	A) Teorías de la injerencia.....	39
	1) Teoría del acto contemporáneo.....	39
	2) Teoría de la conducta anterior.....	40
	B) Teoría de la interferencia.....	41
	C) Hacia una solución valorativa.....	43
	1) La acción esperada.....	45
	2) Teoría de la equivalencia de las condiciones (conditio sine qua non).....	48
	3) Teoría de la adecuación.....	51
E	III. TIPO Y TIPICIDAD EN LA OMISION	
	A) El tipo omisivo.....	56
E	IV. LA ANTIJURIDICIDAD DE LA OMISION	
	A) Fundamentación del deber de actuar.....	59
	B) Fuentes formales del deber de actuar.....	60
	1) Fundamentación del deber en virtud de un precepto jurídico.....	61
	2) Fundamentación del deber por especial aceptación.....	61
	3) Fundamentación del deber por un hacer precedente.....	62
	4) Fundamentación del deber por otras relaciones concretas de la vida.....	62
E	V. LA CULPABILIDAD	
	A) Evolución del concepto.....	63
	B) La culpabilidad del delito omisivo impropio doloso.....	66
CAPÍTULO TERCERO		
LA OMISION IMPROPIA EN LA TEORIA		
FINALISTA DE LA ACCION		
E	I. HACIA UN CONCEPTO FINALISTA DE OMISION	
	A) Revisión de la teoría del delito.....	69
	1) El iusnaturalismo.....	70
	2) El finalismo.....	71
	2.1) La estructura lógico-objetiva.....	72
	2.2) El concepto ontológico de la acción.....	73

B) La importancia de la norma penal (en la teoría de la acción finalista).....	75
1) La función ético-social del Derecho Penal.....	76
2) Objeto y alcance de la norma.....	77

E II. CONCEPTO

A) Fundamentación del concepto a través de lo ético-social.....	78
1) Crítica.....	80
B) Fundamentación del concepto a través de la finalidad potencial.....	81
1) Crítica.....	86
C) Fundamentación del concepto a través de la voluntad final.....	87
D) Fundamentación del concepto a través de la teoría social de la acción.....	89
1) Crítica.....	90
2) Toma de posición.....	91

E III. TIPICIDAD

A) Planteamiento General y las clases de omisión.....	93
1) La causalidad.....	93
1.1) La posibilidad real-física de evitar el resultado.....	94
1.2) La causalidad como característica del tipo.....	95
1.3) La omisión como condición negativa.....	95
2) La causalidad potencial.....	96
2.1) La imputación objetiva.....	97
2.2) Toma de posición.....	98
B) La tipicidad objetiva del delito impropio de omisión doloso.....	100
1) La situación generadora del deber.....	100
2) No realización de la acción mandada.....	100
3) Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción.....	101
4) El resultado y la imputación objetiva.....	102
5) La posición de garante.....	105
A) La posición de protección de determinados bienes jurídicos.....	109

	B) La posición de vigilancia de una determinada fuente de peligro.....	110
	C) El tipo subjetivo de los delitos de omisión impropia.....	113
E	IV. ANTIJURIDICIDAD DEL DELITO DE OMISION IMPROPIA	114
E	V. LA CULPABILIDAD	115
E	VI. FORMAS DE APARICION DEL DELITO	
	A) La tentativa.....	116
	B) Autoría en los delitos impropios de omisión.....	117

CAPÍTULO CUARTO

LA LEGISLACION PENAL MEXICANA EN LOS DELITOS DE OMISION IMPROPIA

E	I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS DE OMISION	
	A) Presupuestos limitadores de la omisión impropia.....	120
	B) Crítica.....	121
E	II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA OMISION IMPROPIA	
	1) Ubicación del delito omisivo impropio en el delito comisivo de resultado.....	122
	2) Determinación taxativa o determinación suficiente.....	122
	Toma de posición.....	124
E	III. LA REFORMA PENAL DE 1994	
E	IV. ANALISIS DEL TIPO OMISIVO IMPROPIO DOLOSO	
	A) Los elementos del tipo.....	128
E	V. LA ANTIJURIDICIDAD	133
E	VI. LA CULPABILIDAD.....	135

JUSTIFICACION DEL TEMA A MANERA DE INTRODUCCION

Las transformaciones sufridas en las últimas décadas, sustentadas en la discusión en torno a la construcción sistemática de la teoría del delito, que se vinculan necesariamente con la reestructuración propuesta por la teoría de la acción finalista, han puesto en duda las conclusiones obtenidas de los conceptos pertenecientes a la dogmática de von Liszt y von Belling (llamado sistema Clásico), que por un lapso de tiempo alcanzaron una situación predominante. Hasta cierto punto puede explicarse esta inestabilidad, ya que la cambiante historia de la estructura de la teoría del delito refleja contrastes materiales y metodológicos (vgr: destacándose a Welzel para quien el objeto no tiene que determinarse por el método, sino el método por el objeto), vinculados al nacimiento de nuevas propuestas de política criminal y política general y a la progresión del pensamiento filosófico; sólo en este sentido puede entenderse la actual fase de desarrollo de la teoría del delito.

Dentro de este marco de transformación llama nuestra atención una institución de moderno cuño: el delito omisivo impropio doloso. Este, en la doctrina dominante, tiene una estructura diferente a los delitos que se realizan mediante acción, incluso a los delitos comisivos impropios culposos, en sus estadios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Nuestro país ha acogido en parte este contexto evolutivo, a través del amplio movimiento de reforma - que ha dado origen a un sinnúmero de adiciones y derogaciones a nuestra Carta Magna y a nuestra ley secundaria. En esta última se adicionó, por decreto publicado en el Diario Oficial de 10 de enero de 1994, un párrafo al artículo 7° del Código Penal estableciéndose lo referente a la comisión por omisión. Tal inclusión da origen a la inquietud del que escribe, que nos lleva al planteamiento de la problemática existente en los delitos dolosos de omisión impropia

siendo parte de otro trabajo el delito de comisión por omisión culposo; cuestiones como la de la equiparación de la forma omisiva (que no se menciona en el tipo legal concreto), a la activa, que sí se encuentra expresamente en la ley; cuándo y en qué circunstancias existe el deber jurídico de impedir ese resultado, deber que se traduce en la fórmula de la posición de garante y la llamada conducta precedente; son las que llaman nuestra atención. Sea de una u otra forma, estas cuestiones son las fundamentales, pues en torno a ellas gira la problemática de los delitos omisivos impropios.

En base a lo anterior se procurará en el presente trabajo hacer una sistematización del delito espurio, partiendo de su evolución histórica y concepto; la concepción de la omisión dentro del sistema clásico y neoclásico, así como las fuentes formales de la garantía, estudiándose en un capítulo lo referente a la actual estructura dominante (finalista), en los delitos impropios de omisión dolosos; por último se analizará lo concerniente a la legislación sobre los delitos impropios.

No se pretende con esta tesis un tratamiento exhaustivo de todas las cuestiones relacionadas con la omisión impropia, ni hacer tabla rasa de las atinadas consideraciones que sobre dicho elemento se han escrito, aunque sí, sembrar la inquietud sobre el particular, para que en un futuro puedan solucionarse las cuestiones trascendentales de éste y pueda tener una mejor comprensión; lo anterior a modo de ensayo, exponiendo, sobre todo, aquellos aspectos y cuestiones que responden a una personal línea de pensar.

Por último, y ello importa destacarlo en este lugar, no debe olvidarse

que abarcar un campo tan amplio, como es el delito, en las páginas de un sólo estudio, por una persona que se inicia en la investigación científica, presenta serias dificultades (más aún si tomamos en cuenta la exigua bibliografía - con la que se cuenta, compuesta de las pocas obras penales -las más alemanas- traducidas a nuestro idioma), por lo que es muy posible que en el curso de este trabajo se hayan deslizado errores, más éstos deben ser juzgados con benevolencia, ya que según las inmortales palabras que pone Goethe en labios del doctor Fausto:

"yerran quienes tienen ilusiones".

CAPITULO PRIMERO
CONSIDERACIONES GENERALES

"Están perfectamente conformes,
tanto los jurisconsultos como
historiadores, en que no existe
una ciencia del derecho penal
Romano"

Teodoro Mommsen.

I. EVOLUCION HISTORICA

A) Epoca Romana

He de iniciar el presente trabajo, por donde según la tradición y la cos
tumbre se debe comenzar, con una breve reseña histórica. Es indudable que "los
jurisconsultos romanos no trataron lo concerniente al Derecho Penal con la -
misma superioridad de lógica, ni con la autoridad científica que encontramos-
en sus escritos sobre derecho privado" (1); ello debido, en parte, a que se
reconocía como base del Derecho Penal el concepto de obligación moral, cuya
observancia prescribe el Estado Romano como delito, el cual tenía el carácter
de Derecho Privado, pues a él pertenecía el procedimiento ante los jurados --
para conocer de los delitos; empero, aún con esa forma tan restringida, pode-
mos encontrar el origen de la omisión impropia en Roma, pues es ahí en donde
florece la evolución jurídica a través de mil años de hegemonía de esta cultu
ra.

(1) Cfr. Macedo Miguel S., Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexica-
no, Edit. Cultura (sic), México 1931, Pág. 15.

Los romanos no concibieron una sistemática del delito; pese a ello, sus ideas al respecto tienen una importancia considerable por su gran influencia sobre legislaciones posteriores; el lúcido pensamiento jurídico romano distinguió dos clases de delitos: los públicos (crimina) y los privados (delicta).

Para los romanos tenía más importancia la acción penal -actio poenalis- que la omisión; de hecho, podría afirmarse que no concibieron a la inactividad como forma de comisión del delito, lo cual no quiere decir, que no existiera. De esta forma la obligatio ex delicto nacía del *damnum iniuria datum* (que es el daño causado culposamente en una cosa ajena), en donde se presentan ejemplos de omisiones típicas.

Posteriormente la ley de las XII Tablas, disponía algunos casos aislados de omisión: "La actio de pauperie concedida contra el dueño del animal que causa daño -pauperies- a una cosa ajena; y la actio de pasto pecoris que se otorga contra el dueño del animal que pasta en fundo ajeno" (2); sin embargo, no procedía la persecución ex lege Aquilia, cuando alguien dejaba morir de hambre al esclavo ajeno, alegándose que no actuaba la propia mano -el esfuerzo muscular-, sosteniendo la jurisprudencia Clásica y el pretor, el principio de la inaplicabilidad de la Ley Aquilia, cuando no mediaba un acto positivo (acción), siendo insuficiente una omisión para legitimar su ejercicio, luego, el daño debía producirse *corpore corpori*, es decir, directamente por el agente sobre la cosa; de esta manera podemos señalar que la ley requería un acto positivo, no castigando los daños producidos por abstenciones: "la interpretatio admitió la existencia del delito en casos en que la abstención estuviese relacionada con un acto anterior positivo del causante del daño, vgr.: el que

(2) Cfr. Iglesias Juan, Derecho Romano, Décima edición, Edit. Ariel, Barcelona 1992, Pág. 453.

encargado de un horno y después de encenderle, se echa descuidadamente a dormir; dando lugar a que se quemara una casa" (3).

Bajo este punto de vista los romanos no consideraban que el mantenimiento del orden jurídico depende también de deberes específicos de cuidado y de protección (lo que hoy en día da origen a los delitos de omisión), existía por tanto, el principio primitivo de Derecho Penal Privado, en donde: "el hombre, si no debe dañar a otro hombre ni con intención, ni por causa de desatención o descuido, en cambio, no está obligado jurídicamente a prestarle auxilio" (4), en este sentido, el Digesto Justiniano, menciona, que "carece de culpa el que, teniendo conocimiento de algo, no puede impedirlo. (paul. 39 ed.)" (5), empero, dicho principio dejó de tener fuerza, en el orden jurídico posterior con respecto a una serie de delitos, así "cuando un esclavo cometía un delito con previo conocimiento de él por el señor y éste no hubiera impedido la realización del mismo, tanto el esclavo como el señor eran castigados en el juicio penal privado como autores" (6); prescindiéndose entonces de la regla general, aplicable otras veces, según la cual nadie estaba obligado a estorbar la comisión de un delito.

En general, lo que servía de criterio para resolver en semejantes casos, era, ante todo, la conveniencia; de suerte que si toda acción u omisión podía ser incluida entre los delitos por la ley del Estado, ello se debe, a que el Derecho Romano no conocía el delictum como categoría general y abstracta, sino como particulares delicta (delitos particulares); delitos y cua

(3) Cfr. Arias Ramos, J. A., Derecho Romano, T.II, Décimo octava edición, -- Edit. Edersa, Madrid 1991, Pág. 686.

(4) Cfr. Mommsen, Teodoro, El Derecho Penal Romano, T.I, trad. de Pedro Dorado Montero, Edit. La España Moderna, Madrid 1898, Pág. 110.

(5) Digesto Justiniano, T.III, Libros 37-50, trad. de A. D'ORS, Hernández Tejero, Fuenteseca, P., Arazandi, Pamplona 1975, Pág. 873.

(6) Mommsen, Op. cit., Pág. 110.

si-delitos tienen como única nota común, la de acarrear sólo una pena pecuniaria; a esto se debe su consideración de no incluir a la omisión, como forma de conducta, en la realización del delito (*).

B) Epoca Germánica y Medieval

En las fuentes germánicas y medievales, se puede hallar, un tratamiento similar para la omisión y acción positiva que provoca un daño, se habló expresamente, del guardia que no diera de comer a un prisionero en el caso en que éste muriera de hambre, aunque se consideró la posibilidad de aminorar la pena por el juez, a pesar de reconocerse "la igualdad de esta omisión con un asesinato activamente ejecutado frente a dios" (7).

C) Epoca Española y Medieval

El antiguo Oriente y el derecho hebraico tuvieron en cuenta los delitos por omisión. En España el derecho histórico, muestra una interesante equivalencia del homicidio con la inasistencia por parte de esclavos y sirvientes, así: "Incurrían en la pena de homicidas o pena capital, los esclavos y sirvientes, que no hallándose imposibilitados por vejez, debilidad, edad menor de catorce años u otra causa no acuden a favorecer a sus señores, señoras e hijos, cuando ven que intentan herirlos o matarlos, bien defendiéndolos con sus manos o armas, bien poniéndose en medio de los agresores, bien dando vo-

(*) Como dato complementario, podemos decir, que también el derecho romano conoció el caso de la muerte de un hombre, provocada por la omisión de darle sustento y, además, la no continuación del tratamiento médico (Gajus: qui benit secuerit et dereliquit curationem 1,89); posterior a la persecución ex lege Aquilia de la que ya hablamos.

(7) Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, Delitos Impropios de Omisión, Edit. Paidó, Buenos Aires 1970, Pág. 12.

ces y pidiendo auxilio, si no pueden prestar otra ayuda" (8). Ello debido, - tal vez a que aquéllas dictaduras eran de régimen totalitario, en tal virtud hicieron surgir un buen número de delitos de omisión, gravemente penados, como el que acabamos de ver. Haciendo, desde luego, la aclaración que el aumento de los delitos de omisión en los códigos en vigencia de países con régimen democrático, como el nuestro, se debe a otras razones de las que hablaremos - con posterioridad.

Los glosadores y los prácticos al elaborar el derecho que se aplicó en la baja Edad Media y en los comienzos de la Moderna, más que construir las omisiones, se preocuparon de diferenciarlas o equipararlas a los delitos de comisión. Las "legislaciones del siglo XVII, suguiendo los principios postulados por la escuela filosófica de Wolf, consideraron que al hablar de actos-punibles se comprendía en su texto las omisiones" (9).

La situación que prevaleció en la era precolombina fué muy diversa a la aquí estudiada, dado que no encontramos en la cultura Azteca o Maya (que fueron las culturas más significativas), dato alguno que nos indique que hayan concebido a la omisión como delito, por lo que resulta ocioso cualquier estudio al respecto.

D) Epoca Contemporánea

Los primeros estudios dignos de respeto se atribuyen a los juristas italianos, ya que es a partir de Carrara que se inicia propiamente la época ---

(8) Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.III, Edit. Ediar, Buenos Aires 1960, Pág. 395.

(9) Idea.

científica de las investigaciones jurídico penales. Italia ha producido una abundante literatura sobre el Derecho Penal, que por un tiempo, más o menos largo mantuvo una línea de seguidores; incluso en México las primeras manifestaciones, aunque leves, de una estructuración sistemática del Derecho Penal, a nivel teórico, tuvieron en algún momento la influencia de la doctrina italiana, así se aprecia en los trabajos de José Angel Ceniceros y Luis Garrido, Ley Penal Mexicana (1935); Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano (1937); Ricardo Abarca, El Derecho Penal en México (1941); Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal (1969) (*); e Ignacio Villalobos, La Crisis del Derecho Penal en México (1948) (**). Sobre los aportes de estos autores en los delitos de omisión hablare más adelante.

No obstante, lo anterior, en los últimos decenios se han vuelto los ojos de la doctrina de muchos países, sobre todo en: "España, Portugal, Austria, - Suiza, Africa del Sur, Grecia, Japon, Corea del Sur" (10) y en América: Argentina, Colombia, Chile y México, hacia el Derecho Penal Germánico asimilando - sus convergencias y divergencias, que pronto se asumen como propias, dejando de lado o bien olvidada a la escuela italiana, la que ha reaccionado en "sentido definitivamente negativo ante la nueva doctrina" (11).

(*) A decir de Moisés Moreno Hernández "Porte Petit ha defendido fervientemente criterios propios de la escuela positivista italiana, como es el de la peligrosidad, que se utiliza como criterio decisivo para la medición de la pena... Ese pensamiento ha ido paulatinamente superándose, para dar entrada a criterios más acordes con sus construcciones dogmáticas" Prólogo al libro: Porte Petit Candaudap, Celestino, Hacia una Reforma del Sistema Penal, Edit. INACIPE, México 1985, Pág. 8.

(**) No incluimos en esta clasificación al español, naturalizado mexicano Mariano Jiménez Huerta, puesto que en su trabajo intitulado "Panorama del Delito" (1950), es palpable la influencia Mezgeriana y sus obras posteriores reflejan un amplio dominio de la literatura alemana.

(10) Cfr. Morselli, Elio, La Función del Comportamiento Interior en la Estructura del Delito, trad. de Jorge Guerrero, Edit. Temis, Bogotá 1992, Pág. 2

(11) Iden.

II. LA OMISION EN LAS FASES DE ELABORACION DEL SISTEMA DEL DERECHO PENAL

Es el periodo más reciente, ésto es, aquel en que el Derecho Penal busca su método propio, el que debe centrar nuestra atención. A decir de **Bernd Schünemann**, los principios sistemáticos en la evolución de nuestra materia han atravesado por cinco épocas, las cuales a saber son: "el naturalismo, el neokantismo, el punto de vista de la totalidad o irracionalismo (que se refiere a la escuela de Kiel), el finalismo y el funcionalismo; el primero domina hasta el año 1900, el neokantismo hasta 1930, el irracionalismo hasta 1945, el finalismo hasta 1960 y el funcionalismo que ahora está a punto de lograr un desarrollo impetuoso, quizá en 1990" (12).

Junto a esta clasificación encontramos la expuesta por **Jescheck**, para quien "cabe distinguir, en lo esencial, tres fases de desarrollo en la moderna teoría del delito: el concepto Clásico del delito, el concepto Neoclásico de delito y el concepto de delito del finalismo." (13). En nuestro país el único finalista -así declarado- **Moisés Moreno Hernández**, ha sostenido que son tres -los periodos por los que han atravesado la sistematización del Derecho Penal, los cuales son: "el llamado sistema clásico, el sistema neoclásico o teleológico y el del sistema finalista" (14).

Nosotros pensamos que esta última es la clasificación correcta, pues es

-
- (12) Schünemann Bernd, El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, trad. de Jesús-María Silva Sánchez, Edit. Tecnos, Madrid 1991, -Pág. 43.
- (13) Heinrich Jescheck, Hans, Tratado de Derecho Penal, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Edit. Bosch, T.I., Barcelona 1981, Pág. 272.
- (14) Moreno Hernández, Moisés, Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana, Rev. Criminalia Tomo LVIII, núm. 3, México 1992, Pág. 35.

la que ha operado en alguna forma en nuestro país, no así la realizada por Schünemann (15).

Ahora bien, para efectos de este trabajo sólo hablaremos en un primer -- plano del sistema neoclásico haciendo en algunos casos mención (en lo referente a la historia) al sistema clásico; en un segundo plano (y para efectos comparativos) aludiremos al sistema finalista, sin hacer extensa exposición de dichas doctrinas, pues para nuestros fines será suficiente subrayar lo concerniente a la omisión.

En el desarrollo de los siguientes apartados, sigo en lo esencial, lo expuesto por Jiménez de Asúa y Enrique Bacigalupo, en relación a las situaciones históricas.

A) Sistema Clásico

Por situarse la omisión al lado de la acción, resulta lógico que aquélla para su nacimiento dependiera del concepto de la comisión activa, en torno a la cual se edifica la construcción de la doctrina del acto. De tal modo que "por haber sido principalmente los penalistas alemanes quienes, tratan de la acción (recordemos a Heinrich Luden fundador de la teoría de la acción quien se ocupó antes que nadie con sentido moderno de la omisión y de la causalidad), se comprende que fuesen autores de Alemania los que hayan estudiado con

(15) No incluimos en la clasificación sistemática del delito la llamada - "Teoría social de la acción", de la que se muestra partidario Jescheck, - por ser una teoría que tiene cabida únicamente en torno a la polémica -- científica del concepto general de acción.

más extensión y en mayor número las cuestiones referentes a tan complejo problema" (16).

Su inicio propiamente debe situarse en el último tercio del siglo XIX,-- pues es en 1800 cuando comienza el pensamiento, acerca de la posibilidad de una regulación general de la omisión (17).

En la producción científica de la ciencia alemana no se registra un tratamiento general del tema, hasta Feuerbach (en 1826 y después en 1828), cuya sistemática al no contemplar el concepto fundamental de acción (por no ser éste, el punto de partida de su contemplación del hecho punible), no puede contener "alusiones expresas a un posible concepto de omisión" (18); no obstante ello para Anselm von Feuerbach existe un "delito de omisión en tanto una persona tiene un derecho a la real exteriorización de nuestra actividad"(19); este autor llega a enunciar dos fuentes jurídicas del deber de impedir un resultado: la ley y el contrato; a las que Stübel agrega el hacer peligroso precedente.

Es Luden quien distingue entre delitos propios e impropios de omisión y se interesa por la relación de causalidad en los últimos, además de establecer la idea de la acción esperada, retomada por Glasser que es desarrollada después por von Rohland; a partir de entonces y en tratándose de delitos im--

(16) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, Op cit. Pág. 331.

(17) Idea.

(18) Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, El Delito de Omisión Concepto Sistemático, Edit. Bosch, Barcelona 1986, Pág. 4.

(19) Bacigalupo, Op cit., Pág. 15.

propios de omisión la causalidad se tornará en el centro de atención. **Gustav Adolf Merkel** señala que la omisión impone responsabilidad, por la producción de un resultado, en tanto el sujeto ha sido puesto de modo responsable en relación a la integridad de otros para imponer ese resultado, con la ejecución de la acción correspondiente; **Binding**, afirma que la contención de la voluntad ha de ser tenida como causa del hecho, a la que llama "teoría de la interferencia" (20).

Rohland propuso, como ya dijimos, la noción de acción esperada conforme a la cual una omisión es causal del resultado producido, cuando ella era esperada por el ordenamiento jurídico y no se cumplió; **Köler** desarrolla esta idea hasta llegar al concepto de "posición de garante" apoyado en un deber de obrar.

La idea de acción esperada también es utilizada por **Franz von Liszt** y por **Robert von Hippel**(*), (por ello se afirma que **von Liszt** al hablar de la acción esperada elaboraba "juicios de valoración", con lo que ponía al descubierto la ingenuidad teórica del naturalismo); **von Liszt** además, habla de la equiparación de un resultado con la producción de él (21); **Ernest von Beling** sostiene que la omisión es un "comportamiento corporal voluntario, consistente en un no hacer, ello es, distención de los músculos" (22). Por otra parte, **Gustav Radbruch**, niega la existencia de un concepto general, comprensivo de acción y de omisión; basándose en la idea cinética de: "el hacer puede causar

(20) *Idem*.

(*) *Idem*, Pág. 20 y 22.

(21) Este término de acción esperada es también utilizado por **Edmun Mezger** al elaborar su teoría de los delitos de omisión.

(22) **Von Beling, Ernest**, *Esquema de Derecho Penal*, Trad. de **Sebastián Soler**, Edit. Depalma, Buenos Aires 1994, Pág. 20.

algo, pero no lo puede un no-hacer" (23). El sistema de Liszt/Beling, es al que la doctrina ha denominado como "sistema clásico" (*), al cual se adhiere también Radbruch; estos en su configuración tradicional, habiéndose visto conmovidos por la concepción causal-empírica (propia del positivismo científico) de la estructura del delito y en concreto de la acción como elemento básico del sistema, caracterizado como el concepto "causal" de acción, por reducirse al puro proceso causal que la voluntad ocasiona en el mundo exterior; de ahí que también se le conozca a dicho sistema como "teoría causalista", ello en los albores de la moderna dogmática jurídico-penal.

El surgimiento de estos delitos en el siglo XIX y comienzos del XX, se explica, entre otras razones, por el liberalismo de la época; para el que "cada hombre es el mejor juez de sus propios intereses" (24), con él, las prohibiciones jurídicas que abundaban, se ven poco disminuidas por la existencia de reglas imperativas destinadas a exigir del hombre una acción determinada.

B) Sistema Neoclásico o Teleológico

Con la influencia del neokantismo o la nueva lectura de Kant, las indagaciones siguientes, se encaminaron hacia una solución valorativa, la que como sostiene Novoa Monreal "se anunciaba ya con la teoría de la acción esperada" (25). De tal manera que bajo esta influencia la esencia de la omisión reside en el deber de impedir el resultado (26); llegando incluso a la afirma--

(23) Bacigalupo, Enrique, en nota (7), Pág. 52.

(24) Jioñez de Asúa, Luis, Op cit., Pág. 396.

(25) Novoa Monreal, Eduardo, Fundamentos de los Delitos de Omisión, Depalma, Buenos Aires 1984, Pág. 12.

(26) Cfr. Mezger, Edmund, Tratado de Derecho Penal, T. I, Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, Pág. 191.

(*) Es Gallas quien al referirse al sistema de Liszt/Beling, lo llama "clásico". Gallas, Wilhelm, La Teoría del Delito en su Momento Actual, Trad.

ción de que el punto de vista decisivo se halla en la antijuridicidad mate--
rial (que es aquella, que define al hecho como comportamiento socialmente daño
 so), misma que se refleja en un deber de actuar (27). Esta tendencia va a --
 ocuparse de las fuentes del deber de actuar, para llegar al deber de garantía.

Magler pretende ubicar el problema dentro de la tipicidad, puesto que es
 el tipo el que da sentido equiparativo a la mera inactividad con la actividad-
 (*); Jiménez de Asúa al respecto menciona "quienes sustentan un concepto natu-
 ralista de la acción y la omisión, tienden a identificar uno y otro término,--
 respectivamente, con los de la actividad e inactividad vistos como un movimieno
 to o inercia corporales del sujeto... los que defienden un concepto normativo-
 de la acción y de la omisión, distinguen ambas contempladas, como modalidades-
 y formas de conducta, descritas y valoradas en los tipos legales delictivos de
 la actividad o inercia corporal que las integran, vistas y comprobadas en el
 plano de los fenómenos físico-psíquicos" (28).

C) Sistema Finalista

El finalismo, concebido por Welzel -el cual es sostenido entre nosotros -
 por Moisés Moreno Hernández- fijó como estructura lógica-objetiva, a la acción
 humana; distinguiendo en ella, la característica decisiva de la estructura fi-
 nal, esto es, la capacidad específica del ser humano de preveer en determinada
 medida y sobre la base de su saber causal las posibles consecuencias de su ac-
tividad, con arreglo a un plan hacia la obtención de determinados fines.

de Juan Córdoba Roda, Edit. Bosch, Barcelona 1959, Pág. 7. Aunque Welzel -
 ya antes lo había hecho.

(27) Cfr. Sauer, Wilhelm, Derecho Penal, Trad. de Juan del Rosal y José Cere--
 zo, Edit. Bosch, Barcelona 1956. Pág. 147.

(28) Jiménez de Asúa, Op cit., Pág. 387.

(*) Bacigalupo, Op cit., Pág. 32.

De esta forma, la acción humana es ejercicio de actividad final; la acción es, por eso, acontecer final no solamente causal.

Es mérito innegable de Armin Kaufmann replantear con excepcional agudeza, los problemas relativos a la omisión en general. "La comprensión de la discusión actual no es posible sin tener en cuenta que arranca de las ideas que Kaufmann introdujo y que -como él mismo reconoce- son desarrolladas a partir de las expuestas en relación al tema anteriormente por Hans Welzel" (29). Kaufmann siguiendo los pasos iniciados por Welzel, distingue entre mandatos y prohibiciones, estableciendo que el objeto de un mandato será siempre una acción final; la omisión es un modo de conducta humana, es un substracto real. En la "finalidad" potencial está -para puntualizar- la finalidad irreal, como mero momento de relación; la "potencialidad", en cambio, tiene "realidad" (30). De esta manera deja claramente establecido que en la omisión no existe un dolo, entendido como voluntad de realización; para este autor la esencia de la comisión por omisión no se halla en su estructura dogmática sino en su conformación axiológica.

Poco después, el propio Welzel no se separa gran cosa de Kaufmann, al afirmar que "A la omisión no le es propia ni la causalidad ni la finalidad -- (actual). Por ello, falta una voluntad de realización orientada a un omitir y con esto falta también un dolo de hecho en el sentido de los delitos de comisión" (31), es decir, en la omisión de la estructura finalista falta el elemento volitivo o subjetivo del dolo.

(29) Bacigalupo, Enrique, *Delitos Inpropios de Omisión*, 2ª Ed., Edit. Temis, Bogotá Colombia 1983, Pág. 42.

(30) Kaufmann, Armin, en Bacigalupo, E., *Ideo*.

(31) Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 11ª Ed., Trad. de Juan Bustos y Sergio Yañez, Edit. Jurídica de Chile 1969, Pág. 276.

Maurach partidario en lo fundamental de la doctrina de la acción finalista, elabora el único intento serio de introducir una modificación al afirmar la voluntad en la omisión y su causalidad, negando la argumentación de Armin Kaufmann y de Welzel, sosteniendo el "dolo de hecho" y negando el concepto "ontológico" de la omisión (32).

III. LA CONDUCTA

Hemos expresado en líneas anteriores, que es la teoría clásica la que pone como piedra angular de su concepción a la acción (lato-sensu), comprensiva de la acción (stricto-sensu) y de la omisión, la que a su vez se divide en propia e impropia. A partir de entonces se cuestionó la unidad de dicho concepto en el sentido de un concepto superior y general, que abarcara tanto a la comisión como a la omisión; sobre todo porque vinculaba dos conceptos que cinéticamente vienen a ser polos opuestos: movimiento y no movimiento. Este fué un problema que dió cauce a un sinnúmero de discusiones en la doctrina, distinguiéndose entre: quienes aceptaron un concepto genérico y quienes lo negaron.

Debido a lo anterior y a la importancia que en un tiempo se le dió a tan álgida cuestión, podemos considerar algunas de las definiciones y terminologías que se pretendieron dar al primer elemento del delito (en la inteligencia de que de dicho concepto, desprendíase la omisión, como "forma" de la acción -lato sensu-), dentro de la postura de quienes aceptaron la existencia de un concepto genérico.

(32) Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, I. II, trad. de Córdoba Roda, Edit. Ariel, Barcelona 1962, Pág. 262.

A) Aceptación de un concepto superior genérico de acción y omisión

Se emplearon para expresar el primer elemento del delito los términos: - hecho, acción, acto, acaecimiento o acontecimiento, mutación en el mundo exterior, actividad y conducta (33).

La palabra hecho penal fué utilizada por Edmund Mezger; empero dicha expresión es demasiado genérica, ya que con esta palabra se designa "todo acontecimiento nazca de la mano del hombre o acaezca por fortuito" (34), es decir, comprende tanto a la actividad humana como a los fenómenos naturales.

El término acción gramaticalmente se refiere al "hacer" y no al "no ha--cer", debido a ello se ha criticado por la doctrina su inaplicabilidad como - concepto unitario, en tanto que acción y omisión vienen a ser "el anverso y - reverso de una medalla" (35) y no pueden por ende subsumirse a una tercera ca tegoría superior a ambas; así Jiménez de Asúa ha sostenido que "acción puesto que es efecto de hacer, en nuestra lengua sólo con esfuerzo y violencia podrá servir para indicar el no hacer" (36).

De esta forma, quienes se inclinan por este vocablo distinguen en senti--do amplio y en sentido estricto el término "acción", de modo y manera que la acción en sentido amplio puede valer como concepto básico de la estructura -- del delito (llámese clásica, neoclásica o finalista) y en sentido propio como comisión.

(33) Cfr. Jiménez de Asúa, Op cit., Pág. 331.

(34) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, 11ª Ed., Edit. Porrúa, México 1987, Pág. 231.

(35) Idea.

(36) Jiménez de Asúa, Op cit., en nota (8), Pág. 333.

En cuanto al acto, a decir de Jiménez de Asúa posee una "elasticidad semántica que supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejercita ... en una acepción más amplia comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión" (37); en sentido contrario Porte Petit opina que "El acto - al igual que la acción implica únicamente un hacer, y por tanto no puede comprender la omisión, que constituye lo contrario a aquél" (38), opinión que -- compartimos, no sólo porque el acto forma parte de la acción (los actos son segmentos y partes de la acción), sino porque también da lugar a la clasificación de los delitos en: unisubsistentes y plurisubsistentes.

Acaecimiento o acontecimiento, es un concepto que en un tiempo fué utilizado por quienes concebían delitos "sin manifestación de voluntad" o "sin actuación de voluntad" (39); delitos a los que se les llamó de olvido, como partidario de este concepto encontramos a Max Ernest Mayer.

El concepto mutación en el mundo exterior, se refiere a la consecuencia de la conducta o al resultado material; dejando fuera los delitos de mera conducta, de donde resulta su inaplicabilidad.

En cuanto a la actividad, encontramos que Eugenio Cuello Calón, la utiliza para definir los elementos de la acción en: "acto de voluntad y actividad corporal" (40); este concepto en nuestra opinión es inadecuado, toda vez que la actividad como tal, es sólo una mínima parte del comportamiento humano.

Por último el término conducta sirve para designar el elemento formal y

(37) Jiménez de Asúa, Op cit., en nota (8), Pág. 333.

(38) Porte Petit, Op cit., Pág. 231.

(39) Cfr. Jiménez de Asúa, Op cit., Pág. 333.

(40) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, T. I, 18ª Ed., Edit. Bosch, Barcelona 1980, Pág. 345.

el material del delito (si lo denominamos conducta o hecho), engloba la ambigüedad de dos conceptos: acción y omisión, es decir, enmarca perfectamente el conjunto de procesos que en un momento concreto relacionan al hombre con su entorno.

En nuestro país fué utilizado, tanto como elemento del delito, como por cuanto, concepto básico de la estructura del delito; así los dogmáticos más característicos de la ciencia penal mexicana (41): **Mariano Jiménez Huerta** -español cuya obra jurídica la dedicó al Derecho Penal Mexicano- y **Celestino Portepetit Candaudap**, lo utilizaron (*).

De esta forma el sector doctrinal mexicano contribuyó con dicho concepto genérico a la ciencia jurídico-penal, dejando clara muestra de la postura neoclásica, de la que éramos partidarios.

Contra el término conducta se alzaron duras críticas por parte de: **Sebastián Soler**, para quien es un concepto "peligroso" (42); de **Jiménez de Asúa** - quien señaló que dicho término se refiere "más bien al comportamiento, a una actuación mas continuada y sostenida que la de mero acto psicológico" (43); y de **Francisco Ferrefra Delgado**, quien en forma despectiva y omitiendo mencionar autor o autores expresa "el vocablo conducta lo emplearon los delegados de México a la discusión del Código Penal tipo para Latinoamérica" (44), aduciendo a continuación que la conducta es un concepto "psicológico", no jurídico (**).

(41) Cfr. Moreno Hernández, Moisés, Op cit., en nota (14), Pág. 62.

(42) Soler, Sebastián, Derecho Penal, T. I, 3ª Ed., Edit. Tea, Buenos Aires -- 1967, Pág. 305.

(43) Jiménez de Asúa, Op cit., Pág. 333.

(*) De esta forma podemos observar la utilización del término "conducta" en Panorana del Delito, de Mariano Jiménez Huerta (1950), y después en Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, de Portepetit (1960).

(**) La opinión de Ferrefra Delgado no encuentra acomodo, ni en la teoría fi-- nal de la acción (a la que él se adhiere), ni en la teoría clásica, en --

B) Negación del concepto superior genérico de acción y omisión

El sistema de Liszt/Beling, denominado "sistema clásico", del delito tiene como fundamento, según hemos visto, el concepto de acción, caracterizado - como el concepto causal de acción; ahora bien, de lo reseñado podemos desprender que dicho sistema tuvo un problema, cuya dificultad yacía naturalmente en el entendimiento de la omisión, que Beling pretendió aclarar en forma puramente nominal como "realización de un no movimiento" (45). Ya Radbruch había destacado (1904), que el concepto "naturalístico" de acción falta frente a los delitos de "omisión" negando -a diferencia de Liszt y Beling- la posibilidad de un concepto fundamental común para la acción y la omisión "pues de la misma manera que no se puede colocar bajo una categoría superior Posición y Negación (a y no a), tampoco es lícito forzar la colocación de la acción y de la omisión bajo una tal categoría o concepto superior, llámese este concepto acción en sentido amplio, conducta humana o de cualquier otro modo" (46). Luego entonces, Radbruch se muestra partidario de quienes no aceptan un concepto genérico de acción, idea que lo llevó a construir un doble sistema del delito: delitos de acción y delitos de omisión, criterio que de alguna manera retomaron Armin Kaufmann en su monografía sobre La Dogmática de los Delitos de Omisión (1959) (47), y Welzel (1969).

Así las cosas podemos decir a manera de conclusión que el término conducta fué la solución mas adecuada para los propósitos del sistema Clásico y neo clásico; ahora con la teoría final de acción no hay necesidad de discutir so-

virtud de la "fragmentación", que ha sufrido el delito con la postura dominante.

(44) Ferrefra Delgado, Francisco, Teoría General del Delito, Edit. Temis, Bogotá Colombia 1988, Pág. 13 y 14.

(45) von Beling, Op cit., en nota (22), Pág. 20.

(46) Radbruch, Gustav, en Mezger, Edmund, Op cit., en nota (26), Pág. 189.

(47) Cfr. Bacigalupo, E, en nota (7), Pág. 41 y ss.

bre este otro álgido punto, habida cuenta que como sostienen los máximos representantes del finalismo, hasta ahora conocidos en México: **Welzel, Maurach, Jescheck y Stratenwerth**; el delito se divide en: a) comisivo doloso, b) comisivo culposo, c) omisivo doloso, d) omisivo culposo, a lo que agregaríamos: - e) comisivo por omisión dolosa y f) comisivo por omisión culposa. Teoría en la que no tiene cabida la expresión **conducta** como término unificador de acción y omisión.

IV. DISTINTAS CLASES Y FORMAS DE LOS DELITOS DE OMISION

Existen tres maneras de cometer un delito y cada una de ellas tiene sustantividad propia: a) delitos de acción; b) delitos de omisión y c) delitos de comisión por omisión. Por las razones arriba indicadas las dos últimas - - eran estudiadas como formas del "primer elemento del delito" o "concepto básico del delito", llámese conducta, acto, acción, etc., en este sentido la teoría causal valorativa encontraba la esencia de los delitos omisivos impropios en la punibilidad de los omisivos propios, además de facilitarse en ambos el conocimiento de la causalidad. De acuerdo con la conclusión ya antes expuesta, la teoría finalista de la acción sostiene con énfasis la total autonomía de los delitos impropios de omisión respecto de los delitos propios, negando una posible unidad, puesto que a ella se opondría la clara diferencia entre sus - presupuestos, estructura y efectos jurídicos (48).

No obstante lo anterior, estamos convencidos que en cuanto el delito im-

(48) Cfr. Maurach, Op cit., en nota (32), Pág. 262. No obstante este autor, - al igual que la generalidad de los penalistas, trata de los delitos impropios de omisión junto con los delitos propios, en un capítulo común - que lleva por título "El delito de omisión", según observamos en el índice de su obra.

propio de omisión reconoce elementos que corresponden a una actitud omisiva, puede aprovechar para su conocimiento y mejor intelección algo de lo desarrollado para los delitos propios de omisión. Sin duda se halla en este caso el material que se contiene en este apartado.

LA OMISION

El delito de omisión presenta dos clases: delito de omisión propia y delito de omisión impropia, al que denominaron los italianos comisión por omisión.

A) Omisión Simple

Propiamente la omisión es la violación de una norma preceptiva con la -- consecuente producción de un resultado -abstracto- típico, los alemanes le -- llamaron propia.

B) Comisión por Omisión

Por su parte la omisión impropia consiste en la lesión de bienes jurídicos dispuestos en normas prohibitivas, es decir, aquellos delitos en donde -- hay un resultado (concreto) sin actividad; lo que llevó a Celestino Porte Petit a estimar que la denominación correcta debería ser delitos de "resultado-material por omisión" (49), entendiendo el término "comisión", como "resultado", aunque dicho término lo consideramos inapropiado porque tal expresión de fine el concepto, de modo y manera que la definición pasaría a ser el concepto (49) Porte Petit, Op cit., en nota (34), Pág. 243.

to (*).

En puridad los llamados delitos de comisión por omisión no son omisivos sensu-stricto, pues es el no hacer algo que debía producir un cambio en el -- mundo exterior, que por la inacción queda inerte; en cambio, en los omisivos-simples es el no hacer "algo" concreto; estos son hechos de mera conducta omi_siva porque lo que se imputa es la falta de una acción; en cambio en los otros (impropios), por el contrario, se imputa la falta de una modificación del - - mundo externo.

C) Otras Clasificaciones de la Omisión

A lo largo del estudio de la omisión, se llegó en un tiempo a clasificar este delito en estos grupos: 1.- Delitos de simple omisión; 2.- Delitos de comisión por omisión; 3.- Delitos de omisión mediante acción; 4.- Delitos de -- omisión de resultado; y 5.- Delitos de omisión espiritual (50).

1.- Estos delitos son como ya quedó asentado un no hacer concreto.

2.- A estos se refiere el no hacer "algo" determinado, que debía produ-- cir un cambio en el mundo exterior.

Las restantes categorías atienden no a la idea de la omisión en la con-- ducta de inercia, sino fundamentalmente, atendiendo a la clase de resultado - (cambio en el mundo exterior o no mutación), que se produce:

(50) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, Los Delitos de Omisión, Revista de Derecho Penal, año V, 1er trimestre de 1949, número 1, Edit. Ediar, Buenos Aires 1949, Pág. 310 y ss.

(*) Es innegable que sobre el particular Porte sigue a Sánchez Tejerina para quien "la palabra comisión parece referirse más bien al resultado", Sánchez Tejerina, Isafas, Teoría de los delitos de Omisión, Edit. Reus, Madrid 1918, Pág. 63.

3.- Estos ilícitos fueron considerados por **Grispigni** (51) como inacción, pero quien comenzó a estudiarlos fué **Manzini** al sostener: "Tanto vale no hacer lo que se debe como obrar positivamente contra aquello que está prescrito, o realizar hechos positivos para eximirse del cumplimiento del deber" -- (52); **Guillermo Sabatini** lo denominó delito omisivo mediante acción, de hecho positivo y de resultado negativo (53).

4.- **Giuseppe Ponze de León** habla de "delito omisivo mediante acción" -- (54) que según él, aparecería cuando se realiza una acción para no obtener un resultado que la norma penal ordena. **Grispigni** por su parte los llama "delitos de omisión del resultado", los que derivan de mandatos de resultado, - que son aquéllos, en que el precepto de la norma consiste, en el mandato de producir una determinada modificación, en el mundo exterior (55).

5.- Una última categoría se refiere a los delitos de omisión espiritual, denominación por demás incorrecta; estos delitos se refieren, sobre todo, a las omisiones culposas, de las que se derivan dos formas de omitir: el silencio y el olvido.

El silencio se refiere, al perjurio por silenciar hechos, después de haber prestado juramento de decir verdad, así como el secreto profesional.

En cuanto al olvido, diremos que se le dió una gran importancia en la doctrina, hasta el punto que **Max Ernest Mayer**, utilizó la voz acontecimiento

(51) Cit. por Jiménez de Asúa, Op cit.

(52) Iden.

(53) Iden.

(54) Iden.

(55) Iden.

en vez de acción (56); así Edmund Mezger llegó a afirmar que en los delitos-
de omisión no se necesita conceptualmente que ésta sea querida (57); de ahí -
que Karl Binding se expresara de ellos diciendo que "a pesar de ser en el mundo
de los delitos el más pequeño entre los pequeños, corresponde aquí el más
alto honor" (58) y los denominará delitos de olvido.

(56) *Idea.*

(57) Mezger, Edmund, *Op cit.*, en nota (26), Pág. 190.

(58) *Cit. por Jiménez de Asúa, Op cit.*

CAPITULO SEGUNDO
LA OMISION IMPROPIA EN LA ESTRUCTURA
NEOCLASICA DEL DELITO

"En la forma del llamado delito de omisión impropia o de comisión por omisión... el autor no hace y produce por ello, un resultado que no debe producir".

Edmund Mezger.

I. HACIA UN CONCEPTO DE OMISION

A) El planteamiento alemán (sistema clásico):

INTRODUCCION

Después del triunfo de las ciencias naturales, comenzó a dominar cada vez más un pensamiento naturalista y empírico del Derecho Penal. "De nuevo, como en la época de las luces, el potente florecimiento y el éxito sin igual de las ciencias naturales, atraen sobre sí la atención y despiertan el deseo de concebir de la misma forma las ciencias sociales" (1). Propiamente el sistema clásico es producto del positivismo filosófico (*), influenciado, como ya dijimos por las ciencias empíricas, vale decir, de una concepción de la realidad limitada a los fenómenos sensorialmente aprehensibles y de la ciencia como simple captación de las realidades de sucesión o semejanza de los hechos unos

(1) Cfr. Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, T. I, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, Pág. 57.

(*) El positivismo científico o filosófico, es una concepción estrictamente limitada al Derecho Positivo y a su interpretación, excluye de la dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica; la realidad humana conforme esta línea de pensar, es reducida a fenómenos naturales predeterminados; este sistema se caracterizó por poseer una estructura sencilla y clara.

con otros (2).

Las primeras explicaciones del ser de la omisión surgen, precisamente en el marco del sistema clásico; desde este punto de vista, la omisión, como hecho externo, es la nada, el no-ser; la única realidad perceptible en ella desde la perspectiva clásica es, pues, una realidad psíquica. Claramente en esta línea debe situarse el planteamiento de **Beling**, recordemos que la estructura clásica del delito fue impulsada principalmente por el grupo teórico: **Liszt/Beling** (a pesar de que ambos tenían una concepción totalmente diferente de los delitos omisivos), al que después se agregó **Radbruch** (3); y de ellos quien fue más fiel a la idea causal de acción fue **Beling**, es por eso que aún en este sistema del delito, pueden encontrarse dos tipos distintos de concepto de omisión: concepto negativo-intransitivo de la omisión y concepto negativo-transitivo de la omisión.

1) Concepto negativo-intransitivo de la omisión

En la teoría del delito que expuso **Ernest von Beling** en el año de 1906, la acción aparecía "sin color"; la omisión en sí, es para este autor inactividad corporal voluntaria, contención de los nervios motores dominada por la voluntad (4). Como puede observarse, la voluntad como factor que distingue la conducta humana del acaso, constituye el elemento esencial; ello permite agrupar accio-

(2) Cfr. Luisi Luiz, Tipo Penal y Conducta, en problemas de Derecho Penal, Artículos compilados por Julio O. Chiapini, Edit. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe s/a, Argentina, Pág. 249. Véase también Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, T.I, Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde Edit. Bosch, Barcelona 1981, Pág. 274 y ss.

(3) Cfr. Silva Sanchez, Jesús-María, El Delito de Omisión, Concepto y Sistema Edit. Bosch, Barcelona 1986, Pág. 21 y ss.

(4) Cfr. von Beling, Ernest, Esquema de Derecho Penal, trad. de Sebastian Soler, Edit. Depalma, Buenos Aires 1944, Pág. 20. Para él la omisión es "comportamiento corporal voluntario consistente... ya en un no hacer, ello es, distención de los músculos".

nes y omisiones, en la noción de comportamiento humano voluntario (*).

Un concepto próximo al de **Beling** defendió **Baumann**: La omisión según él, es una forma de conducta que se incluye en el concepto, más amplio, de acción entendiendo como "conducta humana guiada por la voluntad" (5). Se trata de un concepto negativo-intransitivo, porque la omisión se agota en la negación, la no realización, sin presentar elementos positivos, es la omisión: un no hacer nada, la ausencia querida (voluntaria) de todo movimiento corporal.

2) Concepto negativo-transitivo de la omisión

De manera semejante **Franz von Liszt** nos habla, como base, de la noción - naturalista del acto, sólo que somete a valoración a la omisión al definirla diciendo que consiste en "no impedir voluntariamente el resultado"(6) y a fin de mantener el mismo término y paridad doctrinaria dice "...solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto posible de parte de una persona" (7).

De esta forma la omisión no consiste en un no hacer en absoluto, ni en un no hacer indefinido, sino en un no hacer algo, que ya es en sí una acción determinada; este punto de vista rompe el concepto causal-naturalístico de acción, al dotarlo de un juicio de valor. Por su parte **Jiménez de Asúa** aclara:

- (*) Notése, como **Beling** defiende un concepto (general) de acción, unitario para la acción positiva y la omisión.
- (5) **Baumann**, Jürgen, Derecho Penal, trad. de Conrado A. Finzi, Edit. Depalma, Buenos Aires 1973, Pág. 97 y 138.
- (6) **Von Liszt**, Franz, Tratado de Derecho Penal, trad. de Luis Jiménez de Asúa T.II, Edit. Reus, Madrid s/a, Pág. 314.
- (7) **Idea**. Como puede observarse es aquí donde surge la "acción esperada", de la que nos ocuparemos más adelante.

"Adam Schmidt, al rehacer el Tratado de Liszt ha cambiado también en este punto de modo sustancial, las opiniones del maestro (refiriéndose a von Liszt),- hablando ahora de 'deber realizar', en lugar de 'acción esperada', marcando - con ello una profunda diferencia que separará el pensamiento del profesor y - su discípulo, sobre todo al hacer las últimas ediciones de aquel notorio libro" (8).

Es así como se origina el concepto transitivo de omisión al entenderla - como un no hacer "algo" posible y esperado; concepto que comparte Gustav Radbruch, cuya obra no ha sido traducida, a nuestra lengua, lamentablemente (9).

Resulta por de más significativo, que en el mismo marco de un sistema del delito surjan, una concepción intransitiva y una transitiva de omisión, tan - significativo que fue precisamente en la omisión, en donde el sistema clásico mostro sus "insuficiencias" (10) e "incongruencias" (11); en efecto, el -- concepto causal-naturalístico de acción no puede aplicarse a la omisión, que evidentemente, no constituye movimiento corporal ni impulso de voluntad alguno, sino todo lo contrario. Por lo demás debemos decir que tanto el concepto intransitivo, como el transitivo fallaron: el primero (expuesto por Beling) por pretender encontrar la "omisión causal" en "la voluntaria contención de los nervios motores"; lo que resulta imposible dadas las características definitorias de la acción, luego entonces, bajo este punto de vista resulta imposible hablar "voluntariedad" (12) alguna en la omisión; el concepto transitivo (de-

(8) Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, I.III, Edit. Ediar, Buenos Aires 1960, Pág. 411.

(9) Véase, Silva Sanchez, Jesús María, Op. cit., en nota (3).

(10) Jescheck, Op. cit., en nota (2), Pág. 274.

(11) Silva Sanchez, Op. cit., Pág. 25.

(12) Cfr. Gómez Benítez, José Manuel, Teoría Jurídica del Delito, Edit. Civitas, Madrid 1992, Pág. 52.

fendido por von Liszt, no es coherente por introducir "juicios de valoración" en el concepto mismo de la omisión y, por ende, en el concepto fundamental: acción (lato sensu), con lo que abandonaba las bases del concepto naturalístico de acción (13).

Esta forma de concebir el derecho lleva a definir la conducta como una modificación física causada por la voluntad del agente, según hemos visto, dividiéndola en tres momentos: 1) La voluntad, 2) La manifestación de esa voluntad, a través de un hacer (acción), o de un no hacer (omisión) y 3) El resultado que puede ser: a) material o b) formal. Mientras tanto, no se indaga aquí el contenido de esa voluntad (que más tarde se cuestionó), es decir, aquello que el autor realmente quiso.

B) El planteamiento de la ciencia de los valores (sistema neoclásico):

INTRODUCCION

La estructura formal del concepto del delito en el sistema de Liszt/Beling experimentó en Alemania, en la dogmática posterior, una transformación profunda. A la nueva orientación de la teoría del delito, surgida de la primera guerra mundial, se le denominó "sistema teleológico", porque la simple lógica legal abstracta comprendida dentro de los límites estrechos del positivismo científico, fue sustituida por el sistema de referir el derecho a fines poli-

(13) Jescheck, Op. cit. Para él von Liszt fue el primero en descubrir que la esencia de la omisión no reside en una forma de comportamiento corporal, sino en el terreno del espíritu, en el sentido social del suceder y, en concreto, en el hecho de que el ordenamiento jurídico espera una determinada acción. Pág. 274.

tico-criminales (14).

A principios del siglo XX, el renacimiento de Kant (*) en Alemania, planteó el carácter autónomo de las llamadas 'ciencias del espíritu', así la nueva lectura de Kant -esencialmente determinada por la teoría del conocimiento- dió lugar a la dirección teleológica, aportada sucesivamente por dos escuelas divergentes: La escuela de Marburgo (Rudolf Stammler, Erich Schwinge y Leopold Zimmerl), que no tuvo una influencia notable en el Derecho Penal; y, la escuela sudoccidental alemana o Neokantismo de Baden Baden (Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert y Emil Lask), que estableció por primera vez al lado del método científico-causal de la ciencia natural, de nuevo, un peculiar método científico espiritual del entendimiento y de la apreciación de los sucesos -teniendo en cuenta fines y valores (15).

Esta última escuela interpretó a la ciencia jurídica de nuevo como ciencia de cultura y de norma, que no equivalía a la ciencia natural. Características de la orientación influenciada por el neokantismo fueron, la renuncia -al reconocimiento de los criterios materiales de los valores jurídicos y la limitación de la teoría científica del método a las condiciones de la exacti

- (14) A decir de Baratta "La Alemania de Guillermo II y de la República de - Weimar, muestran una acentuada teleología". Baratta, Alessandro, "Valores y Método Jurídicos en el Positivismo Penal Alemán"; en Problemas de Derecho Penal, artículos compilados por Julio O. Chiappini, Op.cit., en nota (2), Pág. 233.
- (*) No olvidemos que la influencia de este pensador ha sido notable en Alemania, al punto de que algunos consideran a Alemania "pueblo de kantianos". El sistema del delito que nos ocupa no escapa de tal consideración ya que muchos han identificado esta etapa como "sistema neokantiano", nosotros preferimos denominarlo "sistema neoclásico", siguiendo a Moisés-Moreno Hernández, entendiéndolo que esta etapa sólo es una complementación del "sistema clásico" del delito, ya que parte de una realidad, pero le asigna a la ciencia la tarea de organizar esa "realidad".
- (15) Véase Jescheck, Heinrich, "La evolución del concepto del delito en Alemania", Cuadernos de los institutos, Dirección General de Publicidad, vol. X, No. 63, Córdoba 1962, pp. 29 a la 75.

tud del pensamiento jurídico (*).

Se establecía al lado del método científico-causal de la ciencia natural, un método científico cultural del entendimiento y de la apreciación de los sucesos teniendo en cuenta fines y valores. Pero existían pensadores prestigiosos que, aún apreciando la pureza del método trataron de avanzar hacia una teoría social del derecho, determinado por criterios de justicia propios; es el caso de Radbruch (16); también toda la obra posterior de Wilhelm Sauer (17) y de Erick Wolf siguió este rumbo.

1) Concepto neoclásico de la omisión

El cambio de la teoría clásica del delito comenzó por el concepto de acción, la segunda objeción se basa —como ya se ha dicho en líneas anteriores— en la existencia de los delitos de omisión. No cabe duda que aquí falta un mo-

(*) En este sentido los conceptos de las ciencias naturales, resultan de la aprehensión de la realidad por el sujeto cognoscente a través de las formas del ser, y especialmente a través de la causalidad; y los conceptos de las ciencias culturales, por su lado, son producto de la referencia de la realidad respecto a los datos de "valor" o "fines" del sujeto cognoscente. El derecho se sitúa conforme esta línea de pensar, en el plano de la realidad cultural, se trata de una realidad referida a valores; de modo que cada investigador puede concebir la ciencia del derecho, según sus propias representaciones de valor, pero siempre partiendo de la realidad.

- (16) Quien fue el más grande detractor del derecho natural, pero que frente a las tesis irracionalistas del nacional-socialismo, adoptó una postura defensiva del derecho natural y del derecho racional. Véase sobre esto, Bustos Ramírez, Juan, Introducción al Derecho Penal, Edit. Temis, Bogotá Colombia 1986, Pág. 162 y 178.
- (17) Puesto que en su Derecho Penal (Parte General), cuya traducción corre a cargo de Juan del Rosal (1956), aunque ya encontramos una cierta inclinación hacia el concepto social de acción, sobre todo al fundamentar la importancia de la omisión en el "pensamiento social" y la "exigencia" de preocuparse y hacerse "solidario" de otros sin mandato de derecho, todavía observamos un total y completo apego a la estructura neoclásica del delito. Sauer, Wilhelm, Derecho Penal, trad. de Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Edit. Bosch, Barcelona 1956, Pág. 147 y 148.

viento corporal. El intento de salvar, incluso para los delitos de omisión, un núcleo de realidad tangible admitiendo una lucha de motivos en el alma del autor, mediante la que se producirían determinados sucesos fisiológicos de movimiento, tenía que naufragar siempre respecto de los delitos inconscientes - de omisión, dado que aquí en razón de que falta un conocimiento actual del deber de actuar, físicamente no sucede nada. Y esto, aún prescindiendo de la artificiosidad del intento en cuestión (*). Se procuró por parte del neokantismo, superar las dificultades que de ahí surgieron para la teoría de la acción, por tres vías: reduciendo el concepto de acción a una "conducta humana - determinable por la voluntad", absorbiendo la teoría de la acción en tipicidad y, por último, introduciendo el "concepto social de acción" (18).

2) Concepto normativo de la omisión

El Derecho Penal conoce al delito de omisión en dos formas: como propio delito de omisión y como delito de omisión impropio (delito de comisión por omisión); ambas formas significan no hacer algo, no el simple no hacer, en otras palabras, la omisión no es una mera "no acción", sino un "no hacer algo" (no hay omisión de nada), por lo tanto habremos de afirmar como lo hace Mezger: "El fundamento de todo delito de omisión lo constituye una acción esperada" (19); sin esta acción "pensada" (esperada) no es posible hablar de omi-

(*) Ya en el capítulo anterior habíamos hablado de la crítica de Radbruch hacia el sistema naturalista de Liszt/Beling, quien utilizaba como argumento la imposibilidad de subsumir acción y omisión conjuntamente y proponía la creación de un doble sistema, a través de la valoración jurídica.

(18) Cfr. Jescheck, Op. cit., en nota (15), Pág. 49. Recientemente Moisés Moreno Hernández (calificado asimismo como finalista), también comparte este punto de vista, como solución a las dificultades del concepto causal o -naturalístico de la acción, propuesta durante el período del sistema teleológico. Véase Moisés Moreno Hernández, Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana, Rev. Criminalia, T. LVIII, núm. 3, México 1992, nota a pie de página '21', Pág. 39.

(19) Es Edmund Mezger, quien más recibe la influencia de la escuela sudoccidental alemana y para quien "el hacer y el omitir punibles no sólo son con-

sión en sentido jurídico. Y con ello obtiene la teoría del delito de omisión su firme base, siendo necesariamente el concepto, de naturaleza normativa.

En el delito de omisión faltan las dos características esenciales del hacer activo, a saber: el hacer y el querer. Naturalmente, no cabe negar que el que omite puede haber hecho algo en el momento histórico de la omisión que se le imputa (20), pero en tales casos se le hace responsable, no por haber hecho esto, sino porque no ha hecho lo que debiera haber realizado. De la misma manera tampoco se puede negar que el omitente puede haber querido la omisión e incluso es necesario que la haya querido en los casos de una omisión dolosa; pero en tal supuesto la exigencia del querer del sujeto pertenece a la esfera de la culpabilidad (21) no al concepto de la omisión.

Por lo tanto lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es la "acción esperada" que el autor ha omitido realizar. Y como quiera que sólo la "acción esperada", hace surgir la omisión en sentido jurídico, resulta totalmente correcta la idea de que la omisión sólo puede ser fundamentada "desde fuera (externa, normativamente)" y que, "no el omitente sino el que juzga, da realmente vida a la omisión" (*).

Como bien puede observarse apenas trata de establecerse el concepto de ceptos contradictorios de un suceder externo, sino también conceptos referidos a un valor", y en tal sentido encuentra la referencia de valor de la omisión en la "acción esperada". Sobre esto véase, Mezger, Op. cit. Pág. 289.

(20) Idem.

(21) Idem.

(*) Mezger es quien con mayor ahinco aplica el neokantismo, motivo por el que llegó a ser considerado, por algunos, como el mayor exponente de esta postura; sin embargo Zaffaroni pone en tela de juicio la fórmula de la "acción esperada", al preguntarse, por quién es esperada esta acción, para lo cual da dos posibles respuestas: por el derecho o por la ética social "si lo es por el derecho, lo cierto es que el derecho no espera conductas de nadie, sino que las prohíbe o las ordena", lo cual implicaría una ne-

la omisión, por parte de esta postura, surgen los difíciles problemas de los caracteres generales del delito, que parten de las premisas: ¿cuándo la no -- evitación de un resultado es equiparable a la comisión de este? y ¿cómo puede surgir un algo de la nada?. De esta forma los problemas de la omisión se sitúan: 1) En la causalidad; 2) En la antijuridicidad y 3) En la tipicidad.

Alexander Graf Zu Dohna definió los delitos de "comisión al través de omisión" como "prohibiciones de causación (tú no debes matar), pero en realidad, imposiciones (supeditadas a una condición) de impedir la concreción, las que están contenidas, en forma incuestionable, en las prohibiciones de causación... La cuestión radica en saber cuándo existe un deber de impedir o evitar"-- (22). Definición con la que limitaba la causalidad de la omisión a los casos del deber de garantía; sin embargo la cuestión del deber de garantía corresponde al ámbito de la antijuridicidad (*).

... cesaria referencia jurídica que a nivel pretípico no existe, con lo que sería más coherente afirmar la conducta "debidamente", empero se elevaría al plano típico el concepto omissivo y consecuentemente el primer nivel de la teoría del delito no sería la conducta sino el tipo; de otra forma -- si la acción es "esperada" por la ética social "cuando los valores sociales no esperan la acción omitida, no habrá omisión, aunque la ley diga otra cosa... consecuentemente nos vemos obligados a rechazar de plano la sentada acción esperada... creemos que la acción esperada de marras, es una fórmula hueca, casi un juego de palabras para salir del atolladero". Zaffaroni, Eugenio R., Tratado de Derecho Penal, T. III, Edit. Ediar, Argentina 1981, Pp. 90, 91, 450 y ss.

- (*) Baumann criticó acrememente esta postura al sostener "Quien intenta descubrir otros puntos de contacto entre acción y omisión (valores) y utilizarlos para el concepto de acción, no sólo pierde el concepto general común, sino que también se arriesga a abordar prematuramente problemas de tipicidad y antijuridicidad. Esto sucede sobre todo si se considera que un punto común de referencia entre acción y omisión consiste en hacer y omitir algo"; así al preguntarse qué se espera del autor se pone sobre el -- "tapete" la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta. Véase Baumann Jürgen, Derecho Penal, trad. de Conrado A. Finzi, Edit. Depalma, Buenos Aires 1973, Pág. 138 y 139.
- (22) Graf Zu Dohna, Alexander, La Estructura de la Teoría del Delito, trad. de Carlos Fontan Balestra, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1958, Pág. 29.

Por último, debo decir que, nuestra doctrina adoptó en gran parte la -- teoría causal valorativa, tan es así que Jiménez Huerta ya desde 1950 empieza a hablar de un concepto antijurídico, en su trabajo *Panorama del Delito*; al considerar que "Conducta omisiva es, por tanto, toda aquella que no hace lo que debe hacer, cualquiera que fuere lo que el sujeto haga o no haga en el instante histórico en que debió hacer lo que la norma le imponía" (23). -- Porte Petit considera que "así como en los delitos de omisión, el sujeto debe realizar la 'acción esperada' en virtud del deber de obrar, en los delitos de omisión de resultado, en caso de aceptarlos, el sujeto debe llevar a cabo el resultado material esperado, en razón del mandato legal, que impone la producción de un resultado" (24); y concluye afirmando que "en el delito de comisión por omisión existe un doble deber: deber de obrar y deber de -- abstenerse" (25); lo que pertenece, desde el punto de vista del sistema, a la teoría de la antijuridicidad pero que este autor por "razones prácticas" -- estudia como elemento del delito de comisión por omisión. Ignacio Villalobos no parece alejarse de este punto de vista al sostener "los delitos de -- omisión son aquellos que consisten en no hacer algo que se debe hacer ... los delitos de omisión impropia son actos que violan una ley prohibitiva, pero en los que el resultado se obtiene a través de una omisión ... en estos casos el deber jurídico puede existir sin ley expresa que directamente los ha-

(23) Jiménez Huerta, Mariano, *Panorama del delito -nullum crimen sine conducta-*, Edit. Imprenta Universitaria, México 1950, Pág. 43. No omitimos -- mencionar que algunos (entre ellos Luis Jiménez de Asúa), han considerado a este autor como "partidario del finalismo", sin embargo, como bien lo hace notar Moisés Moreno Hernández en su trabajo de formal ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales: "Jiménez Huerta no le reconoce al contenido de la voluntad la función que le corresponde en la estructura ontológica de la acción"; por lo tanto, el sistema del delito -- que él defiende no es otro que el de la teoría Neoclásica del delito. -- Véase Jiménez de Asúa, Luis, Op cit., en nota (8), Pág. 361. También Moreno Hernández Moisés, Op cit., en nota (18), Pág. 67.

(24) Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Undécima edición, Edit. Porrúa, México 1987, Pág. 294.

(25) Ideo. Para Zaffaroni este es un "concepto decididamente normativo". Zaffaroni, Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal*, T.III, Edit. Ediar, Argentina 1981, Pág. 93.

ya creado" (26).

II. RELACION DE CAUSALIDAD.

Para tan importante cuestión retrocederemos un poco a la concepción naturalista de la acción, sólo para efectos de llevar un desarrollo cronológico del tema. Los criterios que imperaron en Alemania, hasta la época de **Be--ling** fueron muy bien resumidos por **Enrique Bacigalupo Zapater y Luis Jiménez de Asúa**, cuya exposición adoptamos.

En los delitos de resultado material, emerge siempre el cuestionado problema de la relación de causalidad, que sin duda presenta matices más complejos que aquellos tipos penales que se estructuran, o se han creído estructurados, sobre una relación causal material; en ellos --a decir de **Eduardo No--voa Monreal**-- "se plantea enseguida la muy difícil cuestión de cómo un no ha cer podría dar origen a un resultado en el mundo material externo" (27); en efecto, en todas aquellas infracciones en las que su consumación exige la --producción de un resultado como mutación del mundo exterior, se exigirá el --que éste último se halle causalmente enlazado a la acción.

Graves dificultades ofrece la indagación de dicho requisito. De antaño quienes admitían el nexo de causalidad en la comisión por omisión, parten de estos principios:

(26) Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Cuarta edición, Edit. Porrúa, México 1983, Pág. 254.

(27) Novoa Monreal, Eduardo, Fundamentos de los Delitos de Omisión, Edit. De Palma, Buenos Aires 1984, Pág. 84.

A) Teorías de la injerencia

1.- Teoría del acto contemporáneo

Heinrich Luden en 1840, fue el primero en distinguir: Entre los delitos de omisión en sentido propio y delitos que son cometidos a través de acciones omisivas (28), al mismo tiempo negó que la omisión pudiera causar efecto alguno y para fundar la responsabilidad del agente del delito acudió a un acto contemporáneo, de tal forma que la sola causa del resultado delictivo es la acción positiva que el hombre realiza, mientras omite la acción que debería haber realizado; esta postura insiste en demasía sobre el valor de otra acción que el agente realiza en vez de la esperada, a juicio de Luden la omisión es el comportamiento de un sujeto, no es la nada, de suerte que si no ejecuta la acción esperada realiza otra, y esa otra acción realizada, es la que responsabiliza al sujeto, así la omisión es siempre una acción (29). Para llegar a este razonamiento Luden parte de la unidad entre omisión y acción, de esta forma si la omisión no está excluida del concepto de acción, toda omisión que tenga una dirección de lesionar un derecho subjetivo, puede realizar el delito, sin considerar si en ella está fundada la obligatoriedad de actividad positiva (30).

Esta postura es también conocida como *aliud agere* y tuvo como postulantes en Italia a Francesco Antolisei (31), Bonucci, Massari y Delitala. Como

(28) Dfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, Delitos Improprios de Omisión, Segunda edición, Edit. Temis, Bogotá 1983, Pág. 15.

(29) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, Los Delitos de Omisión, Revista de Derecho Penal, año V, 1er. Trimestre de 1949, número 1, Edit. Ediar, Buenos Aires 1949, Pág. 334 y ss.

(30) Bacigalupo, Op cit., en nota 28, Pág. 16.

(31) Antolisei, Francesco, Tratado de Derecho Penal, 8a edición, Edit. Temis Bogotá 1988, Pág. 150.

opositor encontramos a **August Otto Krug**, quien con el ejemplo de la madre -- que omite amamantar al niño por estar haciendo media, destruye el razonamiento de **Luden**, puesto que de aceptar esta postura, se admitiría en el citado ejemplo, que lo que da muerte al niño es el estar haciendo media la madre -- (32).

2.- Teoría de la conducta anterior

Hawelka opinaba que quien omite dar alimento a un enfermo confiado a su custodia y le hace perecer, no es responsable por el acto omisivo de no dar alimento, sino por el acto positivo de haber asumido la custodia de un enfermo (33). Por su parte **August Otto Krug**, encontraba la conexión de la omisión y el resultado, en la aceptación del deber, mediante un acto anterior, como una promesa privada, es decir, ponerse en peligro o llevar a otro a una situación de peligro. **Julius Glasser**, tomando a **Krug** como punto de partida para su construcción, establece dos categorías para establecer el nexo causal en la omisión: 1.- La puesta de una condición del resultado, por medio de la propia acción del omitente, seguida de la inactividad para evitar la producción del resultado vgr.: El caso de quien vierte veneno en un frasco de medicamento y permanece inactivo, viendo como la toma el enfermo; 2.- La aceptación del deber a consecuencia de un contrato o de un cargo (34). En la primera hipótesis hablamos de la acción precedente, misma que no se puede aplicar, porque no siempre existe una acción precedente (35), en la segunda hipótesis hablamos de la acción esperada.

(32) Bacigalupo, Op cit.

(33) Jiménez de Asúa, Op cit.

(34) Cfr. Bacigalupo Zapater, Op cit.

(35) Cfr. Porte Petit, Op cit., en nota (25), Pág. 278.

Adolf Merkel, también toma la bandera del hecho anterior, al que agrega la puesta responsable del omitente en relación a la integridad de otros, para impedir el resultado con la ejecución de la acción correspondiente (36).- Hay muchas acciones que únicamente son compatibles con el derecho y con los intereses por el derecho protegidos, bajo el supuesto condicional de que -- existan otras acciones que marchen a la par de ellas, las sigan o las precedan; en estas otras acciones distintas de las nombradas residen las condiciones complementarias para la licitud de aquellas, "la omisión no tiene sino -- una importancia mediata, derivada de una conducta activa y su carácter de -- contraria al deber, lo recibe de que permite, a esta última forma de conducta, tomar un color y exteriorizar unos efectos que contradicen a alguna prohibición" (37).

Se opusieron a esta teoría von Bar, von Hippel, Träger y Mezger; para Träger hay casos en que no puede hablarse, en modo alguno, de acción precedente (38); por su parte Mezger señala que esta postura es inadmisibile en Derecho Penal (39). Estas teorías son de la injerencia, pues en ellas resulta -- fundamental la puesta en peligro del bien jurídico por el hecho anterior.

B) Teoría de la interferencia

Esta teoría se apoya en la paralización del impulso tendiente a evitar el resultado. Karl Binding ha desarrollado así estas ideas: "Una acción --

(36) Merkel, Gustav Adolf, Derecho Penal, trad. de Dorado Montero, Edit. España Moderna, Madrid s/a, Pág. 160 y 163.

(37) Cfr. Bacigalupo, Op cit.

(38) Dfr. Jiménez de Asúa Op cit., en nota (29), Pág. 336.

(39) Cfr. Mezger, Edmund, Op cit., en nota (1), Pág. 289.

previa engendra la necesidad de actuar posteriormente y por ello la omisión ha de considerarse tan sólo como un miembro en la ejecución de la acción prohibida" (40); la acción previa en parte impide y en parte promueve el peligro, pero en el instante decisivo, el sujeto que ha tomado sobre sí la función garantizadora no actúa voluntariamente en tal sentido. Esta doctrina - sostiene Edmund Mezger- "supone que el omitente dominó el impulso que le compelia a actuar, produciéndose por tanto como corriente opuesta, un fenómeno de interferencia entre la fuerza que impulsa a obrar y el despliegue de la misma" (41).

De esta forma Binding parte de la necesidad de una nueva construcción científica pues están en contraposición dos posturas: la de la relativa capacidad de causación de la omisión y la que niega esa aptitud. Lo que viene a construir la causalidad es como ya dijimos la contención de la voluntad a la que llamamos teoría de la interferencia. Como partidarios de esta postura encontramos a Landsberg, Paul Merkel y Lobe; y como quienes pretenden aclararla encontramos a Reinhart Frank, Kollmann y von Buri. Por último y como dato complementario, diremos que a esta teoría también se le denominó del equilibrio o de la preponderancia; así Rodríguez Devesa la explica "A la aparición del evento precede un estado de equilibrio entre unas circunstancias que tienden a producirlo (condiciones positivas) y otras que impiden que aquéllas surtan efecto (condiciones negativas)" (42).

(40) Jiménez de Asúa Op cit.

(41) Mezger, Edmond, Op cit., Pág. 286. Jiménez de Asúa, también hace suya dicha opinión en su artículo de Los Delitos de Omisión, Op cit., Pág.336.

(42) Rodríguez Devesa, José María, Derecho Penal Español, Decimocuarta edición, Edit. Dykinson, Madrid 1991, Pág. 372.

Las críticas que se han vertido sobre esta doctrina han sido duras, así por ejemplo von Hippel la ha llamado "la cuadratura del círculo" (43), Mezger la estima "indigna de ser expuesta ampliamente en sus variedades" (44), agregando que no siempre hay en los delitos omisivos una acción precedente garantizadora, sobre todo porque no es esencial en los delitos omisivos impropios una conducta querida por el omitente (en los delitos de omisión culposos); - por último José Antón Oneca, manifiesta que la base de la interferencia implica colocarse en el campo de la culpabilidad (45).

Preciso resulta mencionar que tanto la teoría de Krug como las de Glaser, Binding y Merkel, requieren la presencia del dolo subsequens; puesto -- que al fundamentarse la causalidad en una circunstancia desarrollada por el autor antes de la consumación, el momento del dolo no coincidirá con el de la condición causal del resultado. Aunque Binding consciente de ese dolo -- subsequens, busca encontrar la solución a través de la teoría de la interferencia; esta postura se clasificó dentro de las teorías individualizadoras, - que son aquellas que tratan de destacar del conjunto de antecedentes del resultado (condiciones) uno que constituye la causa.

C) Hacia una solución valorativa

Para la teoría clásica del delito, la "causalidad" significa aquella estrecha relación de producción y de origen que hace que de algo surja por la fuerza de su poder inherente, otro algo nuevo en el mundo de los fenómenos -

(43) Cit. por Jiménez de Asúa, Op cit. Pág. 30.

(44) Mezger Op cit, en nota (1), Pág. 222.

(45) Antón Oneca, José, Derecho Penal, T.II, Madrid 1949, Pág. 172.

físicos, que es lo que se tiene como efecto (46); conforme esta tesis las --
 únicas teorías admisibles son de la causalidad adecuada o de la causalidad -
 eficiente .

Sin embargo, como dice Bacigalupo, "en cuanto las concepciones puramen-
 te causales del siglo XIX tendieron hacia una noción menos rígida de la cau-
 salidad, el concepto mismo de la causalidad, concebido de una manera cientí-
 fico-naturalista, fue puesto en duda" (47). De tal modo que la causalidad en
 la omisión fue negada; de esta negativa nació la noción de causalidad, no ya
 como suceso real, sino como idea, relativa a una determinada forma de co- --
 nexión de los sucesos reales, es decir, como algo que el sujeto cognoscente_
 agrega a un suceso; mas bien una "conexión ideal entre dos momentos de la --
 realidad" (48).

Luego la afirmación de causalidad en la omisión surge en el plano del_
 pensamiento, de tal forma que para trasladarla al plano de la realidad, se -
 requiere de una consideración valorativa, en donde se vinculen lo irracional
 con el valor. Sobre el particular Zulita Fellini Gandulfo, en México ha ex-
 puesto "La admisión de que no existe causalidad fáctica que pueda desprender_
 se de una omisión, obligó a substituir el plano de la constatación de la rea-
 lidad por el de la valoración normativa" (49).

(46) Cfr. Novoa Monreal, Op cit., en nota (27), Pág. 154.

(47) Bacigalupo, Op cit., en nota (28), Pág. 84.

(48) Ideo.

(49) Fellini Gandulfo Zulita, "Delitos Impropios de Omisión", en Revista Me-
 xicana de Justicia, N° 2, Vol. III, Abril-Junio 1985, Consejo Editorial,
 Pág. 257.

1) La acción esperada

La idea viene de Luden y reaparece en Waldemar von Rohland, Franz von Liszt y Robert von Hippel, mucho antes de que la expusiera Edmund Mezger. Como apuntamos en líneas anteriores (cuando abordamos el concepto de omisión), la omisión no significa idiomáticamente no hacer, sino no hacer algo determinado, es decir, lo que en un dado caso era posible de esperar; con la afirmación de dicho concepto se contestaba también a la pregunta de ¿cuándo una omisión es causal del resultado producido? asegurándose que la omisión era causal del resultado cuando ella era esperada.

Como apunta Jiménez de Asúa "corresponde a Edmund Mezger haber desarrollado ese pensamiento ajeno (recordemos que a idéntica solución recurrió -- Liszt) con suma habilidad y haber hecho de él enérgicamente la piedra básica del sistema de todas las clases de omisiones" (50). Mezger dice: "Todo delito de omisión tiene su fundamento en una 'acción esperada', sin esa acción pensada no hay omisión alguna en sentido jurídico" (51), de esa manera será punible la omisión, del autor, en tanto no haya realizado la acción que de él se esperaba; esta forma de pensar llevó a Mezger a afirmar: "El eje del delito de omisión lo hemos hallado en la acción esperada" (52). Aunque un --

(50) Jiménez de Asúa, Op cit., en nota (29), Pág. 328. Por otra parte en su Tratado Asúa señala "A nuestro juicio, sólo la teoría de la acción esperada, es capaz de solucionar correctamente el debatido problema de la causalidad en las omisiones", sin embargo líneas adelante señala "No de ja -forzoso es recordarlo- de tener sus quiebras la teoría de la causalidad en la acción esperada. Al preguntarse, como hemos visto, si hubiera sido impedido por la acción esperada el resultado que el Derecho desapruueba, forzoso es -como Maurach ha señalado- hacer uso de la causa acción adecuada, por el juicio hipotético de qué acto que se omitió sería capaz de evitar el resultado que debía producirse", Jiménez de Asúa, Op cit., en nota (8), Pág. 679 y 681 respectivamente.

(51) Edmund, Mezger, Op cit., en nota (1), Pág. 298 y ss.

(52) Idem.

tanto vacilante Mezger reconoce: "la omisión no es causal respecto del resultado", pues refiere que la causalidad de la omisión se transforma en una causalidad jurídica o cuasi causalidad, sosteniendo finalmente "el problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión, aparece planteado de la misma manera y exactamente en las mismas formas que en el hacer activo, - solo que no en referencia a la omisión como tal, sino a la acción positiva -- pensada (esperada) y a su resultado" (53).

Ahora bien, como lo sostuvimos en otro apartado, en la medida en que se fundamentó y trató de explicar la posibilidad de constituir la causalidad en la acción esperada, se fué separando ésta de la causalidad y se fué acercando a la antijuridicidad, incluso hasta encerrar en el concepto de la --- omisión cuestiones de antijuridicidad como el deber de garantía.

Mezger se esforzó en demostrar que la "esencia" de la omisión, basada en el hacer esperado que no se hace, no debe confundirse "con la antijuridicidad de la misma", ya que decía que la acción esperada, pensada, no era la exigida, "El hecho -dice- de que una acción sea pensada por el que la juzga, es constitutivo para el concepto y esencia de la omisión; por el contrario - la omisión es antijurídica sólo cuando la acción pensada (esperada) es también exigida por el derecho (54). Esta explicación no ha sido del todo aceptada, así José Antonio Sainz Cantero señala: "El intento de E. Mezger de distinguir entre acción esperada y acción exigida, con la pretensión de situar

(53) Idea. Lo anterior lo lleva a afirmar "La solución de este desesperante problema de una llamada causalidad en la omisión, se llega a conseguir en cuanto se pone en claro que el delito de comisión por omisión jamás puede ser fundamentado tan sólo desde dentro (internamente), sino exactamente igual que el propio delito de omisión, siempre, tan sólo desde fuera (externa normativamente)". Mezger Op cit., Pág. 298.

(54) Mezger, Edouard, Derecho Penal "Libro de Estudio", trad. de Ricardo C. - Núñez, Edit. Cárdenas, 5a edición, Pág. 118, México 1985. También en su Tratado de Derecho Penal, Op cit., en nota (1), Pág. 293.

la primera en el plano de la acción y en el del injusto la segunda, no resulta en "absoluto convincente" (55).

Conforme antes indicamos, resulta correcta para la postura neoclásica, la adopción del axioma de la acción esperada en el concepto de omisión (así entendida, estamos ante un concepto normativo, no ante algo prejurídico), -- sin que por ello o para ello tenga que cuestionarse la valoración que del -- mismo se haga (*), dejando el deber de garantía para la determinación de lo contrario a derecho, es decir, para establecer la antijuridicidad de la conducta omisiva; de otro modo quien entienda a la omisión como "inactividad del deber de actuar" (Alexander Graf Zu Dohna, Jiménez Huerta y Porte Petit, entre otros), estará abordando prematuramente problemas de tipicidad y antijuridicidad, lo que resquebraja la sistemática del delito y niega en definitiva el concepto mismo del delito (**).

Por último, se trató de objetar esta teoría, al través del Derecho Penal Liberal por la llamada Escuela de Kiel (Schaffstein y Dahm), mediante la idea del "sano sentimiento del pueblo", postura que no compartimos debido a

(55) Sainz Cantero, José Antonio, Lecciones de Derecho Penal, T. II, 2a edición, Edit. Bosch, Barcelona 1985, Pág. 260. También J. Baumann, Op cit Pág. 138 y 139. Gonzalo Rodríguez Mourullo, La omisión de socorro en el Código Penal, Edit. Tecnos, Madrid 1966, Pág. 24. Mezger agrega "sabemos que prácticamente toda acción exigida también es esperada, y que -- una acción esperada pero no exigida, no posee ulterior interés para el Derecho Penal" Mezger, Op cit., Pág. 300.

(*) Recordemos la valoración de primer grado de la que habla José Arturo Rodríguez Muñoz, en donde se parte de una acción valorizada como cabeza del Sistema, otorgándole un sentido (fin) y una selección de entre los procesos del mundo físico (Nota a la traducción del Tratado de Mezger, - Tono I, Op cit., Pág. 193).

(**) Jiménez de Asúa, sobre el particular, afirma "Teóricamente hemos de separar la acción esperada, que pertenece a la conducta humana; es decir, al acto, que para servir de soporte a las valoraciones de lo injusto y culpable ha de mantenerse lo más posiblemente neutral, de la acción exigida, que se vincula a la antijuridicidad", sin embargo estudia las cuestiones relativas al deber de actuar "por motivos prácticos", dentro del desarrollo del tema del delito de comisión por omisión al hablar de la causalidad, Jiménez de Asúa, Op cit., en nota (29), Pág. 339.

que no aclara qué es lo que debemos entender por el sano sentimiento del pueblo, Enrique Bacigalupo critica esta Escuela diciendo que "carece de seriedad científica en la medida en que remite para la concepción del autor a puras -- formulaciones verbales carentes de apoyo en datos objetivos" (56).

2) La teoría de la equivalencia de las condiciones

(conditio sine qua non)

De antaño se consideró que el axioma "quien es causa de la causa, es causa del mal causado" (cuyo aforismo latino es "causa causae, causa causati"), representaba o implicaba necesariamente la expresión de la doctrina de la conditio sine qua non, es decir del criterio que afirma la causalidad de una manifestación volitiva para un resultado, en cuanto, de suponerse hipotéticamente que dicha manifestación no hubiera existido, tal resultado hubiera dejado de producirse; sin embargo como sostiene Juan Cordoba Roda "el axioma causa - causae, contempla el supuesto de encadenamiento entre sí de varios fenómenos, cada uno de ellos dotado de virtualidad causal, y afirma que la primera causa mantiene el nexa causal hasta el resultado último" (57), por tal motivo un -- tal axioma no resuelve en modo alguno, el problema de la determinación de la causalidad, ya que nos envía a la última de las condiciones, lo que en algunos casos daría lugar a lo absurdo (*).

Si la omisión no es un mero no hacer, sino un no hacer algo que se esperaba del sujeto, la omisión será causal respecto a un determinado resultado -

(56) Bacigalupo, Op cit., en nota (28), Pág. 34.

(57) Córdoba Roda, Juan, Comentarios al Código Penal, T. I, Edit. Añel, Barcelona-Caracas-México 1972, Pág. 10 y 11.

(*) La teoría de la relación causal estuvo relacionada estrechamente al concepto naturalista de la acción que imperaba en las postrimerías del siglo XIX, no obstante el derecho penal adoptó con el tiempo un concepto filosófico primero, y después un concepto jurídico con referencias normativas.

siempre que la producción de éste no se diera si el sujeto realizará la acción que omitió; resulta obvio este razonamiento para resolver el problema de la causalidad en la omisión, si partimos de un concepto normativo de omisión, como el que admite la acción esperada, ya que de esta forma se adoptan idénticos criterios, a los que se utilizaron para resolver el problema de la causalidad en la conducta comisiva.

En punto de lo anterior es importante destacar que, si bien no existe en la relación causal de la conducta omisiva, un enlace físico-natural entre la actuación negativa y el evento, debe hablarse de causalidad en tanto en cuanto es perfectamente aplicable aquí el Juicio hipotético propio de la doctrina de la conditio sine qua non que reza "Es causa toda condición que suprimida mentalmente daría lugar a que no se produjese el resultado" (58), so lo que en sentido negativo: La omisión será causal, cuando puesta mentalmente la acción no ejecutada (condición), desaparece el resultado. Según esta teoría (que también se conoce como de la causalidad hipotética), no es lícito distinguir entre condiciones esenciales y no esenciales ya que a la luz de nuestro derecho todas tienen el mismo valor, tanto en el aspecto causal como en el jurídico, es decir, como factores causales todas las condiciones tienen el mismo peso (son equivalentes), porque con ellas se producirá siempre el resultado; esta teoría fué fundada por **Julius Glasser** (para el derecho penal austriaco), e introducida por **Maximilian von Buri** a Alemania (59).

Al explicar esta teoría hay dos criterios: 1.- Que toda condición es -- causa del resultado y 2.- Que el conjunto de todas las condiciones son causa del resultado, incluyendo la obra de otros coeficientes causales -concausas-

(58) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, Op cit., en nota (42), Pág. 373.

(59) Cfr. Reinhart Maurach, Tratado de Derecho Penal, T.I, trad. Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona 1962, Pág. 229. Mezger afirma en contrario que esta teoría arranca de **John Stuart Mill**, Mezger, Op cit., en nota (1), Pág. 223.

diversas. La fórmula de la condición también presenta dificultades, cuando varias omisiones han producido el resultado cooperando entre sí, pero cada una de ellas habría sido suficiente por sí sola, para causar el resultado (la -- llamada causalidad doble), es decir, entre varias condiciones que pueden añadirse mentalmente en forma alternativa pero no acumulativa sin que desaparezca el resultado ¿cual de ellas será causal respecto del resultado?

Hacia la teoría de la adecuación:

La teoría de la *conditio sine qua non* se ha de manejar en base a una absoluta concreción del resultado (60), si éste se hubiera producido antes o después, o de otra forma, la condición en cuestión no es causal respecto a ese resultado tal y como se ha producido, pero no por ello se descarta en modo alguno la presencia de causalidad (cinética), no olvidemos que en la omisión del curso causal está dado y únicamente el derecho espera del sujeto su intervención para evitar el resultado y el que el evento se produzca aun -- con la intervención del autor, no elimina la causalidad natural del evento -- en sí, sino, únicamente la causalidad de la condición en cuestión.

El Juicio hipotético resulta entonces, cuando existe causalidad entre -- una concreta conducta humana y un determinado resultado, luego la omisión será causal respecto a un determinado resultado siempre que la producción de -- éste no se diera si el sujeto realizara la acción que omitió. A decir de -- Sainz Cantero "El paralelismo entre la acción y la omisión es, por consi- -- guiente, completo: el hacer es causal respecto al resultado cuando suprimida

(60) Idea. También sobre el particular consúltese Rodríguez Devesa, Op cit. Para Mezger "El acto de voluntad es causal respecto al resultado cuando, suprimido in mente, desaparecería también el resultado en su forma concreta" Mezger, Op cit., Pág. 223.

hipotéticamente la conducta del sujeto, el resultado desaparece; la omisión - será causal cuando añadida hipotéticamente la conducta que el sujeto ha omitido (la acción esperada) el resultado desaparece" (61), de esta forma tal y como expone **Rodríguez Mourullo** "frente a las conductas activas, este juicio hipotético, es un juicio hipotético de eliminación, mientras que ante las conductas omisivas es un juicio hipotético de posición de la acción no realizada" (62). De igual forma **Johanes Wessels** opina "La causalidad de la omisión respecto de la producción del resultado típico debe ser afirmada si la acción jurídicamente esperada no puede añadirse mentalmente sin que el resultado desaparezca en su forma concreta con probabilidad lindante con la certeza" (63).

3) La teoría de la adecuación

Graves fuerón las consecuencias a las que condujo la rigurosa aplicación de la doctrina de la *conditio sine qua non*, desde la existencia de delitos cualificados por el resultado (*), en donde la causalidad es correctivo de la culpabilidad, hasta la presencia de cursos causales extravagantes o anómalos (**) por ello se buscarón restricciones o paliativos a la relación -

(61) Sainz Cantero, José Antonio, Op cit., en nota (55), Pág. 264.

(62) Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Op cit., en nota (55), Pág. 63 y ss. Para - Eugenio Raúl Zaffaroni es causación y evitación, en donde "una se determina comprobando que con la hipotética supresión de la conducta prohibida desaparece el resultado (causación), en tanto que el otro se determina comprobando que con la hipotética interposición de la conducta debida, desaparece el resultado (evitación)". Zaffaroni, Eugenio R., Op cit en nota (25) Pp. 45 y 456.

(63) Wessels, Johannes, Derecho Penal, trad. de Conrado A. Finzi, Edit. Depalma, Buenos Aires 1976, Pág. 214.

(*) Que son aquellos, en los que de la simple apreciación de un nexo causal entre acción y evento, se deriva la responsabilidad criminal.

(**) En su tratado **Maurach** expone el siguiente ejemplo: "Si A, con ánimo asesino lesiona levemente a B, siendo B víctima de un accidente de tránsito en la ambulancia que le transporta a la clínica; A, conforme a la teoría de la condición debe ser castigado por un asesinato consumado, desde el momento en que concurre el dolo de asesinato y resto la herida leve como *conditio sine qua non*". Maurach, Op cit., en nota (59), Pág. 232.

causal, excesivamente extendida. La solución se produjo por dos vías, en primer lugar con criterios de carácter subjetivo -individualizador- y en segundo lugar criterios de naturaleza objetiva generalizadora, entre las que integran el primer postulado podemos encontrar: la teoría de la condición más eficaz -causa efficiens-, la teoría de la preponderancia (que ya abordamos en líneas anteriores) y la teoría de la condición productora de la fuerza (64); común a todas estas teorías individualizadoras es la tentativa de separar la causa, de la simple condición del resultado. Entre las teorías que conforman el criterio objetivo general, encontramos: la teoría de la condición adecuada y la teoría de la adecuación; estas teorías consideran como causa no a toda condición del resultado no susceptible de ser eliminada, sino tan sólo a aquella que conforme a la experiencia (generalizadora), es adecuada para producir el resultado típico, "causa lo es, pues, únicamente la condición adecuada al resultado, en el proceso causal totalmente inadecuado, -- por completo irregular conforme a la experiencia, se descartará la causalidad de la condición" (65). Por último Mezger elabora la teoría de la relevancia según la cual "sólo podrá castigarse al agente por dicho resultado cuando la conexión causal es relevante, es decir, importante jurídicamente"(66).

Para Novoa Monreal si partimos de un concepto natural de la relación causal "las únicas teorías causales admisibles, entre las numerosas que se disputan el favor de los penalistas, tendrían que ser las de la causalidad -

(64) Iden. Pág. 233 y ss.

(65) Cfr. Iden. Pág. 235. Conforme a lo expuesto por Maurach la teoría de la adecuación fue formulada por von Bar en el año de 1871, como una limitación a la teoría de la equivalencia de las condiciones, porque no acuerda que cualquier condición sea causa del resultado, sino que únicamente toma una de ellas, escoge la que considera productora del resultado, -- fundándose en un criterio cualitativo. Para Porte Petit, esta es una teoría individualizadora, Op cit., Pág. 274.

(66) Mezger, Op cit., Pág. 241

necesaria, de la causalidad adecuada o de la causalidad eficiente. La teoría de la equivalencia de las condiciones, la mas generalmente aceptada hoy día, - es incompatible con tal concepto de causalidad" (67). Por otro lado Bacigalupo opina: "Dos problemas constituyen hoy el núcleo de la discusión: la posibilidad de una suposición mental de la acción no realizada; y la posibilidad de una relación entre el sujeto y su acción en la cual aquél sea condición de la omisión" (68).

Sea de una u otra forma ambos concurren en afirmar que la teoría de la adecuación es la más generalmente aceptada entre los penalistas, de la postura neoclásica, por ser la única que permite cumplir los amplios objetivos de la ley penal y alcanzar a todo aquel que haya influido, como factor condicionante, en la producción del resultado típico, opinión a la que nos adherimos.

Por último, en México, Mariano Jiménez Huerta se mostró partidario de la teoría de la adecuación al expresar: "Tampoco, empero, es aquí suficiente, a los fines del Derecho Penal, la demostración de una relación causal meramente lógica entre la conducta y el resultado material... Operan también aquí las mismas limitaciones del nexo causal que actúan en orden a los delitos de acción, - pues la conducta omisiva del sujeto activo debe ser valorada jurídicamente para resolverse sobre su adecuación o inadecuación respecto al resultado acaecido... La omisión de una conducta exigida es causa de un resultado, sólo cuando conforme al ordenamiento vigente pueda ser valorada como idónea -

(67) Novoa Monreal, Op cit., Pág. 155.

(68) Bacigalupo Zapater, Op cit., Pág. 86.

para producirle" (69). Según este autor se debe comprobar primero que la conducta omisiva ha sido conditio sine qua non del resultado, una vez establecido este vínculo se debe dilucidar si el nexo causal que liga a ambos términos de la relación, es, en el caso concreto, racionalmente adecuado para producir dicho resultado; su razonamiento no queda truncado en una sola idea, - sino que además analiza el Código Penal Mexicano estableciendo que "No sólo desde el punto de vista teórico debe acogerse la doctrina de la causación -- adecuada, sino también desde el ángulo dogmático, pues ella está latente en el sistema del Derecho positivo de México, según se deriva del complejo de sus disposiciones; pues aunque el Código no contiene una reglamentación general del problema ni hace tampoco una mención expresa de la teoría de la adecuación, es ésta la que circula por sus venas, como se evidencia cuando se interpretan sus disposiciones referentes al delito de homicidio" (70).

Por su parte Celestino Porte Petit en un primer momento consideró "La causalidad, que permite establecer la debida adecuación de la conducta al tipo, que el Código de 31 la refiere únicamente al homicidio, con técnica desafortunada" (71), posteriormente -y contrario a lo afirmado por Jiménez Huerta- sostuvo: "La causalidad es tratada en el Código Mexicano en la Parte Especial y con relación al homicidio, y según parecer jurisprudencial con base en la equivalencia de las condiciones" (72), finalmente concluyó diciendo -- "Se observa claramente que funciona la teoría de la equivalencia de las con-

(69) Jiménez Huerta, Op cit., en nota (23), Pág. 128, 129 y 130.

(70) Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Segunda edición, Edit. Porrúa, México 1977, Pág. 194.

(71) Porte Petit Candaudap, Celestino, "Importancia de la dogmática Jurídico Penal" Conferencia dictada en la Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales el día 13 de octubre de 1953, en Hacia una Reforma del Sistema Penal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1985, Pág. 221.

(72) Porte Petit, "Reforma Penal de 1984", Idem, Pág. 374.

diciones" (73).

De igual parecer es Carranca y Trujillo al sostener "en nuestro Derecho ha tenido cabida la teoría de la equivalencia de las condiciones, resumida - en el aforismo causa causae est causa causate" (74). Pavón Vasconcelos cree también que la teoría imperante es la de la condición, aunque reconoce que - "se establece una limitación al funcionamiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones" (75).

Por otro lado Carranca y Rivas difiere de lo expuesto diciendo "cabe -- concluir que la teoría de nuestra ley penal es insegura y que no ha sido recogida una teoría orgánica de la causalidad que satisfaga todos los extremos que la limitan" (76), criterio que establece, tal vez, siguiendo a Jiménez de Asúa, para quien "lo ambiguo y contradictorio de los textos casuísticos en - exceso del Código Mexicano, nos inclinamos a pensar que impera la teoría de la equivalencia de las condiciones" (77).

Ahora bien, cabe aclarar, que Porte Petit al hablar de la causalidad en la omisión señala "Nosotros aceptamos la teoría que sostiene que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, lo que significa, que el sujeto -- está obligado a realizar una conducta (acción), o sea que la acción esperada

(73) Porte Petit, Op cit., en nota (24), Pág. 283.

(74) Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penal, T. I, 4a. edición, Edit. Antigua Librería Robredo, México 1955, Pág. 198.

(75) Pavón Vasconcelos, Francisco, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Edit. Porrúa, Pág. 16 y ss.

(76) Carranca y Rivas, Raúl, "La relación de causalidad en el acto y en la omisión penales", Revista Mexicana de Derecho Penal, 1965, Julio-Agosto, núm. 4, Pág. 106.

(77) Jiménez de Asúa, Op cit., en nota (8), Pág. 493 y ss.

es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se produce, indudablemente existe un nexo causal entre la omisión y el resultado acaecido" (78); lo anterior tiene explicación si tomamos en cuenta que el concepto de omisión al que recurre **Porte Petit** es un concepto con referencia antijurídica, puesto que en el señala el "deber de actuar" como fundamento de la omisión, situación que lo obliga por "razones prácticas" a enviar a la "acción esperada" como base de la causalidad omisiva (*), pensamiento que no está tan alejado de lo propuesto por **Mezger** para quien "El principio de que en el puro delito de omisión sólo existe causalidad cuando aparece demostrado de manera firme que la acción esperada hubiera impedido el resultado antijurídico, se reconoce ahora sin limitaciones" (79), en éste mismo sentido se pronunció **Jiménez de Asúa** al sostener que "solo la teoría de la acción esperada es capaz de solucionar ... el debatido problema de la causalidad en las omisiones" (80), no sin reconocer que juega un papel decisivo la "causación adecuada" en el estudio de la causalidad (81).

III. TIPO Y TIPICIDAD EN LA OMISION

A) El tipo omisivo

La tipicidad en la teoría neoclásica describe comportamientos humanos, pero los valora para darles una función indiciaria de la antijuridicidad. -

(78) **Porte Petit**, Op cit., en nota (24), Pág. 279.

(*) **Zaffaroni** explica "De omisión sólo podrá hablarse a nivel típico, que será cuando tengamos disponible la referencia normativa que el concepto requiere... A nivel típico hay tipos activos y tipos omisivos. Los tipos activos describen la conducta prohibida; los tipos omisivos describen la conducta debida" **Zaffaroni**, Op cit., en nota (25), Pág. 95 y 453.

(79) **Mezger**, Op cit., en nota (1), Pág. XV Y XVI. Aunque insiste en decir "Creo en mi recensión de esta obra... poder y deber mantenerme en la conditio sine -qua- non, como fundamento de la teoría de la causalidad" **Idem**.

(80) **Jiménez de Asúa**, Op cit., en nota (8), Pág. 679.

(81) **Idem**. Pág. 681.

Es Harold Fischer quien en 1911 descubre los elementos subjetivos en los contratos civiles; a Mayer corresponde la tarea de transportarlos al Derecho Penal, pero quien los perfecciona es Edmund Mezger, por eso a este sistema se le conoce como: Sistema Mezger-Mayer; aunque no debemos olvidar que Hegel -- también contribuyó en el desarrollo de este pensamiento. Estos penalistas se esforzaron en establecer el contenido valorativo y subjetivo de la tipidad, bajo el argumento de que el tipo para los fines del Derecho Penal es un tipo de injusto (*).

En este punto se plantea el sentido que debe darse a la llamada comi-sión por omisión, construcción dogmática del derecho a través de la cual se comprende la omisión de una conducta como realizadora de un tipo integrado -- por la producción del evento; salvo aquellos casos en los que el legislador -- comprende como requisito del tipo una propia acción y por ende no pueda la -- infracción criminal cometerse por omisión; de como distinguimos cuando el tipo exige una acción, a cuando el tipo permite la comisión mediante omisión, -- es un problema que puede resolverse atendiendo a la expresión que utilice el tipo, si se requiere una manifestación de signo positivo: "apoderar" o "to--mar", deberá entenderse que el tipo sólo puede realizarse mediante acción, y si en cambio el legislador prohíbe la producción de cierto resultado sin exigir que el mismo se efectúe por actos positivos, típica lo será tanto la -- acción como la omisión. De esta forma se actualizarán los elementos objeti--vos, subjetivos y normativos del tipo de que se trate y, con ello, de simple indicio de la antijuridicidad (ratio cognoscendi), se transforma en portador

(*) Los elementos subjetivos se explican si tomamos en cuenta que en múlti--ples manifestaciones del Derecho Positivo, la determinación del injusto -- depende de la concurrencia de ciertos elementos subjetivos, luego en todos aquellos casos en los que el carácter socialmente dañoso de una con--ducta depende de elementos subjetivos, deberán incluirse pues estos ele--mentos del tipo.

(ratio esendi), del injusto delictual (82). En consecuencia la equiparación del omitir al actuar se desprende, por la vía de la interpretación de los tipos.

IV. LA ANTIJURIDICIDAD DE LA OMISION

La admisión de los elementos subjetivos en el tipo, como tipo de injusto, se deriva pues de la consideración material de la antijuridicidad, la que bajo el sistema de *Beling* y *von Liszt*, era una categoría meramente formal a la que sólo las decisiones soberanas del legislador conferían un contenido. Pues bien el cambio que se produjo fué completo, mediante la doctrina de la antijuridicidad material, en efecto, al definir el hecho materialmente antijurídico como "comportamiento socialmente dañoso" y desarrollar para la exclusión de la antijuridicidad las fórmulas regulativas del: "medio adecuado para un fin justo" o del principio de "más provecho que daño" (83); de esta forma se transforman los tipos en tipos de injusto, injusto se emplea como equivalente a la antijuridicidad. *Córdoba Roda* opina "*Mezger*, maestro en la sistemática, distingue entre elementos subjetivos del tipo y elementos subjetivos de justificación" - (84). Lo anterior tiene explicación, en cuanto a que antes la antijuridicidad era entendida como infracción a una norma jurídica, pero con la antijuridicidad material se dedujo que las disposiciones penales tienen por objeto la protección de bienes jurídicos, de modo que la antijuridicidad puede interpretarse materialmente como lo socialmente perjudicial. En este ámbito tuvo particular trascendencia la concepción de los elementos normativos y subjetivos del tipo, por su estrecha relación con la antijuridicidad.

(82) Ver a *Moreno Hernández*, Op cit, en nota (18), Pp.39 y ss. También *Jescheck* Op cit, en nota (2), Pp. 49 y ss. De igual forma *Córdoba Roda*, Juan, Una Nueva Concepción del Delito, Edit. Ariel, Barcelona 1963, Pp. 19 y ss.

(83) Cfr. *Mezger*, Op cit, en nota (1), Pp.375 y ss. Este punto de vista permitió graduar lo injusto con arreglo a la gravedad de la violación de los intereses; ahora pudo considerarse a lo injusto desde dos puntos de vista: formalmente, como contradicción a lo ordenado por la norma; materialmente como violación del bien jurídico.

(84) *Córdoba Roda*, Juan, Op cit, en nota (82), P'ág. 23.

A) Fundamentación del deber de actuar

La realización mediante omisión de tipos positivamente formulados, será fundamentalmente antijurídica sólo bajo la existencia de ciertas circunstancias fundantes del deber (85), es decir, una omisión deberá ser punible, sólo si en el caso concreto, existió un especial deber jurídico del omitente; de modo y manera que el círculo de los posibles sujetos activos estará restringido por la antijuridicidad a aquellos sujetos que tenían el deber de -- realizar la acción omitida, en la comisión por omisión el sujeto activo ha - de ser aquella persona que tenga un deber de impedir el resultado.

Se hace, entonces, necesario que la conducta no realizada, sea impuesta como un deber, problema que "pertenece desde el punto de vista del sistema, a la teoría de la antijuridicidad" (86), pero que por razones prácticas se - examina al desarrollar el estudio del delito de comisión por omisión (como - en el presente caso); de igual opinión es Jiménez de Asúa, quien no tiene em - pacho en sostener "Para nosotros, como para Mezger, el estudio del deber de actuar que suscita la acción exigida, es un Fragmento de lo antijurídico, pe - ro quedaría radicalmente incompleta la exposición de las omisiones si lo re - mitiéramos a su congreso lugar" (87); opinión que compartimos, por lo que en -- aras de una coherencia del tema y de una correcta sistemática, ubicamos el - estudio del deber de actuar en la antijuridicidad de la comisión por omisión. Al respecto adquieren significado las palabras de Zaffaroni para quien "Los- partidarios de esta teoría se cuidan de distinguir la acción esperada de la

(85) Cfr. Bacigalupo, Op cit., en nota (28), Pág. 23.

(86) Cfr. Mezger, Op cit., en nota (1), Pág. 294 y ss. Mucho antes que Mezger von Liszt y Beling reconocieron que el asunto pertenece a la teoría de la antijuridicidad. Von Liszt, Op cit., en nota (6), Pág. 315. von Beling, Op cit., en nota (4), Pág. 22.

(87) Jiménez de Asúa, Op cit., en nota (29), Pág. 339.

acción debida, por que la no realización de la acción debida sería la omisión antijurídica. Razón no les falta, pero el problema para su teoría radica en que la no realización de la acción esperada no es una omisión, sino una omisión típica" (88). Sin embargo diremos, que para los fines perseguidos por la postura neoclásica, basta con determinar la acción esperada en el concepto y el deber de garantía en la antijuridicidad, al desarrollar, claro está, el tema de los delitos impropios de omisión.

Para **Wilhelm Sauer** la "captación del desvalor social del hecho", es decir, la desaprobación de la conducta omisiva por parte del derecho -- puede radicar "solamente en la esencia de la antijuridicidad material", aunque no deja de reconocer que: "otros sitúan el problema de la omisión no en la antijuridicidad o en la causalidad sino extrañamente en la tipicidad"-- (89). Con ello, el problema es trasladado a las fuentes del deber, las cuales se clasifican conforme a criterios formales.

B) Fuentes formales del deber de actuar

La punibilidad a causa de un impropio delito de omisión, depende, por tanto, de dos presupuestos: un deber de actuar y que en caso de haberse producido dicha actuación del sujeto, hubiera evitado el resultado. En ambos casos es presupuesto indispensable la posibilidad del sujeto de realizar la acción exigida (90). Procede distinguir los siguientes grupos en orden al fundamento de dicho deber;

(88) Zaffaroni, Op cit., en nota (25), Pág. 451.

(89) Sauer, Wilhelm, Op cit., en nota (17), Pág. 147 y 148.

(90) Cfr. Mezger, Op cit., en nota (1), Pág. 302.

a) Fundamentación del deber en virtud de un precepto jurídico

El delito de comisión por omisión puede hallar la exigencia del hacer - positivo esperado, en un precepto jurídico impuesto por la ley, por decreto equiparado a la ley, por orden del superior jerárquico o por derecho consuetudinario (91), incluso por sentencia judicial; el derecho público y privado son determinantes, destacando de entre ellos los deberes derivados del derecho de familia relativos a las obligaciones de asistencia, protección y educación, como el deber de alimento respecto a los hijos que corresponde a los padres, el del tutor, el del marido con su cónyuge, etc. Algunos de estos deberes (cuya fuente la encontramos en el derecho de familia) se encuentran en nuestro Código punitivo configurados como delitos de inasistencia. Un deber simplemente moral no tiene relevancia a estos efectos.

b) Fundamentación del deber por especial aceptación

Se trata del deber proveniente de un negocio jurídico, especialmente sobre la base de un contrato (92), vgr: el que obliga a un sujeto a vigilar la ejecución de una obra, el que entra al servicio de un enfermo al que hay que cuidar y alimentar; también puede darse este deber por derecho público, como en el caso de la aceptación de un cargo oficial, para Mezger "la responsabilidad penal surge porque la otra parte contratante confía en el auxilio prometido y esta confianza la lleva a omitir otras seguridades" (93). Por último cabe aclarar, que no puede exigírsele al sujeto el cumplimiento más que - de lo aceptado, cuando exceda de ello no le es exigible, puesto que no puede ser esperado tampoco. Para Mezger igualmente puede fundamentarse la aceptación del deber, por medio de una conducta concluyente o por gestión de negocios sin encargo previo, "lo que ocurre en el comienzo de una operación qui-

(91) *Idea.*

(92) *Cfr. Mezger, Idea.*

(93) *Idea.*

rúrgica sobre una persona privada ya del conocimiento, fundamenta el deber del médico de continuarla" (94).

c) Fundamentación del deber por un hacer precedente

Cuando el sujeto con su actividad origina el peligro de la producción del resultado debe estar obligado a impedirle mediante un acto propio vgr.: el hecho de recoger un niño abandonado fundamenta la obligación jurídica de cuidarle al menos hasta presentarlo a las autoridades correspondientes; **Porte Petit** opina que pueden presentarse dos hipótesis: "cuando una acción puede lesionar intereses jurídicos de terceros o aumentar el peligro en que ya se encontraban" (95); en estos casos el sujeto está obligado o tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar infortunios; para **Soler** la acción precedente corresponde a "aquellos casos en los cuales la acción del sujeto determina un proceso en el cual la abstención lleva a un resultado antijurídico; resultado que el sujeto activo debe evitar" (96). Sin embargo debemos aclarar que el actuar precedente no debe ser doloso, es decir, dirigido al resultado, pues nos encontraríamos ante una hipótesis clara de delito de acción, al respecto **Liszt** consideraba que "cuando la intención al ejecutar el acto precedente tenía al resultado, entonces no existe omisión, sino un acto de comisión" (97).

d) Fundamentación del deber por otras relaciones concretas de la vida

Además de las fundamentaciones formales del deber expuestas, **Mezger** agregó esta última como resultado de una evolución jurídico-penal" (98), convirtiendo así deberes "simplemente morales" en verdaderos deberes jurídicos, -

(94) *Idem.* También Graf Zu Dohna, *Op cit.*, en nota (22), Pág. 57.

(95) **Porte Petit**, *Op cit.*, en nota (24), Pág. 247.

(96) **Soler**, Sebastian, *Derecho Penal Argentino*, T.I, Edit. Tea, Buenos Aires-1956, Pág. 342.

(97) **von Liszt**, Franz, *Op cit.*, en nota (6), Pág. 305.

(98) **Mezger**, *Op cit.*, en nota (54), Pág. 123.

empero aclara el citado autor dentro de una "apreciación rigurosamente concreta" (99), de esta forma establece este punto de vista sobre algunas relaciones concretas especiales vgr.: los deberes de la abuela del niño ilegítimo y los deberes del padre ilegítimo.

Se ha criticado a estas fuentes formales del deber de garantía, explicando que "la ley" como fuente de un deber cubre el vacío legal que presenta el delito de comisión por omisión, mediante la invocación indirecta de una norma, a veces excesivamente general, con lo que se pretende dar un respaldo -- verbal a una interpretación extensiva y no siempre compaginable con el texto de la disposición invocada (100). La fundamentación del deber, a través de la aceptación (contrato), se presenta entre las fuentes como el efecto de validez que la ley civil le acuerda a las partes, lo que debió de haber sido: la aceptación de una obligación de cuidar y proteger, con lo cual se separa de las condiciones de validez del negocio jurídico. Finalmente en lo referente a la acción precedente se vió la imposibilidad de derivar un deber de una mera consideración causal, como la que implica la realización anterior de un hecho en sí no típico, con resultado antijurídico.

V. LA CULPABILIDAD

A) Evolución del concepto

El proceso de transformación que la culpabilidad experimentó en este período teleológico, puede resumirse como sigue: En primer lugar fué cuestionado el problema que originaba el concepto "psicológico" de culpabilidad, sobre

(99) *Idea*.

(100) Cfr. Bacigalupo Zapater, *Op cit.*, en nota (28), Pág. 128 y 129.

todo al tratarse de la "culpa inconsciente" (*); ya que todos los intentos para demostrar aquí la relación psicológica entre autor y resultado, o de -- que hay un dolo del inimputable habían sido ilusorios (**). Como es sabido, -- fué Reinhart Frank el que empleó la palabra "reprochabilidad" como calificativo de culpabilidad, al poner de relieve la insuficiencia para la culpabilidad, de un nexu psicológico entre autor y resultado; estableciendo que la -- culpabilidad requiere además de dolo o culpa, la imputabilidad y la normalidad de las circunstancias concurrentes, a la que posteriormente denominó "libertad o dominio sobre el hecho" (101). De esta forma un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo efectuado.

(*) La concepción psicológica (proveniente del sistema Liszt/Beling y Radbruch) de la culpabilidad, concebida como un simple nexu psicológico entre sujeto y resultado, cuyas formas de manifestación son el dolo y la culpa distinguidas entre sí por la intensidad de la relación psicológica; topó con la dificultad de la culpa inconsciente, caracterizada por la ausencia de toda relación psíquica actual entre autor y resultado, -- lo que condujo a dar entrada en la culpabilidad a un elemento normativo -- poder actuar de modo distinto -- para incorporar la culpa inconsciente a esta característica del delito. Ver Reinhart, Frank, Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, trad. Sebastian Soler, Edit. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Chile 1966, Pág. 10. Goldschmidt, James, La concepción normativa de la culpabilidad, trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Edit. Depalma, Buenos Aires 1943, Págs. 4 y ss. También Córdoba Roda, Juan, Op cit., en nota (82), Pág. 27 y ss. Gallas, Wilhelm, La teoría del delito en su momento actual, trad. Juan Córdoba Roda, Edit. Bosch, Barcelona 1959, Pág. 9. Schünemann, Bernd, -- El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales, trad. -- Jesús-María Silva Sánchez, Edit. Tecnos, Madrid 1991, Pág. 50. Jescheck Heinrich, Op cit., en nota (15), Pág. 52 y 53.

(**) Así no podía explicarse por qué aún cuando el autor actuaba dolosamente, se negaba su culpabilidad en virtud de ser un enfermo mental o al acreditarse un estado de necesidad; de otro modo, tampoco podía fundarse el contenido de culpabilidad de la culpa inconsciente con arreglo a la concepción psicológica de la culpabilidad, puesto que en ella falta toda -- relación psíquica con el resultado. La única solución era la comprensión de la culpabilidad como concepto normativo, como juicio valorativo sobre el autor.

(101) Según éste, la culpabilidad es un juicio de valor, apoyado en el mandato de la norma sobre una situación psíquica -- descriptiva --, culpabilidad es reprochabilidad. Reinhart, Frank, Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, trad. Sebastián Soler, Edit. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Chile 1966, Pág. 10 y ss.

En segundo lugar se estableció la necesidad de exigir al sujeto la adecuación de su conducta a derecho, fué James Goldschmidt quien precisó que a cada norma jurídica de conducta externa le corresponde una norma de deber, - la infracción de esta norma constituye la culpabilidad; el sujeto infringirá esta norma siempre que, por razón de las circunstancias, le fuera exigible - la adecuación de su actuar conforme a derecho. La aportación de Freudenthal - reside en la exigibilidad como requisito de la culpabilidad, de tal suerte - que la no exigibilidad motiva a la exclusión de esta característica del deli - to (102).

De esta forma pese a la presencia de un hecho doloso, el reproche de -- culpabilidad desaparece en caso de incapacidad de culpabilidad, pues no puede exigirse al enfermo mental una formación de su voluntad ajustada a dere-- cho, y en cuanto a la culpa inconsciente el reproche de culpabilidad no se - dirige contra la falta de representación del resultado, sino contra la falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento de un deber de cuida- do.

Habida cuenta de lo expuesto, la culpabilidad (para la postura neoclási - ca), se compone de la imputabilidad, del dolo o culpa y, por último de la -- exigibilidad de la conducta adecuada a la norma (*). Tomar posición en orden

(102) Cit. por Jescheck, Op cit., en nota (2), Pág. 579.

(*) Mezger se mostró partidario de esta forma de entender la culpabilidad al definirla como "el conjunto de presupuestos que están situados en - la persona del autor y constituyen una determinada situación de hecho - de la culpabilidad... es de acuerdo con su esencia y de conformidad -- con la concepción normativa de la culpabilidad hoy dominante, un jui - cio valorativo y no una mera concepción psicológica de la culpabili - dad". Mezger, Eduard, Op cit., en nota (54), Pág. 190. Por el contra - rio Maurach denegó a esta forma de entender la culpabilidad como "con - cepto complejo", argumentando su incapacidad para concebir a la culpa - bilidad como puro juicio de valor, sostiene que "mientras se aferra -- por un lado al elemento psicológico -al admitir al dolo y la culpa como grados de la culpabilidad-, pretende por otro -al establecer los restan

al desarrollo de estos presupuestos y explicar los puntos dudosos que existen al respecto, no es tarea que pueda corresponder al desarrollo de este -- trabajo. Nos limitaremos, por lo tanto, a señalar lo concerniente a la culpa bilidad del delito doloso de comisión por omisión.

B) La culpabilidad del delito omisivo impropio doloso

La conducta del omitente será reprochable, cuando no lleve a cabo la -- acción esperada, no obstante de tener impuesto el deber de garantía, y conociendo estas circunstancias quiere (dolus malus) el resultado prohibido, pese a que le sea exigible una conducta adecuada a la norma, en virtud de su -- elección (libertad personal) de actuar de manera distinta y de su comprensión y conocimiento (imputabilidad) de la acción omitida.

La omisión impropia dolosa exige el conocimiento y la previsión de las circunstancias de hecho que fundamentan la pena, sin que ello implique el conocimiento de las circunstancias que dan vida a la imputabilidad, ni el conocimiento de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. Se entiende -- por circunstancias de hecho actuales que fundamentan la pena, a aquéllas que ya existen en el momento de la omisión, independientes de la voluntad del autor y no causadas por él (103). Así, el omitente debe saber que el menor de

tes presupuestos- salvar el carácter de la misma como simple juicio de desvalor sobre el autor". De esta forma la defensa mantenida por Mezger no es convincente, al haber una doble valoración en el dolo: el querer del resultado es incompatible con la valoración de este proceso psicológico por el Juez, lo que lleva a Maurach a concluir "estas tentativas representan solamente una prueba más de que el dolo ha perdido definitivamente su posición dentro de la culpabilidad", Reinhart, Maurach, Op cit., en nota (59), tomo II, p.p. 21, 22 y 23.

(103) Cfr. Mezger, Op cit., en nota (54), Pág. 237 y ss.

cuatro años de edad puesto a su cuidado, está apunto de ahogarse en el estanque de un metro de profundidad, y de transparentes aguas, no obstante haber presenciado la desgracia a diez pasos del lugar en que ocurrió, desde que el menor estaba en el borde del estanque y dada la poca profundidad hubiera podido salvarlo, sin peligro alguno, sin embargo no lo hizo, rencoroso por el disgusto con el padre de la criatura (104). La falta de este conocimiento dará lugar al error en el objeto, en la persona o en el extravío del acto (aberratio ictus), según el caso. Además del "conocimiento de las circunstancias de hecho", también pertenece al dolo la "conciencia de la antijuridicidad", - como conocimiento de la injusticia en conjunto, puesto que el que no sabe -- que procede injustamente no comete nunca un delito doloso (105). Consecuentemente el dolo, al comprender necesariamente (*) la conciencia de la antijuridicidad, resulta implícitamente valorado "normativamente" contemplado.

En cuanto a la comisión por omisión culposa tan sólo diremos (pues no es tema que nos corresponda), que consiste en una falta de diligencia que -- tiene lugar ante la obligatoriedad de una conducta; en otros términos Raúl Navarro Garcia sostiene "el sujeto que ha sido descuidado y aún la ignorancia, pueden originar responsabilidad, lo que da lugar a observar, asimismo, -

(104) Tomado del ejemplo que a pie de página expone Jiménez de Asúa en su artículo sobre "Los delitos de Omisión", Op cit., en nota (29), Pág. 351.

(105) Cfr. Mezger, Op cit., en nota (54), Pág. 247. Véase Reinhart Maurach, - Op cit., tomo II, en nota (59), Pág. 21. Jescheck opina al respecto -- "Por exigencia de la teoría normativa de la culpabilidad se admitió la conciencia de la antijuridicidad generalmente en el dolo, puesto que -- la voluntad de actuar no aparece como digna de censura cuando concurre un error de prohibición inevitable", Jescheck, Op cit., en nota (2), - Pág. 579.

(*) Mezger en tono vacilante subraya "decimos desde ya que esta conciencia del injusto constituye, también aquí, el punto de partida, pero no es esencial de una manera indefectible para la forma básica de la culpabilidad, pudiendo ser sustituida por otros requisitos", Mezger, Op cit., en nota (54), Pág. 247.

una conducta imperita" (106), para Jescheck el reproche de culpabilidad de los delitos omisivos culposos "no se dirige contra el concepto negativo de falta de representación del resultado (pues el curso causal ya está dado),- sino contra la falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento del deber de cuidado" (107).

Conforme a la exposición propuesta no se hace previo y especial pronunciamiento de la tentativa, la consumación, la autoría y la participación, - la unidad y la pluralidad de delitos, en virtud de que estos estadios, para la teoría neoclásica, son resumidos como "formas de aparición del delito", como variaciones de la forma fundamental, caracterizada por la acción de ejecución y el resultado.

(106) Navarro García, Raúl, "La culpa segunda forma de culpabilidad", en libro homenaje al INACIPE EN SU DECIMO ANIVERSARIO, tomo II, Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1986, Pág. 682. En donde narra el caso de "aquel obrero encargado de cuidar una máquina, quien al observar que todo trabaja en forma regular, se duerme", lo que da lugar a los llamados "delitos de olvido", en los que se ha creído haya la antijuridicidad en el "ya me acordé".

(107) Jescheck, Op cit., en nota (2), Pág. 280. Opinión que vierte en cuanto a la forma en que entiende la postura neoclásica a la omisión culposa.

CAPITULO TERCERO

LA OMISION IMPROPIA EN LA TEORIA FINALISTA DE LA ACCION

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

Hans Welzel.

I. HACIA UN CONCEPTO FINALISTA DE OMISION

A) Revisión de la teoría del delito

INTRODUCCION

El delito de omisión impropio propuesto por Welzel está determinado por una concepción final de la acción. Ante esta situación, resulta necesario -abordar, aunque sea en forma esquemática, ese marco conceptual, pues de otra manera no es posible exponer con claridad la problemática correspondiente al delito aquí estudiado.

La crisis del positivismo jurídico en Alemania después del fin de la segunda guerra mundial, como consecuencia de las experiencias del nacional-socialismo, ha conducido a una revisión crítica de la filosofía neokantiana (*) y una superación radical del irracionalismo de la escuela de Kiel, lo que se

(*) La filosofía de los valores, de la escuela sudoccidental alemana, quiso superar el positivismo jurídico, pero lejos de conseguirlo vino a complementarlo con la esfera de la valoración, de ahí que se le denomine teoría neoclásica, como continuación de su antecesora teoría clásica del delito.

manifestó en dos tendencias fundamentales: la del iusnaturalismo y la de la teoría finalista de la acción (1).

1) El iusnaturalismo (La naturaleza de las cosas)

Como resultado de la revisión del principio metodológico de la escuela sudoccidental alemana surge un renacimiento del Derecho Natural, en donde de la naturaleza de las cosas se deduce el deber ser del Derecho pero no de la naturaleza del hombre, sino de la naturaleza de las cosas, ésto es, de la naturaleza de la materia de la regulación del Derecho, se deduce el contenido de la regulación jurídica justa, es decir, el deber ser del Derecho (2). El término naturaleza de las cosas es definido por Gustav Radbruch (quien después de ser un detractor del Derecho Natural, pasó a ser un decidido defensor de - éi) como "el sentido de una relación de la vida referido a una idea del Derecho" (3), concepto que es vago e impreciso porque la idea del derecho puede variar de un jurista a otro, con lo cual, entonces, se allanaría de nuevo el camino al irracionalismo o escuela de Kiel (4), en donde el "sano sentimiento del pueblo" determinaba cuestiones de derecho, así las relaciones de la vida serían concebidas en distinta forma según la idea del derecho de cada jurista.

Stratenwerth (5) observa que la naturaleza de las cosas se destaca sólo de la multitud de datos ónticos desde determinados puntos de vista materiales, según este autor en la determinación de la naturaleza de las cosas los juris-

(1) Cfr. Bustos Ramírez, Juan, Introducción al Derecho Penal, Edit. Temis, Bogotá-Colombia, 1986, Pág. 178.

(2) Cerezo Mir, José, "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", en Problemas Fundamentales del Derecho Penal, Edit. Tecnos, Madrid 1982, Pág. 40.

(3) Cit. por Cerezo Mir, *Idea*.

(4) *Idea*.

(5) *Idea*.

tas parten siempre de un determinado punto de vista y según este criterio los elementos ónticos serán distintos; así la naturaleza de las cosas es destacada de la multitud de datos ónticos no por una idea del derecho, sino por determi
nados puntos de vista, de esta forma de intercomunicación de los hombres entre sí (relación de la vida) surgirá la norma como regulación de ese intercambio de comunicación vgr.: el contrato surge como regulación del intercambio comercial que se da entre los hombres. Ahora bien, una vez adoptado el criterio de de
terminado, los elementos que se destaquen como esenciales habrán de constituir necesariamente el objeto de la valoración del Derecho (6), en consecuencia di
cho criterio será valorativo.

2) El finalismo

La teoría finalista de la acción fué el otro camino iniciado por la dogmática alemana. En oposición al formalismo y al relativismo del período anterior, la teoría finalística del delito fundada por Welzel (7) a comienzos de la década de 1930, trató de retomar la realidad social (ético-social). Adhiriéndose a la psicología del pensamiento de Richard Höningwald, Karl Bühler, Theodor Erismann, Reich Jaensch, Wilhelm Peters y de los fenomenólogos Edmund Husserl, P. F. Linke y Alexander Pfänder, así como la filosofía de Aristóteles (ética de nicomaco) quien mostrará la estructura de la acción, por primera vez a través de la finalidad, y sobre todo por la obra de Santo Tomás reconocida-

(6) Idea.

(7) Hans Welzel propuso por primera vez su concepto final de acción en su artículo Strafrecht und Philosophie (Derecho Penal y Filosofía) Kölner Universitätszeitung, Año 12, 1930, Nr.9, P.5 y ss. Publicación según sus propias palabras- "poco conocida y actualmente olvidada". Welzel, Hans, "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal", trad. de Moisés Moreno Hernández, Revista Mexicana de Ciencias Penales, Año 1, Enero-junio 1978, No. 1, México 1978, Pág. 203. No obstante tal afirmación ya antes había señalado "Cuando, en 1928, se me ocurrió por primera vez la idea de la teoría de la acción finalista me impulsaron exclusivamente ideas filosóficas". Welzel, Hans, La Teoría de la Acción Finalista, fusión de varios artículos, trad. de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, -- Edit. Depalca, Buenos Aires 1951, Pág. 17.

generalmente hasta Hegel (8). Sobre esta base Welzel procuró adificar la teoría penal sobre "estructuras lógico-materiales" preexistentes (9).

2.1) La estructura lógico-objetiva

Welzel critica el normativismo del neokantismo valorativo de la época precedente, rechazando el pensamiento logicista y abstracto, con el argumento de que el concepto de acción del Derecho penal debía ser un concepto ontológico. No es el hombre quien determina el orden de lo real, sino que el hombre se encuentra ya con un orden objetivo, que responde a unas "estructuras lógico-objetivas" previas a toda regulación jurídica, y que necesariamente han de vincular al legislador (10). Este, según Welzel, no sólo está vinculado a las leyes físicas, sino que también debe atender a determinadas estructuras lógico-objetivas (no subjetivas), siendo la acción la primera de ellas (11). Estas estructuras, de las que hablamos, son otra acepción del término "naturaleza de las cosas", según Cerezo Mir "La naturaleza de las cosas no es definida aquí en relación con un mundo social pleno de sentido, en que el hombre se halla inmerso, sino en referencia inmediata a determinados conocimientos antropológicos" (12). Las estructuras lógico-objetivas se destacan, pues, sólo -

(8) Welzel, Hans, *Idea*.

(9) Estas "estructuras lógico-objetivas" (a decir de Moisés Moreno) están dadas de antemano al legislador y fijan los límites de su libre actividad-creadora, se encuentran en el campo del ser del derecho -y no del deber ser jurídico-, es decir, en todo orden jurídico; "son objetivas o reales, porque una vez conocidas, existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior; y, son lógicas, porque su inobservancia trae aparejada contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico". Moreno-Hernández, Moisés, en notas del traductor al artículo Welzeliano de "Lo permanente y lo transitorio..." *Op cit.*, en nota (7), Pág. 221.

(10) *Cfr.* Cerezo Mir, *Op cit.*, en nota (2), Pág. 49 y ss.

(11) El legislador que no respeta estas estructuras lógico-objetivas dicta una legislación ineficaz, a estas estructuras Welzel también las llama "estructuras ontológicas". Welzel, H. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, trad.-José Cerezo Mir, Edit. Ariel, Barcelona 1964, Pág. 13.

(12) Cerezo Mir, *Op cit.*, en nota (2), Pág. 49.

de la multitud de datos ónticos, como esenciales, desde un punto de vista determinado. Este punto de vista en las estructuras lógico-objetivas examinadas es siempre el mismo: "la concepción del hombre como un ser responsable, como persona" (13). La adopción de este criterio valorativo destaca como esencial para la valoración jurídica, la estructura final de la acción humana (14); -- luego, el contenido de la voluntad de realización del autor ha de ser objeto, necesariamente, de la valoración jurídica, pero no del juicio valorativo de la antijuridicidad.

2.2.) El concepto ontológico de la acción

De este modo, particularmente la teoría de la acción finalista se deriva de afirmaciones psicológicas y constantes antropológicas sobre la esencia y el desenvolvimiento de la acción humana. Welzel sitúa junto a la forma de determinación "causalidad", la de la "intencionalidad" (*) al que después llamó "finalidad" (como acontecer cibernético -Kybernan-). Con ello se quiere decir que el ser humano puede anticipar mentalmente las consecuencias de sus movimientos corporales, elegir los procesos causales para la consecución de un --

(13) Cfr. Stratenwerth, Günter, citado por Cerezo Mir, Op cit., nota (2), Pág. 56. También en Welzel, Hans, Op cit., en nota (11), Pág. 15, nota a pie de página.

(14) En oposición Claus Roxin afirma: "en lugar de vincular el concepto de -- acción a la ley, esta teoría quiere vincular al legislador en cuanto regule acciones humanas, a su concepto de acción prejurídico". Roxin, Claus, "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", en Problemas Básicos del Derecho Penal, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Edit. Reus, Madrid 1976, Pág. 87.

(*) En el proceso fenomenológico se nos presenta, desde luego, un cuadro característico: Una relación actual entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido; el "sujeto" es siempre un ser consciente libre y capaz de a dueñarse mentalmente del objeto y de reproducir dentro de sí su imagen. El conocimiento implica un darse cuenta de algo, un apropiarse, un introducir al interior lo que estaba fuera, o sea, un volver immanente lo -- trascendente, sin que lo trascendente pierda su existencia propia. Y si lo que quiere conocerse es la Ciencia del Derecho Penal, inmediatamente surgen las estructuras lógico-objetivas, que se orientan en la realidad (como objeto de conocimiento), y como metodología del conocimiento se tendrá que partir del tipo, pero tiene que trascender luego el tipo y --

fin y "poner" las condiciones necesarias para el desarrollo de los procesos.- También -y aquí adelantaremos lo que más adelante veremos con mayor detalle- concurrirá la intencionalidad cuando no se ponen condiciones de un proceso -- causal, sino que para conseguir el fin se emplean factores causales, como ocurre en los delitos de omisión. No sólo es imputable lo pretendido realmente (es decir, lo doloso) sino que basta que se hubiera elegido el medio adecuado o se ejecutare el mismo en la forma correcta (delito culposos).

Como la acción sin dirección planeada sólo puede ser un "proceso causal-ciego", la voluntad consciente del fin que dirige el acontecer causal (vidente) se convierte en "columna vertebral" de la acción. De modo y manera que lo que define a la acción humana es la finalidad que se basa en que el hombre, - gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad futura, marcarse objetivos diversos y dirigir aquella actividad conforme a un plan a la consecución de dichos fines. La acción humana, es "ejercicio de actividad final" (concepto ontológico de la -

descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de sus definiciones; este método vinculado al ser o a las cosas, se designa con la palabra "ontológico". Todo imperativo categórico, en cuanto encierra una valoración supone un objeto ontológico, que define el objeto de que parte el ordenamiento penal; bajo este orden de ideas la categoría de la causalidad no nos puede servir como objeto de valoración, ya que bajo el punto de vista causal todos los factores son relevantes. Y puesto, que la causalidad no nos sirve, se busca otra categoría del conocimiento, que se dé junto a aquélla pero que es distinta a la misma; la intencionalidad será pues la característica ontológica buscada, porque la contemplación de la esencia de los actos de querer y conocimiento pone de relieve que estos fenómenos se dirigen siempre a un objeto situado frente al sujeto, esta referencia del acto psíquico a una meta no encuentra parecido en el mundo físico. Esta intencionalidad a -- que nos referimos puede ser actual o potencial, de esta forma el resultado externo y el curso causal dado (sin la intervención del sujeto) dependen también de la gente, cuando no ha sido llevado de modo voluntario, pero era evitable intencionalmente por él. Luego, con la aparición de la obra de Nicolai Hartmann (Ethik-1935), Welzel se vio incitado a utilizar ahora el término más familiar de "finalidad" (en Naturalismo y filosofía de los valores en el Derecho penal-1935) en lugar de la expresión menos manejable de "intencionalidad". Cfr. Welzel, Hans, Op cit., en nota (11),

realidad), y existe antes de la valoración jurídica (concepto prejurídico).

La dirección final se realiza con arreglo a esta doctrina en dos fases:

1) en la fase de la anticipación del fin, así como de la elección de los medios necesarios para la consecución del fin, teniendo en cuenta las consecuencias secundarias, y 2) en la fase de la ejecución en el "mundo real", lo que convierte a la acción (también) en un proceso causal; si bien "supra determinado".

B) La importancia de la norma penal
(En la teoría de la acción finalista)

La palabra "norma" es ambigua, a ella le han sido atribuidos una serie de significados. En el concepto mismo, se ha distinguido entre un significado de ser y otro de deber ser; tanto para **Armin Kaufmann**, como para **Welzel**, el concepto de norma debe ser utilizado en el sentido de **Karl Binding** (15), -- quien designa como "normas" a las órdenes obligatorias con contenido jurídico, bajo la forma de prohibiciones o mandatos.

Pp. 12 y ss. También, **Córdoba Roda, Juan**, Una Nueva Concepción del Delito (La doctrina finalista), Edit. Ariel, Barcelona 1963, Pp. 38 y ss. -- **García Maynez, Eduardo**, Introducción al Estudio del Derecho, Edit. Porrúa, México 1986, Pp. 3 y ss. **Recaséns Siches, Luis**, Estudios de Filosofía del Derecho (publicados junto con la Filosofía del Derecho de **Giorgio del Vecchio**), Edit. Uthea, México 1946, Pp. 35 y ss. **Luisi Luiz**, Tipo penal y Conducta, en Problemas de Derecho Penal, Artículos compilados por **Julio O. Chiappini**, Edit. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, s/a, Argentina, Pág. 255 y ss. **Busch, Richard**, Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito, trad. de **Vicente Castellanos**, Edit. Temis, Bogotá-Colombia 1969, Pp. 17 y ss.

(15) Cit. por **Kaufmann, Armin**, Teoría de las Normas, trad. de **Enrique Bacigalupo** y **Ernesto Garzón Valdés**, Edit. Depalma, Buenos Aires 1977, Pág. 50.

1) La función ético-social del Derecho Penal (*)

La misión principal del derecho penal es de índole ético-social. Para -
 Welzel es más esencial la fidelidad frente al Estado, mediante el permanente
 acatamiento legal ante los bienes jurídicos, que el amparo de los mismos, - -
 puesto que a diferencia de la fidelidad que tiene una naturaleza positiva éti-
 co-social, este último tiene un objetivo negativo-preventivo; sólo de esta --
 forma encuentra la pena su aplicación como medida contra acciones ético so- -
 cialmente reprobables (16).

Toda acción humana presenta un doble valor: en cuanto al resultado que
 origina (valor del resultado) o en relación a la actividad como tal (valor -
 del acto). En el aspecto positivo tendrán valor sólo las actividades realiza-
 das con sentido; en cambio en el orden negativo el disvalor de la actividad -
 opera: a) si el resultado es digno de desaprobación (disvalor del resultado);
 y b) si la acción que tiende al resultado es reprobable (disvalor de la ---
 acción). El derecho penal, como dijimos líneas arriba, pretende asegurar la -
 vigencia de valores positivos ético-sociales, misión que logra mediante la --
 evitación del disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto, -
 manteniendo de esta forma un obrar del ciudadano conforme al derecho, a tra-
 vés de la imposición de valores, los cuales constituyen el substrato ético-so-
 cial de las normas del derecho penal (17).

(*) No parece que para la materia de la investigación, es válido proporci-
 onar los datos necesarios, sobre los que se apoya la teoría de la acción
 finalista, para estar en aptitud de comprender su aplicación objetivo-
 subjetiva, en el ámbito de los delitos de omisión impropia. Para Günther
 Jakobs "Así hay que comenzar sino se quiere entender los efectos del de-
 recho penal como sucesos de la naturaleza, sino como hechos sociales". -
 Jakobs, Günther, Derecho Penal, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José
 Luis Serrano González de Murillo, Edit. Marcial Pons, Madrid 1995, Pág.5.

(16) Ver Welzel, Hans, Derecho Penal (Parte General), trad. de Carlos Fontán
 Balestra y Eduardo Friker, Edit. Depalma, Buenos Aires 1956, Pág. 2 y ss.

(17) Idem. Véase también Welzel, La teoría finalista de la acción, Op cit., -
 en nota (7), Pág. 12 y ss.

2) Objeto y alcance de la norma

En este contexto, con respecto al objeto de la norma surge la conclusión de que debe consistir en una acción en el sentido de la teoría final de la acción (18), ya que el juicio de valor (a partir del cual se construye la norma) está constituido por una acción, es decir, "ejercicio de actividad final" (19). Por otro lado la norma protege bienes jurídicos diversos, para de esta forma evitar su menoscabo o detrimento.

Como ya se ha sostenido en líneas anteriores, la ley penal, en virtud de la vinculación entre tipo penal y consecuencia penal, contiene prohibiciones y mandatos, cuya diferencia la encontramos entre los delitos de comisión y de delitos de omisión (*), desde luego que el contenido de ambos juicios de valor de ninguna manera es objetivamente igual: como una acción final, la prohibición exige que no tenga lugar la dirección de la voluntad; en cambio, el mandato exigirá entonces la puesta en un sentido final activo de la dirección de voluntad (20).

Como posibilidad lógica cabe deducir un mandato de una prohibición: en el ámbito de los delitos impropios de omisión, en donde puede prohibirse una acción y que ésta prohibición exigiría, por consiguiente, también, dirigir la voluntad a la evitación del resultado, pues en este caso no alcanzaría con la dirección de la voluntad sino que sería necesaria la realización de voluntad,

(18) Cfr. Kaufmann, Op cit., en nota (15), Pág. 135 y ss.

(19) *Idea.*

(20) Cfr. Kaufmann, Op cit.

(*) Para Santiago Mir Puig la diferencia entre delitos de acción y delitos de omisión, "no reside, pues, en el plano prejurídico del comportamiento (en ambos concurre una conducta positiva: en el delito de omisión la que se realiza en lugar de la ordenada), sino en el normativo de la clase de norma jurídica infringida". Mir Puig, Santiago, Derecho Penal (Parte General), 2ª edición, Edit. PPU, Barcelona 1985, Pág. 166.

en consecuencia lo que se manda son acciones (*).

En este orden de ideas será materia de estudio sólo el objeto de la prohibición, no así el objeto del mandato, que dejamos para los delitos propios de omisión, ello debido a nuestros limitados fines.

La norma, como tal, está dirigida al hombre; él es el sujeto de la norma, el "portador del deber", naturalmente que el contenido de un deber será sólo aquello que puede ser cumplido por el hombre (con lo que se eliminan los fenómenos naturales), luego, la norma se dirige a la "capacidad" al "poder" del hombre como "unidad psicofísica"; exigir y esperar algo sólo es posible para la norma, con relación a un factor determinante, que pueda disponer de su posibilidad causal en el futuro, sólo de la voluntad; el contenido de la prohibición es, por tanto, una acción (final). Por regla el "portador del deber" - no está descrito en ella en forma específica, los elementos limitadores que - reducen el ámbito personal provienen de normas especiales (21).

II. CONCEPTO

A) Fundamentación del concepto a través de lo ético-social

(*) De esta manera se deduce de la prohibición al mismo tiempo un mandato secundario, que exige una acción determinada y adecuada a un hecho concreto; por tanto, todas las normas de contenido prohibitivo contienen en interés de su propia observación un mandato. Este mandato desembocará, efectivamente, en un "deber de garantía", si el mandato no es cumplido, por el obligado a hacerlo, se habrá lesionado la prohibición. Al respecto Santiago Mir Puig, señala "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". Sin embargo concluye diciendo "cabe admitir que tras los delitos de resultado existen tanto normas que prohíben el resultado, como normas que en ciertas condiciones obligan a evitar el resultado". Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, 2ª edición, Edit. PPU, Barcelona 1985, Pág. 256.

(21) Kaufmann, Op cit., Pág. 141.

En la 4ª edición de su *Das Deutsche Strafrecht* (22), Welzel no se preocupa, en gran medida, por establecer un concepto de omisión conforme a los postulados de su teoría final de acción, puesto que únicamente se limitó a establecer desde el punto de vista normativo su significado dividiéndolos en: a) Como delitos propios de omisión.- contra una imposición se omite transformar.- (sic) una realidad mala en una buena... b) Como delitos impropios de omisión.- concreción de tipos de comisión a través del medio omisión". (23).

Por mucho, aquí no encontramos todavía la referencia finalística de la - que habla Welzel, es más, al tratar de fundamentar su concepto lo hace de manera ético-social al señalar "La vida humana activa consiste, en gran parte,- en mantener las series de evolución de la vida en sus cauces normales... En - el permanente acontecer de la vida social, el hombre está en gran medida destinado a cuidar la conservación de lo bueno en el porvenir" (24).

Es en la causalidad de la omisión donde podemos encontrar ya una referencia a la postura finalística, en efecto, Welzel al desarrollar la causalidad de la omisión establece: "Para condenar por un delito de comisión a través de la omisión, debe exigirse una probabilidad de impedir el resultado prácticamente al borde de la certidumbre" (25), aunque convencido de que no se trata de un problema causal, sino de un problema de acción, precisa que "La volun-tad no es solamente una fuerza causal sino un factor de formación conciente-

(22) Hay traducción al español de Carlos Fontan Balestra y Eduardo Friker, bajo el título de *Derecho Penal (Parte General)*, obra que por cierto ya -- fué citada en la nota (16).

(23) Welzel, Op cit., en nota (16), Pág. 205.

(24) Idea.

(25) Idea, Pág. 210.

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

(sic) del objeto del porvenir" (26), esa voluntad forma el futuro no sólo en los rasgos que modifican positivamente, sino también en aquellos que deja libres, ello en virtud de ser la voluntad un factor finalista formador conciente (sic) del objeto, su dominio del hecho comprende también lo que deja acontecer (*).

1) Crítica

Lo anterior llevó a **Wilhelm Gallas** a considerar: "un concepto general de acción interpretado en sentido final, quiebra con la aparición de los delitos omisivos" (27), debido a que no se puede extraer de la estructura del delito omisivo propio "un sustrato susceptible de servir de objeto a la valoración jurídica" (28) el cual podría ser posible si dedujéramos del proceso volitivo del autor un "sustrato natural", situación que no sería dable, toda vez que se compararía una conducta objetiva con una conducta imaginada, ello sin contar que dicho sustrato faltaría en el delito omisivo por culpa inconsciente, en donde el autor no tiene ninguna representación del resultado.

Por otro lado, de aceptar que el elemento constitutivo de la omisión radica en el "dominio final en sentido potencial del acto", como lo hace **Welzel**,

(26) *Idea.*

(*) Para Dall'Ora (Condotta omisiva e condotta permanente nella teoria generale del reato -1950- citado por Wilhelm Gallas) "en el no hacer de la omisión radica un objeto natural susceptible de valoración jurídica" consistente en la circunstancia de la omisión en sí misma que es "previa a toda valoración". Aquí se compara una conducta observada y un comportamiento "imaginado". Gallas, Wilhelm, La Teoría del Delito en su Momento Actual, trad. de Juan Córdoba Roda, Edit. Bosch, Barcelona 1959, Pág. 17

(27) Gallas, Wilhelm, La Teoría del Delito en su Momento Actual, trad. de Juan Córdoba Roda, Edit. Bosch, Barcelona 1959, Pág. 17.

(28) *Idea.*

daríamos por hecho un concepto prejurídico de la omisión, puesto que una conducta sometida al dominio potencial de la voluntad puede -como afirma Gallas- no ser jurídicamente necesaria (29). Finalmente Gallas define la omisión en sentido jurídico diciendo que "es la no ejecución de una obrar esperado por el ordenamiento (ésto es, jurídicamente necesario); omisión, en dicho sentido, no es, en cambio, la no ejecución, jurídicamente desaprobada, de un obrar esperado desde puntos de vista extrajurídicos" (30).

B) Fundamentación del concepto a través de la finalidad potencial

No le falta razón a Enrique Bacigalupo al considerar que "Ha sido mérito innegable de Armin Kaufmann replantear los problemas relativos a la omisión en general. La comprensión de la discusión actual no es posible sin tener en cuenta que arranca de las ideas que introdujo" (31); en efecto, en su obra "Die Dogmatik der Unterlassungs delikte", Göttingen 1959 (lamentablemente sin traducción a nuestro idioma), luego de distinguir entre mandatos y prohibiciones, afirma -contrario a lo expuesto por Gallas- que "la omisión es un modo de conducta humana y que ella consiste además en un substrato real" (32), substrato que encuentra en la capacidad de la acción no realizada, capacidad que requiere una positiva comprobación, detras de un juicio existencial, De esta forma la omisión consiste en la negación de una determinada acción, por tanto el único, concepto capaz de abarcar tanto la acción como a la omisión, es el de la capacidad de acción, Kaufmann llega a esta consideración como consecuencia de negar, en el no hacer, tanto la categoría de la causalidad-

(29) *Idea.*

(30) *Idea, Pág. 18.*

(31) Bacigalupo Zapater, Enrique, Delitos Impropios de Omisión, 2ª edición, - Edit. Temis, Bogotá-Colombia 1983, Pág. 41.

(32) *Idea.*

como la de la finalidad, puesto que el hombre exista o falte, no modifica en nada la falta de interposición de energía, además, puesto que la finalidad -- equivale a la supradeterminación de la causalidad, de faltar esta última categoría no podrá darse la primera, ni por lo tanto, una voluntad (elemento del dolo) de realización que domine y dirija el real proceso causal; la "omisión-- equivale por lo tanto a la negación de una determinada acción; el único concepto comprensivo de acción y omisión, será pues el de la capacidad de acción" (32 bis).

Lo mismo que en la culpa (*), concepto afín al de omisión, Kaufmann ve en la falta de ejercicio de una "finalidad potencial" una cuestión ontológica. De esta forma Kaufmann en los mismos términos que Gallas contrapone las acciones a las omisiones, estimándolas en la forma en que Radbruch (33) las entendía; como especies separadas ya en el plano prejurídico, sólo que a diferencia de este último (para Radbruch el concepto de acción -lato sensu- no puede, a la vez, acoger su negación), como especies subordinadas al concepto genérico de una acción concebida teleológicamente, mediante la finalidad, la cual -- podrá ser ahora actual o potencial.

(32 bis) Cit. por Córdoba Roda, Juan, Una Nueva Concepción del delito (La doctrina finalista), Edit. Ariel, Barcelona 1963, Pág. 64. Además agrega "la omisión no constituye una acción en sentido ontológico, pero posiblemente por razones distintas a las alegadas por Kaufmann. La omisión no será acción por cuanto la acción en su esencia ontológica, conforme al significado de la vida diaria, exige una determinada actividad".

(*) Así Werner Niese explica en relación al delito culposo "Welzel ... ha introducido las conductas culposas en el sistema de la doctrina finalista utilizando el concepto de 'finalidad potencial', que consiste en afirmar que mientras en los delitos dolosos el resultado es producido teleológicamente, en las acciones culposas faltaría tal finalidad 'actual', dirigida al evento. En éstas, sin embargo, el resultado sería 'evitable mediante una conducta finalista', es decir, tales acciones serían 'potencialmente' teleológicas". Opinión que -- vertidos, en razón de la similitud que guardan para su fundamentación finalística, tanto los delitos culposos como los omisivos. Ver Niese, Werner, "La teoría finalista de la acción en el Derecho Penal Alemán", trad. de Ricardo Franco Guzmán, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XI, Enero-Junio 1961, Nos. 41-42, Pág. 290. Cit. por Bacigalupo, nota (31), Pág. 41.

(33)

En la "finalidad" potencial está la finalidad irreal, como mero momento de relación; la "potencialidad", en cambio tiene realidad (34); la especial - esencia de los delitos impropios de omisión no yace en su estructura dogmática, sino en la conformación axiológica.

A continuación podrá verse como tuvo que modificar Welzel su concepción- (en la 11ª versión de su libro), al no separarse gran cosa de Kaufmann. En -- efecto, Welzel bajo el título de "La estructura ontológica de la omisión", -- realiza en principio la reproducción del esquema de Radbruch: "Acción y omi-- sión se comportan en tal sentido como A y no A" (35), de esta forma y desde - el punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, apare- ce junto a ella, pero como una forma independiente dentro de la conducta huma na susceptible de ser regida por la voluntad final (36), empero la omisión - está referida a una acción, ya que no existe la omisión "en sí", sino la omi- sión de una acción determinada. Bajo este punto de vista la omisión es para - Welzel "la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción" agregando "sólo aquella acción que está su bordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede- ser omitida" (37); según ésto, el elemento constitutivo de la omisión es el - dominio final potencial del hecho.

Para Günter Stratenwerth (quien ya en el prólogo de la primera edición -

(34) *Idea.*

(35) Welzel tomó la cita del libro de Radbruch "Handlungsbegriff", el cual la mentablemente no está traducido al español, sin embargo por la importan- cia del mismo se tomó la cita del libro del principal representante del- finalismo. Welzel, Hans, Derecho Penal (Parte General), 11ª edición, - trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Edit. Jurídica de Chi le, Santiago de Chile 1970, Pág. 276.

(36) *Idea.*

(37) *Idea.*

de su Derecho Penal, advertía sobre las dificultades de la lectura de su texto), la dirección final no se reduce a los actos voluntarios conformados racionalmente, "la característica común del obrar humano específico en sus diversas especies no es su carácter consciente o voluntario, sino la finalidad" (38).

Conforme este punto de vista, los sucesos que superan el nexo final pero que hubieran podido ser dominados por el sujeto limitan el contexto de la acción al suceso dirigido finalmente, mientras que la imputación jurídico-penal con respecto a las consecuencias del resultado no causado finalmente, sólo -- pueden conectarse fuera de la causalidad, con la "capacidad" humana de dirigir y dominar sucesos causales dentro de determinados límites. Sostiene éste autor "sólo esta capacidad resulta decisiva cuando el comportamiento consiste, precisamente en la renuncia a una intervención activa" (39), como en el caso de las omisiones. Pero advierte "el concepto de acción orientado a la finalidad no debe ser mal entendido en el sentido de considerársele como si pudiera ser un concepto superior del comportamiento humano. Con él se caracteriza el obrar humano (activo), pero no otra cosa" (40).

De esta forma encontramos al delito de omisión junto al delito de acción, ambos son estructuralmente diversos en lo fundamental, de modo que el sujeto puede elegir entre dos modos distintos de comportamiento: "se obra o bien se omite obrar. En el primer caso se intenta modificar la situación mediante una

(38) Cfr. Stratenwerth, Günter, Derecho penal (parte General), T. I., trad. - de Gladys Romero, Edit. Edersa, Madrid 1982, Pág. 54.

(39) *Idea.*

(40) *Idea.*

intervención... En el otro caso, no tendrá lugar la intervención modificadora, y ello será por cierto posible ya cuando el suceso se dirija en sí mismo a un resultado deseable" (41); por cierto que ambas formas serán jurídico-penalmente relevantes: la acción, en tanto tiende a un resultado valorado jurídicamente en forma negativa como prohibido; la omisión cuando está ordenado actuar para la evitación de tal resultado. En todo caso, "la omisión sólo es punible si al autor le incumbe el deber de cuidar bienes ajenos" (42). El concepto final de acción no deja de tener importancia en los delitos de omisión, en estos tiene relevancia la acción cuya no realización constituye el delito, esta acción mandada pero omitida no puede considerarse de otra manera que como una acción. En los delitos de omisión no es posible tomar como punto de partida de la imputación jurídico-penal un "no hacer" indeterminado o el mero no evitar un resultado; sino que desde el principio habrá que caracterizar la acción concreta, cuya omisión da lugar a la existencia del delito, se tendrá que definir, por tanto, como la acción que hubiere eliminado o reducido el peligro concretado en el resultado. Sobre la base del razonamiento seguido por Stratenwerth de la imputación objetiva, "El comportamiento prohibido en el delito de omisión consiste, en principio, en la no realización de la acción mandada"(43). La omisión sólo será relevante "cuando el que no neutraliza el peligro de una lesión de un bien jurídico, hubiera estado obligado a realizar tal acción" -- (44), su correspondencia con el comportamiento activo se establece invirtiendo las exigencias: "no es la ejecución, sino el no evitar el resultado, lo -- que fundamenta la imputación objetiva" (45).

(41) *Idea.*

(42) *Idea.*

(43) *Idea.*

(44) *Idea.*

(45) *Idea.*

1) Crítica

Como puede verse tanto Kaufmann como Welzel quieren salvar la unidad del concepto de acción con el carácter común de la "actividad final". En los delitos de acción dolosa la actividad final es real, por el contrario en los delitos de omisión existe una "causación" que era evitable mediante una actividad final (*); a la actividad final real es equiparada la actividad final meramente posible, luego entonces, la conducta omisiva era ciertamente evitable a través de una actividad final, pero dicha actividad no es final real, sino potencial. Ni que decir de Stratenwerth, para quien la acción omitida constituye el núcleo del delito de omisión, acciones reales y posibles no se distinguen en su estructura sino solamente en su modo de ser.

Sin embargo esta solución no se sostiene, ocurriendo lo mismo que para los delitos culposos (**) a los que en un tiempo se les consideró como fundamentados desde la perspectiva de la "finalidad potencial"; razón por la cual nos adherimos a las opiniones de Werner Niese, quien respecto a la finalidad potencial señala "tratándose de finalidad hay sólo un ser o no ser. O una acción se dirige teleológicamente a determinado resultado concreto, o no se dirige teleológicamente a él; tal es la esencia de una categoría ontológica" (46).

Por lo tanto la finalidad potencial es sólo un criterio jurídico-normativo; --

- (*) En los delitos de omisión (dolosa) el autor determina un movimiento de retroceso desde el fin de los factores causales que son requeridos para el logro del mismo. En cambio en el delito omisivo este proceso no se lleva a cabo hacia atrás, desde el fin, sino hacia adelante, a partir del curso causal dado en dirección a la evitación de la causación.
- (**) Para varios autores el delito de omisión constituye, al igual que el delito culposo, una forma especial de aparición de la acción punible y por tal motivo es tratado como el delito culposo sobre la base del delito doloso de omisión, teniendo lugar una transposición adecuada a sentido de las categorías de pensamiento desarrolladas para los delitos de omisión a los delitos de omisión.
- (46) Niese, Werner, "La teoría finalista de la acción en el derecho penal", -- trad. de Ricardo Franco Guzmán, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XI, Enero-Junio 1961, Núms. 41-42, Pág. 290.

la finalidad potencial representa un desplazamiento de la finalidad de la esfera ontológica a la normativa, puesto que la posibilidad de evitar el resultado no querido mediante una actividad final no puede ser fundamentada en un plano, ontológico (porque entonces todo resultado sería evitable), sino sólo en el plano del deber.

Por eso Werner Niese apunta "Lo que Welzel llamó 'finalidad potencial' - es en realidad sólo un juicio de culpabilidad oculto" (47), en este orden de ideas si la causación habría podido evitarse mediante una actividad final desarrollada por el agente, también -de otro modo- habría debido evitarla el -- omitente. Así las cosas con este desplazamiento de un problema de la acción - de la esfera ontológica a la normativa el finalismo reniega de sí mismo, en - virtud de que ahora en el delito omisivo el autor es castigado por el resultado producido, pero su omisión no se encuentra bajo la esfera de la estructura fundamental de la acción (*).

C) Fundamentación del concepto a través de la voluntad final

Ciertamente como apunta Enrique Bacigalupo "la concepción que Maurach --

(47) *Idea*.

(*) Tal vez la inconsistencia de esta postura se deba en parte a lo que Welzel para los delitos culposos llamó "elemento decisivo", es decir, al -- justificar los derroteros de su doctrina ante los delitos culposos Welzel admite haber partido de la consideración del "resultado no querido -- como elemento decisivo de la culpa". Welzel, Hans, "La doctrina de la -- acción finalista hoy", trad. de José Cerezo Mir, Revista Jurídica Vera-- cruzana, Organos del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Vera-- cruz, número 2, Abril-Mayo-Junio/1970, Pág. 53. Transportando este razonamiento a los delitos omisivos, si se le permite hacerlo, podría inferir que Welzel también tomó como "elemento decisivo" la causación producida o resultado causado, por la omisión del agente. De ahí el fracaso -- de su doctrina de la "finalidad potencial", no obstante considero que el "elemento decisivo de la omisión radica no en el resultado, sino en la -- elección de los medios de la dirección final, así la inactividad corporal del agente es empleada como medio para lograr la meta del hecho.

representa dentro del finalismo, muestra que en esta orientación no reina, en cuanto a este punto, una armonía absoluta" (48), Maurach cree, como Melzel y Kaufmann que la equivalencia de acción y omisión causal del resultado responde a una cuestión de orden valorativo, pero afirma la voluntad en la omisión al sostener "si la acción se define como conducta dirigida a un determinado resultado, no tan sólo el elemento de una determinada actividad configuradora del mundo circundante, pertenecerá a su esencia; también la conducta dirigida a la no ejecución de un hacer, la omisión de un determinado hacer, deberá merecer la consideración de la acción" (49), de esta forma el concepto de la acción no puede desprenderse nunca, ni en los delitos de omisión, ni en los de comisión, de las "valoraciones" (*). Por esto, el delito de omisión no es el simple "no hacer" sino únicamente el "no hacer algo": "no la nada, sino la omisión del ejercicio del dominio final sobre el acto" (50).

Los impropios delitos de omisión para Maurach son "un reflejo un complemento, de los delitos comisivos en sentido estricto: infracción de una norma prohibitiva, como consecuencia de que el autor, contrariamente a su deber, no ha actuado para conservar el bien jurídico protegido por la norma prohibitiva" (51). Se produce entonces una ampliación del concepto de acción, tal ampliación se realizará en virtud de una restricción del concepto ontológico, al -- que se le privará de la característica de la actividad (51 bis). Con ello --

(48) Bacigalupo, Op cit., en nota (31), Pág. 46.

(49) Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, T. II, trad. de Juan Córdoba Roda, Edit. Ariel, Barcelona 1962, Pág. 261.

(*) Córdoba Roda opina "Maurach, a la vez que se percata de que existen una serie de delitos -omisiones punibles- que no pueden ser calificados como acciones en sentido ontológico, se ve obligado a mantener el presupuesto, del finalismo, de la sumisión del legislador a estructuras ontológicas".

(50) Maurach, Op cit. Pág. 261.

(51) Idem.

(51 bis) Córdoba Roda precisa "De ser acertada esta objeción, resultará gravemente afectada la autonomía del finalismo frente a la concepción causal: en la ampliación del ámbito del concepto ontológico de acción, la doctrina causal le privará de la característica esencial de la finalidad". Córdoba Roda, Op cit. en nota (32 bis), Pág. 70.

Maurach reconoce la existencia de un concepto jurídico-penal, de acción distinto al ontológico.

D) **Fundamentación del concepto
a través de la teoría social de la acción**

El punto de vista de Welzel y Kaufmann llevó a algunos a considerar la imposibilidad de encontrar en la teoría finalista un concepto general para la acción activa y la omisión, concepto unitario que creyeron encontrarlo en la llamada teoría social de la acción (Eb. Schmidt, Engisch, Jescheck, Kienapfel, Maihofer, R. Lange, Oehler, E. A. Wolf y Wessels). Según esta teoría el concepto de la acción, común a todas las formas de conducta, reside en la "relevancia social de la acción o de la omisión"; en relación a esta última y como crítica a la estructura finalista escribe Wessels "Como la experiencia enseña, es difícil decir que en cada actuación el hombre antepone el objetivo de su conducta, para después guiarlo con arreglo a un plan con un mediano empleo de los factores causales. Al lado de tales acciones conscientemente finalistas, están las conductas determinadas por la subconciencia y las omisiones en las cuales falta por lo común una dirección finalista del suceso causal." -- (52), concluyendo dicho autor "Es preferible la teoría social de la acción -- que constituye una solución conciliante entre el criterio simplemente ontológico y el normativo" (53).

En este orden de ideas para Johannes Wessels los delitos propios de omisión son "los hechos punibles que se agotan en la infracción a una norma pre-

(52) Wessels, Johannes, Derecho Penal (Parte General), trad. de Conrado A. -- Finzi, Edit. Depalma, Buenos Aires 1976, Pág. 25.

(53) Iden. En cuanto al resultado la teoría social de la acción no excluye el concepto causal y finalista de la acción sino que lo incluye.

ceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley" (54), en cambio los delitos impropios de omisión son "los hechos punibles en los cuales quien omite está obligado como 'garante', a evitar el resultado, correspondiendo la omisión valorativamente, a la realización del tipo legal mediante una acción activa" (55).

De idéntico parecer es Hans-Heinrich Jescheck (también partidario de la teoría social de la acción), para quien tanto el delito de comisión como el de omisión son subsumibles bajo el concepto superior de "comportamiento socialmente relevante" (56); y en tratándose de la omisión lo importante será siempre el punto de vista normativo "con arreglo al cual aquél en cuya intervención confía la comunidad al omitir la actividad esperada, vulnera intereses" (57), luego todos los delitos de omisión, sean propios o impropios, "constituyen infracciones de normas preceptivas" (58); sobre esta base Jescheck cree que la mayoría de los delitos "pueden ser cometidos mediante la no evitación del resultado en la medida en que concurra un deber jurídico de actuar" (59). De esta manera Jescheck concluye "En el delito de omisión impropia el resultado típico se imputa al garante que no ha evitado su producción igual como si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo" (60).

1) Crítica

De lo transcrito se infiere que tanto para Wessels como para Jescheck no

(54) *Idea*, Pág. 208.

(55) *Idea*.

(56) Jescheck, Heinrich-Hans, *Tratado de Derecho Penal (Parte General)*, T. II, trad. de Santiago Mir Puig. Edit. Bosch, Barcelona 1981, Pág. 824.

(57) *Idea*, Pág. 827.

(58) *Idea*, Pág. 828.

(59) *Idea*, Pág. 829.

(60) *Idea*, Pág. 385.

hay omisiones pre-típicas (antes del tipo), es decir, a nivel de la conducta no hay omisiones, puesto que omitir desde el punto de vista normativo es "no hacer" lo que se debe hacer y esto último se sabe hasta que se llega a la tipicidad (*).

2) Toma de posición

Ahora es posible obtener el resultado de esta parte dedicada al concepto omisivo: se afirma, que el fundamento de la omisión se halla en la misión del Derecho Penal (ético-social), cuando tal fundamento se considera posible, se intenta obtener por dos vías el concepto: en primer término, mediante una delimitación según elementos ónticos, es decir, partiendo de una finalidad potencial; en segundo lugar por vía normativa, mediante una decisión social-valorativa. Por lo demás, se procura defender un sustrato distinto al ontológico, afirmando una categoría jurídica (Maurach), incluso hay quien invoca la imputación objetiva (Stratenwerth), para afirmar la finalidad de la omisión.

Tras esta panorámica, quisiera recordar el concepto teórico normativo -- que nos sirve de base: contrarios a la norma y punibles son solo aquellos menoscabos de un bien jurídico que han sido evitables mediante un comportamiento humano, objeto de la norma, es por consiguiente, un comportamiento humano dominado por la voluntad controladora y dirigido a una meta determinada (a --

(*) Para Zaffaroni "Todos los intentos de fundar una omisión antes de la tipicidad han fracasado: o bien terminaron suprimiendo a la conducta como caracter genérico del delito, o bien, remitiendo a un nebuloso deber ético general o a una más nebulosa 'acción esperada' ... Para los primeros es la tipicidad la que pasa a ocupar el primer lugar entre los caracteres del delito y la que crea la conducta, dejando de lado todo respecto al concepto óntico-ontológico de la misma. Para los segundos la omisión es omisión de una acción esperada" (Sobre esto con mayor detalle infra, cap. segundo, E.I., B, 2), Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal (Parte General), Edit. Ediar, Buenos Aires 1977, Pág. 386.

juicio mío el concepto final de acción, que yo estimo pertinente), la omisión está junto a la comisión como una diferente subforma de manifestación de este concepto final de acción (61).

Pero no por ello debe pretenderse buscar en la omisión exactamente los mismos elementos y las mismas cualidades que en el hacer activo, porque la indagación resultará en vano, ya que la comisión es ontológicamente distinta a la omisión (62), mientras que en la primera el proceso mental se lleva a cabo hacia atrás, desde el fin, en la segunda -omisión- el proceso mental es hacia adelante. Consecuentemente tanto la comisión como la omisión constituyen -- acciones finalistas, toda vez que -como dice Goessel- tratándose de la omisión, "la inactividad corporal es empleada como medio para lograr la meta del hecho" (63), sobre el curso causal dado y en el cual no intervino el omitente, es decir, el autor aprovecha la cadena causal puesta y decide la aplicación - de inactividad corporal como medio de menoscabo de un bien jurídico.

(61) En este sentido comparto las ideas expuestas por Karl-Heinz Goessel, en su monografía "Dos estudios sobre la teoría del delito", Edit. Temis, Bogotá-Colombia 1984, Pág. 34 y ss. En contra de un criterio unificador, encontramos a Córdoba Roda, para quien "las omisiones no quedan incluidas en las acciones ... Sabido es, en efecto, que ontológicamente la omisión no puede ser calificada de acción". Córdoba Roda, Op cit., en nota (32 bis), Pág. 86.

(62) Así Gonzalo Rodríguez Mourullo sostiene "con frecuencia la doctrina, víctima del prejuicio metodológico de contemplar a la omisión con la óptica instrumentada para el análisis de la acción positiva, se afaná inútilmente en hallar en la omisión un elemento material y una causalidad idénticos a los del hacer activo". Rodríguez Mourullo Gonzalo, Derecho Penal - (Parte General), Edit. Civitas, Madrid 1977, Pág. 306.

(63) Goessel, Op cit., Pág. 48.

III. LA TIPICIDAD DEL DELITO OMISIVO

A) Planteamiento General y las clases de omisión

El comportamiento humano reconoce dos especies: delitos propios y delitos impropios de omisión, la impropiedad reside desde un punto de vista formal (64) en la falta de tipificación en la ley penal de la llamada comisión por omisión, desde otro punto de vista se sostiene que los delitos impropios, requieren evitar la producción del resultado, este nos parece el punto de vista más adecuado; Santiago Mir Puig se inclina por la terminología de delitos de omisión pura y delitos de comisión por omisión (65). Cuando el tipo legal describe expresamente una omisión, también determina ya en qué condiciones -- concurre la necesaria posición del deber; pero ello no sucede en los casos de comisión por omisión y este es el motivo por el cual es particularmente importante el tipo legal de la comisión por omisión; así de manera necesaria surge la cuestión de la causalidad, que ocupará enseguida nuestra atención.

1) La causalidad

En su momento hemos afirmado que la omisión carece de un propio elemento físico que constituya como en la acción el nexo entre la causa y el resultado, ahora volvemos a nuestras palabras para reconocer que la omisión carecerá de valor causal, si se entiende la causa, en sentido físico-material (cinético),

(64) Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, Manual de Derecho Penal (Parte General) Edit. Temis, Bogotá-Colombia 1989, Pág. 225.

(65) Cfr. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal (Parte General), Edit. PPU, Barcelona 1985, Pág. 255.

propio de las ciencias de la naturaleza (*). De antaño la solución se conformaba con la causalidad hipotética: La omisión será causal, cuando puesta mentalmente la acción no ejecutada, desaparecería el resultado.

1.1.) La posibilidad real-física de evitar el resultado

Sobre el particular Welzel afirma "la no evitación del resultado por una omisión, existe sólo cuando la ejecución de la acción habría evitado el resultado en un grado de probabilidad que limita con la certeza" (65 bis), bajo esta premisa el autor de omisión "no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado" (66) la determinación se dará en la medida que la ejecución de la acción omitida habría evitado el resultado.

En forma similar Johannes Wessels opina: "La causalidad de la omisión -- respecto de la producción del resultado típico debe ser afirmada si la acción jurídicamente esperada no puede añadirse mentalmente sin que el resultado desaparezca en su forma concreta con probabilidad lindante con la certeza" (67), como se puede observar Wessels, todavía encuentra apoyo en la "acción esperada", para fundar su concepto, además admite la "causalidad" de la omisión -- siendo que para Welzel no existe una "causalidad real", sino una "causalidad probable", por lo demás el único punto de contacto lo hallamos en la "probabilidad lindante con la certeza".

(*) Así, es generalmente reconocido que la llamada "ley de la causalidad" no es aplicable a la omisión, de ahí que se afirme que en la omisión sólo existe una causalidad hipotética, esto es aplicando la fórmula de la teoría de las condiciones, cuyo aforismo latino es "conditio sine qua non".

(65 bis) Welzel, Op cit. en nota (35), Pág. 292.

(66) Idem.

(67) Wessels, Op cit., en nota (52), Pág. 214.

1.2) La causalidad como característica del tipo

Para Reinhart Maurach "el exámen de la causalidad de un no hacer algo para el resultado típico se determina por un proceso paralelo al de la causalidad de la comisión, pero de sentido opuesto a él" (68), en ambos casos halla este autor un ideal proceso hipotético, mientras que en los delitos comisivos consta la acción realizada (de la que no puede prescindirse), en los delitos de omisión la propia acción esperada "constituye ya un fenómeno hipotético" - (69), desde luego que se inclina por la teoría de la adecuación, estando conforme con la "probabilidad rayana con la certeza" de la que habla Welzel.

1.3) La omisión como condición negativa

En opinión de Armin Kaufmann (70) la determinación causal real se compone tanto por condiciones positivas como por las negativas o no acaecidas, es decir, se adhiere a la llamada causalidad de las condiciones negativas. Como puede observarse, mientras el hacer activo opera, en el plano causal, como -- condición positiva (posición de causa), la omisión lo hace como condición negativa, no obstaculizando la acción de las condiciones positivas, ésto es, no

impidiendo la producción del resultado (*). Es precisamente Kaufmann quien --

(68) Maurach, Op cit., en nota (49), Pág. 273. De este modo, manifestación volitiva y voluntad componen la acción, el resultado pasa a engrosar el tipo; este punto de vista fué criticado por Córdoba Roda, para quien "no es correcta la conclusión de Maurach, ya que somete al legislador a las estructuras ontológicas, mientras que es plenamente libre en la configuración del resultado" Córdoba Roda, Op cit., en nota (32 bis), Pág. 76.

(69) Iden.

(70) Citado por Bacigalupo, Op cit., en nota (31), Pág. 86.

(*) Para explicar esta teoría Rodríguez Mourullo utiliza el siguiente ejemplo: "la omisión de hervir la jeringuilla tiene valor causal respecto a la infección sufrida por varios pacientes, si de haberse hervido se hubieran destruido los agentes patógenos (condiciones positivas) que originaron la infección". Rodríguez Mourullo, Op cit., en nota (62), Pág. 307. Por cierto que para Mourullo, la causalidad es real, no potencial.

afirma que la falta de realización de una acción es causa del resultado o de su producción, por lo tanto es posible señalar a la omisión como causal, pero a pesar de ello en la omisión solo puede hablarse de una "causalidad potencial" (71), pues si bien la omisión es causal en sí, el omitente no es causal de su omisión, ya que el omitente no sería causa de la no evitación pues ésta subsistiría aunque aquél no existiera, de otra forma, si se suprime mentalmente al omitente, no desaparece la omisión. De ahí a decir de **Bacigalupo** surge la negación de la causalidad en la omisión (72).

2) La causalidad potencial

Günter Stratenwerth también considera la "potencialidad" de la causalidad al precisar "Dejando de lado lo que se piense sobre la causalidad de la omisión, lo cierto es que el requisito decisivo será siempre la posibilidad de evitar el resultado, cuestión que se deberá resolver recurriendo a una causalidad hipotética pero no real" (73); pero se inclina por el principio de la elevación del riesgo, será suficiente para la omisión de una acción que "tal acción hubiera disminuido el peligro del que resulta la lesión del bien jurídico" (74).

(71) Cit. por Bacigalupo, Op cit., Pág. 88. También se le denominó a esta "potencialidad", como "quasi-causalidad". En contra de esta causalidad ideal encontramos a **Baumann**, para quien "Negar una causalidad de la conducta omisiva tendría como consecuencia la admisión de delitos de resultado en que no existiría ninguna causalidad entre la conducta del autor y el resultado". **Baumann**, Jürgen, Derecho Penal, Edit. Depalma, trad. de Conrado A. Finzi, Edit. Buenos Aires 1973, Pág. 142.

(72) Bacigalupo, Idea.

(73) Stratenwerth, Op cit. en nota (38), Pág. 303.

(74) Idea.

2.1) La imputación objetiva

Ahora bien Jescheck sostiene "Hoy se rechaza mayoritariamente una causalidad de la omisión en el sentido de un producir real del resultado. La causalidad, como categoría del ser, requiere una fuente real de energía que sea capaz de conllevar un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión" (75), y culmina diciendo "hoy se aplica la teoría de la imputación - objetiva" (76), compartiendo este punto de vista encontramos a Enrique Bacigalupo Zapater, quien expone "si nos hemos adherido a una noción ontológica de la causalidad entre el resultado y el omitente" (77), y partiendo de esta - idea sostiene "Hoy no se pregunta si una acción o una omisión son causales -- del resultado, sino si el resultado es objetivamente imputable a la acción o a la omisión" (78), de igual forma Santiago Mir Puig opina "Lo que sucede en los delitos de comisión por omisión es, pues, que para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido ... basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado, cuando se hallaba en posición de garante" (79).

Para Karl-Heinz Goessel, "conforme a la teoría de la adecuación, que considero acertada, hay que comprobar únicamente si, según un pronóstico ulterior objetivo, era posible contar con la producción del menoscabo del bien jurídico" (80).

Ahora ya no se discute sobre la causalidad de la omisión, sino sobre el

(75) Jescheck, Op cit., en nota (56), Pág. 852.

(76) *Idea*, Pág. 854.

(77) Bacigalupo Zapater, Enrique, Derecho Penal (Parte General), Edit. Hammurabi, Buenos Aires 1987, Pág. 391.

(78) *Idea*.

(79) Santiago Mir, Op cit., en nota (65), Pág. 273.

(80) Goessel, Op cit., en nota (61), Pág. 55.

grado de certeza que se requiere para la afirmación de que la acción omitida posiblemente hubiera evitado el resultado, lo que como dice **Santiago Mir Puig** "Se trata de un juicio hipotético sometido inevitablemente a un margen de error" (81). La solución propuesta por **Bacigalupo** "es la que considera la existencia de una infracción del deber de actuar ya cuando el omitente hubiera reducido con su acción claramente el peligro que corría el bien jurídico" (82). Por su parte **Santiago Mir Puig** opina "La doctrina dominante se contenta, por ello, con la constatación de que la realización de la conducta debida hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad" (83).

2.2) Toma de posición

En consecuencia el criterio que me parece el correcto para establecer la causalidad en la omisión, es precisamente el que niega esa causalidad y acepta la relación normativa de la imputación objetiva (*) -cuestión de antijuridicidad- entre el resultado y la omisión, en donde como vimos presenta nuevos baremos en cuanto a la certeza de si la acción omitida hubiera o no impedido el resultado, baremos que se solucionan a través de los siguientes puntos de vista: 1) La probabilidad rayana en la seguridad; y 2) La seguridad en el aumento de las posibilidades de evitación del riesgo -segura disminución del riesgo-. Siendo el segundo punto de vista el que llama la atención del que escribe, puesto que sólo será relevante para el Derecho que la interposición de la acción esperada hubiera disminuido el peligro del que resulta la lesión del bien jurídico (criterio de aumento del riesgo permitido). Aunque con ello se corra el peligro de poner en entredicho el modelo finalista seguido, pues-

(81) Mir Puig, Op cit., en nota (65), Pág. 274.

(82) Bacigalupo, Op cit., en nota (77), Pág. 391.

(83) Mir Puig, Op cit., Pág. 274.

(*) Es **Claus Roxin** quien, con base en la doctrina elaborada por **Richard Honig** (quien a su vez enlaza su investigación con la de **Larenz**), procedió a desarrollar diversos criterios de imputación objetiva. La teoría funcionalista, al igual que la teoría finalista, parte también de la misión

to que tal solución da una mayor certeza en la consideración del problema "causal" que la tesis propuesta por Welzel, sobre la "probabilidad rayana en la --seguridad".

Para determinar estas circunstancias se requiere la prueba de que la acción omitida hubiera reducido realmente el riesgo de producción del resultado, en otras palabras lo decisivo es, comprobar si el bien jurídico afectado habría tenido mayores posibilidades de salvación con un comportamiento adecuado al deber que con uno contrario al mismo.

del derecho penal, pero a diferencia de aquella no tomó en cuenta la esencia de objetos de la dogmática penal, estableciendo en cambio una (re) normatización de los conceptos. En esta concepción, un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino ser responsable por éste. La misión del derecho penal se encarga de regular los comportamientos humanos -- que signifiquen un riesgo mensurable de lesión de un bien jurídico, dirigiendo sus mandatos y prohibiciones a la voluntad, respecto de algo que la persona pueda prevenir y dirigir; en otras palabras Roxin equipara la finalidad objetiva o posibilidad de dominio a través de la voluntad humana, con la creación de un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico, el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y éste se haya realizado en el resultado, es hoy aceptado (Entre otros: Günter Stratenwerth, Hans Heinrich Jescheck, Günter Jakobs, Cerezo Mir, Santiago Mir-Puig, Gómez Benítez y Juan Bustos) como principio general de imputación objetiva. De esta forma Roxin describe la acción como "comportamiento personalmente imputable", designaba no como una definición, sino como un principio rector metodológico que precisa ser concretado a través de criterios diferenciados de imputación, desde luego que dentro de la imputación se distingue entre imputación de comportamiento e imputación del resultado, puesto que para que algo sea calificado de acción u omisión de una persona, lo primero que hay que determinar es que ésta se haya "comportado", o bien que tuviera la persona la "posibilidad objetiva de pretender", como sucede en la omisión (en donde el fundamento apropiado de responsabilidad penal es la posibilidad de acción, o mejor dicho la omisión, no el mero hacer). Junto a esta imputación del comportamiento se encuentra la --imputación del resultado, ya que el hecho de que se de o exista una acción u omisión cualquiera no determina absolutamente nada, de otro modo si lo que se quiere es concretar en un tipo dicha acción u omisión, se tendrá que presuponer entonces una imputación de un resultado que sea ilícito; para ello hay que acudir a cuatro criterios: a) Disminución del riesgo, b) Creación de un riesgo, c) Aumento del riesgo, y d) La esfera de protección de la norma. Como podemos observar, la doctrina finalista de la acción, que hoy causa revuelo en nuestro país, ha sido con mucho --superada desde hace mas de dos décadas en Alemania, incluso hablamos ahora de un finalismo ortodoxo o un finalismo radical, al punto de que Schünemann ha afirmado que "la doctrina finalista, durante largo tiempo en progresión, ya no ofrece futuro alguno a la sistemática penal", ahora la fase más reciente del pensamiento jurídico-penal, "puede calificar-

B) La tipicidad objetiva del delito impropio de omisión doloso

Como todo tipo, el delito de omisión propia y el impropio de omisión cuentan con una parte objetiva y otra subjetiva, ambas son distintas en las modalidades dolosas e imprudentes, en éstas últimas se añade en la parte objetiva la infracción del cuidado debido y la parte subjetiva se caracteriza por la ausencia de dolo. Aquí importan solamente las peculiaridades de la omisión impropia dolosa, para lo cual se requiere la verificación de los siguientes elementos - del tipo (*): 1) Situación típica generadora del deber; 2) No realización de la acción mandada; 3) Poder de hecho de ejecutar la acción mandada; 4) El resultado y la imputación objetiva; y 5) La posición de garante (**).

1) La situación generadora del deber

Es la situación de hecho de la que surge el deber de realizar una determinada acción, esta situación representará en todos los casos un peligro para un bien jurídico.

2) No realización de la acción mandada

La comprobación de este elemento, se da con la comparación de la acción -

se de "Teleológica o Funcional". Sobre el particular Roxin, Claus, "Reflexiones sobre la Problemática de la imputación en el Derecho Penal", en Problemas Básicos del Derecho Penal, Op cit. en nota (14), Pág. 128 y ss. También Schünemann, Bernd, "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal", en El sistema Moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales - libro homenaje a Claus Roxin, trad. Jesús María Silva Sánchez, Edit. Temis, Colombia 1989, Pag. 65 y ss.

- (*) Cabe advertir que la comprobación de la tipicidad de los delitos impropios de omisión es, en cierto modo, una operación inversa a la de los delitos de comisión, mediante la verificación de que la acción realizada no se subsume en el esquema de la acción que requiere el ordenamiento típico.
- (**) Sobre el particular, siga en lo fundamental lo expuesto por Enrique Bac-

que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. Cuando la ley sólo exige la realización de una acción por el contrario, no es ta, por lo general descrita, pues en tales casos la acción exigida es la que técnicamente impediría la producción del mismo y en las diversas situaciones- en las que el resultado corre el peligro de producirse, es sumamente difícil- establecer que acción debe realizar el obligado; la acción mandada se tendrá- por cumplida cuando el obligado haya intentado seriamente su realización.

3) Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción.

La capacidad del obligado de realizar la acción mandada o de, en su caso, evitar el resultado es un elemento individual, porque debe concurrir en el - concreto autor (poder personal), no bastando el que otro pudiere actuar según el mandato normativo; este elemento puede definirse de tres maneras diferen- tes: En primer lugar, es posible considerar que la capacidad de ejecutar la - acción o de evitar el resultado debe evaluarse sin tomar en consideración el conocimiento que el autor tenga de ella. En segundo término, se requiere que el obligado haya podido tomar la desición de la acción mandada y realizarla, - por cuya razón se requiere tanto el conocimiento generador del deber, como la cognoscibilidad de los medios para realizar la acción y el conocimiento del - fin de la acción, en otras palabras: el conocimiento de la situación típica, - la existencia de los presupuestos exteriores (cercanía, medios), para la rea- lización de la acción, así como las fuerzas físicas y capacidades técnicas -- del omitente, así como el que el omitente se haya representado o podido repre- sentar el fin de su acción como posible.

galupo y Santiago Mir Puig, obras, por cierto, ya citadas con anteriori- dad en las notas (77) y (65), respectivamente.

4) El resultado y la imputación objetiva

La materia de este inciso se trató en el capítulo anterior bajo el tema, otrora controvertido, de la "causalidad" que hoy, según la doctrina, ha perdido considerable significación, al punto de que actualmente ya no se cuestiona si una omisión es causal del resultado, sino si el resultado es objetivamente imputable a la omisión. Desde luego que la solución la hayamos propiamente en el criterio del aumento o elevación del riesgo permitido (*), propuesto para el campo del delito de acción: sólo podrá haber imputación si la conducta del autor significa un aumento del riesgo permitido (84), es decir, habrá imputación cuando el autor haya elevado con su acción el riesgo de lesión o peligro del bien jurídico (85); sólo que para la omisión dicho principio opera a la inversa: será suficiente para la omisión de una acción, en contra de la opinión antedicha, que tal acción hubiera disminuido el peligro del que resulta la lesión del bien jurídico (86), luego, para determinar esta circunstancia, se requiere la prueba de que la acción omitida hubiera reducido realmente el riesgo de producción del resultado.

Uno de los problemas con los que ha tropezado este criterio de imputación objetiva es el momento en que debe valorarse el aumento del riesgo. Para

(*) Dicho principio es expuesto por Claus Roxin con apoyo en el conocido caso del pelo de cabra: "un fabricante, infringiendo los reglamentos, entrega material no desinfectado para su elaboración y a consecuencia de ello cuatro trabajadoras contraen una infección por bacilos de carbunco y queren". Roxin, Claus, "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal", en Problemas Básicos del Derecho Penal, Op cit., en nota (14), Pág. 134.

(84) Cfr. Roxin, Op cit., en nota (14), Pág. 133.

(85) Cfr. Stratenwerth, Op cit., en nota (36), Pág. 84.

(86) Iden. Pág. 304. Lo cual puede explicarse, si partimos de la base de que en la acción se responsabiliza al sujeto por la conducta positiva realizada que incrementó el riesgo, mientras que en la omisión, como no hay actuar positivo alguno, se responsabiliza al sujeto porque con su inactividad aumentó el riesgo, es decir, el sujeto habría podido disminuir con

Roxin la valoración debe hacerse conforme a una prognosis posterior ex-ante - (87), pero Stratenwerth afirma que debe realizarse ex-post (88), ya que para determinar el aumento o disminución del riesgo de producción del resultado, - se deben de considerar todas las circunstancias, y en el caso de que sea imposible de constatar se debe absolver con base al principio in dubio pro reo; - con razón Elena Larrauri afirma "La utilización de la idea del incremento del riesgo reproduce los problemas ya abordados respecto el momento de su apreciación -ex ante o ex post- (89).

Por su parte Enrique Gimbernat Ordeig critica el aumento de riesgo, ya que a su parecer hay casos -sobre todo los imprudentes- en los que el comportamiento ha supuesto un incremento del riesgo y sin embargo el resultado que da fuera del ámbito de protección de la norma (v gr.: el guarda vías que no baja la pluma cuando va a pasar el tren, y un suicida se arroja al tren), de esta forma no será el aumento del riesgo el que resuelva el problema, sino -- que se tendrá que recurrir al fin de la norma para averiguar si el resultado producido era uno de los que la norma pretendía evitar (90). Por otro lado se ha cuestionado también al aumento del riesgo la llamada "causación de reemplazo", esto es, cuando la condición puesta por el autor ocupe el lugar de otra causa que de todos modos hubiera producido el resultado. Sobre el particular entiende Stratenwerth que aún cuando el autor haya elevado el riesgo de le-sión del bien jurídico, éste no le será objetivamente imputable si el resultado se ha producido igual, con la misma intensidad y en el mismo momento (91).

certeza- el riesgo de que se produjese el resultado, si hubiera realizado la conducta omitida que le era debida.

(87) Roxin, Op cit., Pág. 134.

(88) Stratenwerth, Op cit., Pág. 85.

(89) Larrauri, Elena, La imputación objetiva, Edit. Legis, Bogotá-Colombia -- 1989, Pág. 114.

(90) Gimbernat Ordeig, Enrique, Delitos cualificados por el resultado y causa lidad, Edit. Reus, Madrid 1966, Pág. 136-142.

(91) Cfr. Stratenwerth, Idea.

Finalmente surge el problema de la ubicación sistemática del criterio de imputación aceptado (aumento de riesgo), que puede darse: a) Como presupuesto de constitución del tipo; b) Como elemento constitutivo del tipo; y c) Como verdadero criterio de imputación objetiva a modo de figura correctora (92) o segundo correctivo (93) de la tipicidad o bien en el ámbito de la tipicidad; ésta pareciera ser la posición de Santiago Mir, para quien es necesario "que el resultado constituya realización del riesgo creado (mejor: no disminuido)" (94).

Desde luego que nos inclinamos por la segunda postura, esto es, la afirmación que considera como típica a aquella omisión que requiere como paso previo el que el resultado sea objetivamente imputable; ello sin demérito de lo expuesto al comienzo del capítulo (infra Cap III, A), 1), en donde tratamos - lo referente a la causalidad de la omisión, puesto que tal consideración de - ninguna manera obedece a querer tratar al "resultado y la imputación" como -- presupuestos de constitución del tipo, sino que dicho examen es el resultado - de una correcta exposición del tema; no olvidemos que de antaño el problema - era tratado no como resultado imputable; sino como causalidad, o bien en los términos de Welzel como posibilidad de evitar el resultado.

Como una consideración previa, debo señalar que quien respete la estructura óntica de la conducta y de los fenómenos que la acompañan, no encontrará en el aumento del riesgo la solución al problema de la realización de la conducta, sino que el único camino que le queda por recorrer es el del juicio --

(92) Kaufmann, Armin, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente*, - citado por Elena Larrauri, *Op cit.*, Pág. 90.

(93) Larrauri Elena, *Idea*, Pág. 117-118.

(94) Mir Puig, Santiago, *Op cit.*, en nota (65), Pág. 274. Por otro lado Gómez Benítez ve en el "aumento del riesgo", el único criterio de imputación - objetiva. Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría Jurídica del Delito*, Edit. - Civitas, Madrid 1992, Pág. 603.

hipotético que se somete al inevitable margen de error que constituye el llamado nexo de evitación (95), es decir, la muy alta probabilidad de que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado (*). Por lo demás consideramos que así como el causalismo valorativo - - aprovechó los avances de la teoría clásica haciéndolos como propios, así el finalismo (que en su momento también absorbió los aciertos de su antecesora - la teoría neoclásica), puede aprovechar lo relativo a la imputación objetiva, sin perder de vista la estructura óptica de la acción, lo que sin duda constituye lo que la doctrina ha dado en llamar finalismo radical (**).

5) La posición de garante

Esta postura fué propuesta en 1938 por Johannes Nagler como respuesta a la posición irracionalista (Escuela de Kiel) de Friedrich Schaffstein (96), - sobre la equivalencia entre acción y omisión; para Nagler la conexión se daba "allí donde excepcionalmente la pasividad esté designada como acción típica,

(95) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Edit. Ediar, Buenos Aires 1977, Pág. 387.

(*) Tal es el caso de Melzel, Kaufmann, Zaffaroni (aferrado a la base firme y material de la causalidad física como categoría del ser) y Juan Fernández Carrasquilla, para quienes la pretendida solución al problema la hallan en la omisión de la conducta debida que habría podido evitar el resultado con una probabilidad rayana en la certeza. En franca oposición - encontramos a Hans-Heinrich Jescheck, Hans Rudolphi (cit por Bacigalupo), Santiago Mir Puig, Enrique Bacigalupo Zapater, Juan Bustos y Elena Larrauri, así como Gómez Benítez, cuyas obras han sido citadas a lo largo de este capítulo.

(**) Ciertamente como dice Günter Jakobs, "Desde el punto de vista normativo desaparecen algunos problemas que ha creado la dogmática por no apartar la vista de la relación ontológica (o de la relación estructural)". Jakobs, Günter, Derecho Penal (Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación), trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, Edit. Marcial Pons, Madrid 1995, Pág. 5.

(96) Aunque para Reinhart Maurach "Un adelanto decisivo, pero no reconocido y más tarde olvidado, lo aportó la teoría de Feuerbach. Fué el primero que fundó la posición de garantía del autor de la omisión, en determinadas bases jurídicas (ley o contrato)". Maurach, Reinhart, Op cit., en nota - (49), Pág. 267.

mostrando al omitente en una clase especial de sujeto, es decir, como garante para la no producción del resultado" (97), de esta forma las personas cuya especial tarea es la defensa de un bien jurídico de los peligros que lo amenazan tienen la función de constituirse en causa impidiente, es decir, cuando el agente, por su posición en el orden social, desempeña una función de garantía que le impone el deber de evitar el resultado.

En las palabras de **Maurach** sólo puede ser autor aquel al que "el orden social le haya atribuido la función de sujeto garantizador con la obligación de evitar el resultado típico" (98); lo cual da como resultado un tipo especial, porque el mandato de acción está secundariamente contenido en la prohibición y se refiere a los sujetos de derecho que tienen jurídicamente a su cargo una tarea de protección, este mandato es sumamente especializado, por lo tanto, no está dirigido a la generalidad de ahí que **Welzel** denomine al delito omisivo como "delito especial ó tipo especial de mandato" (99). **Karl-Heinz Göessel**, en su ya conocida monografía sobre los delitos de omisión explica "En tanto que la norma puede exigir de todos no desplegar actividad corporal alguna para realizar el menoscabo de un bien jurídico, no es posible, a la inversa que todos se sientan obligados por la norma a desplegar una actividad corporal para evitar el menoscabo de un bien jurídico" (100). Ello es comprensible puesto que de modo contrario todo ciudadano se convertiría en policía privado, lo cual es imposible en sistemas político-criminales como el nuestro.

Por este motivo, la norma concretizada en precepto para actuar manteniend

(97) Nagler, Johannes, "Die Problematik der Begehung durch Unterlassung", citado por Bacigalupo, Op cit., en nota (31), Pág. 36.

(98) Maurach, Op cit., Pág. 280.

(99) Welzel, Op cit., en nota (35), Pág. 290-292.

(100) Göessel, Op cit., en nota (61), Pág. 55.

do el bien jurídico, puede ser empleada tan solo en relación con quienes de manera especial están llamados a salvaguardar el bien jurídico protegido por la norma, este llamamiento especial constituye lo que se denomina "posición de garante". Para **Armin Kaufmann** "En los delitos especiales impropios el autor es sujeto de la norma cuando existe respecto de él un deber especial" --- (101, el subrayado es nuestro), agregando "Las normas especiales se concretan en deber bajo dos supuestos: existencia de la capacidad concreta de acción y existencia de la especial calificación del autor ... sólo la concurrencia de ambos fundamenta el deber" (102).

Por otro lado, también aquí es discutida la situación sistemática de la función de garantía, en la estructura de los impropios delitos de omisión. -- **Welzel** la reputa característica no escrita del tipo objetivo (103), en forma similar **Maurach** en su obra trata, a las circunstancias fundamentadoras de la garantía, "como propias características del tipo objetivo, abarcadas por el dolo", pero agrega "La opinión dominante va sin embargo más allá, y da al concepto una interpretación extensiva. Para ella, posición de garantía equivale al deber de evitación del resultado, resultante de aquellas circunstancias, que se incluirá sin embargo en el tipo, y se degradará a característica objetiva del mismo. En este punto no puede ser seguida" (104). Para nosotros la posición de garantía deberá estar incluida como elemento objetivo del tipo impropio omisivo.

La determinación de las circunstancias de garantía se establece de dos formas: 1) conforme a un criterio formal, que es el que seguimos en el capítulo

(101) Kaufmann, Op cit., en nota (15), Pág. 180.

(102) Idem., Pág. 197.

(103) Idem.

(104) Maurach, Op cit., Pág. 281.

lo segundo de este trabajo; y 2) según un criterio material, también denominado "Teoría de las funciones".

Las fuentes del deber de garante según la teoría formal son: a) El precepto jurídico, es decir, la ley; b) El contrato, o lo que es igual por especial aceptación; c) El actuar precedente; y d) Otras relaciones concretas de la vida. Aquí es suficiente con una remisión al lugar en que acaban de tratarse (105).

La teoría material o de las funciones (106), sigue un camino distinto para la determinación de las situaciones de garante, al ocuparse de fijar criterios materiales en donde los casos previstos por la teoría formal encuentran su lugar; dicha teoría distingue entre deberes de garante que consisten en una función de protección de un determinado bien jurídico -deberes de custodia- y aquellos otros en los que el garante está obligado al control de una fuente de peligro -deberes de aseguramiento-. Considero, como la mayoría de los autores, que una combinación de esta formulación material con las causas formales, sería la determinación correcta de las circunstancias de garantía, porque se complementarían la una con la otra; de esta forma nos colocamos en una posición ecléctica, al considerar como propia una teoría material-formal

(105) Cfri.: Supra, Cap. Segundo, § IV. B):

(106) A decir de Santiago Mir Puig esta teoría procede de Armin Kaufmann, - quien "fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico. Se supera así la anterior doctrina de la teoría formal del deber jurídico". Mir Puig, Santiago, Op cit., en nota (65), Pág. 263. Para Maurach "Solo una teoría material-formal puede aprehender adecuadamente la esencia de la posición de garante, teoría que, por un lado -materialmente- intenta esclarecer las relaciones del autor con respecto al bien jurídico lesionado, desde un punto de vista de fondo ... y por el otro -formalmente- considera las respectivas fuentes de tales relaciones". Maurach, Reinhardt, Derecho Penal (Parte General), actualizada por Karl Heinz Gössel, y Heinz Zipf, trad. de Jorge Bofill Genzsch, Edit. Astrea, Buenos Aires 1995, Pág. 250. En idéntico sentido Hans Heinrich Jescheck, para quien-

de la posición de garante. En consecuencia las situaciones que originan - el deber especial son, en resumen:

A) La posición de protección de determinados bienes jurídicos

Quando el sujeto debe proteger cierto bien jurídico contra todo peligro, se trata de deberes de garante deducidos de especiales relaciones o vinculaciones naturales, familiares o por asunción de custodia; es decir, ésto presupone que hay cierta persona que no está en esa situación concreta, de proteger sus bienes jurídicos, y que hay otra que tiene una relación de defensa -- con respecto a aquélla. Aquí deben distinguirse tres subgrupos:

1) Situaciones de garantía provenientes de relaciones jurídicas fundadas en especiales principios jurídicos o en estrechos vínculos naturales.- Es el caso de los parientes mas próximos, quienes se hallan obligados (recíprocamente) a apartarse de los peligros que amenacen su integridad física. Vgr.: - Los padres con relación a los hijos (art. 303 del Código Civil del Distrito - Federal), los hijos respecto de los padres (art. 304 in fine), también en la relación existen entre cónyuges, para asistirse mutuamente (art. 302 in fine). Como bien puede observarse esta vinculación natural, ha de descansar en un -- vínculo jurídico.

2) Situaciones de garantía procedentes de ciertas comuniones de riesgo o

"La perspectiva material muestra un camino de resolución de la problemática ... pero tampoco pueden perderse de vista las fuentes de las que éstos surgen, pues de lo contrario se abrirían las puertas al peligro de una excesiva extensión. De ahí que deba perseguirse la unión de los puntos de vista formales y materiales." Jescheck, Op cit., en nota (56), -- Pág. 856. También Göessel en su monografía sobre los delitos de omisión, opina "cada vez se impone más una interpretación que yo quisiera calificar de teoría material-formal de la posición de garante", Göessel, Op --

de vida.- Son las relaciones de dependencia que surjen a causa de la confianza recíproca. Vgr.: Las relaciones de custodia, el guía de una excursión de montaña.

3) Situaciones de garantía derivadas de la libre asunción de deberes de protección o auxilio.- Cuando por disposición a intervenir expresada por el garante, las personas se expongan a un peligro mayor que en circunstancias -- distintas, o renuncien a otro tipo de protección. Vgr.: El alpinista, el médico con sus pacientes y el médico de guardia.

B) La posición de vigilancia de una determinada fuente de peligro

Aquí el garante únicamente ha de mantener bajo control la propia fuente de peligro, desde luego que la amplitud de estos deberes de garante es menor que la de la posición de protección de un determinado bien jurídico, sobre todo porque aquí el sujeto debe cuidar todo un conjunto de bienes jurídicos contra determinadas fuentes de peligro, controlando gobernando y encausando las fuerzas que pongan en peligro uno de los bienes jurídicos a su cargo, atendiendo tan solo a ciertas fuentes de peligro. Esta categoría origina también tres subgrupos:

1) Situaciones de garantía nacidas de un peligroso actuar precedente. -- Quien provoca elementos peligrosos, tiene que controlarlos de manera que no ocasionen la lesión a un bien jurídico, en las palabras de Wessels "cualquier", en nota (61), Pág. 61. En contra Gómez Benítez, para quien "parece, por tanto, preferible la teoría formal". Gómez Benítez, Op cit., en nota (94), Pág. 600.

ra que con una acción u omisión objetivamente contraria al deber ha creado un peligro inminente de producción de daño, está obligado a evitar el resultado-típico" (107). Para Jescheck la idea de la injerencia debe restringirse a un triple sentido "En primer lugar, el hacer precedente debe haber ocasionado el peligro próximo (adecuado) de producción del daño. En segundo lugar, el comportamiento previo debe haber sido objetivamente contrario al deber. Por último ... la clase de la perturbación debe haber sido lo suficientemente importante como para que, según las convicciones jurídicas de la colectividad, parezca posible hacer responsable jurídico-penalmente al perturbador por no haber evitado el daño" (108).

Por otro lado, para Bacigalupo la posición de garante, que él llama "emergente" de una conducta anterior se intentó fundamentar en "a) una norma general según la cual no está permitido causar un mal a una sociedad que no se habría producido sin la existencia del sujeto ... b) en la circunstancia de que la prohibición de causar un daño contiene al mismo tiempo el mandato de apartar el peligro creado por la propia acción precedente, c) en la concepción popular que determina al autor o en la interpretación según el común sentir; d) en ser la consecuencia de una perturbación del orden primario de protección" (109).

Por lo demás consideramos que conforme a las ideas de la imputación objetiva debe admitirse como fundamento de la injerencia la idea de que todo el que crea un riesgo o lo aumenta debe realizar las acciones adecuadas para evi

(107) Messels, Op cit., en nota (52), Pág. 217.

(108) Jescheck, Op cit., en nota (56), Pág. 859.

(109) Bacigalupo Zapater, Enrique, "Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal", en Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho-Homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Edit. Pannedile, Buenos Aires 1970, Pág. 111.

tar la producción de resultados antijurídicos (110).

2) Situaciones de garantía dimanadas de las fuentes de peligro que existen en el seno de la propia esfera social.- **Santiago Mir Puig** explica así esta hipótesis "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" (111). Para **Maurach** estas son "Clases previas creadoras de peligro" (112), así menciona: la explotación, adquisición o pose sión de establecimientos peligrosos.

3) Situaciones de garantía surgidas de deberes de vigilancia del comportamiento de terceras personas.- Se trata de acciones previas, con las cuales una persona pone a otra en una situación de peligrosa dependencia, para los bienes jurídicos de terceros; para **Santiago Mir Puig** "quienes tienen el deber de vigilar a otras personas se hayan en posición de garante respecto de los - males que estas pueden causar" (113), por su parte **Jescheck** opina "Lo decisivo es aquí la idea de que la generalidad, a la vista de posiciones de autoridad o vigilancia, confían que el obligado domine los peligros que procedan de la persona sometida a control". (114).

(110) En este sentido **Maurach** sostiene "conforme a lo expuesto, es evidente - que toda acción previa que de lugar o incremente un peligro puede fundar una posición de garantía ... no solamente las acciones previas daño sas de bienes jurídicos ... sino cualquier acción previa fundante de un peligro puede dar lugar a una posición de garante". **Maurach Reinharth**, - Op cit., en nota (106), Pág. 262.

(111) **Santiago Mir**, Op cit., en nota (65), Pág. 271.

(112) **Maurach**, Op cit., Pág. 264. Para **Jeschek** "su fundamentación reside en el hecho de que la sociedad debe poder confiar en que, quien ejerce el poder de disponer sobre un espacio delimitado que se haya abierto a otros o desde el cual es posible incidir sobre otros, domine los peligros que en dicho ámbito pueden proceder de objetos, animales, instalaciones o máquinaria". **Jeschek**, Op cit., en nota (56), Pág. 861.

(113) **Santiago Mir**, Op cit., Pág. 271.

(114) **Jeschek**, Op cit., Pág. 862.

C) El tipo subjetivo de los delitos
de omisión impropia

Un sector de la literatura mantiene el criterio de que no puede darse -- abstractamente un dolo de omisión, porque la omisión presenta una diferente -- "ontología" a la de la acción; por consiguiente, solo es posible exigir un -- "cuasi dolo", consistente en conocer el dominio final del hecho. Para Maurach "Esta concepción es la consecuencia necesaria proveniente de la negación de -- la calidad de acción de la omisión. Si sólo se reconoce como elemento de conducta a la capacidad de acción, entonces no puede existir una voluntad diri-- gente y luego un dolo, sino solamente una omisión acompañada del saber acerca del poder final del hecho y por todo ello un cuasi dolo" (115 el subrayado es nuestro).

Sin embargo, esta postura, según las consideraciones hechas a propósito de concepto de omisión, no tendría razón de ser en la presente exposición, en donde afirmamos la calidad de acción en la omisión, al considerar a la inacti vidad corporal como medio empleado por el omitente, para lograr la meta del -- hecho; de ahí que la omisión caracterizada por la ausencia de una actividad -- física pueda perfectamente constituir una acción (reunir la calidad de acci-- ón), si se cumplen los elementos esenciales, es decir, la conducta dirigida a un fin y dominada por la voluntad dirigente. Por lo que junto con Maurach -- afirmamos la existencia de voluntad en la omisión y con ello el dolo de omi--

(115) Maurach-Göessel/Zipf-, Op cit., Pág. 267. Comparten la idea del "cuasi-dolo" en la omisión: Welzel quien opina que "A la omisión no le es propia ni la causalidad, ni la finalidad (actual). Por ello faltan una voluntad de realización orientada a un omitir y con esto falta también un dolo de hecho en el sentido de los delitos de comisión. Lo que nosotros acostumbramos denominar: omisión querida es en realidad un omitir consciente, es decir, una omisión en la consciencia de poder actuar". Welzel, Op cit., en nota (35), el subrayado es nuestro, Pág. 277. También Jescheck señala "Tampoco las reglas relativas al dolo desarrolladas en

sión, el cual en su aspecto cognoscitivo requiere el efectivo conocimiento de la situación típica, además que el sujeto conozca la calidad o condición que le pone en posición de garante, del mismo modo, el sujeto debe tener conocimiento de la posibilidad de poder desarrollar una cierta actividad conducente a la evitación de la lesión inminente del bien jurídico. El desconocimiento de algunas de estas circunstancias acarrea el llamado error de tipo, por lo demás el dolo en los delitos de omisión impropia

IV. Antijuridicidad del delito de omisión impropia

En los delitos de omisión la tipicidad es también un indicio de la antijuridicidad, el deber de actuar o la obligación de garante no es elemento del tipo (durante un tiempo se discutió si pertenecía al tipo objetivo del delito

relación a los delitos de comisión pueden aplicarse inmediatamente al dolo en los delitos de omisión. Por el contrario requieren su adaptación al hecho de que falte un hacer positivo conducido por una voluntad de realización ... difícilmente puede ocurrir una resolución de permanecer inactivo, que pueda entenderse como una decisión de voluntad. Por el contrario, el dolo se agota en el conocimiento de la situación típica y la conciencia de la propia capacidad de acción. Deja de existir una participación de voluntad en la omisión". Jescheck, Op cit., en nota (56), Pág. 865-867. Para Stratenwerth "estas dificultades se pueden intentar superar por tres caminos diversos. En primer lugar sería posible aceptar la existencia de dolo en los delitos de omisión, solamente cuando el autor toma la decisión de permanecer inactivo... En segundo lugar, se podría intentar formular un concepto especial dentro del concepto de dolo para los delitos de omisión, sea en forma general, o haciendo referencia a la necesidad de adaptación, lo que determina la existencia de dolo... En tercer lugar, por último, se puede sostener que sería contrario a la naturaleza del objeto en general, exigir dolo en los delitos de omisión... La decisión por una de estas soluciones depende de una cuestión previa en que deben coincidir obrar y omitir, si es que la responsabilidad dolo sa debe ser adecuadamente considerada... Lo demás es sólo una cuestión terminológica. Si el concepto de dolo se apoya en el empleo de voluntad, este dolo no se podrá exigir de ninguna manera en el ámbito del delito de omisión; por tanto, habría que hablar aquí de cuasi-dolo. Si, por el contrario, se caracteriza el comportamiento como doloso en razón de la disposición de asumir la lesión del bien jurídico, habrá también dolo en

de omisión el deber de garante; sin embargo se ha adoptado el punto de vista que se adhiere a la teoría de la culpabilidad); según esto pertenecen al tipo de los delitos de omisión impropia, solo los elementos de la posición de garante, pero no el propio deber de acción que de ello se deriva; éste pertenece a la antijuridicidad, como el deber de omisión en los delitos de comisión. La antijuridicidad puede ser excluida por un deber opuesto de mayor valor o por cualquiera otra causal de justificación.

De esta forma la obligación de garante surge a partir de la posición de garante y representaría la valoración como "desvalorativa" de la omisión en posición de garante, debido a lo cual ante un error acerca de la posición de garante, nos encontraríamos frente a un error de tipo excluyente del dolo, -- mientras en el caso de un error acerca de la obligación de garante existiría al contrario un error de prohibición.

V. La culpabilidad

En principio también rigen las mismas reglas propias del comportamiento activo; tal como en las demás formas delictivas, el juicio de culpabilidad -- consiste en la reprochabilidad y se constituye sobre los elementos de la capacidad de culpabilidad y de la conciencia potencial del ilícito. También en -- cuanto a la conciencia de la ilicitud rigen los principios generales, sobresaliendo la teoría estricta de la culpabilidad. Con relación a la exigibilidad, se encuentran criterios divergentes: la delimitación a las causas de exclusión de la culpabilidad contenidas en la ley es dejada de lado y la no exigibilidad se reconoce en un ámbito más amplio que en los delitos de comisión.

la omisión lo mismo que en la acción". Stratenwerth, Op cit., en nota - (38), Pág. 308-309.

VI. FORMAS DE APARICION DEL DELITO

A) Tentativa

Si se admite como correcta la postura que admite la existencia de un cuasi-dolo en la omisión, se tendrá que negar la posibilidad de hablar de una -- tentativa de omisión. Lo anterior puede explicarse si tomamos en cuenta que -- al hablar de falta de voluntad en la omisión, no podemos aceptar la existen-- cia de la decisión que es consustancial con la tentativa.

Por el contrario si como dice **Stratenwerth** "la obligación del omitente-- fundamentalmente se refiere a la reducción (posible) del peligro para el bien jurídico amenazado, y no a la evitación del resultado como tal" (116), consecuentemente el deber de acción surgirá con el peligro, y toda demora en la intervención para evitar el resultado será antijurídica, en la medida en que el peligro crezca, de tal forma que hablaremos de una tentativa en la omisión.-- Así **Stratenwerth** llega a afirmar: "la tentativa comienza cuando la demora en la intervención acrecienta el peligro (real o supuesto por el autor) respecto del bien jurídico. La inactividad del obligado mientras la situación del bien jurídico amenazado no empeore, será preparación no punible, es decir, en ningún caso tentativa. La tentativa es acabada, cuando el omitente deja pasar -- la última posibilidad de intervenir evitando el resultado, no obstante lo cual éste no se produce" (117).

Sobre la base de lo expuesto, las reglas vigentes para la tentativa del delito de comisión encuentran aplicación sin modificación alguna, en la tentativa de los delitos de omisión, así **Maurach** señala "cabe reconocer con la doc

(116) **Stratenwerth**, Op cit., Pág. 313.

(117) **Idea**, Pág. 313. Resulta importante determinar cuando comienza la tentativa, si en el instante en que el autor deja dolosamente de cumplir su obligación de actuar, o como **Stratenwerth** piensa en el último momento -- en que aún es posible una intervención que impida la producción del re-

que los delitos de comisión" (118). Por lo que si afirmamos que los delitos de omisión también son ejecutados mediante una acción (omisiva), debemos admitir la tentativa en los delitos de omisión impropia.

B) Autoría en los delitos impropios de omisión

El concepto de autor de una omisión dolosa debe determinarse del mismo modo que para los demás hechos dolosos, si bien completado con la posición de garante, que viene a hacer las veces de una norma especial para la determinación de autor.

Resulta aplicable, conforme la posición sostenida, la teoría del concepto de autor; conforme a ella, autor de omisión impropia es aquel que posee el dominio del hecho en lo que respecta al menoscabo concreto de un bien jurídico, es decir, puede ser autor por omisión tan solo quien de hecho se hallaba en condiciones de llevar a efecto las medidas para salvaguardar el bien jurídico.

Otro sector de la doctrina opina que la existencia del animus auctoris depende si alguien es autor por omisión, algunos mas como **Stratenwerth** piensan que el criterio del dominio del hecho, no puede aplicarse en los delitos de omisión, porque el autor no interviene en el hecho: "la omisión como tal, no brinda dominio alguno sobre el curso del suceso" (119), únicamente tendrá relevancia la posibilidad de intervenir en él, por lo que concluye diciendo:

sultado. Para **Maurach** la solución se encuentra en la teoría de la impresión, según la cual "es preciso considerar si la acción omisiva es inmediatamente anterior al perjuicio típico del bien jurídico". De tal forma que habrá tentativa cuando exista una acción omisiva a la que siga directamente el perjuicio típico del bien jurídico. **Maurach**, *Gössel* /--
Zipf, Op cit., en nota (106), Pág. 144.

(118) **Maurach**, Op cit., en nota (106), Pág. 42.

(119) **Stratenwerth**, Op cit., Pág. 315.

"lo cierto es que sólo la posibilidad directa de intervención es la única jurídico-penalmente relevante" (120), desde luego que no compartimos este punto de vista, por el reconocimiento de acción que se hace a la omisión, la cual perfectamente puede configurar el curso (final-objetivo) de los acontecimientos y, en tal supuesto fundar el dominio del hecho.

Finalmente concurren aquí los casos de inducción (que consiste aquí en la provocación dolosa de la decisión del omitente de permanecer inactivo, pese a conocer no solo la situación típica sino también la posición de garante. También se reconoce el caso de la complicidad, Jescheck cita aquí el ejemplo del "fortalecimiento de la decisión del omitente de permanecer inactivo"(121); concurre de igual forma la coautoría de varios omitentes cuando pueden cumplir conjuntamente un deber que les obliga a todos. Del mismo modo cabe la autoría mediata, pero sólo cuando el hombre de atrás, asume la autoría del hecho mediante un hacer positivo, en tanto que el instrumento queda inactivo bajo su influjo.

(120) *Idea*.

(121) Jescheck, *Op cit.*, en nota (56), Pág. 882.

CAPITULO CUARTO

LA LEGISLACION PENAL MEXICANA EN LOS DELITOS DE OMISION IMPROPIA

"Un alud de reformas ha caído sobre la legislación penal... La acción legislativa cancela de pronto bibliotecas enteras modifica el trabajo de los tribunales, suprime la jurisprudencia formada en el curso de muchos años".

Sergio García Ramírez.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS DE OMISION

Un delito puede cometerse no sólo mediante un comportamiento activo sino también mediante una omisión. Ello no plantea problemas cuando es el propio Código Penal el que expresamente incrimina la conducta omisiva. Así, por ejemplo, el artículo 340 del Código Penal (1), conmina con una pena "Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera... si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal". Se habla en estos casos de delitos de omisión impropia.

Más difícil resulta la cuestión cuando no existe un precepto penal que castigue expresamente la conducta omisiva, porque entonces el principio de legalidad impide el castigo de dichas conductas omisivas no previstas explícitamente, puesto que no se dá la necesaria tipicidad, tal y como lo señala el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional que reza: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, si-

(1) Penal. Práctica, Ediciones Andrade, México-1997, Pág. 2-2.

no mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho" (2). Sin embargo ahora con la reforma del 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año la tipicidad del delito omisivo queda en modo alguno solucionada, con la adición del párrafo segundo al artículo 7° del Código Penal que establece con carácter general que: "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" (3). Como puede observarse este artículo contempla ahora el delito de omisión impropia, que a decir de Roxin se da éste "cuando un tipo penal, que prevé la producción de un resultado lesivo a partir de una conducta activa, se considera también realizado cuando se produce mediante una conducta omisiva" (4), de ahí que se considere que todo tipo penal puede ser realizado por omisión, en tanto a quien se abstenga de actuar le sea imputable un deber de garantía.

A) Presupuestos limitadores de la omisión impropia

De esta forma la discusión habida en la Doctrina del Derecho Penal en torno al problema de si la omisión en general puede considerarse como un comportamiento jurídico-penalmente relevante se allana en parte, una vez que el ar-

(2) Rabasa, Emilio, O./Caballero Gloria, Mexicano: ésta es tu Constitución. Décima edición, Edit. Miguel Angel Porrúa, México 1995, Pág. 63.

(3) Penal Práctica, Op. cit., Pág. 2-2.

(4) Roxin, Claus/Arzt, Gunther/Tiedemann, Klaus, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, trad. Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colcaer, Edit. Ariel, Barcelona 1989, Pág. 77.

título 7° (in fine) regula expresamente la punibilidad del omitente, cuando se dan determinados presupuestos que Hassemer denomina "limitadores" (5) que son: el proceso que desemboca en la producción de un resultado lesivo debe -- ser dominable por la persona que permanece inactiva; el omitente debe estar, -- además, en una relación especial con la víctima (posición de garante), y de -- esta relación debe derivarse un deber específico de evitar el resultado (deber de garante).

B) Crítica

No obstante el importante avance que se logró con esta adición, todavía no podemos pensar que nuestro Código ha superado los problemas de legalidad -- que se paltean, puesto que todavía en la actual Reforma no existe una cláusula legal que diga expresamente cuándo una omisión puede ser equiparada a una acción a efectos de imputar un resultado. El artículo 7° del Código Penal habla sólo del "acto u omisión que sancionan las leyes penales", lo que puede -- llevar a la conclusión de que, en estricta observancia del principio de legalidad, sólo los supuestos de comisión por omisión especialmente previstos en la ley son punibles. Tal afirmación nos llevaría a pensar como Olga Islas que "en México por timidez o por conciencia de la dificultad del tema, nadie se -- ha atrevido a afirmar que todos los delitos de acción con resultado, pueden -- ser a la vez de comisión por omisión" (6). Por ello se hace necesario hacer -- algunos comentarios en relación al principio de legalidad.

(5) Hassemer, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Edit. Bosch, Barcelona 1984, Pág. 258.

(6) Islas de González Mariscal, Olga, "La Omisión Impropia o Comisión por Omisión", Revista Mexicana de Derecho Penal, cuarta época, No. 12, Abril-Junio de 1974, Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, Pág. 19.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA OMISIÓN IMPROPIA

Ante el problema de posible incompatibilidad entre la punición de la omisión impropia y el párrafo segundo del artículo 14 de nuestra Carta Magna, se han propuesto las siguientes soluciones:

1) Ubicación del delito omisivo impropio en el delito comisivo de resultado

A partir de la idea de que "el tipo del delito comisivo encierra también al de comisión por omisión", se pretende resolver el problema de la legalidad en la omisión, sólo en su aspecto formal: nullum crimen sine praevia lege --- scripta; de esta forma los delitos de omisión impropia estarían contenidos en los tipos comisivos correspondientes y su función descansaría en la existencia de una tipología previa, que contendría dicha fórmula. Sin embargo esta postura no logra la completa determinación de los elementos del delito omisivo, toda vez que para la determinación de la característica típica de autoría, precisaría la complementación por parte de los jueces quienes recurrirían a criterios meta-penales o meta-jurídicos, para determinar la autoría en un delito omisivo.

2) Determinación taxativa o determinación suficiente

Por otro lado con la determinación suficiente entenderíamos el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional, en el sentido de requerir una absoluta determinación (concreción) de los tipos penales; postura que impediría pensar siquiera en cualquier interpretación analógica (aunque fuera in bonam par

tem), de la ley penal incluyendo también cualquier remisión a lo consuetudinario (costumbre secundum legem); no obstante que en nuestro país es posible la aplicación de la integración analógica de la ley en favor del acusado, como lo demuestran los siguientes ejemplos del Código Penal:

"Artículo 5º.- Se considerarán como ejecutados en territorio de la República... IV.- Los cometidos a bordo de aeronaves... en casos análogos a -- los que señalan para buques las fracciones anteriores;

Artículo 167.- Se impondrán de uno a cinco años... I.- Por el hecho de quitar o modificar... uno o más durmientes, rieles, clavos, tornillos, planchas y demás objetos similares que los sujeten...;

Artículo 169.- Al que ponga en movimiento una locomotora, carro, camión o vehículo similar y lo abandone o, de cualquier otro modo, haga imposi-
ble...; y

Artículo 371.- Para estimar la cuantía de robo... párrafo tercero: Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya la posibilidad de defensa..."(7).

Y Por otro lado también es posible la aplicación de la costumbre secundum legem, sólo como auxiliadora en la interpretación de la ley penal, como ejemplos podemos mencionar:

"Artículo 200.- Se aplicará prisión... II.- Al que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas." (8).

Ejemplos que nos demuestran que el contenido material de nuestro principio de legalidad, impone como mínimo que los tipos legales estén formulados - mediante conceptos, no determinados como se propone, sino mediante conceptos-determinables.

Esta perspectiva acerca de la interpretación taxativa del principio de legalidad, no hace sino poner de manifiesto la controversia existente sobre el entendimiento del aludido principio de legalidad, controversia, que por otro lado, no soluciona el problema de la equivalencia entre acción y omisión, que sigue resolviéndose en la práctica mediante la labor complementadora de

(7) Código Penal, Op cit., en nota (1), Pp. 2-1, 44, 44-1 y 94-2.

(8) *Idea*, Pág. 50-2.

los jueces.

Toma de posición

De lo dicho, y sobre la base de nuestra exposición nos inclinamos por el establecimiento de una "clausula de equivalencia", en donde expresamente se manifieste la equiparación entre la acción y la omisión; de otro modo tendríamos que recurrir a la formulación de propuestas que de lege ferenda, evitasen definitivamente la confrontación entre los delitos de omisión impropia y el principio de legalidad (9), es decir, se tendrían que construir distintos modelos de clausulas para incluirlos en la Parte General del Código Penal y otras en la Especial encaminadas, a establecer, con el mayor grado de precisión posible los elementos típicos de la conducta omisiva impropia. Tal es el caso de la reforma en comento, en donde la adición del párrafo segundo al artículo 7º del Código Penal, establece lo que Bustos Ramírez llama "cláusula pluricategorial"(10), que es aquella norma que establece varios filtros, con el mayor grado de precisión posible para la determinación del deber de garantía y la imputación (esta última bajo la frase: "también será atribuible el resultado..."); cláusula pluricategorial, que de todos modos mantiene la imprecisión y amplitud sobre la existencia de algunos tipos redactados en forma activa, - que admiten para su configuración la construcción omisiva.

Otros se han inclinado por un sistema cerrado de sanción, en donde en la parte Especial del Código se establezca una cláusula de tipificación específica en cada caso, con lo que se impediría el reenvío de esta modalidad delictiva

(9) Cfr. Huerta Tolcido, Susana, "Conisión por omisión y principio de legalidad", Revista Mexicana de Justicia", No.2, Vol.III, Abril-Junio,1985, Pág. 276 y ss.

(10) Bustos Ramírez, Juan, Control y Sistema Penal, Edit. PPU, Barcelona 1987, Pág. 543.

va al tipo del delito comisivo; sin embargo con este sistema se incurría, como dice **Susana Huerta**, en un "excesivo casuismo" (11), que no podría evitar la presencia de lagunas. Por último también se ha querido establecer, este sistema de "numerus clausus" en la Parte General del Código Penal, tal y como ocurre con los delitos culposos (artículo 60 párrafo segundo del Código Penal vigente), que aplicado a la omisión se explicaría así: En principio, los delitos son punibles mediante la tipificación activa de la conducta, salvo que en la ley expresamente se establezca que también es punible la forma de realización pasiva. Esta postura tampoco me parecería adecuada, porque de nueva cuenta se enviaría el problema a la Parte Especial, en donde la ley expresamente establecería en cada caso cuando es punible la forma omisiva. En consecuencia nos inclinamos por el establecimiento de una "cláusula de equivalencia" en la redacción del artículo 7º de nuestro Código Sustantivo, en forma similar a la establecida en la fórmula germana (12) y que sería: "Cuando un tipo penal que prevé la producción de un resultado lesivo a partir de una conducta activa, se considera también realizado cuando se produce mediante una conducta omisiva".

III. LA REFORMA PENAL DE 1994

El 10 de Enero de 1994 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, las Reformas -- que se hicieron tanto al Código Penal Federal, como al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal; reformas que entrarón en vigor el día 1º de Febrero de ese mismo año, las cuales cambiarón en lo esencial aspectos de carácter filosófico y aspectos de carácter político-criminal de nuestra legislación

(11) Huerta Tolcido, Op cit., Pág. 280.

(12) Roxin, Op cit., en nota (4).

penal, originando con ello problemas de aplicación teórica y práctica; García Ramírez ha visto así este movimiento de reforma "La acción legislativa -- cancela, de pronto, bibliotecas enteras, modifica el trabajo de los tribunales y suprime la jurisprudencia formada en el curso de muchos años" (13). Sin embargo el mismo autor sostiene "Estas importantes modificaciones en el campo - normativo se iniciaron en 1983" (14), mediante el decreto del 30 de Diciembre de 1983 publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de Enero de 1984, en vigor a los 90 días de su publicación, luego las reformas Constitucionales a los artículos 16, 19, 20 y 119, publicadas en el Diario Oficial el 03 de Septiembre de 1993, que fuerón el parteaguas de las reformas de 1994.

De estas reformas adquieren especial significado, por su importancia, -- las modificaciones hechas a los artículos 16 y 19 de nuestra Carta Magna, en donde se origina el cambio de nomenclatura que se hace a las dos grandes categorías procesales: La orden de aprehensión y el auto de Término Constitucional al sustituir la frase "cuerpo del delito" por "elementos del tipo" y "presunta responsabilidad" por "probable responsabilidad". Estas reformas, como ya se dijo en líneas anteriores, fuerón el parteaguas de las de 1994, puesto, que obligaron al legislador secundario a que estableciera en el Código Penal y de Procedimientos Penales, los alcances de estas dos categorías: Elementos-del tipo y presunta responsabilidad.

Conforme a la exposición de motivos que hicieron las Comisiones Unidas - del Congreso de la Unión cuando discutieron las reformas a la Constitución, - se estableció la necesidad de estrechar los conceptos procesales con los conceptos sustantivos, ya que sólo vinculando los contenidos de la Ley Penal sus

(13) García Ramírez, Sergio, El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México 1994, Pág. IX.

(14) Idea.

tantiva con los contenidos de la Ley Penal Procesal, es que se pueden lograr los objetivos político-criminales que se plantean en un sistema de justicia penal; pero esta cuestión no es nueva en la doctrina, ya Hassemer había considerado la necesidad de que esa separación radical entre ambos derechos fuera superada a través de una inter-relación entre el Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo, esto es, entre la constitución del caso y la decisión del mismo(15).

De ahí que sea explicable el porqué de los contenidos de los diversos -- presupuestos de la pena (elementos del tipo), se encuentren inmersos en el Código Procesal Penal (artículo 122). Dentro de esos contenidos que se refieren a los presupuestos de la pena sobresalen los de los artículos 7, 8, 9, 12, 13, 15 y 17 del Código Penal Federal, en los que se encuentra contenido el -- llamado "Delito", en términos generales; esa es la materia que hay que analizar cuando se estudia un caso particular para determinar la existencia o no del delito.

IV. ANALISIS DEL TIPO OMISIVO IMPROPIO DOLOSO

Como ya se ha dicho al artículo 7º del Código Penal se agregó un párrafo segundo, que se refiere a la figura jurídica que hoy estudiamos (omisión impropia o comisión por omisión), cuya regulación obedeció a las exigencias del principio de legalidad y al desarrollo de un país de grandes aglomeraciones de población como el nuestro, en donde la estrecha interdependencia de los individuos entre sí, ha obligado al Estado Liberal y Democrático de Derecho en que vivimos a que el mantenimiento incólume de los bienes jurídicos depende -- también de deberes específicos de cuidado y protección.

(15) Hassemer, Op cit., en nota (5), Pág. 145.

Por otro lado, para llevar a cabo el estudio del tipo omisivo se requiere además, analizar el contenido de la fracción II del artículo 15 del Código Penal (16), sobre todo en la parte que dice: "no hay delito cuando falta alguno de los elementos del tipo penal", elementos que por otra parte, no encontramos en el aludido Código Penal, sino en la Ley Penal Adjetiva, en razón de la vinculación de los contenidos sustantivos con los procesales de la que ya hablamos.

A) Los elementos del tipo

A continuación nos remitimos al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (17), en donde expresamente señala cuales -- son esos requisitos de los que habla la fracción II del diverso artículo 15 -- del Código Penal. Pues bien el aludido precepto procesal describe primero en fracciones los requisitos constantes, generales o comunes a todo delito y en -- segundo lugar los que se plantean de acuerdo a las exigencias de cada tipo particular, los cuales están señalados en incisos en un párrafo aparte.

Desde luego, que la concepción a la que se están afiliando de alguna manera los nuevos contenidos de la ley es a la doctrina finalista de la acción. Continuando con el estudio de dichos elementos descubrimos la postura que da al tipo un contenido mixto, puesto que está integrado tanto por requisitos objetivos como por subjetivos; los datos que pueden ser constatados a través de los sentidos son conocidos como elementos objetivos descriptivos y los que requieren una valoración son llamados subjetivos. Entre los elementos objetivos están en principio todos aquellos que la doctrina clásica reconoce, tales como: conducta, resultado, objeto material, sujetos etc., y entre los subjetivos es-

(16) Código Penal, Op cit., en nota (1), Pág. 6.

(17) Código Penal Procesal, Iden, Pág. 129.

tan el dolo o culpa, los subjetivos de lo injusto, los normativos etc.

Lo anterior nos lleva, entonces, a afirmar que para la existencia del delito hay que estudiar primero las fracciones, por lo que:

En primer lugar se tendrá que establecer la existencia de la omisión impropia en términos de lo dispuesto en el artículo 7º párrafo segundo del Código Penal, es decir, la inactividad finalísticamente orientada a la consecución de un fin, en donde el omitente utiliza como medio para la realización de la meta propuesta, el curso causal dado decidiendo la aplicación de la inactividad corporal voluntaria, para producir un resultado.

Luego, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate (desde luego que hablamos de delitos de resultado material); así si hablamos de homicidio será la vida el bien jurídico menoscabado o puesto en peligro. Con esas expresiones se da lugar a un delito consumado si el bien es lesionado, o bien a una tentativa de delito si el bien jurídico es puesto solamente en peligro, huelga decir, que hablamos de delitos de peligro concreto.

En la segunda fracción se habla de la forma de intervención y los alcances de la intervención del o los sujetos activos (conforme a ello, autor de omisión impropia es aquel que posee el dominio del hecho en lo que respecta al menoscabo concreto de un bien jurídico, sólo quien se hallaba en condiciones de llevar a efecto las medidas de salva guarda del bien jurídico); en este punto se plantea la necesidad de distinguir en el caso particular cuando intervienen dos o más personas en la producción de un resultado: autor o coautor en la omisión (cuando pueden cumplir conjuntamente un deber que les obli-

ga a todos); y el autor mediato (cuando el hombre de atrás asume la autoría - del hecho mediante un hacer positivo). Pero también se van a desprender otras consecuencias como es la calidad específica del sujeto activo, calidad que no encontramos en el delito omisivo impropio, pues sólo se necesita, para el autor poseer el dominio del hecho en lo que respecta al menoscabo completo de un bien jurídico. De suerte que se tendrá que recurrir aquí al Código Penal en su artículo 13 fracciones II, III y IV (18); cabe aclarar que los elementos del tipo penal tienen que personalizarse, de tal manera, que sí en la producción de un resultado intervienen dos o más personas y se detiene a una de ellas, es necesario determinar en que consistió su intervención, conforme al mencionado artículo 13 del Código Penal, incluso ver si el tipo requiere de la concretización de un determinado número de sujetos.

La fracción III del artículo 122 sub-examen, se refiere a la realización dolosa o culposa de la acción u omisión. Entonces, para poder afirmar la tipicidad del delito no bastan los elementos objetivos, sino que también se requiere determinar si el sujeto actuó en los términos del artículo 9º del Código Penal (notése como se hace latente la estrecha interdependencia entre derecho sustantivo y procesal), luego entonces, los tipos penales de la Parte Especial se van completando con los contenidos de la Parte General del Código Penal, de tal forma que para afirmar los elementos del tipo penal, habrá que afirmar si la conducta fué realizada de manera dolosa o de manera culposa. Desde luego, que para los efectos propuestos, sólo interesa lo relativo a la omisión impropia dolosa. Por lo que bastará con el sujeto conozca y quiera la omisión de su conducta, por supuesto que hay que precisar el dolo directo o el dolo eventual.

(18) Código Penal, Op cit., en nota (1), Pág. 4.

Sobre éste se tendrán que cuestionar el órgano investigador o en su caso acusador y el órgano jurisdiccional, si ocurren los elementos a que se refiere el párrafo primero o el párrafo segundo del artículo 9º del Código Penal; por su parte la defensa para desvanecer el hecho se preguntarán si el sujeto se encontraba en la situación prevista en la fracción II o en la fracción VIII inciso A) del artículo 15 del Código Penal (19), que se refiere a la situación del error respecto de algunos de los elementos objetivos del tipo, es decir, aquellos datos de realidad que conforme al artículo 9º debe conocer el sujeto activo, teniendo que analizar en cada caso concreto los elementos subjetivos dolo o culpa. Si el error es "invencible", entonces, excluye tanto al dolo como a la culpa; si el error es "vencible", sólo excluye el dolo y queda subsistente la culpa, lo cual se podrá afirmar, siempre y cuando ese delito de que se trate, de acuerdo con el sistema cerrado de punición (numerus clausus) puede realizarse de manera culposa y en este supuesto se estará a lo previsto en el artículo 66 del Código Penal (20), para el caso de punibilidad.

Siguiendo con la lectura del artículo 122 (in fine), encontramos los requisitos que se plantean de acuerdo a las exigencias de cada tipo en particular, incluso el mismo párrafo segundo del precepto estudiado advierte: "si el tipo lo requiere". Así las modalidades de lugar, tiempo, modo u ocasión, se acreditarán en forma específica solamente en algunos casos, es decir, sólo si el tipo lo requiere, por lo que habrá que acudir aquí al caso concreto, para estar en posibilidad de delimitar si es necesario para la configuración típica el estudio de dichas modalidades, desde luego, que habrá que tener presente que en la mayoría de los casos no se exige modalidad alguna.

(19) *Idea*.

(20) *Idea*, Pág. 20-4.

Por otro lado también hay que analizar si el tipo en particular exige o no la utilización de un determinado medio específico o forma de realización - de la omisión en equiparación con la acción que esta descrita en la ley, situación que también nos la dará la lectura del tipo de que se trate.

Por otra parte, habrá que identificar cuál es el objeto sobre el que recae la omisión del autor, lo que comunmente conocemos como **objeto material**; - respecto de este elemento objetivo, hay que ver si el tipo penal que se está analizando exige o no alguna característica que deba concurrir en él; como lo es la ajenidad en el daño en propiedad ajena causado por omisión, caso en el que la ajenidad se tratará como elemento normativo.

Dentro del elemento normativo se incluirá la posición de garantía conforme al párrafo segundo del artículo 7º del Código Penal, según se derive de la ley, de un contrato o de su propio actuar precedente, aclarando que el propio deber de garantía que de ello se derive pertenecerá a la antijuridicidad. Pero además de la posición de garantía se deberán valorar los datos de cada tipo omisivo en particular (como el mencionado caso de la ajenidad), datos que pueden encontrar su base en la propia ley o en el contexto social, según se hable de valoraciones jurídicas, culturales o sociales.

Es importante destacar que en el inciso b) del artículo procesal estudiado (art. 122) se habla ahora del **resultado y su atribuibilidad** a la acción u omisión, frase que deja de lado el controvertido problema de la causalidad, - para dar paso a la "relación de un hecho con la voluntad del sujeto", llamada por la doctrina **imputación objetiva**; por lo que sólo serán relevantes para el Derecho Penal las acciones u omisiones que aparecen como creadoras de un ries

go jurídicamente desvalorado; luego entonces, cuando el inciso b) del artículo 122 Procesal habla del resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión habrá que entender que se está refiriendo a aquél juicio por el cual determinado hecho aparece como obra u omisión de un sujeto (criterio de imputación - objetiva).

Por cuanto hace al elemento subjetivo de lo injusto habrá que precisarlo en cada caso concreto, según la exigencia que de él haga cada tipo en particular, pero, y aquí hay que destacarlo, sin forzar la estructura típica.

Lo anterior nos lleva a entender que con base a lo dispuesto en los artículos 122 del Código Procesal (por lo que toca a la ubicación del dolo y la culpa en los elementos del tipo) y 15 del Código Penal (en cuanto al trato que ahora se le da al error), sólo será relevante la acción finalista del sujeto.

V. LA ANTIJURIDICIDAD

Una vez afirmados los elementos del tipo penal, debe determinarse si opera a favor del sujeto, a quien se le atribuyen esos elementos típicos, una causa de justificación, para poder decir si la conducta realizada, que hasta ahora será una conducta penalmente relevante, también puede ser calificada de antijurídica. La conducta típica del delito impropio de omisión sólo podrá ser calificada de antijurídica, si se determina el incumplimiento del deber de garantía y que en favor del sujeto no operó una causa de justificación, para lo cual se hace necesario aplicar el contenido del artículo 15 del Código Penal (21), pero sólo por lo que hace a las causas de justificación o causas de licitud, también llamadas normas permisivas.

(21) *Idea*, Pág. 6.

Como causas de justificación, de las señaladas en el artículo 15, tenemos a la legítima defensa, la cual difícilmente podría plantearse en la omisión impropia, pues no puedo imaginarme a alguien que mediante una omisión repela una agresión, actual, real e inminente en protección de bienes jurídicos propios o ajenos. Por otro lado el estado de necesidad justificante, en donde se da siempre una colisión de bienes jurídicos, el bien jurídico que se va a sacrificar para salvar ese bien que está en peligro. En donde los bienes pueden ser de desigual valor, y si el sujeto sacrifica un bien de menor valor para salvar al de mayor valor, entonces, se dice que su conducta es lícita, es decir, es justificada; pero la ley también habla de que los bienes sean de igual valor, y en el caso de que alguno de ellos se encuentre en situación de peligro la persona que trata de salvarlo se ve en la necesidad de sacrificar al otro bien jurídico de igual valor, en este caso se dice que no se excluye la antijuridicidad de la conducta pero si la culpabilidad del sujeto, se hablaría entonces de una causa de inculpabilidad.

En seguida se plantea el problema respecto a los casos en que los bienes jurídicos, siendo de desigual valor, se encuentren en peligro y el sujeto no tenga otra alternativa que sacrificar al de mayor valor para salvar a uno de menor valor; en este caso se puede excluir la culpabilidad del sujeto, sino, por el estado de necesidad en sí, si por otra excluyente de responsabilidad que ahora encontramos en la fracción IX del artículo 15 del Código Penal, -- llamada **no exigibilidad de otra conducta**. Pero, debe aclararse que siempre será imperioso el planteamiento en el caso concreto de que tipo de bienes jurídicos son los que se encuentran en colisión, cuál se sacrificó y cuál se salvó, par así estar en condiciones de determinar si se justifica o no la conducta del sujeto. Por lo que corresponde al **ejercicio de un derecho**, consideramos que no tiene cabida en la omisión impropia.

VI. LA CULPABILIDAD

Una vez que se ha analizado este aspecto, se afirmará la antijuridicidad de la conducta, para posteriormente entrar al estudio de la responsabilidad - del sujeto, que no es otra cosa que la culpabilidad, siguiendo desde luego, - los pasos indicados por el artículo 122 del Código Adjetivo Penal. Para afirmar éste elemento primero es menester desentrañar su contenido, que por otrolado no encontramos en el aludido precepto 122.

Por exclusión encontramos que el concepto psicológico, como el normativo de la culpabilidad, no se acoplan a los contenidos del artículo 122, toda vez que en el tipo penal están ubicados el dolo y la culpa, como lo precisa el citado numeral; luego no queda para el análisis más que adoptar el concepto eminentemente normativo de la culpabilidad, criterio que considera que la culpabilidad está desprovista del dolo y de la culpa y que la culpabilidad es un juicio de reproche que se hace al autor de una conducta antijurídica, en virtud de haber actuado en contra de las exigencias de la norma pudiendo haber - actuado de diferente manera (teoría final de la acción).

Interpretando a contrario-sensu el artículo 15 del Código Penal(22), podemos encontrar a partir de la fracción VII del citado precepto los elementos - de contenido quedan vida a la culpabilidad y que son:

a) Que el sujeto sea imputable, es decir, que el sujeto tenga al momento de realizar la omisión la capacidad de comprender el carácter ilícito de su - conducta, así como la capacidad de motivarse para actuar de acuerdo a esa comprensión; para llegar a esta afirmación se aplica un método negativo o inverso: ver si al momento de realizar el hecho, el sujeto no padecía algún trans-(22) Código Penal, Op cit., en nota (1), Pág. 6.

torno mental, ya sea transitorio o permanente, desde luego que si es alegado- como defensa habrá que ver si hay datos suficientes que acrediten esa circun- tancia, si no se acredita entonces se afirmará que el sujeto es imputable.

b) Ahora tendrá que analizarse si esa capacidad se actualizó o no, es de cir, si con relación al hecho cometido, ese sujeto tuvo conocimiento o la posibilidad de conocer la relevancia jurídica de lo que estaba haciendo; o en términos técnicos si ese sujeto tuvo la conciencia de la antijuridicidad de su acción, para esta afirmación también se sigue un proceso inverso (inciso - B, fracción VII del artículo 15 a contrario-sensu), por lo que habrá que determinar si el sujeto al momento de la omisión, se encontraba en situación de "error invencible respecto de la ilicitud de su conducta, ya sea por ignorancia o desconocimiento de la existencia de la ley o de sus alcances".

Entonces, si el error -llamado error de prohibición- es invencible, se ex- cluye toda la culpabilidad; en cambio, si dicho error es vencible, no se ex- cluye la culpabilidad, si no sólo hay una disminución del juicio de reproche; en consecuencia para afirmar la culpabilidad, se requiere que el omitente ten- ga conciencia de que lo que esta omitiendo es contrario al derecho.

c) Por último se tendrá que actualizar que el omitente al momento de los hechos tenía la capacidad de determinarse o de motivarse para ajustar su conducta a las exigencias de las normas, lo cual implica considerar las diversas circunstancias en que el sujeto actuó, para ver si de acuerdo con ellas el su- jeto tuvo la posibilidad de ajustar su conducta a las exigencias de la norma, es decir, para ver si el sujeto tuvo alternativas de elección y que, en lugar de omitir la acción contraria al derecho, pudo haber realizado una distinta,-

como se deriva de la fracción IX del artículo 15 "la no exigibilidad de otra conducta", que interpretado a contrario-sensu sería: que al sujeto dadas las circunstancias en que omitió realizar la acción le era exigible un comportamiento diverso al omitido, es decir, se le exigía actuar para la protección del bien jurídico.

Afirmando todos estos requisitos se acredita la existencia de la culpabilidad del sujeto y, consecuentemente, la responsabilidad como categoría procesal a que se refiere el artículo 16 y el artículo 19 de nuestra Constitución.

CONCLUSIONES

Nunca, en su historia el Derecho Penal Mexicano ha pasado una época - de tan bruscos y profundos cambios como ésta que estamos presenciando quizás ello se deba, en parte, a que nuestro país siempre esta atento a los - descubrimientos que ocurren fuera y es diligente al ajustar métodos y sistemas ajenos a sus propias características, las cuales hemos acogido aquí desde el punto de vista teórico, para luego enfrentarlas a nuestra realidad. Esto, desde que los primeros pasos de nuestro desarrollo Jurídico los unimos a la escuela clásica, para luego someterlos a la rectificación positiva y, más tarde, a los laboriosos trabajos de una dogmática inteligente y rigurosa. De ahí que la originalidad de nuestros autores resida, justamente en la importación de textos con ideologías no originales "nuestras"

Ciertamente a ello se debe que después de más de sesenta años se siga sosteniendo el Código Penal de 1931 y que ahora, en menos de una década, - la dogmática penal mexicana haya experimentado algunos de los avances que se observan en otros países. De tal atraso no podemos culpar al desconocimiento del lenguaje, puesto que los penalistas mexicanos han estado siempre informados de lo que sucede en otros países, incluso muchos de ellos se han formado en el extranjero. La única respuesta posible a este torquismo dogmático, si acaso, podría hallarse en la estructura del poder.

Un estado social y democrático de derecho como el nuestro, entiende a la pena como un instrumento regulador activo de la vida social, en donde - sin vulnerar el principio de libertad (del mercado, del capital) sobre el que se basa el sistema, renacen tendencias limitadas, entre tesis neoliberales, intervencionistas y corporativistas, las que por otro lado, confor-

man intereses en juego con capacidad de desición e influencia en el Estado, con lo cual se producen desajustes en el control social y penal dificultando sus bases legitimantes. Está siempre presente la lucha por los límites de la intervención del Estado, por los derechos humanos y por la impunidad del delito.

Con tal estructura del poder se hace necesario el establecimiento de un plan nacional de desarrollo de política - criminal, como parte de la política general del Estado, entendida esta como la política que el estado - adopta en materia criminal, en donde su función primordial es la lucha contra el delito, a través de la prevención (prevención general y especial) - y/o represión. Ciertamente es que con las actuales reformas ya se ve plasmada - esa intención de planeación de política - criminal, sin embargo, no olvidemos que en tratándose de leyes, las ideas que fueron la base de la creación de una ley penal y aquellas que sirvieron de base a la aplicación de la - misma suelen no ser idénticas, pues la imaginación delictiva es superior a las previsiones de la ley, por eso se requiere una continuidad de los programas de política - criminal.

Sobre esta base podemos concluir lo siguiente:

1. Los antecedentes del derecho romano en materia de los delitos omisivos, sólo merece un valor meramente histórico, puesto que no influyeron en la - formación de los actuales sistemas penales.
2. El concepto de la teoría clásica del delito no puede dar cobijo a la omisión, puesto que lo característico de la omisión es precisamente, que falta en ella un impulso de voluntad esperando y que, por esta razón, no se pone en marcha un determinado proceso causal.

3. El sistema neoclásico o teleológico tampoco puede solucionar los problemas de la omisión, al ser este sistema una continuación del positivismo - que influyó en la dogmática anterior, de ahí que estos dos sistemas se caracterizarán como "sistema causalista" del delito debido a los rasgos comunes que presentan.

4. La admisión de que no existe causalidad fáctica que pueda desprenderse de una omisión, obligó a substituir el plano de la constatación de la realidad por el de la valoración normativa; poniendo de manifiesto la imposibilidad de afirmar la existencia del nexo causal fáctico entre omisión y resultado material, lo que de alguna forma era el punto de partida de la llamada teoría de la acción esperada.

5. Un mayor número de consecuencias pueden extraerse de la teoría de la acción finalista en el ámbito de los delitos de omisión. En primer lugar la omisión es concebida como una segunda e independiente forma de la conducta humana, como "no ejercicio de la posible actividad final". En forma más reciente se ha afirmado que tanto la comisión como la omisión constituyen acciones finalistas, toda vez que la inactividad corporal es empleado como medio para lograr la meta del hecho.

6. La causalidad, tema otrora controvertido, ha perdido hoy considerable significación, al punto de que actualmente ya no se cuestiona si una omisión es causal del resultado, sino si el resultado es objetivamente imputable a la omisión; en donde la solución es dada por la teoría del aumento o elevación del riesgo permitido.

7. Por último la discusión habida en torno al problema de si la omisión en general puede considerarse como un comportamiento jurídico - penalmente re

levante, se ha visto disminuída una vez que el párrafo segundo del artículo 70, del Código Penal regula la punibilidad del omitente.

Sobre la base de lo expuesto en el presente trabajo estamos en posibilidad de afirmar que si queremos que el derecho penal continúe siendo una firme pauta de conducta en las sociedades modernas, capaz de asegurar a todos los hombres la libre posibilidad de un desarrollo integral, hemos de convencernos que tanto los estudiantes como los estudiosos del derecho, no tenemos otra salida que modernizar el Derecho y reestructurarlo sobre bases político - criminales que permitan la adaptación a los nuevos y seguramente más acelerados cambios que todavía habremos de ver en la vida futura de nuestro país. Al presentar este aspecto de la cuestión no intentamos cubrirlo de manera exhaustiva, por el contrario, nuestro esfuerzo debe ser estimado, apenas como una exploración inicial de un campo teórico poco desarrollado hasta ahora, que demanda estudios posteriores más acabados.

BIBLIOGRAFIA

- Antolisei, Francesco, Tratado de Derecho Penal, 8ª ed., Edit. Temis, Bogotá-Colombia 1988.
- Arias Bonet, J.A./Arias Ramos J.A., Derecho Romano, 18ª ed., Edit. Edersa, Madrid 1991.
- Baumann Jürgen, Derecho Penal, trad. de Conrado A. Finzì, Edit. Depalma, Buenos Aires 1973.
- Bacigalupo Zapater, Enrique, Delitos Impropios de Omisión, Edit. Pannedille, Buenos Aires 1973.
- Delitos Impropios de Omisión, 2ª ed., Edit. Temis, Bogotá-Colombia 1983.
- Manual de Derecho Penal, Edit. Temis, Bogotá-Colombia 1989.
- "Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal", en Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho-Libro homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Edit. Pannedille, Buenos Aires 1970.
- Derecho Penal, Edit. Hammurabi, Buenos Aires 1987.
- Baratta, Alessandro, "Valores y Métodos Jurídicos en el Positivismo Penal Alemán", en Problemas de Derecho Penal, artículos compilados por Julio O. Chiappini, Edit. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe Argentina.
- Beling, Ernest von, Esquema de Derecho Penal, trad. de Sebastian Soler, Edit. Depalma, Buenos Aires 1944.
- Bustos Ramírez, Juan, Introducción al Derecho Penal, Edit. Temis, Bogotá-Colombia 1986.
- Manual de Derecho Penal, 3ª ed., Edit. Ariel, Barcelona 1989.

- - - - - /Larrauri Elena, La Imputación Objetiva, Edit. Temis, Bogotá-Colombia 1989.
- - - - - Control Social y Sistema Penal, Edit. PPU, Barcelona 1987.
- Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, 4ª ed., Edit. Antigua Librería Robledo, México 1955.
- - - - - Derecho Penal Mexicano, 14ª ed., Edit. Porrúa, México 1982.
- Carranca y Rivas, Raúl, "La relación de la causalidad en el acto y en la omisión penales", Revista Mexicana de Derecho Penal, Julio-Agosto 1965, No. 4.
- Cerezo Mir, José, Curso de Derecho Penal, Edit. Tecnos, Madrid 1990, 3ª ed.
- - - - - Problemas Fundamentales del Derecho Penal, Edit. Tecnos, Madrid 1982.
- Claus, Roxin, Problemas Básicos del Derecho Penal, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Edit. Reus, Madrid 1976.
- - - - - Teoría del Tipo Penal, trad. de Enrique Bacigalupo, Edit. Depalma Buenos Aires 1979.
- - - - - Política Criminal y Sistema del Derecho, trad. de Francisco Muñoz Conde, Edit. Bosch, Barcelona 1972.
- - - - - /Gunther Arzt/Klaus Tiedemann, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Edit. Ariel, Barcelona 1989.
- Cordoba Roda, Juan, Una nueva concepción del delito (La doctrina finalista), Edit. Ariel Barcelona 1963.
- - - - - /Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Comentarios al Código Penal, Edit. Ariel, Barcelona 1972.
- Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal 18ª ed., Edit. Bosch, Barcelona 1980.
- Digesto Justiniano, trad. de A' Ors., Hernández Tejero, Fuenteseca, Edit. Aranzandi, Pamplona 1975.
- Ferreira Delgado, Francisco, Teoría General del Delito, Edit. Temis, Bogotá-Co

Colombia 1988.

Fellini Gandulfo Zulita "Delitos improprios de omisión", Rev. Mex. de Jus., No.2 Vol. III, Abril-Junio 1985, Consejo Editorial.

Fernández Carrasquilla, Juan, Derecho Penal Fundamental, Edit. Temis, Bogotá--

Colombia 1989.

Gallas, Wilhelm, La Teoría del Delito en su Momento Actual, trad. de Juan Cor--
doba Roda, Edit. Bosch, Barcelona 1959.

García Ramírez, Sergio, El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, Edit., Porrúa, -
México 1994.

Graf Zu Dohna, Alexander, La Estructura de la Teoría del Delito, trad. de Car--
los Fontan Balestra, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1958.

Gimbernat Ordeig, Enrique, Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad,-
Edit. Reus, Madrid 1966.

- - - - - Estudios de Derecho Penal, 3ª ed., Edit. Tecnos, Ma-
drid 1990.

Gómez Benítez, José Manuel, Teoría Jurídica del Delito, Civitas, Madrid 1992.

Goldschmidt, James, La Concepción Normativa de la Culpabilidad, trad. de Marga-
rethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez, Edit. Depalma, Buenos Aires 1943.

Goessel, Karl-Heinz, Dos estudios sobre la teoría del delito, Edit. Temis, Bogo
tá-Colombia 1984.

Iglesias, Juan, Derecho Romano, 10ª ed., Edit. Ariel, Barcelona 1992.

Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Edit. Ediar, Buenos Aires 1960.

- - - - - La Ley y el Delito, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.

- - - - - "Los delitos de omisión", Rev. Mex. de Derecho Penal, Año
V, 1er. trimestre de 1949, No. 1, Edit. Ediar, Buenos Aires 1949.

Jiménez Huerta, Mariano, Panorama del delito, Imprenta Universitaria, México 1950.

- - - - - Derecho Penal Mexicano, T. I, 2ª ed., Edit. Porrúa, Mexi
co 1977.

Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, trad. de Santiago Mir Puig y
Francisco Muñoz Conde, Edit. Bosch, Barcelona 1981.

- - - - - "La evolución del concepto del delito en Alemania desde Beling- comparada con la doctrina austríaca", en Cuadernos de los Institutos, trad. de Conrado A. Finzì, No. 63, Publicidad Cordoba 1962.

Jakobs, Günter, Derecho Penal, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Se- rrano Gonzalo Murillo, Edit. Marcial Pons, Madrid 1995.

Kaufmann, Armin, Teoría de las Normas, trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Gar- zón Vadés, Edit. Depalma, Buenos Aires 1977.

Liszt, Franz von, Tratado de Derecho Penal, trad. de Luis Jiménez de Asúa, Edit. Reus, Madrid s/a.

Macedo, Miguel S., Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano, Edit. - Cvltura (sic), México 1931.

Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, trad. de Juan Cordoba Roda, Edit. Ariel, Barcelona 1962.

- - - - - Derecho Penal, actualizada por Karl Heinz Goessel y Heinz -- Zipf, trad. de Jorge Bofill Genzsch, Edit. Astrea, Buenos Aires 1995.

Merkel, Gustav Adolf, Derecho Penal, trad. de Pedro Dorado Montero, Edit. Espa- ña Moderna, Madrid s/á.

Mezger, Edmund, Tratado de Derecho Penal, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.

- - - - - Derecho Penal "Libro de Estudio", trad. de Ricardo C. Nuñez, -- Edit. Cardenas 5ª ed., México 1985.

Mommsen, Teodoro, El Derecho Penal Romano, trad. de Pedro Dorado Montero, Edit. La España Moderna, Madrid 1898.

Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Edit. PPU, Barcelona 1985.

Moreno Hernández Moisés, "Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana", Revista Criminalia, Tomo LVIII, No. 3, México 1992.

Morselli, Elio, La función del comportamiento interior en la estructura del de- lito, trad. de Jorge Guerrero, Edit. Temis, Bogotá-Colombia 1992

- Navarro García, Raúl, "La culpa segunda forma de culpabilidad", en libro Homenaje al INACIPE en su décimo aniversario, Edit. Inacipe, México 1986.
- Novoa Monreal, Eduardo, Fundamentos de los Delitos de Omisión, Edit. Depalma, - Buenos Aires 1984.
- Liszt, Franz von, Tratado de Derecho Penal, trad. de Luis Jiménez de Asúa, Edit. Reus, Madrid s/a.
- Pavón Vasconcelos, Francisco, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Edit. Porrúa, México 1989.
- Porte Petit Candaudap, Celestino, Hacia una Reforma del Sistema Penal, Edit. INACIPE, México 1985.
- - - - - Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 11ª ed., Edit. Porrúa, México 1987.
- Rodríguez Devesa, José María, Derecho Penal Español, 14ª ed., Edit. Dykinson, - Madrid 1991.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo, La omisión de socorro en el Código Penal, Edit. Tecnos, Madrid 1966.
- Reinhart, Frank, Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, trad. de Sebastian Soler, Edit. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Chile 1966.
- Sainz Cantero, José Antonio, Lecciones de Derecho Penal. 2ª ed., Edit. Bosch,-- Barcelona 1985.
- Schünemann, Bernd, El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, trad.de Jesús-María Silva Sánchez, Edit. Tecnos, Madrid 1991.
- Silva Sánchez, Jesús-María, El Delito de Omisión Concepto y Sistema, Edit. Bosch, Stratenwerth Günter, Derecho Penal (Parte General), trat. de Gladys Romero, Edit. Edersa, Madrid 1982.
- Sauer, Wilhelm, Derecho Penal, trad. de Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Edit.- Bosch, Brcelona 1956.
- Soler, Sebastian, Derecho Penal Argentino 3ª ed., T.I. Edit. Tea, Buenos Aires -

1967.

Sánchez Tejerina, Isaías, Teoría de los Delitos de Omisión, Edit. Reus, Madrid 1918.

Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 4ª ed. Edit. Porrúa, México 1983.

Werner Niese, "La Teoría Finalista de la Acción en el Derecho Penal Alemán", - trad. de Ricardo Franco Guzmán, Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XI, -- Enero-Junio 1961, No. 41-42.

Wessels, Johannes, Derecho Penal (Parte General), trad. de Conrado A. Finzi, - Edit. de Palma, Buenos Aires 1976.

Welzel, Hans, Derecho Penal (Parte General), 11ª ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1970.

- - - - - El Nuevo Sistema del Derecho Penal, trad. José Cerezo Mir, Edit. Ariel, Barcelona 1964.

- - - - - "Lo permanente y lo Transitorio en la Ciencia del Derecho Penal" trad. de Moisés Moreno Hernández, Revista Mexicana de Ciencias Penales, Año 1, - Enero-Junio 1978, No.1.

- - - - - La Teoría de la Acción Finalista, Fusión de varios artículos, -- trad. de Carlos Fontan Balestra y Eduardo Friker, Edit. Depalma, Buenos Aires- 1951.

- - - - - "La Doctrina de la Acción Finalista Hoy", trad. de José Cerezo -- Mir, Revista Jurídica Veracruzana, Órgano del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, No. 2, Abril-Mayo-Junio 1970.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal (Parte General), Edit. Ediar, Buenos Aires 1977.

- - - - - Tratado de Derecho Penal, T.III, Edit. Ediar, Argentina 1981.