
DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN (OMISIÓN IMPROPIA).

Wendy FUENTES BARRAGÁN*

SUMARIO: I. Nota introductoria. II. El delito de comisión por omisión. III. El delito de omisión impropia en las diferentes sistemáticas explicativas del delito. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Tradicionalmente, la dogmática jurídico penal ha sido construida sobre el concepto de los delitos de acción, en los cuales la conducta desplegada por el sujeto activo se identifica con una acción que se encuentra descrita en un tipo penal como delictiva, dicha conducta tiene como consecuencia un resultado y la vinculación entre ambos elementos se da mediante un vínculo, que es conocido técnicamente con el nombre de “nexo de causalidad”.

Esta forma de comprender el fenómeno delictivo, dio lugar a toda una corriente de pensamiento que trataba de explicar al delito conforme a este esquema, la denominada Teoría Causalista del Delito, que como su nombre indica, veía una relación de causa a efecto entre la acción y el resultado. Partiendo de dicha forma explicativa del delito, el problema se presenta al aceptar la existencia de formas de conducta diversas al concepto de acción, es decir, la figura de la omisión, como una especie del género conducta, que debía ser estudiada y diferenciada en forma clara del concepto jurídico de acción.

Según Eduardo Novoa Monreal:

La omisión se presenta como un comportamiento humano, o mejor, como una actitud de un hombre, capaz de ser puesta a la par con la acción, en cuanto ambas son

* Alumna de la Especialidad en Derecho Penal. División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM.

manifestaciones de conducta humana de interés para el Derecho. La conducta es, así, el género dentro del cual se comprenden dos especies: la acción y la omisión.¹

En estos términos, se empieza a comprender la necesidad de aceptar la existencia de la acción y la omisión como dos categorías, especies ambas del género conducta y precisar en forma específica, cuáles serán los criterios que marquen la distinción entre ambos conceptos, para proceder, con posterioridad a señalar los elementos que caracterizarán al delito de omisión.

Históricamente, se han tomado diversos parámetros de diferenciación entre los delitos de acción y los delitos de omisión, los cuales básicamente son:

1. La contradicción entre normas de carácter preceptivo o prohibitivo

Una conducta tendrá el carácter de comisión cuando sea contraria a una norma de tipo prohibitivo y será calificada como omisión cuando viole una disposición de carácter imperativo o de mandato, es decir, la conducta activa vulnera una norma de carácter prohibitivo, en tanto que la propia disposición señala un hacer concreto y determinado, infringiéndose esta norma al realizar la conducta prohibida en la descripción típica; por el contrario, tratándose de tipos penales que contienen normas de tipo preceptivo, en las que la propia descripción legal prevé la realización de una conducta, se violan éstas al hacer algo distinto a lo que la norma establece, hipótesis que se presenta en la omisión impropia.

2. Según el principio de causalidad

Este criterio diferenciador tiene amplia relación con el concepto de nexo de causalidad. El principio general señala que la acción sí puede ser considerada como causa del resultado, en tanto que la omisión, atendiendo a un criterio meramente naturalístico comprendido en la frase "la nada nada puede causar", no puede ser causa de ningún resultado, concretándose éste como uno más de los parámetros de diferenciación. La omisión, por ser incapaz de causar algo, en términos de la frase: "la nada, nada causa", no puede crear como

¹ Novoa Monreal, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 77.

la acción, ningún resultado. En este sentido, se considera al “criterio de la aplicación de energía” como aspecto esencial para la distinción entre comisión y omisión.

3. Según la tipificación expresa o no de la conducta en el tipo penal

Acorde con esta distinción, se toma en cuenta la forma expresa de la descripción de la conducta en el tipo penal. Se señala la descripción de la conducta activa como la forma de conducta por excelencia, en tanto que a la omisión, le son aplicables, por disposición expresa de la ley, las reglas diseñadas para los delitos de acción. Este criterio diferenciador tiene aplicación, única y exclusivamente, tratándose de delitos de omisión impropia, ya que los delitos de omisión propia, sí se encuentran tipificados de manera expresa en la ley penal.

Si bien es cierto no todos los elementos del delito de comisión por omisión se encuentran totalmente desarrollados en los tipos penales, al menos por lo que se refiere a nuestro sistema jurídico, la existencia de dichos delitos no resulta violatoria del principio de legalidad en materia penal, toda vez que se señala de manera expresa la aplicación de las reglas de los delitos de acción, así lo prevé el artículo 7 del Código Penal Federal, que textualmente señala:

“Artículo 7º. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

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 omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente...”.

Así como su correlativo en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal:

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

Por ello, no existe violación al principio de legalidad al aceptar la existencia de la comisión por omisión, toda vez que si bien no se encuentran previstos expresamente por la ley, el propio ordenamiento legal sí prevé la aplicación de las reglas aplicables a los delitos de acción en delitos de omisión con resultado.

La omisión también presenta diferencias entre sí, es decir, no puede ser vista como un concepto unitario, ya que se observan aspectos diversos en su aplicación, según se trate o no de delitos con resultado. A este respecto, el tratadista Hans-Heinrich Jescheck, precisa la distinción: "Los delitos de omisión se dividen en dos grupos: los delitos de omisión propia (*delicta omissiva*) y los delitos de omisión impropia (*delicta commissiva per omissionem*)".²

La diferencia fundamental entre ambos tipos de omisión se encuentra dada por la producción o no de un resultado como consecuencia de la conducta omisiva, estableciéndose la existencia de omisión propia cuando no existe un resultado, en este sentido, únicamente interesa, que el autor no haga algo que debe hacer, sin que sea trascendente, para la configuración de la hipótesis delictiva, la existencia o no de un resultado; por otra parte, existirá omisión impropia, también conocida como "comisión por omisión", cuando se prevea expresamente la producción de un resultado con motivo de la conducta omisiva. Ambos conceptos de omisión deben quedar perfectamente delimitados, con la finalidad de realizar un estudio detallado sobre sus consecuencias jurídicas, ya que si bien, unos actualizan la infracción de normas de tipo preceptivo (omisión simple) y otros normas de carácter prohibitivo (omisión impropia), su diferenciación adquiere relevancia para efectos prácticos al determinar la sanción aplicable.

En opinión de la Doctora Olga Islas de González Mariscal:

Los delitos de omisión simple, se ha dicho, se dan cuando el sujeto a quien va dirigido un mandato legal de hacer algo, lo desobedece. Se viola por tanto, una norma preceptiva.

Se afirma que en los delitos de comisión por omisión se viola una norma preceptiva y una prohibitiva, haciéndose la aclaración de que la norma preceptiva puede ser penal o extrapenal.

Se habla también de que el autor de la omisión impropia tiene un deber de obrar, o sea un deber de realizar la acción esperada y exigida, y un deber de abstenerse de producir el resultado material. En estas hipótesis delictivas al mismo tiempo que no hace lo que debe hacerse, se hace lo que está prohibido por la ley.³

² Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S.A., 1981, Volumen Segundo, p. 832.

³ Al respecto, la Doctora Olga Islas de González Mariscal, precisa: "La omisión tanto propia como impropia, para tener base jurídica, tiene que estar expresamente señalada. No puede interpretarse, en ninguna forma, que los delitos de acción con resultado material puedan cometerse, concretizarse, también, por omisión. Los verbos señalados en los tipos serán indicativos de la acción o de la omisión." En: Islas de González Mariscal, Olga, "La omisión impropia o comisión por omisión", *Revista Mexicana de Derecho Penal*, México, Cuarta Época, No. 12, Abril-Junio de 1974, pp. 18 y 19

En este concepto, se agregan los elementos que caracterizan al delito de omisión impropia, que se traducen en la existencia de un deber de obrar para evitar la producción del resultado y una abstención respecto a ese deber; por otra parte, la omisión no es una omisión simple, sino que debe omitirse algo prohibido por la ley. Adicionalmente, el sujeto activo será sancionado por no evitar un resultado que le era evitable, de acuerdo con sus particulares circunstancias.⁴

Puede afirmarse que en la omisión impropia, no se trata de una equiparación arbitraria de los conceptos de acción y de omisión (aún cuando su naturaleza sea diversa), ni tampoco de la aplicación infundada de las reglas generales de los delitos de acción respecto a las omisiones, específicamente, a las omisiones impropias, sino que en cada caso, el tipo penal nos dará la hipótesis sobre la forma de comisión delictiva, esto es, en la descripción típica, el verbo que se utilice, dará la pauta para determinar si la conducta puede ser cometida sólo mediante acción, únicamente por medio de omisión o resultan aplicables ambas.

Es esencial abocarnos al estudio del tipo penal, determinar en forma exacta cuál es, en el caso concreto, el verbo que describe la conducta delictiva, para determinar si es factible o no, la forma de comisión activa, omisiva o bien, se trata de un tipo de comisión por omisión. La correcta diferenciación reviste especial interés, no únicamente en cuanto a la denominación se refiere, sino que son importantes las consecuencias prácticas de su ubicación, que se traducen básicamente en la determinación de la sanción que va a ser aplicada.

En el presente trabajo, se proporcionan algunos elementos para una mejor comprensión de la omisión impropia, cuestiones tales como su conceptualización, elementos, la calidad de garante y sus fuentes (tanto en el Código Penal Federal como en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal), el deber de evitar la producción del resultado típico y, finalmente, los límites a la calidad de garantía.

II. EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN

1. *Concepto*

La conceptualización tiene que ver con las características que configuran a este delito, las cuales se identifican con la existencia de una conducta omisiva, la producción de un resultado, la no evitación del resultado estando obligado el sujeto activo a ello, un deber previo de evitar la producción del resultado a cargo

⁴ *Ibidem*, p. 20

del sujeto (calidad de garante) y la vinculación (no causal, sino normativa) entre la conducta omisiva y el resultado producido.

Según la Doctora Olga Islas de González Mariscal: "... en la omisión impropia no interesa si el sujeto activo ha causado naturalísticamente el resultado material exigido en el tipo, sino que ha dejado que se produzca, pudiendo evitarlo y teniendo el deber de hacerlo por mandato legal".⁵

En esta opinión, se evidencia de manera clara, la distinción entre la concepción naturalística del nexo que debe existir entre conducta y resultado, tratándose de los delitos de acción, así como el vínculo que se presenta en los delitos de omisión, donde el sujeto activo deja que se produzca un resultado, teniendo el deber de evitarlo y la posibilidad de su evitación. Tomando en consideración dichas características, la omisión impropia se presenta en aquellos casos en los que, con una conducta omisiva, se produce un resultado que, por disposición legal, se equipara a la causación activa del delito.

Adquiere particular importancia el concepto de "acción esperada", que en la construcción teórica de los delitos de comisión por omisión, resulta esencial ya que no basta con la no realización de una conducta, señalada por la ley, sino que dicha acción debe tener la calificación de "esperada", ello en virtud de las especiales circunstancias en las que se encontraba el sujeto al momento de poder evitar la producción del resultado.

En consecuencia, la omisión impropia será imputable a un sujeto de manera tal que la no evitación equivalga a la causación activa del resultado, siempre que el sujeto no evite la producción de un resultado, que tenía el deber de evitar y le era evitable en virtud de las circunstancias.

2. Elementos del delito de omisión impropia

De lo hasta ahora expuesto, se deducen los elementos que conforman al delito de comisión por omisión. Dichos elementos son:

A. Una conducta

Debe ser una conducta omisiva o como señalan algunos autores, negativa. Frente a la acción, en el delito de comisión por omisión, la forma de comisión del delito,

⁵ *Ibidem*, p. 14

deberá ser exclusivamente una omisión; específicamente en los delitos de comisión por omisión, se equipara, por disposición legal, a la causación activa del delito. Así, por mandato expreso de ley, la conducta omisiva es considerada como conducta activa, para efectos de su imputación al sujeto activo del delito, siempre que concurren los demás elementos que caracterizan a la omisión impropia.

B. Un resultado material

Éste deberá ser entendido en términos similares al que se presenta en la acción, por lo que en los delitos de omisión impropia, el resultado material también se concibe como la consecuencia necesaria de la conducta del sujeto activo del delito. En los delitos de comisión por omisión, se encuentra como requisito indispensable la producción del resultado como consecuencia de la omisión del sujeto activo; estos elementos, a su vez, deben estar unidos por un vínculo (nexo).

C. Un vínculo entre la conducta y el resultado material (Nexo normativo)

Aquí encontramos una diferencia esencial entre los delitos de acción y los delitos de omisión. En tanto que para los delitos de comisión, el nexo se concibe como nexo causal o nexo de causalidad, toda vez que la acción es la causa natural de que se produzca dicho resultado; en los delitos de omisión impropia, el resultado no puede ser derivado de una omisión, ya que “la nada, nada causa”, sin embargo, se establece por disposición legal, la obligación del sujeto de evitar el resultado, por lo que aquí se habla también de un nexo, pero no entendido éste en términos naturalísticos (como sucede en la acción), sino más bien, de un vínculo derivado de la propia ley, que asocia la producción del resultado a la omisión de su evitación, equiparando la omisión a la causación activa del delito, por lo que tratándose de delitos de omisión impropia, se habla de la existencia de un nexo normativo, en contraposición con el nexo causal de los delitos de acción.

La Doctora Olga Islas de González Mariscal, al analizar el vínculo que une a la omisión con el resultado en los delitos de comisión por omisión, precisa:

La omisión y el resultado material se ligan entre sí, no por la causalidad, sino por la posición de garantía en que se encuentra colocado el autor para la salvaguarda del

bien. Es una relación de índole normativa y no de orden natural. El resultado material se asocia a la inactividad del garante por el deber que éste tenía de evitarlo; es decir, al garante se le atribuye la autoría en la producción del resultado, no porque lo haya causado, sino por no haberlo evitado.

Por tanto, el nexo normativo puede definirse como la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación de ese resultado.⁶

Como consecuencia, podemos señalar que la vinculación existente entre la omisión y el resultado material en este tipo de delitos, se encuentra fundamentada no en la causalidad natural que se presenta en los delitos de acción, sino en la disposición legal que señala el deber de evitación del resultado a cargo de un sujeto; de ahí el nombre de nexos normativos, ya que es la propia norma la que establece la vinculación entre la omisión y el resultado. Sin embargo, no siempre ha sido entendido así el nexos vinculante entre omisión y resultado, sino que anteriormente, la doctrina buscaba la equiparación total de los delitos de acción con los de omisión, señalando la existencia en la omisión impropia, de un nexos causal, de la misma manera que en los delitos de acción. Este modo de concebir al nexos, dio lugar a diversas teorías explicativas, que centraban su análisis en la determinación de la conducta a la cual había que atribuir la causación del resultado, sin embargo, hoy se acepta la existencia de un nexos diverso al causal para la explicación de los delitos de omisión impropia, el denominado nexos normativo, conocido por Eugenio Raúl Zaffaroni, como "nexos de evitación".

En opinión de este último autor:

En el tipo omisivo no se requiere un nexos de causación entre la conducta prohibida (distinta de la debida) y el resultado, sino un nexos de evitación, es decir, la muy alta probabilidad de que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado. Este nexos de evitación se establece por una hipótesis mental similar a la que empleamos para establecer el nexos de causación en la estructura típica activa: si imaginamos la conducta debida y con ello desaparece el resultado típico, habrá un nexos de evitación; en tanto que, si imaginamos la conducta debida y el resultado típico permanece, no existirá un nexos de evitación.⁷

⁶ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 5ª ed., México, Trillas, 2004, p. 49

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, p. 484

La afirmación sostenida por Zaffaroni, en el sentido de que se requiere una “alta probabilidad de que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado” había sido la regla general por la cual se regía la equiparación del nexo en delitos de omisión impropia: en tanto que para la acción se exigía la certeza absoluta de que la conducta fuera causa del resultado, en los delitos de comisión por omisión, dicha certeza había sido sustituida por la fórmula de una evitación lo más cercana posible a la seguridad absoluta, concretamente expresada en la frase “con una probabilidad rayana en la certeza”, sin embargo, actualmente algunos autores como Enrique Gimbernat y José María Silva Sánchez, consideran cuestionable dicha fórmula e inaceptable, en nuestros días, fundamentar el deber de evitación en una frase tan ambigua, señalando que debe exigirse, al igual que en los delitos de acción, una certeza absoluta.

De acuerdo con Enrique Gimbernat:

Hace tiempo ya que la dogmática jurídicopenal se ha resignado con la conclusión de que la cuasicausalidad de la omisión consiste –transformando por analogía para el no-hacer la fórmula de la *conditio sine qua non* elaborada para el delito de acción- en que la acción exigida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza. Pero en contra de ello hay que objetar:

En primer lugar, que si para la imputación del resultado en los delitos de acción no basta una probabilidad, sino que, por el contrario y como ya se ha expuesto, se exige seguridad, entonces no se comprende cómo se puede corresponder con una acción, en la que se exige certeza, una omisión en la que bastarían sólo probabilidades por muy altas que éstas se quieran establecer.

Y, en segundo lugar, que la muletilla de la “probabilidad rayana en la certeza” no pasa de ser un recurso retórico...⁸

En sentido similar, la opinión del autor José María Silva Sánchez:

La realización por omisión de los tipos de la Parte Especial tradicional y equívocamente denominados causales o comisivos implica la necesidad de lograr una equivalencia total, correspondencia perfecta –identidad estructural- entre aquélla y la realización típica activa. Ello exige, sin duda, proceder a una exacta concreción y delimitación de las posiciones de garante. De este modo, las posiciones de garantía por función de protección de un bien jurídico no abarcan la defensa del mismo contra todos los

⁸ Gimbernat Ordeig, Enrique, *El delito de omisión impropia. Estudios sobre el delito de omisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 265.

peligros y en cualesquiera circunstancias. Otro tanto sucede con la posición de garante por control de una fuente de peligro; también aquí la intervención del garante debe referirse a concretos peligros y no a todos los que, de una u otra forma, deriven de aquella fuente. La *específica naturaleza* de la relación del garante con el bien jurídico o con la fuente de peligro se muestra, pues, decisiva a la hora de efectuar tal delimitación.⁹

Para dar seguridad jurídica a los gobernados, sería necesario delimitar los alcances de esta fórmula que tradicionalmente, ha venido utilizándose para fundamentar la existencia de la vinculación entre la omisión y el resultado, ya que obedece, principalmente, a juicios de valoración subjetiva por parte del juzgador, realizándose una valoración *ex post* de la conducta y dejando en estado de indefensión al sujeto ya que aún existiendo la certeza de que tiene deber de actuar para evitar la producción del resultado, no puede saber a ciencia cierta, si los medios que utilice para la evitación serán, a consideración del juzgador, idóneos o no para fundar la existencia del nexo entre su conducta y el resultado producido.

3. *Calidad de garante. Concepto*

En opinión de la Doctora Olga Islas de González Mariscal: "Calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien".¹⁰

La existencia de calidad de garante es un elemento de importancia total en la configuración de los delitos de omisión impropia. El sujeto activo debe evitar la producción de un resultado que sea evitable; sin embargo, no todos los individuos tienen siempre obligación de evitar todos los resultados que puedan en su actuación cotidiana, es por ello que se ha delimitado el ámbito de aplicación de esta regla a un grupo reducido de sujetos, que por determinadas circunstancias especiales, se encuentran en un relación tal respecto del bien jurídico protegido por la descripción típica, que deben velar por su salvaguarda.

De acuerdo con la opinión de Enrique Bacigalupo: "La posición de garante requiere esencialmente que el sujeto esté encargado de la protección o custodia del bien jurídico que aparece lesionado o amenazado de lesión".¹¹

⁹ Silva Sánchez, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 307 y 308

¹⁰ *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Op. cit., p. 39

¹¹ Bacigalupo, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1983, p. 143

Al ser definida la calidad de garante como “relación especial, estrecha y directa”, el sujeto debe responder con su actuación de la integridad del bien jurídico.

A. Fuentes tradicionales de la calidad de garante.

Tradicionalmente, se han señalado tres fuentes de la calidad de garante:

- a. La ley.
- b. El contrato.
- c. Un actuar precedente.

A continuación, se analizarán las fuentes de la calidad de garante, haciendo el señalamiento respectivo sobre el sistema adoptado en materia federal y local.

a. La ley

La primera de las fuentes de calidad de garante reconocidas fue la ley, en principio, se consideró que ésta debía ser el fundamento de la calidad específica en el sujeto activo del delito y sólo a la disposición legal habría que referirse en un caso de omisión impropia, ya que sólo las leyes podían señalar la existencia de una calidad de garante.

Esta posición fue superada al adecuarse el marco jurídico a las exigencias de una vida cambiante, donde la normatividad contenida en las disposiciones legales fue insuficiente para contener en sí misma, las diversas situaciones en las cuales un sujeto se encontraba ante el deber de evitar un resultado; aunado a lo anterior, la problemática de convertir el ordenamiento punitivo en un conjunto de disposiciones casuísticas, donde resultaba verdaderamente imposible prever las circunstancias en las que un sujeto se encontraba ante la obligación de evitar la producción de un resultado típico.

Actualmente y en forma genérica, se señala que la ley es la principal fuente de la calidad de garante. En efecto, podemos admitir que esta afirmación es correcta, sin embargo, cabría preguntarnos: ¿qué debe entenderse por ley? ¿debemos utilizar al dar contenido a este concepto una interpretación amplia o bien, una interpretación restrictiva?

Para resolver esta problemática, han surgido dos corrientes:

La primera de ellas señala que el concepto "ley" debe entenderse en forma restrictiva, y que, por lo tanto, únicamente aquéllas disposiciones que como tales sean reconocidas y que hayan cumplido con el proceso legislativo de creación de normas jurídicas, pueden dar origen a la existencia de calidad de garante.

Por el contrario, otra parte de la doctrina, señala que por "ley" deben entenderse no solamente las disposiciones derivadas del proceso legislativo, sino que igualmente, deben tener cabida normas consuetudinarias y jurisprudenciales como parte integrante del ordenamiento jurídico, ya que éstas también pueden dar lugar a la existencia de calidad de garante por parte de un sujeto.

En este sentido, la mayoría de los tratadistas que se ocupan del estudio de la comisión por omisión, al aludir al estudio de esta fuente de la calidad de garante, se inclinan por la segunda solución, señalando que no debe entenderse el concepto "ley" en forma restringida, sino que más bien, debe ampliarse en tal sentido que se abarquen, incluso, criterios jurisprudenciales que, de acuerdo a nuestro sistema jurídico, resultan de aplicación obligatoria. Resulta de suma importancia determinar la posición que ha de adoptarse, toda vez que al aceptar una u otra alternativa de solución a la problemática, se estará determinando, al mismo tiempo, la existencia de deberes de evitación a cargo de ciertos sujetos.

b. El contrato

Otra de las fuentes aceptadas de la calidad de garante, se encuentra en el contrato. Históricamente, ésta ha sido una fuente muy discutida en cuanto a su aplicación a los casos concretos, ya que al hacer alusión al término "contrato", se consideraba que éste sólo tenía plena existencia cuando cumplía con los requisitos establecidos por la legislación civil. Así, se señalaba que si la ley penal hacía alusión al concepto "contrato", había que acudir en primer lugar a los ordenamientos civiles que establecían de manera precisa, en qué casos se estaba ante un contrato legalmente válido y existente. Como consecuencia de lo anterior, se requería acreditar, primeramente, por la vía civil, los elementos de existencia del contrato y, posteriormente, los requisitos de validez del mismo, esto para demostrar la plena existencia y validez del contrato, una vez hecho esto, era procedente fundamentar la existencia de calidad de garante derivada del contrato.

En este sentido, sólo habría lugar a la existencia de la calidad de garante, de acuerdo a esta fuente, cuando se hubiera cumplido con todos los requisitos señalados para la existencia y validez del acto contractual (elementos de exis-

tencia y requisitos de validez establecidos conforme a la legislación civil), haciéndose depender de esta circunstancia la existencia del deber de garantía.

Hoy se considera que una concepción tan limitada de esta fuente de la calidad de garante no puede ser aceptada, sino que basta con la simple asunción o aceptación efectiva de la custodia del bien jurídico para que se configure la calidad de garantía. De hecho, diversas legislaciones en el mundo, señalan como fuente de calidad de garante, no al contrato como tal, sino la libre aceptación efectiva, lo cual es mucho más aceptable en el sentido de la fundamentación de dicha calidad, ya que no se hace depender la existencia de un deber de índole jurídico penal de la existencia o inexistencia, validez o invalidez de un contrato en el ámbito civil. Considero que en nuestro país, debería adoptarse una reforma en este sentido, tendiente a modificar el contrato como fuente de la calidad de garante y adecuarla a lo dispuesto en otros ordenamientos internacionales (aceptación efectiva de la custodia del bien jurídico), con lo cual se eliminaría la confusión existente y habría mayor seguridad jurídica para los gobernados.

c. Actuar precedente

El actuar precedente como origen de la calidad de garante, se considera una fuente muy ambigua y amplia que fundamenta dicha calidad, ello es así, en virtud de que no se encuentran delimitados, en parte alguna, sus alcances y contenidos específicos. Sin embargo, es una fuente que en la actualidad, ha tenido un gran auge en cuanto a su aplicación, señalándose como una fuente ampliamente recurrida, ya que la doctrina más avanzada señala que constituye una fuente de calidad de garante, el actuar precedente que en forma dolosa o culposa, haya generado un riesgo para el bien jurídico tutelado.

Resulta importante señalar que el actuar precedente como fuente de calidad de garante tiene gran aplicación, ya que se reconoce que quien genera un riesgo, tiene, al mismo tiempo, la responsabilidad de evitar la producción de un resultado con motivo de la actualización del riesgo que ha generado.

El actuar precedente es una fuente que tiene amplia relación con la corriente funcionalista del Derecho Penal, representada, respecto a este tema, principalmente por Günther Jakobs, quien explica su teoría basándose en los conceptos de riesgo creado y riesgo permitido.

El *riesgo creado* es un concepto que se valora en el ámbito de la actividad del sujeto activo; el sujeto crea con su actuación un riesgo de daño en su propia

esfera jurídica, o bien, sobre la esfera de los demás, al mismo tiempo, adquiere la obligación de implementar las medidas que eviten la producción de ese daño, en caso contrario, su conducta tendrá consecuencias en el ámbito jurídico. Por otra parte, el *riesgo permitido*, representa un margen de permisión de riesgo sobre la conducta del sujeto, este margen no debe ser rebasado por el individuo en su actuación, por lo que es un concepto que debe ser valorado por el sujeto activo al momento de desplegar cualquier actividad en un contexto social. Como se ve, ambos conceptos se encuentran íntimamente vinculados y requieren necesariamente una valoración por parte del sujeto activo. Actualmente, y en un esfuerzo por delimitar esta fuente de la calidad de garante, se recurre a la complementación del concepto de actuar precedente con la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, formulada por Günther Jakobs, precisándose que se requiere fundar el actuar precedente en la generación de un riesgo objetivo por parte del sujeto activo.

Al respecto, también resulta aplicable lo dicho por Miguel Ontiveros Alonso, al hablar de la legítima defensa:

Será indispensable establecer “qué es lo que hay que hacer y qué es lo que *no* hay que hacer”, para que se pueda o no considerar que el resultado causado por la acción del agente autoprotector crea un riesgo no permitido, toda vez que a partir de la instalación del mecanismo, el particular es titular de una fuente de peligro y adquiere por ello una posición de garante, consistente en el cuidado de aquella.

Es debido a la posición de garante de una fuente de peligro, que se hace indispensable dotar al titular del mecanismo de un “catálogo de deberes” que establezca claramente aquello a lo que aquél está obligado a hacer.¹²

En consecuencia, se hace necesario realizar un análisis de las causas que dan lugar a la calidad de garante, tratando de delimitarlas lo más concretamente posible, en beneficio de la seguridad jurídica de los individuos, si es posible, llegando a establecer un “catálogo de deberes” como lo señala el autor mencionado; considero que ello no implicaría realizar una enumeración casuística, sino que es una medida que redundaría en proporcionar mayor certeza jurídica a los gobernados.

¹² Ontiveros Alonso, Miguel, *Legítima defensa e imputación objetiva. Especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, Colección Investigación, número 01, p. 221

B. Fuentes de la calidad de garante en el Código Penal Federal

Las fuentes de la calidad de garante reconocidas en el ámbito federal, se encuentran previstas en el artículo 7 del Código Penal Federal, en su segundo párrafo *in fine*, que textualmente señala:

Artículo 7°. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

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

En términos del artículo citado, se desprende que las fuentes de la calidad de garante reconocidas por nuestra legislación penal federal son las tres fuentes tradicionales de la calidad de garante: la ley, el contrato y el actuar precedente.

C. El sistema adoptado en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, prevé a la omisión impropia, junto con sus elementos, como sigue:

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

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

Se desprende, en forma evidente, que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal supera en cuanto a la fundamentación de las fuentes de la calidad de

garante las previstas por el Código Penal Federal, el cual únicamente señala las fuentes tradicionales, no obstante las críticas hechas a la conceptualización del deber de garantía en términos tan restringidos. Por su parte, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, recoge y plasma las teorías más avanzadas que fundamentan la calidad de garante, situación que me parece adecuada, ya que la fundamentación de la calidad de garante es un aspecto de especial trascendencia tratándose de los delitos de comisión por omisión, que debe adecuarse conforme a las exigencias de las situaciones reales de la sociedad.

El ordenamiento penal sustantivo del Distrito Federal, señala como fuentes de la calidad de garante: a) la aceptación efectiva de la custodia del bien jurídico; b) formar parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) la realización de una actividad precedente que genera un peligro para el bien jurídico; y d) la efectiva y concreta posición de custodia respecto de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

En estos términos, el inciso a) "aceptación efectiva de la custodia del bien jurídico" se identifica con la libre aceptación efectiva de la custodia del bien jurídico, según diversas legislaciones internacionales y con la fuente señalada como el contrato en la legislación federal; el inciso b) "formar parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza" señala una fuente especial de calidad de garante que recoge un sentido de solidaridad entre las personas que forman parte de estos grupos ya que sus integrantes adquieren el deber de cuidarse unos a otros y velar por la salvaguarda de sus bienes jurídicos; por su parte, el inciso c) "realización de una actividad precedente que genera un peligro para el bien jurídico", evidentemente, se encuentra relacionado con el actuar precedente, que es la última fuente de la calidad de garante reconocida por la legislación federal; finalmente, el inciso d) "la efectiva y concreta posición de custodia respecto de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo", también representa una fuente especial de la calidad de garante, que encuentra su origen en la relación de parentesco que fundamenta, materialmente, la existencia de un deber de protección de bienes jurídicos.

D. El deber de evitar la producción del resultado.

Es otro de los elementos de singular relevancia tratándose de los delitos de omisión impropia, se analizan las características que debe cumplir el deber de evitar la producción del resultado. La omisión en los delitos de comisión por omisión, radica en la no realización de una acción por parte del sujeto garante,

para evitar la producción de un resultado que le era evitable, siempre y cuando tuviera la obligación de esa evitación.

Pues bien, en estos términos, debe evaluarse en cada caso concreto, la posibilidad por parte del sujeto de la evitación del resultado, ya que no basta con afirmar que el sujeto es garante, ni que el resultado le era evitable, sino que debe fundarse en forma expresa e indubitable, la posibilidad que el sujeto tenía de evitar el resultado material descrito en la hipótesis normativa.

De acuerdo a la opinión de George Fletcher:

Un elemento se destaca como básico en este concepto de omisión: la capacidad de acción. Son tres los requisitos que han de concurrir para que se dé: conocimiento o posibilidad de conocimiento de la situación, conocimiento o posibilidad de conocimiento de los medios para realizar la acción y, por último, posibilidad física, real de utilizar los medios elegidos y realizar el acto planeado".¹³

Se requiere de la coexistencia de estos elementos para poder hablar de la omisión de un deber de actuar o de la existencia del deber de evitación, como también se le identifica.

Para llevar a cabo la valoración de la existencia del deber de evitación, es necesario, por lo tanto, analizar si en el caso concreto:

- A) Existe el conocimiento de la situación, ello se identificaría con el conocimiento de la existencia de la calidad de garante respecto de un determinado bien jurídico tutelado por parte del sujeto activo en el caso concreto (conocimiento o posibilidad de conocimiento de la situación).
- B) La posibilidad de conocer los medios idóneos para la evitación del resultado, ya que el sujeto puede estar consciente de la existencia de la calidad de garante, pero puede no conocer los medios que le ayudarán a la evitación del resultado descrito por el tipo penal (conocimiento o posibilidad de conocimiento de los medios para realizar la acción).
- C) Evaluar si existe la posibilidad física y real del sujeto de emplear los medios elegidos en la situación concreta. Específicamente, la posibilidad física hace referencia a características especiales del sujeto, que le hagan físicamente posible la evitación del resultado; en tanto que la posibilidad real, se refiere a las circunstancias que rodean al hecho, mismas que

¹³ Fletcher, George, P., *Conceptos básicos de derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 252 y 253

contribuyan para la utilización de determinados medios elegidos por el sujeto garante para la evitación del resultado (posibilidad física, real de utilizar los medios elegidos y realizar el acto planeado).

Por ello, se concluye que el deber de evitación se encuentra constituido por:

- 1) Conocimiento o posibilidad de conocimiento de la situación.
- 2) Conocimiento o posibilidad de conocimiento de los medios para realizar la acción.
- 3) Posibilidad física, real de utilizar los medios elegidos y realizar el acto planeado.

4. Límites a la calidad de garantía

Al momento de llevar a cabo la calificación sobre el esfuerzo del garante en evitar la producción del resultado típico, es fundamental realizar un análisis de las limitantes a esta calidad, ya que, si bien es cierto, ésta se impone a un sujeto con la finalidad de que tenga a su cuidado la integridad del bien jurídico, también lo es que la relación entre el sujeto garante y el bien jurídico tutelado, debe tener limitación en cuanto a determinar qué le es exigible al garante en el cumplimiento del deber de evitación del resultado.

En opinión del autor Eduardo Novoa Monreal:

Está en posición de garante todo aquel sobre el cual recae la obligación jurídica de impedir un resultado prohibido (antijurídico). Nótese que se trata de una exigencia de proceder *activamente* para conjurar la lesión del bien jurídico, por lo cual, en definitiva, se impone al garante *la obligación de salvar* el bien jurídico amenazado. Y es solamente el incumplimiento de esta obligación extremada la que llega a permitir la equiparación de una actitud omisiva con una conducta activa de realización del tipo correspondiente, según una correcta doctrina de los delitos impropios de omisión.¹⁴

Si sólo el incumplimiento de la obligación de salvaguarda del bien jurídico constituye omisión impropia, hemos de concluir, también, que el garante no se encuentra obligado más que al cuidado del bien, sin embargo, esta obligación no podrá ser tal que le obligue a poner en peligro o aún a lesionar, bienes jurídi-

¹⁴ Op. cit., p. 136

cos que le son propios, ya que ello excedería los alcances que dicho deber de garantía le impone. Por ello, el garante se encuentra obligado a responder por la salvaguarda de los bienes jurídicos a su cuidado, pero esta obligación no puede imponerle la carga de poner en peligro sus propios bienes jurídicos; en consecuencia, no se puede exigir al sujeto activo garante que en la evitación de un resultado material, ponga en peligro bienes jurídicos propios para defender bienes jurídicos que le resultan ajenos, esto constituye los límites a la calidad de garante.

III. EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA EN LAS DIFERENTES SISTEMÁTICAS EXPLICATIVAS DEL DELITO

La explicación del delito ha variado. En el transcurso de la historia, la construcción dogmática de dicho concepto ha sufrido diversas modificaciones, según se trate de una u otra corriente de pensamiento, identificándose dichas variantes, con diversas teorías, doctrinas o escuelas, que señalan, en forma específica y concreta elementos distintos que integran al delito, acorde con su concepción global del hecho delictivo.

Cabe mencionar que el surgimiento y desarrollo de estas teorías se corresponde con la evolución de la propia ciencia del Derecho Penal. En este orden de ideas, en el desarrollo de la dogmática jurídico penal, se identifican principalmente, las siguientes escuelas de pensamiento:

1. La teoría causalista.
2. Corriente finalista.
3. Tesis funcionalista.
4. Modelo lógico jurídico del Derecho Penal.

A continuación, se realizará el análisis de los principales fundamentos que identifican a cada una, poniendo de relieve sus diferencias específicas, resaltando sus postulados más importantes y trascendentales en la explicación del delito, precisando, igualmente, la postura que adoptan al referirse al delito de omisión impropia.

1. La teoría causalista

Sus principales exponentes son Franz Von Liszt, Giuseppe Maggiore y Edmund Mezger.

La forma en que se concibe la existencia de la omisión en esta tesis, es en función del concepto de acción, es decir, se explica a la omisión partiendo del concepto de acción, se busca establecer un paralelo entre ambos conceptos, aplicando sin embargo, iguales reglas a ambos delitos, por lo que, como consecuencia de ello, se busca justificar la existencia de un nexo causal también para los delitos de omisión.

Para Franz Von Liszt: “La *manifestación de voluntad* consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado (y que fuera realizable)”.¹⁵

La explicación de la omisión se da únicamente en función de la existencia del concepto de acción, se entiende que entre ambas sí existe alguna diferencia, sin embargo, toda la construcción doctrinal que ha sido elaborada para el delito de comisión, se considera aplicable para los delitos de omisión.

En la opinión del autor en cita:

Ahora bien, solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto posible de parte de una persona. Aplicando esto al orden jurídico significa, pues, que *sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo*.¹⁶

En estos términos, encontramos que la explicación sobre el concepto de la omisión se da únicamente en función de la conducta esperada, es decir, sólo cuando se tiene la certeza de que una determinada conducta ha de llevarse a cabo, existirá la posibilidad de hablar de la omisión, por lo que, en este sentido, no se acepta la existencia de la omisión como una categoría conductual autónoma, sino que ésta es entendida únicamente partiendo del concepto de la acción esperada.

El mismo autor señala:

El concepto de la omisión supone: que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto, que, a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste; por consiguiente, en este concepto se da una característica análoga a la causalidad de la acción, si bien no es la causalidad misma.¹⁷

¹⁵ Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, Colección “Clásicos del Derecho”, Tomo II, p. 302.

¹⁶ *Ibidem.*, p. 304.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 303.

Como se desprende de la cita antes realizada, se admiten diferencias entre los conceptos de acción y omisión, incluso se llega a aceptar la existencia de una causalidad diversa entre acción y omisión, sin embargo, no se precisa en ningún momento, las características diferenciadoras entre ambos tipos de causalidad.

Finalmente, nos dice Von Liszt:

Y, en efecto, debemos convenir en que la relación que se da en nuestra conciencia entre la causa y el efecto, tiene, en la omisión, un objeto completamente distinto que en la acción: en ésta, el resultado efectivamente producido, está en relación con un movimiento corporal efectivamente ejecutado, y, en aquélla, con un movimiento corporal que tan sólo nos hemos imaginado. Así, pues, empleamos, indudablemente, una expresión impropia cuando hablamos de causar por omisión.¹⁸

Es así que al hablar de los delitos de omisión impropia, se recurre a una creación legal, que da existencia y fundamento a estos delitos, toda vez que es preciso para su configuración, hacer referencia a una conducta esperada, debiendo realizarse una operación mental consistente en suprimir la conducta y verificar si aún suprimiéndola, se habría producido un resultado material, por ello, me parece correcta la afirmación contenida en la cita anterior, ya que la acción en los delitos de comisión por omisión, se identifica exclusivamente, con un movimiento corporal que no existe en el mundo fáctico, sino que se encuentra en la imaginación y que simplemente, es una conducta que se espera sea desplegada por parte del sujeto activo.

Por su parte, Maggiore señala:

La omisión se contrapone a la acción, en cierto sentido, como el obrar al no obrar. En cambio, en otro sentido, entra en el concepto de acción, del que es —como ya lo vimos— una especie. En efecto, la acción puede ser positiva o negativa, puede consistir en una acción propiamente dicha, o, como se dice en lenguaje técnico, en una *comisión*; y también puede consistir en una inacción, u *omisión*. La inacción y la omisión no son, pues, un *no ser* de la acción...

Lo que es absolutamente negativo, lo que no es, queda fuera del derecho y de la realidad en general.¹⁹

En estos términos, admite Maggiore diferencias entre ambos conceptos, sin embargo, el problema de esta tesis, como ya ha sido señalado es que, no obs-

¹⁸ *Ibidem.*, p. 307.

¹⁹ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, 5ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1989, Volumen I, p. 345.

tante reconocer la existencia de una distinción entre dichas categorías conceptuales, no señalan en su construcción doctrinal, parámetros concretos de diferenciación, llevando a cabo la explicación de la omisión sólo en función del concepto de acción.

La definición de la omisión en esta teoría, la encontramos en los siguientes términos: “En general, llamamos omisión *toda conducta humana, dolosa o culposa, que sin necesidad de una acción material (movimiento corpóreo), produce algún cambio en el mundo exterior*”.²⁰

Nuevamente encontramos en esta definición, la necesaria referencia al concepto de acción para lograr explicar a la omisión, sin embargo, me parece que es un concepto que actualmente se encuentra totalmente superado, ya que no explica qué tipo de conducta humana se requiere, y además no proporciona ni siquiera los elementos básicos que configuran al delito de omisión, como lo son el deber de actuar (que es esencial para su existencia), la conducta omisiva, el nexo normativo que debe existir entre conducta y resultado, haciendo solamente referencia en este concepto al resultado material o cambio en el mundo exterior.

Al hacer un estudio sobre el nexo que une a la conducta con el resultado en los delitos de omisión y luego de hacer una enumeración sobre las diversas teorías que han tratado de encontrar una explicación para la existencia de dicho vínculo, señala Giuseppe Maggiore: “La que hoy cuenta con mayor número de votos, si no con la unanimidad, es la teoría llamada *normativa*. Según ella, la omisión, por lo demás privada en sí y por sí de todo valor causal, consistiría en no realizar una “acción esperada”; y se dice “esperada”, por ser mandada por una norma obligatoria”.²¹

Aquí se encuentran ya los primeros antecedentes de la explicación sobre la existencia de un nexo distinto al nexo causal que se presenta en los delitos de acción, que sería posteriormente, y hasta nuestros días, conocido como nexo normativo, reconociéndose la imposibilidad de que la omisión por sí misma pueda ser la causa de un resultado material, aceptándose, como contraparte que el fundamento de esta causación, lo será la no realización de la “acción esperada” que se encuentra ordenada por alguna disposición legal.

Por su parte y concretamente al explicar la vinculación entre conducta y resultado mediante un nexo de causalidad tanto en la acción como en la omisión, Edmund Mezger precisa:

²⁰ *Ibidem.*, p. 354.

²¹ *Ibidem.*, p. 350.

Existe, por lo tanto, un completo paralelismo entre la causalidad del hacer activo y la causalidad de la omisión; en el primer caso, no puede ser suprimido “algo” que se ha hecho sin que con ello desaparezca el resultado; en el segundo, no puede ser añadido “in mente” “algo” que ha sido omitido, sin que con ello se impida el resultado. En ambos casos, este “algo” es causal respecto del resultado y un proceso intelectual hipotético –y el sólo- conduce al juicio que concluye y afirma la causalidad; es un error creer que en la causalidad del hacer activo todo depende de la “realidad” directa y que la causalidad de la omisión es tan sólo una descolorida operación intelectual. La estructura lógica de la representación de la causalidad es, en ambos casos, exactamente la misma.²²

Por lo tanto, para explicar el nexo de causalidad en los delitos de omisión, se recurre a una creación hipotética, donde la causalidad se presenta en virtud de que no puede ser suprimido “algo” (entiéndase una conducta) que se ha hecho sin que con ello desaparezca el resultado.

La relevancia del concepto de la “acción esperada” es puesta de manifiesto por Mezger en los términos siguientes: “En la omisión, la acción “esperada” y “exigida” reemplaza a la acción verdadera y valen para ella las mismas relaciones especiales y temporales que valen, en el hecho de la comisión, para la acción verdadera. En la omisión que produce un resultado, se agregan las relaciones espaciales y temporales de la producción del resultado”.²³

En consecuencia, toda la explicación que ha de darse para la omisión, se encuentra basada en la noción de “acción esperada”, cuya importancia, como se deriva de la explicación antes realizada, consiste en proporcionar un fundamento jurídico para el deber de actuar del sujeto garante en los delitos de comisión por omisión, sustituyendo al concepto de acción con esta creación legal.

2. La tesis finalista

Con el surgimiento de esta tesis, se plantea un cambio radical en la concepción del delito.

En opinión de Welzel, no existe una diferenciación ontológica entre los conceptos de acción y de omisión, y de manera consecuente con su tesis, explica el concepto de omisión partiendo de la finalidad del sujeto garante.

²² Mezger, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990, p. 121.

²³ *Ibidem.*, p. 126.

El poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella. Junto a la acción aparece la omisión como una segunda forma independiente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin.

Desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Acción y omisión se comportan en tal sentido como A y no A. El lenguaje común que incluye la omisión en el concepto de "acción" emplea por ello este concepto en un doble sentido y lleva por esta razón a una falta de claridad sustancial, al transferir a la omisión, sin notarlo, características que sólo corresponden a la acción en su verdadero sentido.²⁴

Como conclusión, señala Hans Welzel que lo que caracteriza un no hacer en una omisión jurídicamente relevante es el dominio del hecho o finalidad potencial:

Sólo el dominio del hecho posible concretamente o final potencial de una persona convierte un no hacer en omisión. Para la omisión no es necesario un acto de voluntad actual, sino que es suficiente uno que sea posible para la persona, ya que el elemento constitutivo de la omisión es el dominio final potencial del hecho: quien olvida ejecutar una acción que podía haber recordado con una mayor concentración, la omite.²⁵

De acuerdo con la teoría finalista, en consecuencia, los conceptos que revisiten mayor importancia son la finalidad en la conducta y el dominio final del hecho, conceptos sobre los cuales se construye toda la explicación sobre el delito.

Sobre el dominio final del hecho, cabe señalar que sólo será imputable un determinado resultado material a aquél sujeto que tenga el dominio sobre el hecho, es decir, se requiere que el sujeto activo del delito tenga sobre la realización del evento un cierto control y que el hecho sea producido únicamente como resultado del "ejercicio de actividad final".

En opinión de Welzel, la diferencia que existe entre los delitos de acción y los de omisión impropia, se caracteriza por ser una diferencia puramente formal, ya que señala lo siguiente:

Los delitos de omisión impropios se diferencian de los otros dos grupos de delitos de omisión (a y b) solamente en que no están tipificados por la ley misma. Por consi-

²⁴ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 237 y 238.

²⁵ *Ibidem.*, p. 238.

guiente, la diferencia no es de carácter material, sino meramente de derecho positivo. Sobre todo, la diferencia no consiste en que en los delitos de omisión propios se requiera únicamente una simple actividad; en cambio en los delitos de omisión impropios se exige el evitar un resultado.²⁶

Se concluye pues, que de acuerdo a esta tesis, el único criterio que se considera válido para diferenciar entre delitos de acción y de omisión con resultado material (omisión impropia) lo será la previsión expresa o no de los delitos en la ley.

En opinión de Welzel los requisitos que debe cubrir el poder final de hecho, son: el conocimiento de la situación típica, la posibilidad de reconocer la vía para evitar el resultado y la posibilidad real-física de evitar el resultado, mismos que de acuerdo a la mayoría de los tratadistas, serían equivalentes a los elementos que se exigen para acreditar el deber de actuar, del cual ya se han abordado los aspectos principales al realizar el análisis del deber de actuar como elemento esencial de los delitos de comisión por omisión.

Para Reinhart Maurach, la distinción entre acción y omisión es totalmente irrelevante, en tanto, para efectos penales, únicamente importa la dirección final de la conducta:

Es sólo la dirección final concreta de la conducta propia la determinante del carácter de acción del hacer respectivo. Que la meta sea alcanzada o que ella deba serlo por la vía de la actividad o la inactividad corporal, es algo irrelevante para el carácter de acción de tal conducta, del mismo modo que lo es el “descarrilamiento” de la acción.²⁷

Para estos los autores, la finalidad de la conducta y el dominio final del hecho son los pilares sobre los cuales se construye su teoría y sobre ellos giran sus explicaciones dogmáticas, tanto para los delitos de acción como para los delitos de omisión.

3. *El funcionalismo*

El principal exponente de la teoría es Günther Jakobs, junto a él se encuentra Claus Roxin, sin embargo, en este trabajo, únicamente analizaremos la tesis de Jakobs.

²⁶ Ibidem., p. 240.

²⁷ Maurach, Reinhart, *Derecho Penal. Parte General*, Trad. de Jorge Bonfill Genzsch, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 1995, p. 219.

La base para entender la teoría funcionalista, en el sentido de la formulación de Jakobs, es una teoría de los roles, al ser una teoría basada en el correcto funcionamiento del sistema social, se confiere a cada uno de los sujetos la realización, en su esfera de competencia, de determinadas acciones en relación a otros sujetos que integran la sociedad. El sujeto, a su vez, responde de la realización de la conducta que le fue conferida en dichos términos; la realización de todos y cada uno de los roles que le fueron conferidos a los sujetos miembros o parte del sistema social, debe tener como consecuencia, el desarrollo armónico de todos los individuos en la sociedad y el adecuado desempeño de los papeles de cada uno.

En forma un tanto drástica, Jakobs formula esta idea:

Quien pretenda gozar de libertad de organizar, tiene que hacerse responsable de las consecuencias de su organización; el que quiera excluir las consecuencias, tiene que dejar que sus asuntos sean administrados por terceros, no puede, por tanto, ser persona. Este nexo entre la libertad de organizar y la responsabilidad por las consecuencias no se puede explicar con la delimitación de las prohibiciones respecto de los mandatos o con la de la acción respecto de la omisión. Antes bien, los deberes negativos, ya se basen, pues, en prohibiciones o en mandatos, constituyen el sinalagma de la libertad de organización de la persona.²⁸

Como se desprende de la transcripción antes realizada, es evidente el papel que juega el correcto desempeño de los roles en el funcionalismo de Jakobs, a grado tal que llega a la conclusión de que debe negarse el carácter de persona a todo aquel que no afronte las responsabilidades por su organización.

Adicionalmente, y como justificación a dicha postura, señala:

...si el mundo fue constituido de forma socialmente inadecuada mediante el comportamiento precedente, el responsable tiene que restablecer una configuración adecuada, ay en verdad, no sólo en tanto a él le ha sido asignado un mundo para configurarlo libremente (aseguramiento), sino también en tanto él lo ha usurpado, lo que significa que tiene que revocar su usurpación (salvamento). ... Esto se puede formular también en la terminología de la figura de la asunción: quien lleva a otro a una situación de necesidad, tiene que ser tratado como si hubiese asumido la prestación de la ayuda.²⁹

²⁸ Jakobs, Günther, *Acción y omisión en derecho penal*, Trad. de Luis Carlos Rey Sanfz y Javier Sánchez-Vera, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, Serie Cuadernos de Conferencias y Artículos, número 23, p. 11.

²⁹ *Ibidem.*, p. 16.

Dentro de la teoría formulada por Günther Jakobs se encuentran dos aspectos que resultan esenciales para entender la postura asumida por este autor alemán, dichos conceptos son: el riesgo creado y el riesgo permitido, de los cuales se ha hecho una breve reseña al hablar sobre el actuar precedente como fuente de la calidad de garante.

El riesgo creado obedece a la actividad desplegada por el sujeto, quien está obligado a preservar las condiciones de la vida social y a desempeñar su rol en forma estricta; sin embargo, al desplegar su actividad en el entorno social, el sujeto genera un riesgo, que debe controlar en todo momento; el riesgo permitido constituye un margen de permisibilidad que otorga el ordenamiento jurídico para el sujeto.

Específicamente, al abordar el estudio de los delitos de acción y de omisión, Jakobs señala que la existencia de una diferenciación entre estos conceptos obedece únicamente a cuestiones técnicas, concluyendo que sólo son consecuencia de la elaboración doctrinal realizada por la dogmática jurídica, desde su punto de vista, la significación delictiva tanto en la comisión como en la omisión dependen de las mismas reglas, por lo que no existen diferencias significativas entre ambos conceptos.

El derecho penal moderno no toma como punto de referencia movimientos corporales de individuos o la ausencia de los mismos, sino el significado del comportamiento de personas, con lo cual la diferenciación entre movimiento y no-movimiento es solamente técnica. El concepto penal clave es el de deber, y la distinción entre acción y omisión afecta a una cuestión secundaria, a cómo hay que organizar para satisfacer el deber partiendo del –casual- estado actual. La configuración de la sociedad, a cuyo mantenimiento debe contribuir el derecho penal, no cristaliza en naturalismos como la diferenciación entre comisión y omisión, sino en instituciones, como la que se basa en una posición solamente negativa o la basada en un *status* positivo.³⁰

Así, la diferenciación existente entre acción y omisión, se basa únicamente en cuestiones técnicas y no sobre aspectos sustanciales que marquen una distinción material, ello en virtud de la elaboración doctrinal; Jakobs remarca que el concepto clave para el entendimiento de unos y otros delitos es el de deber, que se encuentra estrechamente vinculado con su teoría de los roles, misma que se encuentra dirigida a la conservación del orden social imperante, así como con la obligación que tienen los sujetos de desempeñar su actividad

³⁰ *Ibidem.*, p. 34 y 35.

considerando el riesgo creado y siempre dentro de los límites establecidos por el riesgo permitido.

4. Modelo lógico-jurídico

En el modelo lógico jurídico, se realiza una estructuración en diferentes niveles semánticos, los cuales se identifican con el estudio de las conductas antisociales, las normas penales generales y abstractas, los delitos, la punición y la pena.

La estructuración realizada en los referidos niveles semánticos, contribuye a la distinción entre un mundo normativo y el ámbito fáctico o real, mismos que en virtud de esa diferencia (esencial, por cierto), obedecen a reglas específicas y deben ser tratados de manera separada.

Por lo que se refiere a la temática de la comisión por omisión, en este modelo, sí se señala de manera clara la distinción existente entre los delitos de acción y de omisión, señalándose, de igual forma, criterios distintivos, acordes con las teorías más avanzadas a nivel internacional sobre las fuentes de la calidad de garante, que dan fundamento a la existencia de los delitos de comisión por omisión.

Así, de acuerdo con el modelo lógico-jurídico del Derecho Penal, se identifican "cuatro categorías de hechos y circunstancias de la vida, que tradicionalmente han sido consideradas para generar la postura de garantía:

- a) Normas jurídicas extrapenales, incluidas las de derecho consuetudinario y las resoluciones de los tribunales.
- b) Una aceptación efectiva (incluidos los contratos).
- c) Una conducta anterior peligrosa.
- d) Especiales comunidades de vida o de peligro".³¹

En estos términos, dentro del inciso identificado como a), se incluyen: 1) la ley, entendida en un sentido formal, como aquella disposición legal emanada de un proceso legislativo, cumpliendo para ello con todas las formalidades requeridas para ello, 2) las normas consuetudinarias, identificadas con la costumbre y, 3) finalmente, las resoluciones emitidas por los tribunales en el ejercicio de su función de decir el Derecho al caso concreto, comprendiéndose en este ámbito, tanto a las resoluciones judiciales propiamente tales (sentencias) como a la

³¹ Análisis lógico de los delitos contra la vida, Op. cit., p. 39.

jurisprudencia, que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, tiene el rango de fuente del Derecho.

En el apartado b) se comprende la tradicional fuente de la calidad de garante identificada como el contrato, con la salvedad de que, de acuerdo con el modelo lógico-jurídico, en primera instancia, se encuentra ésta plasmada como una aceptación efectiva, en la cual se incluyen los contratos, por lo cual, atendiendo a la redacción, el contrato es sólo una parte del rubro general que es la aceptación efectiva, término éste último que comprende cuestiones más amplias que el simple contrato y que escapa a las objeciones formuladas al contrato como fuente de la calidad de garantía, mismas que han sido expuestas en apartado precedente.

La conducta anterior peligrosa es la tercer fuente de calidad de garante prevista en este modelo, misma que se identifica, sin lugar a dudas, con el actuar precedente, que ha sido analizado líneas arriba.

Finalmente, las especiales comunidades de vida o de peligro, a las cuales también se ha hecho referencia al analizar las fuentes de la calidad de garante reconocidas por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

De acuerdo a la Doctora Olga Islas de González Mariscal, la calidad de garante:

Es una calidad del sujeto regulada por el Derecho Penal que, en los tipos de omisión, se introduce para especificar al sujeto que tiene el deber de actuar para la conservación del bien. En consecuencia, la calidad de garante hace posible, por una parte, aprehender espacial y temporalmente la conducta omisiva y, por otra, determinar al sujeto que la realizó.³²

En este sentido, se asigna al concepto de calidad de garante, una doble función, por una parte, como identificación de la conducta, por otro lado, como determinación y, podríamos decir, concreción del sujeto activo que realiza la conducta omisiva.

Así, la determinación de la calidad de garante contribuirá a precisar en forma exacta la conducta desplegada por el sujeto (acción u omisión) y además, ayudará en la individualización del sujeto que realiza la conducta, esto al ser una calidad específica por parte del sujeto activo, mismo que debe ser, en todos los casos de omisión impropia, un sujeto garante, es decir, un sujeto con calidad específica.

³² Idem.

Igualmente, se prevé la existencia del nexo normativo en contraposición con el nexo causal, de los delitos de acción, aportándose su conceptualización, en los términos siguientes: "... Por tanto el nexo normativo puede definirse como la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación de ese resultado".³³

Esta situación constituye un parámetro sumamente importante para la correcta distinción entre los delitos de acción y los delitos de omisión con resultado material (omisión impropia o comisión por omisión).

De manera adicional, al hacer el análisis de las fuentes de la calidad de garante, se señala que es necesario adecuar las fuentes tradicionales de dicha calidad previstas por nuestra legislación penal federal, con la finalidad de determinar en forma exacta, el origen de la obligación de salvaguarda del sujeto activo del delito en relación con el bien jurídico tutelado.

IV. CONCLUSIONES

Debe realizarse el estudio pormenorizado sobre el delito de comisión por omisión, en el que se estudien a profundidad las características diferenciadoras de éste respecto a los delitos de acción y a los de omisión propia.

Sobre la fundamentación de la calidad de garante en los delitos de comisión por omisión, sería deseable que el Código Penal Federal adoptara el sistema seguido por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que sigue las últimas tendencias en cuanto a la fundamentación de la calidad de garante, por lo que para responder mejor a las exigencias de seguridad jurídica de los gobernados, debe adecuarse el Código Penal Federal al sistema seguido en el Distrito Federal, ya que la fundamentación de la calidad de garante en las tres fuentes tradicionales, resulta, hoy en día, insuficiente.

Sería deseable, de igual manera, que se estableciera un catálogo de deberes de garante, sobretudo por lo que respecta a la función de garante respecto a la evitación de la producción del riesgo, también contribuirá a dar seguridad jurídica al sujeto sobre los deberes que está obligado a realizar.

³³ Ibidem., p. 49.

La respuesta a la problemática relativa a la identificación de una conducta como activa u omisiva, se encuentra en el estudio del tipo penal, la ubicación de la conducta (verbo típico), con ello es posible llevar a cabo una adecuada identificación, evitando problemas que se suscitan en la práctica.

La fundamentación de la calidad de garante en las tres fuentes tradicionales, resulta hoy, obsoleta, y carente de cualquier fundamentación, debe adecuarse acorde con las nuevas necesidades sociales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1983.
- FLETCHER, George, P., *Conceptos básicos de derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *El delito de omisión impropia. Estudios sobre el delito de omisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 5ª ed., México, Trillas, 2004.
- JAKOBS, Günther, *Acción y omisión en derecho penal*, Trad. de Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, Serie Cuadernos de Conferencias y Artículos, número 23.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S.A., 1981, Volumen Segundo.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, 5ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1989, Volumen I.
- MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal. Parte General*, Trad. de Jorge Bonfill Genzsch, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 1995.
- MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Legítima defensa e imputación objetiva. Especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, Colección Investigación, número 01.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Bosch, 1986.

VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, Colección "Clásicos del Derecho", Tomo II.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991.

Ensayos

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, "La omisión impropia o comisión por omisión", *Revista Mexicana de Derecho Penal*, México, Cuarta Época, No. 12, Abril-Junio de 1974.

Legislación

Código Penal Federal.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.