



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

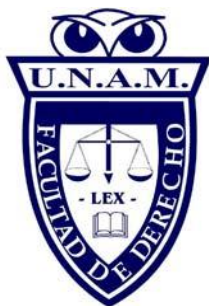
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“UNA TERCERA FORMA DE COMISIÓN DEL DELITO: OMISIÓN
POR COMISIÓN”

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
CÉSAR ALBERTO FLORES MARTÍNEZ

ASESOR: LIC. CARLOS AUGUSTO VIDAL RIVEROLL.



Ciudad Universitaria

2012



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.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/ SP/83/09/2012
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno **CESAR ALBERTO FLORES MARTINEZ** ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **LIC. CARLOS AUGUSTO VIDAL RIVEROLL**, la tesis profesional titulada "**UNA TERCERA FORMA DE COMISIÓN DEL DELITO: OMISIÓN POR COMISIÓN**" que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor en su calidad de asesor **LIC. CARLOS AUGUSTO VIDAL RIVEROLL**, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **UNA TERCERA FORMA DE COMISIÓN DEL DELITO: OMISIÓN POR COMISIÓN**" puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **CESAR ALBERTO FLORES MARTINEZ**.

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

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

Agradeciéndole la atención al presente, le reitero como siempre las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 17 de septiembre de 2012

MTRO. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

JPPYS/cch



A DIOS, POR PERMITIRME LA DICHA DE LA VIDA, POR SER TAN GENEROSO CON MI PERSONA Y POR PERMITIRME SEGUIR EN ESTE CAMINO.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, POR HABERME COBIJADO Y POR PERMITIRME SER LO QUE SOY.

A LA FACULTAD DE DERECHO, POR ARRAIGAR EN MI EL AMOR A LA JUSTICIA.

A MI ESPOSA ALMA LÓPEZ LÓPEZ, QUIEN A MI VIDA A DADO DIRECCION, POR SER LA DICHA DE MI EXISTIR, POR SU INFINITO AMOR, APOYO Y ENSEÑANZA, POR SER QUIEN SIEMPRE ME HA IMPULSADO Y PORQUE SIN ELLA NO HABRIA LOGRADO ESTA META Y MUY EN ESPECIAL POR DARME LA DICHA DE SER PADRE.

A MI HIJO CÉSAR ALONSO FLORES LÓPEZ, POR SER MI MAYOR MOTIVACION, MI ALMA Y ESPIRITU, POR SER EL REFLEJO DEL AMOR Y LA ESPERANZA.

A MI MADRE LA SEÑORA MARÍA INES MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, POR ESTAR SIEMPRE A MI LADO EN TODO MOMENTO.

A MI PADRE EL SEÑOR NICOLÁS FLORES BENÍTEZ, POR INCULCAR EN MI EL VALOR DEL TRABAJO.

A MIS HERMANOS MARÍA SUSANA FLORES MARTÍNEZ y GUILLERMO FLORES MARTÍNEZ, POR SER PARTE DE MÍ SER, A QUIENES AMO, RESPETO y ADMIRO.

A MIS ABUELOS JOSÉ y MARÍA, POR SER PARTE ESTRUCTURAL DE MI FORJAMIENTO COMO SER HUMANO.

A MIS TÍOS JOSÉ LUIS, MARÍA DE LA LUZ, JUAN DE DIOS, GLORIA, RAÚL, JOSEFINA, MARÍA, JESUS ISACC, REYNA, MARÍA LUISA, BERTHA y JORGE.

A MIS PRIMOS ADRIANA, JOSÉ MANUEL, MARÍA GUADALUPE, JUAN MANUEL, FLAVIO, ARELY e IVONNE.

A FRIDA AISLINE, KAREN, PAOLA, LIZZETE y JESUS.

A LA SEÑORA TEREZA LÓPEZ GUTIERREZ, POR PERMITIRME SER PARTE DE SU FAMILIA.

A ANGEL, ALEJANDRA, CARLOS, ALDAIR, LEONARDO, FERNANDO, YESSICA, DANIEL, DAVID, CARLOS, SERGIO, ADRIAN, GEOVANI, ALEJANDRO, ALEJANDRA, ALONDRA, DIANA LAURA, DIEGO FERNANDO, OBED y AXEL.

AL LICENCIADO CARLOS AUGUSTO VIDAL RIVEROLL, POR SU INVALUABLE APOYO EN LA CRISTALIZACIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO.

A LA LICENCIADA MARÍA EDITH RAMÍREZ DÍAZ DE VIDAL RIVEROLL, POR TODAS SUS ENSEÑANZAS.

UNA TERCERA FORMA DE COMISIÓN DEL DELITO: OMISIÓN POR COMISIÓN

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
---------------------	----------

CAPÍTULO I

LA CONDUCTA, ELEMENTO ESENCIAL DEL DELITO

1.1. Consideraciones Previas.	1
1.2. Acción, conducta o acto.	4
1.3. La conducta en la evolución de la dogmática penal.	6
1.3.1. Sistema Clásico.	7
1.3.2. Sistema Neoclásico.	15
1.3.3. Sistema Finalista.	18
1.3.4. Sistema Funcionalista.	25
1.4. Formas de expresión de la conducta.	36
1.4.1. Acción.	37
1.4.2. Omisión.	37

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN

2.1. Concepto.	39
2.2. Elementos de la acción.	42
2.2.1. Voluntad de acción.	42
2.2.2. Manifestación externa de la voluntad.	44
2.2.3. Resultado.	51
2.2.4. Relación de Causalidad.	55
2.3. Ausencia de conducta.	62
2.3.1. Vis Absoluta o Fuerza Física Exterior Irresistible.	63
2.3.2. Vis Mayor o Fuerza Física Exterior Irresistible Natural.	64
2.3.3. Los Movimientos Reflejos.	65
2.3.4. El Sueño.	65
2.3.5. El Sonambulismo	65

2.3.6. El Hipnotismo	66
----------------------	----

CAPÍTULO III

LA OMISIÓN

3.1. La omisión Propia.	68
3.1.1. Concepto.	68
3.1.2. Elementos que integran la omisión propia.	69
3.2. La Omisión Impropia o Comisión por Omisión.	75
3.2.1. Concepto.	75
3.2.2. Elementos que integran la omisión impropia.	77
3.2.3. La relación de causalidad en la omisión impropia.	78
3.2.4. La posición de garante.	92

CAPÍTULO IV

LA OMISIÓN POR COMISIÓN

4.1. Planteamiento del problema.	113
4.2. Interrupción por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado.	117
4.3. Ruptura de cursos causales salvadores ajenos.	125
4.4. La omissio liberae in causa.	133
4.5. Desconexión de instrumentos médicos que mantiene con vida a un enfermo.	138

CONCLUSIONES	141
---------------------	-----

PROPUESTA	149
------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	153
---------------------	-----

LEGISLACIÓN NACIONAL	157
-----------------------------	-----

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	158
----------------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

El trabajo de tesis se vincula a una posición de la doctrina que sostiene que existe una tercera forma de comisión del delito, la llamada omisión por comisión, en la que estaríamos ante supuestos en los que un hacer positivo cumple con el tipo de una omisión, propia o impropia, según sea el caso.

Así como en la comisión por omisión se trata de comportamientos pasivos subsumibles en tipos penales que parecen pensados para conductas activas, en la omisión por comisión el problema que se discute es si los tipos previstos aparentemente para sancionar omisiones abarcarían también, en algunos supuestos, conductas comisivas.

A pesar de tener sus antecedentes en el siglo pasado, la omisión por comisión parece ser un tema relativamente nuevo y por ende existen diversas discrepancias sobre su contenido, alcance y posibles soluciones.

Es atractivo su estudio, ya que a diferencia de los delitos de acción, en los cuales la imputación del resultado al sujeto activo es sencilla de acreditar, en los delitos omisivos, la doctrina jurídica ha encontrado problemas para explicar su causalidad, y peor aún acreditar la relación causal, ya que ello representa un peligro al principio de legalidad, pues no se sabe con certeza cual es el criterio utilizado para su imputación.

Bajo esta panorámica y a efecto de tener una idea clara de la omisión por comisión, es preciso primero abordar el aspecto de la causalidad tanto en los delitos de acción como en los de omisión, de ahí que resulte indispensable, analizar primeramente dichas formas de comisión.

En tal sentido, primeramente he de ocuparme de analizar a la conducta, como elemento indispensable o primordial del delito, los problemas para encontrar la

denominación más adecuada, la evolución de su concepto a través de las diversas escuelas o corrientes de pensamiento y las dos formas en que hasta el momento, la legislación penal federal ha reconocido como variantes de expresión de la conducta misma.

En seguida abordaré lo relativo a la primera expresión de la conducta: la acción, así como los elementos que la integran y las diferentes teorías que han pretendido explicar el nexo de causalidad.

De igual manera, efectuaré el análisis de la omisión, el cual resulta relevante para los objetivos del presente trabajo, ya que como se expondrá, la hipótesis que se sostiene en el presente trabajo, en muchos de los casos parte de la base de los delitos omisivos, ya sea simple o impropia. Es por lo que obligadamente se repasan los conceptos de garante y la relación que surge entre el resultado y la inactividad del sujeto.

Analizados dichos conceptos y siguiendo la sistemática del autor Enrique Gimbernat Ordeig¹, que recientemente pone en la mesa de discusión dicho tema, en el capítulo cuarto se expondrán las características de cada uno de los casos que considera pueden ser encuadrados en una diversa forma de comisión, distinta a la acción y a la omisión (propia o impropia), y las soluciones que aporta la doctrina para fundamentar la responsabilidad del omitente (interrupción de cursos causales salvadores propios y ajenos; *omissio liberae in causa* y desconexión de instrumentos médicos que mantiene con vida a un enfermo).

Atendiendo lo anterior, será entonces posible determinar hasta qué punto la omisión por comisión, constituye una tercera variante de comisión del delito y cómo podría incluirse en nuestra legislación penal, siendo ésta la propuesta de nuestra tesis.

¹ Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid y autor entre otras obras de "La causalidad en la Omisión Impropia y la llamada "Omisión por Comisión"

CAPÍTULO I

LA CONDUCTA, ELEMENTO ESENCIAL DEL DELITO

1.1. Consideraciones Previas.

La conducta humana es objeto de estudio de diversas ciencias, entre ellas la del derecho penal, teniendo gran relevancia dentro de ésta la Teoría del Delito, que nos da los fundamentos teóricos (dogmática penal) para responder una pregunta: ¿Cuándo una conducta es delito?.

Esta teoría, creación de la doctrina (pero basada en ciertos preceptos legales), no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular (homicidio, robo, violación, etc.), sino de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos ellos.

En opinión del maestro Celestino Porte Petit, el estudio de los delitos, debe efectuarse aplicando dicha teoría a cada ilícito en particular, pues aquella no puede vivir aislada, sino en función de cada tipo, de otra manera, no sería posible conocer la figura delictiva en toda su integridad como elemental exigencia dogmática. Es decir, analizando metódica y sistemáticamente el delito en cada uno de sus elementos constitutivos y en todo lo concerniente a ellos, así como en su particular aspecto negativo y en sus formas de aparición, para así obtener una visión integral y total imagen de la figura delictiva, sin correr el riesgo de una contemplación fragmentada, desarticulada y personal.²

Bajo este orden de ideas, la teoría del delito es un sistema de categorización por niveles, conformado por el estudio de los presupuestos jurídico-penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia de un delito, es decir, permite precisamente resolver la interrogante de cuándo una conducta humana puede ser calificada como delito.

² Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I" 19 ed., Ed. Porrúa, México, 2001. Pág. 195.

El Doctor en Derecho Enrique Díaz Aranda, señala precisamente que, la función de la Teoría del Delito consiste en ofrecernos el sistema para analizar de forma “ordenada” o “sistemizada” el hecho y proporcionarnos los “criterios de interpretación de la norma penal” para determinar si se ha cometido un delito.³

A lo largo del tiempo, la dogmática penal ha evolucionado y se puede identificar o agrupar en cuatro grandes sistemas que desde su muy particular punto de vista y atendiendo a los acontecimientos de cada época, pretenden explicar la Teoría del Delito, a saber, a) Sistema Clásico, b) Sistema Neoclásico, 3) Sistema Finalista y 4) Sistema Funcionalista.

El punto de coincidencia entre estas cuatro escuelas radica en considerar al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, pero la conducta es considerada como el presupuesto de todo delito y los restantes como elementos o categorías -a decir del autor Díaz Aranda-, por tanto cuando se ha verificado la existencia del presupuesto y se han colmado la tres elementos, se puede sostener que estamos ante la presencia de un delito.

En opinión del autor en cita, *“el orden de análisis de las categorías tiene su razón de ser y su alteración supone inconsistencias del análisis. ¿Cómo sustentar que estamos ante la conducta antijurídica y culpable sin antes haber constatado si es típica (ilícita o prohibida)? Si la tipicidad significa que la conducta está prohibida en la ley ¿no significaría ir contra el principio de legalidad empezar por el análisis de la contravención al orden jurídico de la conducta (antijuridicidad), seguir con el juicio sobre el autor (culpabilidad) y dejar hasta el final la determinación si ese hecho es antijurídico y culpable estaba prohibido (tipicidad).”*⁴

Bajo este contexto, la conducta humana es la base sobre la cual descansa toda la estructura del delito. Si no hay acción humana, si no hay conducta, no hay

³ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. *“Derecho Penal. Parte General”*, Ed. Porrúa, México, 2008. Pág. 109 – 110.

⁴ Ibidem. Pág. 111 -112.

delito, de ahí que constituya el soporte conceptual de la teoría del delito y el eje de la consideración axiológica y natural del hecho punible.

Por ello su estudio necesariamente es sistemático, en virtud de que una vez acreditada la existencia de una conducta humana podremos pasar al análisis de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y sólo respetando este orden o prelación lógica se podrá llegar a determinar si dicha conducta reúne o no las características necesarias para ser considerada como ilícito penal.

Es por lo anterior, que en opinión del Ministro Argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, el concepto conducta como carácter genérico fundante o vinculante del delito, debe servir también para realizar el principio de que no hay delito sin acción humana, (*nullum crimen sine conducta o nulla injuria sine actione*). Se trata de un concepto que debe ser apto para cumplir una doble función a).- Limitar el poder punitivo, b).- ser el género vinculante de los adjetivos que conduzcan a la especie delito.⁵

Continúa exponiendo el Ministro Zaffaroni que, debido a la necesidad política de excluir del delito desde su base genérica todo lo que no sea acción humana, no podemos construir el concepto penal de la conducta partiendo de los tipos, porque precisamente necesitamos un concepto pretípico para evitar que los tipos prohíban lo que no son acciones, de ahí que el apoyo legal para este concepto funcional reductor ha de buscarse en la Constitución o en el Derecho Internacional.⁶

En virtud de lo anterior, a continuación profundizaré en el estudio de este presupuesto o elemento indispensable para la existencia de un delito, cómo ha evolucionado dicho concepto a través de las cuatro escuelas a que ha hecho referencia, así como las formas en que la conducta se puede manifestar en el mundo exterior.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª. ed., Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2007. Pág. 312.

⁶ Cfr. *Ibidem*. Pág. 312-313.

1.2. Acción, conducta o acto.

Como se ha expuesto la conducta humana es la base sobre la cual descansa la estructura del delito, sin embargo a este elemento objetivo se le ha denominado de diversas maneras, existiendo entre la doctrina un problema en cuanto a determinar cuál es la terminología correcta a emplear: acción, conducta o acto.

Incluso algunos autores también llegan a considerar los términos acto o acontecimiento, pero sin duda todos coinciden que cualquiera que sea el término que se elija o prefiera, este elemento será en la prelación lógica, el primero de ellos. El jurista mexicano Francisco Pavón Vasconcelos citando al maestro Porte Petit, expone:

“Al pasar revista sobre los términos acción, acto, acontecimiento, mutación en el mundo exterior, conducta y hecho, aduce que tales términos adolecen del defecto de ser demasiado amplios o demasiado estrechos para el concepto que en ellos se trata de comprender; así, por ejemplo con referencia a la acción, estima que no es adecuado porque no contiene o abarca la omisión, al ser su naturaleza contraria a ésta, pues lo acción implica movimiento y la omisión todo lo contrario: inactividad. Si ambos términos, acción y omisión, son antagónicos, uno de ellos no puede servir de género al otro; igualmente el término acto no le parece aceptable, pues a veces constituye la acción misma, pero otras, forma parte de la acción al estar constituida por varios actos, como lo comprueba la división de delitos unisubsistentes y plurisubsistentes. En síntesis afirma Porte Petit, el acto en unas ocasiones constituye el todo (la acción) y a veces, parte de ese todo.”⁷

Continúa este último autor, refiriendo que el jurista español Luis Jiménez de Asúa prefiere la expresión acto, considerando conveniente no hablar de hecho, en

⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *“Derecho Penal Mexicano”*, 11ª. ed., Ed. Porrúa, México 1994. Pág. 197.

virtud de que este término resulta ser demasiado genérico; por su parte los juristas Fernando Castellanos Tena y Mariano Jiménez Huerta prefieren el término conducta, al recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior.⁸

El propio maestro Francisco Pavón Vasconcelos se inclina por el término hecho o conducta, el primero por ser genérico y el segundo para aquellos delitos en los cuales no se exige la producción de un resultado.⁹ Al respecto, el Ministro Raúl Eugenio Zaffaroni considera que:

*“No todo hecho que causa un resultado es una conducta humana, aunque sea una persona la que origine la causalidad que desemboca en ese resultado. Hay hechos naturales, como la caída de un rayo; hay otros humanos, pero entre los hechos humanos solo los voluntarios son conductas. **Por ende, conducta es, en su definición más sintética, un hecho humano voluntario.** Son hechos humanos no voluntarios los movimientos reflejos con los que apartamos la mano de algo que nos quemara, la respiración o toda la fisiología que no controlamos aunque desencadenen causalidades que produzcan muertes, lesiones, daños en propiedad ajena, etcétera.”¹⁰*

Por lo anterior, es que considera indistintamente a la acción, conducta o acto, coincidiendo que cualquiera que sea su denominación, en ella se basa el concepto del delito. Concluye el citado Ministro Zaffaroni que, la conducta es el género o sustantivo del delito, porque la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son adjetivaciones de la conducta, o sea que cada una de ellas pueden predicarse respecto de la conducta.¹¹

⁸ Cfr. *Ibidem*. Pág. 197 -198.

⁹ Cfr. *Ibidem*. Pág.198.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 311.

¹¹ Cfr. *Ídem*.

Por su parte, el Dr. Enrique Díaz Aranda se inclina por el término conducta en oposición al de acción utilizado por el autor Nimrod Mihael Champo Sánchez, al retomar la postura causalista, en la que se dice que delito es una acción típica antijurídica y culpable.¹²

El jurista Santiago Mir Puig sobre el particular expresa que *“la concepción de la antijuridicidad como infracción de una norma imperativa o directiva conduce a exigir, como primer requisito de la misma, que concurra un comportamiento humano –lo que se llama también “acción”-. Sólo el comportamiento humano puede intentar ser evitado por la norma.”*¹³

Vistas las diversas posturas para determinar el vocablo correcto del primer elemento del delito, considero que el adecuado es el de conducta, en virtud de que es un concepto genérico, que refiere la exteriorización de la voluntad humana a través de sus diversas formas (acción u omisión) y que causa la afectación a un bien jurídico protegido por la norma.

1.3. La conducta en la evolución de la dogmática penal.

Como se ha expuesto, el primer elemento del delito, ha sido estudiado por diversos autores que a lo largo de la historia han postulado sus conceptos, identificándose cuatro grandes escuelas o corrientes. Al respecto, el citado penalista Santiago Mir opina que en la actualidad coexisten tres concepciones principales de la acción o comportamiento humano, origen de profundas divergencias en la ciencia jurídico penal: el concepto causal, el final y el social de acción, sin embargo precisa que:

“La explicación de tales discrepancias ha de buscarse en el origen histórico de cada una de dichas concepciones, que marcan los hitos más importantes no sólo de la evolución del concepto de acción,

¹² Cfr. CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael. *“El Dominio del Hecho, Formas de Autoría en el Delito.”* Ed. Porrúa, México, 2006. Pág. 1

¹³ MIR PUIG, Santiago. *“Derecho Penal, Parte General”*, 2a. ed., Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, 1985. Pág. 126.

sino también de la moderna historia de la dogmática jurídico –penal en general.”¹⁴

1.3.1. Sistema Clásico.

La escuela clásica tiene su esplendor a fines del siglo XIX y principios del XX, sus postulados tienen un enfoque científico naturalista de la metodología jurídico-penal, influida por el optimismo científico producido por el progreso de las ciencias naturales (positivismo naturalista).

Los penalistas Franz Von Liszt y Ernest Von Beling son los fundadores de este sistema y en particular el primero de ellos el creador del concepto causal de acción, el cual constituye en la dogmática penal alemana el pilar del esquema clásico del delito. Siendo el núcleo esencial de este concepto, la causalidad. Para estos autores, la acción (positiva) era:

- 1) Un movimiento corporal;
- 2) Causado por un impulso de la voluntad; movimiento que, a su vez,
- 3) Causa una modificación del mundo exterior.¹⁵

Esta teoría sostiene que el “impulso de la voluntad” sólo importaba en cuanto a causa de la conducta externa, por lo que era indiferente cuál fuera el contenido de la voluntad y si se dirigía o no a realizar el hecho producido, con tal de que hubiera causado el movimiento corporal externo. La dirección final de la voluntad no se toma en cuenta por el concepto causal de acción.¹⁶ Es decir, la base del concepto causal de acción es la voluntad, la cual puede concebirse psicológicamente como aquél fenómeno de la conciencia por el cual establecemos las causas que provocan una modificación en el mundo exterior perceptible por los sentidos, de ahí que los causalistas consideren que la conducta se conforma de un aspecto objetivo y de uno subjetivo.

¹⁴ Cfr. MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 127.

¹⁵ VON LISZT citado por MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 127.

¹⁶ Cfr. MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 127.

El jurista Franz Von Liszt consideró como conducta relevante para el derecho penal aquella que causa un resultado consistente en la lesión al bien jurídico tutelado, perceptible por los sentidos, que se determinará a través del estudio y acreditación de sus causas, surgiendo así la teoría de la causalidad, de ahí que a este sistema, también se le denomine causalista. En palabras del citado autor:

“Existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado cuando éste no hubiera tenido lugar sin aquél; es decir, cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal sin que deba dejar de producirse el resultado ocurrido (conditio sine qua non)”¹⁷

Entonces para esta escuela, es fundamental demostrar que el resultado obtenido es la suma de las causas que confluyeron, en las que todas tienen el mismo valor, de ahí la conducta se tendrá por acreditada una vez que se cumplen los siguientes elementos: a) Manifestación de la voluntad, b) Resultado y c) Nexos causales.

Bajo esta estructura, el cuerpo del delito de homicidio, lesiones o robo tienen una acreditación sencilla, pues no habría dificultad para demostrar que la muerte, daño en la integridad física o desapoderamiento, tiene una causa directa y eficiente por parte del activo que produjo ese resultado.

En opinión del Dr. Enrique Díaz Aranda, en el caso del homicidio la aplicación de la teoría causal se advierte en las diversas diligencias que lleva a cabo el Ministerio Público durante la averiguación previa (realizando la inspección ocular, solicitando los dictámenes del médico forense y de balística, tomando las declaraciones de los testigos, etc.) con las cuales pretende establecer la relación causal entre el sujeto activo y el acto privativo de la vida.¹⁸

Agrega el autor en cita que las cadenas causales que se pueden construir a partir de la teoría causalista de la conducta no sólo incluyen a las causas inmediatas,

¹⁷ VON LISZT, citado por DÍAZ ARANDA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 149

¹⁸ DÍAZ ARANDA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 150 -151.

sino también a las llamadas concausas, es decir, aquellas que físicamente forman parte de la cadena causal, pero que valoradas conforme a la experiencia del hombre medio son más producto de la casualidad que de la causalidad, esto es en palabras del destacado jurista alemán Von Liszt:

“la herida se considera como causa de la muerte, aunque ésta no se hubiera producido sin la debilidad orgánica de la víctima; o cuando a la herida, no mortal en sí misma, se añadiesen las consecuencias del incendio del hospital...”¹⁹

En estos ejemplos, aplicando la teoría causal, el resultado muerte tiene su origen tanto en la voluntad del sujeto activo de querer producir la lesión como en el tercero que interviene en esa cadena causal provocando el incendio, y que sin duda el resultado típico no solo atiende a la causalidad sino efectivamente también a la casualidad.

No obstante que en la mayoría de los casos, el acreditamiento de la relación causal entre el resultado material y el acto desplegado por el activo es evidente, sin embargo, para el Dr. Francisco Muñoz Conde, existen otros en los que no será tan sencillo determinar dicha relación, pues en el supuesto de que A hiere a B y este muere en la ambulancia cuando ésta se dirige al hospital por una mala atención médica, luego entonces la acción que ocasionó la muerte no es directamente la lesión causada por el sujeto B.²⁰ La escuela clásica trató de dar solución a estos problemas y dos fueron las teorías más importantes que elaboraron, a saber:

a) **Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la conditio sine qua non.-** Sostiene que es causa de un resultado, toda condición que al ser suprimida mentalmente, daría lugar a que este resultado no se produjese. De esta

¹⁹ VON LISZT, citado por DÍAZ ARANDA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 151.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Derecho Penal, Parte General”, 4ª. ed. Editorial Tirant lo Blancha Valencia, 2000. Pág. 259.

manera, todas las condiciones que dieron origen al resultado son equivalentes, en el caso del ejemplo anterior, aplicándoles cualquier variante (accidente de tráfico o deficiente atención médica) la acción de A (disparo) es la causa de la muerte de B.

Esta teoría se resume en las siguientes palabras: la causa de la causa es la causa del mal causado.

Bajo este esquema, no debe tomarse en consideración ni la concurrencia de condiciones o concausas preexistentes (como las condiciones patológicas del sujeto pasivo o su debilidad orgánica), ni las circunstancias sobrevenidas (como las infecciones) ni la intervención de hechos ajenos a la voluntad de activo (como la imprudencia del lesionado para no cuidar sus heridas o la impericia del médico que lo atiende), toda vez que ninguna de estos supuestos excluyen en el homicidio la relación de causalidad.²¹

De aplicarse esta teoría para acreditar el nexo de causalidad entre la acción y el resultado relevante para el derecho penal, se estaría ampliando la responsabilidad del sujeto activo, postura que en algún momento los órganos jurisdiccionales aplicaron, al emitir las tesis aisladas de las voces siguientes:

HOMICIDIO. TEORIA DE LA CONDITIO SINE QUA NON O DE EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). *El Código Penal para el Estado de Veracruz anterior al vigente contenía las siguientes disposiciones: "230. Para la imposición de las sanciones que correspondan al delito de **homicidio**, se tendrá como mortal una lesión si concurren las siguientes circunstancias: I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, a alguna de sus consecuencias inmediatas o a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo*

²¹ MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael. "Derecho Penal, Parte General", 4ª. ed. 2ª. reimpresión, Editorial Trillas, México, 2001. Pág. 178 y ss.

combatirse, ya por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios; y II. Que la muerte del ofendido ocurra dentro de los sesenta días siguientes al en que fue lesionado". "231. Siempre que concurren las circunstancias señaladas en el artículo anterior, se tomará como mortal una lesión, aunque se pruebe: I. Que se habría evitado la muerte con auxilio oportuno; II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; o III. Que lo fue a consecuencia de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión". "232. No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió, cuando la muerte sea el resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual esta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, ajenas a su proceso evolutivo normal". Estos preceptos recogen la teoría de la *conditio sine qua non*, o de equivalencia de las condiciones, estimando mortal una lesión cuando constituye antecedente necesario de la muerte resultante; y la **concausa** posterior como es la inoportuna prestación de los auxilios médicos adecuados, no elimina el tipo de **homicidio**. Según esta teoría, toda condición del resultado típico es equivalente y debe conceptuarse causa de ese resultado; la relación causal se determina si, prescindiendo imaginariamente del antecedente, subsiste el resultado. Tal ocurre en un caso, si no es imaginable que una infección se hubiere presentado, en ausencia de la lesión que ocasionó el inculpado. Luego, desde este punto de vista, la lesión sí guarda una relación de causalidad con la muerte ocasionada. Enfocando la situación desde otro ángulo, debe considerarse que la muerte se debió a una derivación de la misma lesión, aunque posiblemente en el caso particular pudiera haber sido curable, si no lo fue por carecerse de los recursos necesarios. Entonces, queda debidamente establecida la conexión sucesiva que se presenta entre lesión-infección-muerte. Por otra parte, si la muerte del

ofendido ocurrió dentro de los sesenta días siguientes al en que fue lesionado, se integran los supuestos que refiere el artículo 230 del Código Penal del Estado, para estimar mortal una lesión. Con referencia a lo dispuesto por el artículo 231 del mismo Código, aun cuando estuviera acreditado que la muerte se habría evitado con auxilio oportuno y adecuado, el dispositivo acabado de invocar previene que esta circunstancia no impide considerar como mortal a la lesión. Cuando el artículo 232 del ordenamiento legal que se viene citando, indica que no se considerará como mortal la lesión cuando ésta se hubiere agravado por causas posteriores, ajenas a su proceso evolutivo normal, no se refiere a la omisión en la atención oportuna y adecuada del lesionado, que en su caso habría evitado la muerte, porque esta circunstancia, como se dijo, no impide considerar como mortal a la lesión, de acuerdo con la fracción I del artículo 231. Luego, esa causa posterior será aquella atribuible al propio paciente o a terceros, autónoma de la lesión original, que genera una relación causal independiente y produce como resultado la muerte, por haber agravado la lesión y alterada la evolución normal de ésta; de manera que si en el caso considerado, no está demostrado que el cuadro infeccioso fuera producido por injerencia de causas posteriores y si al decir de los médico legistas, toda herida, por superficial que sea, está expuesta a una infección de ese tipo, ésta formó parte del proceso normal evolutivo de la lesión que particularmente resintió el ofendido, aun cuando no sea la consecuencia general en todos los casos y debe estimarse como mortal.²²

HOMICIDIO, LESIONES MORTALES EN CASO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).

²² Registro No. 234579. Localización: Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación 151-156 Segunda Parte, Página: 60, Tesis Aislada, Materia: Penal. Amparo directo 3550/78. Evaristo del Angel del Angel. 2 de diciembre de 1981. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón, visible en la dirección <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>. Consultado el 30 de junio de 2010, 19:00 horas.

*El artículo 230 del Código Penal del Estado de Veracruz, al señalar que lesiones se tendrán por mortales en caso de **homicidio**, adopta la teoría doctrinaria de la equivalencia de las condiciones, al atribuir el carácter de causa a toda **condición** que concurra a la realización del resultado, ya que las lesiones y sus consecuencias inmediatas o las complicaciones determinadas por dichas lesiones, constituyen causas eficientes en orden al resultado.*²³

b) **Teoría de la Condición más efectiva o más eficaz.**- Sostiene que si bien es cierto que todas las condiciones son necesarias, porque todas contribuyeron de algún modo para la obtención al resultado, también lo es, que debe determinarse una clara diferencia entre ellas respecto a su eficacia.

Es decir, la causa que determine el nexo será aquella que haya contribuido en mayor medida a la producción del resultado o haya sido predominante, sin embargo, esta teoría tiene una severa crítica, en el sentido de que en muchas ocasiones también es difícil identificar cuál es, precisamente la condición que comparadas con las otras fue la que desencadenó el fatal final.

Bajo este contexto, estas teorías realmente no son una fórmula sencilla para determinar la relación causal y por tanto el fundamento de la imputación del resultado al agente.

Luego entonces, es evidente que en las relaciones de causalidad están presentes otros factores que rompen el proceso causal directo del resultado entre el sujeto activo (acción) y el pasivo, ya sea por caso fortuito o deliberadamente, dando pie al inicio de una nueva e independiente cadena causal que desemboca en la afectación del bien jurídico y que es necesario determinar a quien ha de imputarse la responsabilidad, si al que origina la causa o a quien aprovechándose de ella genera

²³ Registro No. 236734, Localización: Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación 32 Segunda Parte, Página: 41, Tesis Aislada, Materia: Penal. Amparo directo 610/71. Plácido García Argüelles. 2 de agosto de 1971. Cinco votos. Ponente: Abel Huitrón y A., visible en la dirección <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>. Consultado el 30 de junio de 2010, 21:00 horas.

una diversa o si ambas pero sólo respecto del resultado que en su individualidad verdaderamente causó, este tema es parte fundamental a delimitar en el presente estudio, como lo abordaré en capítulos posteriores.

Ahora bien, corresponde analizar el aspecto que abarca la conducta, que es el subjetivo, entendido este como la voluntad libre de violencia física o psicológica que da al ser humano el impulso de llevar a cabo tal o cual comportamiento.

Así para el causalismo la voluntad o “querer interno del agente” era requisito indispensable de la conducta. El jurista alemán Beling sostenía que “para poder afirmar que existe una acción basta saber que el sujeto volitivamente ha actuado o ha permanecido inactivo; el contenido de la voluntad sólo tiene importancia para el problema de la culpabilidad.”²⁴

De lo anterior, puede advertirse que el lado subjetivo, a su vez se divide en dos partes, la primera que consiste en el dominio mental que tiene el activo sobre su cuerpo para dirigir sus movimientos y la segunda, que radica en el fin o intención que se tiene para realizar la conducta.

Luego entonces, para este sistema la conducta se tiene por acreditada cuando se presenta la lesión a un bien jurídico producto de un resultado material que estuvo dirigido por el impulso del sujeto, no importando a este momento que pretendía o cuál era la intención del activo al momento de llevar a cabo tal comportamiento, ya que esta parte, era materia de estudio hasta el elemento culpabilidad.

Por otra parte, el planteamiento causal – naturalístico conducía a una concepción muy insatisfactoria de la omisión, que no es un movimiento corporal que cause una modificación en el mundo exterior. La omisión, se explicaba, entonces, como “omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo”, como “causa de impediendo

²⁴BELING citado por DÍAZ ARANDA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 152.

de un cambio en el mundo externo, pero es evidente que la ausencia de movimiento y el no impedir un cambio son conceptos meramente negativos que no permiten construir ningún concepto (positivo) de omisión.²⁵

1.3.2. Sistema Neoclásico.

Los postulados de la escuela clásica fueron criticados y de alguna forma superados por los partidarios del sistema neoclásico, quienes bajo la influencia de la filosofía neokantiana reclamaban junto a las ciencias de la naturaleza la autonomía de lo que llamaban las ciencias del espíritu, que a diferencia de aquellas que no se conformaban con el observar y escribir hechos, exigían el comprender y el valorar el sentido de los hechos.

El penalista alemán Edmund Mezger, principal exponente de esta escuela, presenta a la conducta humana como:

“I. El hecho punible es conducta humana. Este es el sólido punto de arranque de todas las consideraciones ulteriores. Una característica es común a todos los hechos punibles; estos son siempre y en todas partes una conducta humana determinada. Solo el hombre y el hacer y omitir del hombre son punibles. ...

Todo hecho presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo. El hombre tiene una doble naturaleza, material y psíquica. También su conducta, en la convivencia humana, presenta siempre, por consiguiente, un aspecto externo, perceptible físicamente, y otro interno y psíquico. No con toda exactitud, pero en forma comprensible y corriente, se denominan, respectivamente, aspecto “objetivo” y “subjetivo” del hecho punible. En tal sentido, todo hecho punible contiene necesariamente relaciones objetivas y subjetivas.

²⁵ Cfr. MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 128.

Toda la “teoría del delito” esta compenetrada de este contraste y de esta unión. ...”²⁶

Es claro, que bajo esta concepción, la conducta humana no sólo tiene un aspecto objetivo o material, sino que además tiene una parte subjetiva o interna que radica en la psique del sujeto y que resulta importante para realizar un análisis integral de la misma al amparo de la teoría del delito.

Así las cosas, el aspecto objetivo de la conducta ya no descansaba en la causalidad desencadenada por una conducta o impulso, ahora estaba soportada en juicios de valor (desvalor) que permiten excluir causalidades provocadas por ella y sobre todo las denominadas concausas o las siempre presentes casualidades:

“... sólo una conexión causal adecuada fundamenta la responsabilidad penal. Pues aún en los caos en los que la acción es causal respecto al resultado, sólo podrá castigarse al agente por dicho resultado cuando la conexión causal es relevante, es decir, importante jurídicamente.”²⁷

Bajo esta concepción, para valorar si la conducta que estaba relacionada causalmente con el resultado se podía además considerar como relevante para el derecho penal, surgiendo así la denominada teoría de la adecuación creada por el autor Ludwing von Bar, y aplicada al derecho penal por el jurista J.v. Kries, quien exponía:

“...entre las condiciones que cooperan a la producción de un resultado destacan algunas que son generalmente “apropiadas” (adecuadas) para la producción de un resultado de índole del que en cuestión se trata, y de las que pueden decirse que, según nuestra experiencia,

²⁶ MEZGER, Edmund. Derecho Penal, Parte General, Traducción de la 6ª ed. alemana por el Dr. Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958. Pág. 78 – 79.

²⁷ MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 2ª. ed. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado. Nueva edición del Tomo I, 1955. Pág. 237.

*deducida de la observación de los hechos de la vida, tienden de modo general a producir resultados de dicha índole. En tal caso se puede denominar **adecuado** a la causación, e igualmente es ilícito hablar, en contraste a esto, de una causación no adecuada o fortuita cuando, faltando tal conexión general (tendencia general de la condición), sólo respecto a un caso aislado y concreto es posible decir que dicho resultado no hubiera aparecido si no hubiera tenido lugar una cierta acción antijurídica.”²⁸*

Destaca entonces, que bajo esta teoría, sólo se considera como causa aquella que produce físicamente el resultado siempre y cuando sea la generalmente apropiada para producirlo conforme a un juicio de probabilidad, por ejemplo, la conducta consiste en que una persona propicie a otro un enorme susto, a quien en apariencia es corpulento y joven, causándole un paro cardíaco y en consecuencia la muerte, no puede considerarse causalmente adecuada, porque la probabilidad nos indica que generalmente un susto no causa la muerte de una persona dado que en muchas ocasiones, no es perceptible a los sentidos los padecimientos del corazón.

Ahora bien, al igual que en el sistema clásico, el aspecto subjetivo de la conducta tiene como característica que esta debe ser voluntaria y su estudio se continuaba reservando a la culpabilidad, en palabras del jurista Mezger:

“... la teoría de la acción y la teoría de la culpabilidad descansan ambas en el querer del autor. Pero mientras que a la acción pertenece todo lo que es efecto del querer, a la culpabilidad sólo corresponde lo que, siendo efecto del querer, es, al mismo tiempo, contenido (contenido de representación) del querer. Hoy aparece firme de modo incontestable que sólo lo representado puede ser

²⁸ VON, Kries, “Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte” citado por DÍAZ ARANDA Enrique. Ob. Cit. Pág 159 – 160.

*contenido del querer y que lo no representado tampoco puede ser querido.*²⁹

De lo anterior, se puede advertir que aunque para la escuela neoclásica el concepto de la acción dejó de ser naturalístico, no por ello dejó de ser causal; la esencia de la acción era todavía el ser causación, causada a su vez por la voluntad, pero no dirigida por ella. Eso se expresaba diciendo que lo esencial de la acción no era el contenido de dirección de la voluntad –esto es, si el autor quería o no producir el hecho típico-, sino sólo el que obedeciese a una voluntad- dirigida o no a producir el hecho típico, pues como ya se comentó, el contenido de la voluntad se dejaba para la culpabilidad, en donde se situaba el dolo.³⁰

Por lo que respecta al concepto de omisión, así como en el causalismo, se encontraban serias dificultades para explicar los supuestos de la misma y acreditar la relación causal, pues en palabras del Ministro Argentino Raúl E. Zaffaroni, la omisión considerada como un no hacer, no es causa de ningún resultado típico,³¹ por ejemplo, la conducta de quien realiza una conducta distinta (ver televisión) a la debida (amamantar a su hijo), ni interviene en la cadena causal ni es la adecuada para provocar el resultado.

Hasta esta etapa de la dogmática, la omisión continúa sin fundamentos que expliquen la relación que se genera entre la conducta esperada y exigible al sujeto y el resultado materialmente perceptible por los sentidos, forma de la conducta humana que resulta importante para el objeto del presente estudio y que es materia de análisis en capítulos posteriores.

1.3.3. Sistema Finalista.

La evolución de los postulados de la teoría del delito, traen a discusión, la corriente finalista, cuyo principal exponente es Hans Welzel, profesor alemán, autor

²⁹ MEZGER, Edmund. “Tratado de Derecho Penal, Tomo I”, 2ª. ed. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado. Nueva edición del Tomo I, 1955. Pág. 91.

³⁰ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. Pág. 128.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 333.

de la Teoría Final de la acción y que marca la discusión de la dogmática penal en Europa durante los dos primeras décadas después de la segunda guerra mundial (1950 – 1970).

Esta teoría deja atrás el subjetivismo epistemológico característico del neokantismo de la Escuela Sudoccidental Alemana, partiendo de un concepto de acción distinto al de las anteriores concepciones sistemáticas y mucho más rico en contenido. Pone en el primer plano del análisis al mundo ontológico o real, por considerarlo previo al conocimiento, así, la conducta del ser humano existe como tal con independencia de su reconocimiento intelectual, y por ello se erige como categoría autónoma de la teoría del delito.

El jurista Hans Welzel en su teoría de la acción, explica:

“Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causa exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, si no que es el resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso.

Por eso la finalidad es –dicho en forma gráfica- “vidente”, la causalidad es “ciega”.

Un ejemplo aclarará esto: cuando el rayo electrocuta a un hombre que trabaja en el campo, el acontecer se basa en que entre el hombre y la nube se originó la máxima tensión eléctrica, que llevó a la descarga.

Esta tensión pudo haberse originado también exactamente igual entre otro objeto de cierta altura y la nube. Que fuera justamente el hombre estaba por cierto condicionado causalmente en la cadena infinita del acontecer, pero el acontecer no estaba dirigido finalmente a ello. Totalmente diferente en las acciones humanas: Quien quiere asesinar a otro, elige conscientemente para ello, los factores causales y los dispone de tal modo que alcancen el fin previamente determinado. Aquí la constelación causal se ha ordenado para la concesión del fin: compra del arma, averiguación de la oportunidad, ponerse al acecho, disparar al objetivo: todos estos son actos dirigidos a un fin que están sujetos a un plan de conjunto.

Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución de un fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. Ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de eso lo convierte en una acción dirigida finalmente. Sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, ya que, y en la medida en que configura objetivamente el acontecer exterior.³²

Hasta esta parte de la exposición del jurista Welzel, la acción final sólo puede ser actividad humana, precedida por la voluntad del autor de querer obtener el resultado, eligiendo para tal efecto los medios que lo lleven a cometer el ilícito, excluyéndose por tanto los análisis de los comportamientos animales irracionales o aquello en los que el hombre actúe como una masa mecánica o sean resultados de movimientos reflejos.

³² HANS, Welzel. "Derecho Penal Alemán, Parte General", 11ª. ed. Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970. Pág. 53 -54.

La dirección final de una acción, señala el citado autor:

“... se lleva a cabo en dos etapas, que en las simples acciones diarias se entrecruzan y sólo pueden distinguirse conceptualmente:

a) La primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento.

Empieza con:

α) La anticipación (el proponerse) del fin, que el autor quiere realizar. De ello sigue –a partir del fin–.

β) La selección de los medios de la acción para la consecución del fin. El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son requeridos para el logro del mismo, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de acción). Este proceso mental se llama, por eso, “de retroceso”, puesto que consta el fin y desde él se escogen los factores causales requeridos como medios de la acción.

Ahora bien, los factores causales elegidos como medios van siempre unidos, con otros efectos además del fin perseguido. El fin es siempre sólo un sector de los efectos de los factores causales puestos en movimiento. Por ello, también pertenece a la selección de los medios.

γ) la consideración de los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin.

Este proceso mental no se lleva a cabo hacía atrás, desde el fin, sino hacia adelante, a partir del efecto causal elegido como medio en dirección a los efectos que trae o puede traer como consecuencia. La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios escogidos hasta ese momento o a seleccionar

factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes o, en caso contrario, a dirigir la acción de modo de evitarlos. La voluntad de acción orientada a la obtención del fin se encamina aquí, al mismo tiempo, a evitar efectos concomitantes. Por otra parte, la consideración de los efectos concomitantes puede también llevar a que al autor incluya (compute en el cálculo) en su voluntad de acción la realización de los mismos, sea porque tenga por segura su producción en caso de aplicación de esos medios, o por lo menos, cuente con ella. En ambos casos la voluntad final de realización abarca también la realización de los efectos concomitantes. Por el contrario, se excluyen de la relación final todos aquéllos estimados como posibles, respecto de los cuales el actor confía que no se producirán.”³³

Como lo expone el autor en cita Welzel, el análisis de esta etapa que transcurre en el pensamiento del sujeto, se le denomina de “retroceso”, y está sustentado en los conocimientos previos que el individuo tiene sobre los procesos causales, los cuales le pueden indicar que para conseguir un fin será muy probable provocar otros resultados, consecuencias que por supuesto también quedarán incluidas dentro de la voluntad del agente, ya que para lograr el objetivo tiene que pasar por ellas, de tal forma que no podría desconocer su autoría, incluso también, si en su planeación, decidió optar por otros medios que “consideró” producirían en menor proporción los resultados concomitantes.

Tal es el caso de aquel que decide matar a su tío para heredar su inmensa fortuna, planeando un supuesto robo a mano armada, cuando éste se haya a bordo de su automóvil en transcurso a su oficina, sabiendo que siempre va acompañado de su chofer, quien seguramente opondrá resistencia, por lo que para lograr su objetivo (privar de la vida), también tenga que causar lesiones o incluso la muerte a dicho sirviente, resultado que también reclamará su autoría.

³³ Ibidem. Pág 54 – 55.

En este ejemplo, se pone de manifiesto el efecto de retroceso que opera en la mente del agente, ya que una vez que el sobrino decidió matar a su tío para convertirse en millonario, retrocede mentalmente para escoger la forma y evaluar las posibilidades de éxito de cada una de ellas, es decir, delibera cual es la más efectiva: envenenarlo, simular un robo a la casa en que habita, en el que salga gravemente herido y por su condición física, confiar en que no resistirá y finalmente muera o hacer parecer que se suicidó.

Esta fase, al desarrollarse dentro de la psique del sujeto, no es punible, ya que no ha exteriorizado ningún pensamiento, traducido en un acto, que sea por sí mismo constitutivo de delito.

Ahora bien, la segunda fase, según Welzel, es la concreción de ese plan criminal:

*“b) De acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios y el cómputo en el cálculo de los efectos concomitantes, **el actor efectúa su acción en el mundo real.** Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de acción (factores causales) escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total a realizar.*

La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento. En la medida en que no se logra la sobredeterminación final en el mundo real –p.ej., cuando el resultado no se produce por cualquier razón-, la acción final correspondiente es sólo intentada.”³⁴

³⁴ Ibidem. Pág. 55 – 56.

Siguiendo el ejemplo en cita, en esta etapa, el sobrino ambicioso, realiza las conductas necesarias para lograr el objetivo, estudia la ruta que recorre su tío a la oficina, (tiempo y condiciones de las calles), contrata a dos personas para que lo ayuden en el momento del supuesto asalto, compra máscaras e indumentarias para no poder ser identificado, acciones que hasta el momento, a pesar de ser exteriorizadas por si solas no constituyen delitos, lo que no ocurriría en el caso de que adquiriera una arma de las prohibidas por la ley reglamentaria, ya que en ese momento, sin haber logrado su objetivo (matar a su tío) ya se estaría configurando un ilícito, del cual, cumplido o no dicho objetivo, se haría responsable del mismo.

La parte punible de la conducta, en este caso, inicia cuando el agente intercepta el automóvil, causa lesiones al chofer y detona el arma sobre su tío, causándole la muerte, presentándose en ese momento, que derivado de los disparos, uno de ellos, hiere a una transeúnte.

Con el ejemplo en comento, se pone en evidencia que, en contraposición con la escuela causal, en la que todas las consecuencias están determinadas causalmente, ahora todas aquellas causas pertenecen a una relación final que las liga a su autor desde que este las incorpora a su voluntad anticipadora de realización, en palabras del jurista Welzel:

“En contraste con la relación casual, en la cual todas las consecuencias están determinadas causalmente, pertenecen a la realización final sólo aquellas que han sido incorporadas a la voluntad anticipadora de realización. No existe acción final “en sí” o “absoluta”, sino solamente en relación a las consecuencias antepuestas por la voluntad de realización.

La enfermera que coloca, sin saberlo, una inyección de morfina muy fuerte y de efectos mortales, realiza, desde luego una acción de inyectar final, pero no una acción de matar. Quien, para ejercitarse,

*dispara a un árbol –detrás del cual encuentra un hombre al que no puede ver, y lo mata- realiza desde luego una acción final de práctica de tiro, pero no una acción final de matar. En ambos casos, la consecuencia ulterior no querida (la muerte) ha sido producida en forma causal ciega por la acción final.*³⁵

Luego entonces, para el finalismo, la importancia de la conducta radica en el fin que con anterioridad tenía el autor para desplegar su conducta, de ahí que la teoría final de acción explicó sin duda a los delitos de acción dolosos, incluso en grado de tentativa, puesto que está de acuerdo en que el agente responda de los actos que en si mismos constituyan delitos, con independencia de que por causas ajenas a su voluntad no se haya cumplido el objetivo principal, sin embargo, no podía encontrar sustento el análisis de la culpa ni de la omisión.

En el caso de la omisión, la voluntad que guía la conducta del omitente no rige el proceso causal que trae aparejado un resultado, por ejemplo, aquél padre que lee el periódico y no salva a su hijo que se ahoga en la piscina- su finalidad (leer) no es la que guía el proceso casual que provoca la muerte del hijo, luego entonces, es necesario encontrar fundamentos que permitan explicar esta forma tan peculiar de cometer un ilícito.

1.3.4. Sistema Funcionalista.

Los sistemas antes descritos, no daban en su totalidad respuesta a las interrogantes dogmáticas, como es el caso de los tipos activos dolosos, tipos imprudentes y sobre todo algunos aspectos de las conductas omisivas. Posterior a 1970, la dogmática penal se encauza en una nueva corriente, surgiendo la denominada funcionalista, siendo dos los autores que destacan por la exposición de sus postulados, a saber, los juristas alemanes Claus Roxin con su funcionalismo

³⁵ Ibidem. Pág. 57.

moderado, racional o teleológico y Günter Jakobs con una postura radical o sistémica y sociológica.

A) Funcionalismo Moderado de Claus Roxin.

Este autor parte de la idea que los distintos elementos que componen la teoría del delito deben corresponderse con las finalidades político-criminales, es decir, que el Derecho penal se debe orientar según las valoraciones de la Política Criminal. Tal direccionamiento implica una necesaria renormativización de conceptos, cuya necesidad pone de relieve en su Política Criminal y Sistema de Derecho Penal (1970). Ello se logrará superando el divorcio que ya auguraba el penalista Von Liszt entre el Derecho penal y la Política criminal al señalar que el Derecho Penal es la barrera infranqueable de la Política Criminal.

Sobre tales perspectivas asienta la teoría del hecho punible, dando un enfoque distinto a los tradicionales elementos de la misma. En este sentido, expresa que su obra “intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi.

De este modo, funcionaliza la acción a partir del principio de exteriorización; la tipicidad, a través del principio de legalidad; la antijuridicidad, a partir de la resolución de conflictos sociales; reemplaza la culpabilidad por la responsabilidad (término abarcativo de la culpabilidad y la necesidad de pena) y, finalmente, a las condiciones objetivas de punibilidad, las funcionaliza a través de la ponderación de intereses extrapenales.

En lo relativo a la acción, tema que es fundamental para la presente investigación, el profesor Roxin estima que el Derecho Penal debe brindar un

concepto que cumpla con tres grandes cometidos fundamentales, a saber, función clasificatoria, de enlace y delimitadora³⁶:

- a) **Función clasificatoria o de supraconcepto:** la acción sería el género común que debería explicar todas las modalidades del comportamiento -comisivo, omisivo, doloso e imprudente- (dimensión lógica);
- b) **Función de coordinación, enlace o unión:** si la acción es sustantivo, el resto de los elementos de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad, responsabilidad) son calificativos, por lo que la acción es un lazo de unión entre ellos. Esto implica que el concepto de acción debe ser neutral frente a esos calificativos y tener suficiente entidad como para soportar todos los predicados subsiguientes (dimensión sistemática); y
- c) **Función delimitadora, negativa o límite:** si el delito implica como primer paso una acción, todo lo que no lo sea no podrá jamás ser delito. En este sentido es un concepto que deberá excluir el actuar de los animales, los casos de vis absoluta (dimensión práctica).

Así las cosas, y luego de criticar los conceptos preclásico, causalista, finalistas y negativos de acción, crea un concepto personal identificándola como una *“manifestación de la personalidad”*³⁷: Precizando que:

“En primer lugar, es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (‘somática’) del hombre, o ‘del ámbito material, vital y animal del ser’, sin estar sometidos al control del ‘yo’, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano. Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea

³⁶ Cfr. CLAUS, Roxin. *“Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”*, Editorial Civitas, Madrid, España, 2000. Pág. 234.

³⁷ *Ibidem*. Pág. 252.

*en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como **manifestaciones de la personalidad**, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la 'persona'. Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son **manifestaciones** de la personalidad y por tanto no son acciones".³⁸*

Según el jurista Roxin este concepto es acorde con las tres funciones de la acción que considera, toda vez que:

a) **Cumple la función de supraconcepto**, puesto que en esta definición se abarcan acciones y omisiones, tanto dolosas como imprudentes e incluso la omisión de culpa inconsciente, toda vez que el concepto defendido se diferencia de todos los demás conceptos de acción en que por una parte es cierto que proporciona un supraconcepto válido para todas las manifestaciones de la conducta delictiva, pero por otra parte renuncia a buscar lo que conceptualmente tienen en común en la unidad del sustrato material (voluntariedad, corporalidad, finalidad, no evitación o similar)".³⁹

b) **Satisface la función de coordinación (enlace o unión)**, ya que brinda suficiente soporte para los restantes elementos categoriales de la teoría del delito, por que explica:

"...el concepto de 'manifestación de la personalidad', que enlaza con la forma prejurídica de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de un modo naturalista (como el

³⁸ Ídem.

³⁹ Cfr. Ibídem. Pág. 255.

“movimiento muscular”) o normativista (como la “no evitación evitable”), y que simultáneamente abarca gráficamente l fragmento de la realidad relevante para una primera y previa valoración jurídica. Dicho concepto designa el “sustantivo” al que se pueden vincular sin fuerza, y sin que fueran prejuzgadas por ello, todas las demás valoraciones jurídicopenales. Describir un delito como la manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable se ajusta exactamente a la situación real.

Sin embargo, también es cierto que el concepto de “manifestación de la personalidad” no es completamente neutral en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo, pues en el ámbito de la omisión dicho concepto tampoco puede prescindir sin excepciones de la valoración jurídica.”⁴⁰

Aunque el citado autor reconoce que *“en parte de las omisiones no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción ha de adentrarse en el tipo”*.⁴¹ Por lo que se refiere a las acciones comisivas precisa:

“... no hace falta recurrir ni a la categoría de lo social ni a la de o jurídico para comprobar si concurre o no una manifestación de la personalidad; y en la mayoría de las omisiones ello se desprende ya de la inclusión de la esfera social, pero en otras es preciso incluso el mandato jurídico como condición necesaria para la posibilidad de una manifestación de la personalidad.”⁴²

c) Por último, encuentra que el concepto de “manifestación de la personalidad” delimita entre la acción y falta de acción, puesto que un

⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 256.

⁴¹ *Ibíd.* Pág. 257.

⁴² Cfr. CLAUS, Roxin. *“Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”*, Editorial Civitas, Madrid, España, 2000. Pág. 258.

concepto de acción como el propuesto, permite desechar el actuar de los animales, el de las personas jurídicas, el relacionado con el mundo de lo interno (pensamientos, actitudes internas, disposiciones de ánimo, etcétera; ello en virtud de la vieja máxima cogitationis poenam patitur -nadie sufrirá una pena por sus pensamientos-) y los supuestos en que el sujeto actúa como masa mecánica (ej. vis absoluta, estados de inconsciencia absoluta, etc.). No obstante hay una serie de casos controvertidos. En este sentido destaca el jurista analizado que “*en una discutida zona límite se penetra en el caso de los movimientos reflejos, automatismos, hechos producidos bajo impulsos afectivos de alta intensidad o en embriaguez ‘sin sentido’*”.⁴³

Finalmente diremos que el maestro Roxin señala que su concepto de acción es normativo, pero no normativista porque:

“... el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que en los terrenos fronterizos atiende a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista...ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica”.⁴⁴

B. Funcionalismo Radical de Günther Jakobs

El jurista alemán Günther Jakobs, sostiene que los elementos categoriales de la *teoría del delito* deben corresponderse con la función que cumple el Derecho penal en el sistema social que, para él, viene dada por la teoría de la *prevención general positiva*. En efecto, el citado catedrático parte del sociólogo Niklas Luhmann

⁴³ *Ibidem*. Pág. 261.

⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 265.

quien, en su obra *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974), analiza concienzudamente el sistema social y su funcionamiento.

Siguiendo esta línea de pensamiento, afirma que el Derecho penal es una herramienta esencial para mantener la estabilidad social, y que las normas son comportamientos esperados cuyo cumplimiento trae cohesión al entramado social.

Para este autor el hecho punible es el *quebrantamiento de la vigencia normativa*, esto es, una acción desautorizada por la norma, infiel al ordenamiento jurídico, que supone un déficit comunicativo, y la pena se presenta como la necesaria reacción social que aclara y actualiza la vigencia normativa, reforzando de este modo la convicción colectiva en sus valores, todo lo cual conlleva tranquilidad en la comunidad, en virtud de que el mensaje de la sociedad (pena) es más fuerte que el de quien la cuestiona pretendiendo organizarla de modo diferente al estatuido (el delincuente).

Por lo que respecta al concepto de acción desarrollado por el jurista Jakobs, éste señala que no puede provenir ni de la naturaleza ni de los esencialismos, sino de la realidad social:

*“... el concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad. No es la naturaleza la que enseña lo que es la acción, como pretendía la escuela de V. Liszt con su separación de lo físico y lo psíquico, y el concepto de acción tampoco puede extraerse de la ontología, como comúnmente se sostiene que Welzel intentó demostrar con su punto de partida desde la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho penal”.*⁴⁵

⁴⁵ JAKOBS, Günther. *“Estudios de Derecho Penal. El concepto jurídico penal del acción”*, Traducción de Enrique Peñaranda; Carlos J. Suárez y Manuel Cancio, Editorial Civitas Coeditado con la Universidad Autónoma de Madrid, 1997. Pág. 102.

El autor en cita no define la acción de un modo puro, ya que construye el concepto del primer elemento de la teoría del delito sobre la base de cuestiones vinculadas a otros niveles, pueden ensayarse conceptos provisorios y nociones definitivas. Los primeros están relacionados con la evitabilidad y la imputación; y los segundos con la culpabilidad.

En efecto, la acción es, en primer término, la causación de un resultado individualmente evitable. Esto es lo que se denomina un concepto negativo de acción, siendo lo importante en ella la evitabilidad.⁴⁶ En palabras del profesor Jakobs:

*“la acción, por tanto, es expresión de un sentido; esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dominante dirigida a evitar las consecuencias”.*⁴⁷

No obstante, a poco de afirmar lo anterior, señala que “sin embargo, este estado de desarrollo de la teoría de la acción -la acción como producción individualmente evitable de un resultado y, con ello, como expresión de un sentido- hoy en día ya no es satisfactorio”⁴⁸ y ello se debe a tres grandes cuestiones, en primer lugar, porque no explica la tentativa; en segundo término, ya que no fundamenta acabadamente los hechos omisivos (punibles sin relación de causalidad) y, por último, olvida un elemento social por concentrarse en uno individual-antropológico.

En efecto, en la tentativa parecería que este concepto no sirve porque allí no se verifica un resultado. Sin embargo, en la misma, el resultado -para dicho autor- no es material sino jurídico y consiste en el no reconocimiento de la vigencia normativa,

⁴⁶ Cfr. ROXIN, Claus. Ob. Cit. Pág. 247 y ss.

⁴⁷ JAKOBS, Günther. Ob. Cit. Pág. 111.

⁴⁸ Ídem.

con lo que la primera crítica puede salvarse. Es por ello que formula “*una conclusión provisional: acción es objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, esto es, la expresión de sentido de que la norma en cuestión no es la máxima rectora*”.⁴⁹

En cuanto a las omisiones, pone de relieve que ellas implican el acogerse un ámbito de organización que le corresponde a otro, todo lo cual pone en crisis la vigencia normativa. Ello lo lleva a sostener que “*la definición propuesta -actuar significa convertirse de manera individualmente evitable en la razón determinante de un resultado- también sirve para la omisión*”⁵⁰, es decir:

*“... a partir del concepto aquí empleado, de acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado, se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva diferencia de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión. Ejemplo: El que alguien causa evitablemente la muerte de otro, o no impida, de modo evitable (dolosa o imprudentemente), las condiciones suficientes, por otro origen ya existentes, de la muerte, a pesar de la diferencia entre acción y omisión, coinciden en la diferencia evitable entre las respectivas alternativas; se trata precisamente de la diferencia entre la vida y la muerte. Por expresarlo en una fórmula: Conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado”.*⁵¹

Por último, expresa que el concepto de acción sostenido provisoriamente - esto es, la acción como causación de un resultado individualmente evitable-, necesita ser interpretado desde un contexto social. Dicho de otro modo, la acción no puede concebirse a partir de naturalismos (propios del causalismo) u ontologicismos

⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 118.

⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 116.

⁵¹ JAKOBS, Günther. “*Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*”, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995 Pág. 177.

(propios del finalismo esencialista), sino que precisa de un esquema de interpretación social que sea comunicativamente relevante. Y para lograr ello nada mejor que integrar el concepto de acción en el de imputación.

En este sentido:

“... acción’ sólo es la causación imputable. ... el ingeniero que diseña una carretera y el constructor que la lleva a cabo son causales de los accidentes mortales que suceden en ellas, pero cuando sus comportamientos son valorados socialmente como congruente con los estándares de seguridad exigidos no se los considerará matar (aun cuando exista un elemento subjetivo: ej. que el ingeniero quisiera que se mate gente en la ruta diseñada), todo lo cual pone de relieve que existen causas de ciertos resultados que no se imputan al productor de los mismos porque no se tratan de un riesgo socialmente desaprobado.”⁵²

Así las cosas, se advierte entonces que *“en su punto de partida, la evitabilidad no es individual sino objetiva”*.⁵³

Sin embargo, todo lo dicho hasta aquí tiene, para el jurista Jakobs, un valor provisorio puesto que:

“... un concepto de acción que almacene el programa completo del Derecho penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Acción es convertirse a sí mismo en culpable; formulándolo de otro modo: acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma. Este concepto de acción -y sólo éste- es más que un concepto auxiliar jurídico-penal, es el concepto de aquel comportamiento que hace necesaria la imposición de una pena. Los

⁵² JAKOBS, Günther. “Estudios de Derecho Penal. El concepto jurídico penal del acción”, Ed. Civitas, Madrid, 1997. Pág. 113.

⁵³ *Ibidem*. Pág. 121.

*conceptos que se ubiquen por debajo de este nivel acaso abarcan situaciones provisionales. Sólo si se extiende el concepto hasta la culpabilidad, adquiere un contenido vinculante desde el punto de vista del Derecho penal”.*⁵⁴

Luego entonces, si el destacado jurista Jakobs construye un concepto de acción vinculado a la evitabilidad, la imputación y nada menos que la culpabilidad, es evidente que se vuelven dudosos los límites entre el injusto (o ilícito) y la culpabilidad, lo que nos llevaría a la vieja idea hegeliana según la cual la acción es igual a la acción culpable.

Continuando con las ideas del filósofo Hegel, si el delito es la negación del derecho, la pena, la negación del delito y, por ende, la afirmación del derecho, contraponiendo lo que para Jakobs es el delito: quebrantamiento de la vigencia normativa o desautorización de la norma o falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuada (tesis), la pena la neutralización del delito (antítesis) y, por lo tanto, la que garantiza el restablecimiento de la vigencia normológica (síntesis), las distancias entre ambos autores se reducen.

Lo anterior, es pues sin duda una de las principales críticas que se hacen a los postulados del jurista alemán GüntherJakobs.

Si bien es cierto que existen diversas clases de funcionalismo penal, lo cierto es que se puede afirmar que las características más importantes de ellos son las siguientes:

- 1) Abandono de una dogmática de base ontológico-naturalista, en la que el legislador debía atenerse a estructuras previas, lo que importaba la falacia de *derivar del ser el deber ser*, perspectiva que se desentendía de las repercusiones que el sistema penal podía tener en la realidad social. En este

⁵⁴ Ibidem. Pág. 124.

sentido, sostienen que en una sociedad como la actual, esto es, postmoderna, postindustrial, pluricultural, globalizada y, en fin, compleja, es difícil sostener una argumentación apelando a ciertas estructuras inmutables del ser, como lo hizo, verbigracia, el finalismo.

2) La tendencia a construir un Derecho penal orientado a las consecuencias, es decir, a sus fines y a las valoraciones político-criminales que permitan configurar un sistema abierto, racional y adecuado a la actual sociedad.

3) La necesidad de renormativizar los elementos categoriales de la teoría del delito, lo que implica darle distinto contenido, sentido y alcance, conforme a esas nuevas valoraciones, siempre tendientes a la resolución práctica de los casos penales.

Resulta pues, importante para el objeto de estudio de la presente, lo que cada escuela de la dogmática penal consideró para el elemento primordial o categórico de la teoría del delito: conducta, toda vez que se partirá de dichos conceptos para determinar si cabe la posibilidad de una tercera forma de comisión del delito y si esta puede dar respuesta a alguna de las interrogantes que hasta este momento han quedado sobre la mesa de discusión.

1.4. Formas de expresión de la conducta.

Como ha quedado expuesto, con independencia de cuáles y cuántos sean los elementos del delito, es indiscutible que la conducta es el primero de ellos dentro de la prelación lógica con relación a los restantes o según sea el autor, es el presupuesto indispensable para la generación de un evento relevante para el derecho penal. Ahora bien, la adecuación de la conducta a la descripción legal puede ser hasta este momento de nuestra legislación, a través de dos formas de comisión,

es decir, de una actividad o una actividad voluntaria del agente, a saber, de una acción o de una omisión.

El análisis de estas dos formas de comisión del delito, son el punto de partida para determinar si cabe en el mundo dogmático del derecho penal una tercera forma de comisión la denominada omisión por comisión. No obstante que la acción y la omisión son temas que serán abordados en capítulos siguientes, se considera importante exponer de manera general lo que implican estos conceptos.

1.4.1. Acción.

La acción desde el punto de vista del derecho penal, consiste en la realización de cualquier movimiento corporal positivo, a fin de adecuarse a la determinada figura típica con ánimo de ir en contra de lo dispuesto en la norma.⁵⁵

Luego entonces, la acción se presenta con la manifestación de la voluntad humana a través de un actuar positivo, que viene a infringir una norma de carácter prohibitivo necesariamente de índole penal. Concepto del cual se pueden apreciar como parte integrante de la misma, tres elementos: a) la manifestación de voluntad o querer, b) la actividad o movimiento corporal y c) el deber jurídico de abstenerse.

Aspectos fundamentales que integran la expresión de la voluntad del agente en el mundo exterior y que serán materia de estudio en el capítulo II del presente trabajo de investigación.

1.4.2. Omisión

Nuestros autores mexicanos opinan que frente a la acción como conducta positiva (implica motividad del cuerpo traducido en una actividad típica voluntaria), encontramos a la omisión, forma de conducta negativa, o inacción, consistente en el

⁵⁵ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. "Cuerpo del Delito y Tipo Penal", 1ª. ed., Ed. Ángel Editor, México, 2002. Pág. 137.

no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal.⁵⁶ Es decir, la conducta omisiva se produce cuando el omitente, tenía obligación de actuar ante una determinada situación para evitar un resultado lesivo.⁵⁷

La omisión a su vez, se puede mostrar de dos maneras distintas, a saber:

- a) Omisión simple o propia, la cual consiste en esa abstención voluntaria o involuntaria, que viola una norma preceptiva y produce un resultado típico.⁵⁸
- b) Omisión impropia o también llamada comisión por omisión, cuya esencia se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material.⁵⁹

El análisis de estas subformas, así como otros aspectos relevantes de la omisión, son materia del capítulo III del presente trabajo de investigación, con el objeto de determinar si aparte de estas (acción y omisión, en particular la comisión por omisión), cabría la posibilidad de contemplar una forma diversa, denominada hasta el momento por la dogmática como omisión por comisión, refiriéndose a supuestos en los que un hacer positivo cumple con el tipo de una omisión, propia o impropia, según sea el caso.

⁵⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", 11ª. ed. Ed. Porrúa, México, Pág. 214.

⁵⁷ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Ídem.

⁵⁸ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. Pág. 239.

⁵⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. Pág. 216.

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN

2.1. Concepto.

Como ya se expuso, son diversas las acepciones que se utilizan para denominar al primer elemento del delito, a saber, acción, acto, hecho o conducta, sin embargo, se concluyó que lo más acertado es llamarlo conducta, pues refiere de manera general al comportamiento humano que interesa al derecho penal. Ahora bien, son dos las formas, hasta este momento aceptadas por nuestro sistema jurídico, en las que se puede manifestar el comportamiento humano: acción y omisión. Corresponde entonces ahora analizar a la acción, como forma activa o positiva del actuar del ser humano.

El Código Penal Federal, no establece un concepto, definición o alcance de qué se debe entender por acción, sólo se limita a precisar que ésta será una de las formas en que se puede cometer un delito y lo denomina acto, al concretarse en el primer párrafo del artículo 7° al decir que “*Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.*”⁶⁰

De ahí que surja la duda si lo correcto es acto o acción, sin embargo, considero que pueden ser sinónimos, puesto que ambos implican un hacer positivo, siendo esta la característica esencial del comportamiento humano y fundamento para su concepto. Sobre el tema, la doctrina penal ha emitido múltiples concepciones, por ejemplo para el maestro Porte Petit, la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un “tipo de prohibición”.⁶¹

Opinión similar emite el profesor Francisco Pavón Vasconcelos, al referir que “...*el sujeto, con su actuar voluntario, viola siempre un deber, el cual en los delitos de*

⁶⁰ Código Penal Federal, Editorial Raúl Juárez Carro, México, 2010. Pág. 145.

⁶¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. Pág. 235.

*acción es de abstenerse por contener un mandato de no hacer; por ello en tales delitos se viola siempre una norma prohibitiva... necesariamente de naturaleza penal”.*⁶²

Para el jurista Fernando Castellanos la acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.⁶³

Por su parte el autor Zamora Jiménez, la denomina acción y precisa que *“la acción desde el punto de vista del derecho penal, consiste en la realización de cualquier movimiento corporal positivo, a fin de adecuarse a determinada figura típica con el ánimo de ir contra lo dispuesto en la norma, ...En los delitos de acción generalmente se produce un resultado merced a un acto positivo que en ocasiones requiere para su integración una serie o multiplicación de movimientos, ...”*⁶⁴

El Dr. Francisco Muñoz Conde afirma que la acción es la manifestación de la voluntad y bajo su perspectiva, ello siempre va a modificar algo, el exponer:

“Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado. Pero este resultado ya no es parte integrante de la acción. Existe una tendencia doctrinal a considerar ya la acción manifestada misma como un resultado, pero con ello se confunde la manifestación de la voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de una manifestación. No es lo mismo ‘el producir’ que ‘lo producido’, la distinción entre acción, como simple manifestación de la voluntad, y resultado, como consecuencia externa derivada de la manifestación derivada de la manifestación de voluntad, tiene gran importancia para el derecho penal. Así, por ejemplo, el legislador castiga en algunos casos la simple manifestación

⁶² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. Pág. 213.

⁶³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 152.

⁶⁴ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Ob. Cit. Pág. 137 – 138.

de voluntad, como sucede en el delito de injurias (delitos de simple actividad); en otros además, el resultado derivado de ella, como sucede en el homicidio (delitos de resultado). En este último caso se exige una relación de causalidad entre la acción y el resultado. Ahora bien, puede que el resultado no se produzca y que la acción sólo sea punible a título de tentativa. En los delitos de peligro concreto, la acción peligrosa se castiga cuando se haya puesto en concreto peligro el respectivo bien jurídico. En el delito imprudente la acción imprudente sólo se castiga si produce un resultado lesivo, etc. Para determinar la antijuridicidad del hecho se distingue entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Igualmente en la teoría del concurso se diferencia según que el resultado haya sido producido con una o varias acciones o según una acción haya producido varios resultados.»⁶⁵

Puede advertirse que para el autor en cita, lo adecuado es denominarla acción, y nos explica que ésta tiene diversos elementos que la integran y dependiendo del grado de ejecución de los actos que se realicen, se estará en presencia de delitos de mera conducta, peligro, resultado o tentativa, lo cual es cierto, en virtud de que la conducta desplegada por el sujeto no siempre va estar condicionada la producción de un resultado material.

Incluso se ha dicho que el término acción resulta inadecuado en la terminología jurídica penal, por cuanto constituye uno de los aspectos de la conducta humana o comportamiento.⁶⁶

De las diversas concepciones, se puede concluir que la acción, se presenta con la manifestación de la voluntad humana a través de un actuar positivo, que viene a infringir una norma de carácter prohibitivo necesariamente de índole penal, la cual se puede presentar en diferentes grados de consumación. Luego entonces, se pueden apreciar como parte integrante de la acción los siguientes elementos:

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 17.

⁶⁶ Ver REYES CALDERÓN, José Adolfo. "Acción y Omisión", 1ª ed., Cárdenas Editor, México, 2001. Pág. 63.

- a) Voluntad de acción
- b) Manifestación externa de esa voluntad
- c) Resultado
- d) Relación de causalidad

2.2. Elementos de la acción.

2.2.1. Voluntad de acción.

Desde una postura finalista, el contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar; es decir, el fin que persigue la voluntad, de ahí que se afirme que la acción es el ejercicio de una voluntad final. Luego entonces la voluntad de la acción es el fin de delinquir, mismo que nace y se gesta, como toda acción humana, en la mente de su autor. Siendo de esta forma como la voluntad tiene una dirección, misma que se encamina a consumir un ilícito (se hace entonces presente el dolo), es decir provocar un daño a un bien jurídico tutelado por la norma (ejecución).

Por lo tanto, desde que una conducta humana se idea y llega a adecuarse perfectamente a uno de los tipos penales previstos por el código punitivo, pasa por diversos momentos o fases, siendo identificado este proceso por la doctrina como *iter criminis*.

Este camino se ha dividido en dos fases, la interna y la externa, siendo el fundamento de la primera de ellas, precisamente, el surgimiento de la idea de delinquir, es decir la voluntad, decisión o propósito de actuar dolosamente por parte del sujeto.

La **fase interna** se desarrolla dentro de la psique del sujeto; es decir, ocurre en la esfera del autor, y se considera que pueden presentarse tres momentos:

a) **Ideación o Idea Criminosa.**- Se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito. Bajo la concepción finalista, es dónde se propone la realización de un fin. Al respecto, el maestro Castellanos Tena, expresa:

“En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.” ⁶⁷

b) **Deliberación.-** Es el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella. ⁶⁸ La deliberación puede ser más o menos breve, e incluso faltar y pasar de manera directa a la resolución, que es el último proceso de la fase interna.

c) **Resolución.-** A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que ha de hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior sólo existe como propósito en la mente. ⁶⁹

En esta etapa el sujeto selecciona los medios necesarios, siendo que esa selección obedecerá a la finalidad de su acción y solo tomara en cuenta aquellos que en su sentir considere idóneos para lograr el objetivo, incluso se ha opinado que en muchos de los casos se está consciente de que con la práctica de dichos medios, puede no sólo lograr el fin propuesto, sino que también llegarán a producirse otros resultados, sobre este punto el criminólogo guatemalteco José Adolfo Reyes Calderón precisa:

*“...cuando decide resolver el problema de que es lo que quiere, toma en cuenta también los efectos concomitantes que van unidos a los medios para la realización del fin; y una vez los admite como de segura o probable producción, los realiza. Tales efectos pertenecen a la acción”*⁷⁰

⁶⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. Pág. 284.

⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 501.

⁶⁹ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. Pág. 284.

⁷⁰ REYES CALDERÓN, Ob. Cit. Pág. 65.

Hasta este momento todo se desarrolla en la mente del sujeto activo, es decir, no se ha exteriorizado el pensamiento de la persona, lógicamente no se lesiona ningún interés jurídico, no pudiendo entonces, sancionar al sujeto por su mero pensamiento, principio consagrado en la fórmula “cogitationem poena nemo patitur” (el pensamiento no delinque).

Estos tres lapsos, se reitera, sólo se presentan en los delitos de carácter doloso, pues para ellos es requisito necesario, el que el sujeto haya previsto desde un principio la realización de un ilícito.

Luego del desarrollo interno de la idea delictiva, cuándo el autor lleva a cabo dicha actividad en el mundo exterior, realizando actos materiales, estamos ya dentro de la fase externa u objetiva del delito; penetrando a lo que algunos autores denominan el proceso ejecutivo del delito.⁷¹

2.2.2. Manifestación externa de la voluntad.

En esta etapa, el sujeto exterioriza su idea criminal por medio de la palabra y lleva a cabo actos preparatorios tendientes a su ejecución, distinguiéndose así dos etapas:

a) **Actos Preparatorios.-** Como su denominación lo indica, el sujeto tiende a preparar el delito, realizando actos que en ocasiones sólo él sabe que son para cometer un delito y que para el común de las personas resultarían irrelevantes, por ejemplo, el que ha decidido robar a una casa habitación y se dirige a la cerrajería a comprar diversos instrumentos que le van a facilitar abrir las chapas, acude también a la tlapalería para comprar bolsas grandes en las que va a guardar el motín, etc.

En palabras del maestro Pavón Vasconcelos, los actos preparatorios *“...tienden a preparar el delito y sólo subjetivamente, contemplados desde el punto*

⁷¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. “Manual de Derecho Penal Mexicano”. Pág. 504.

de vista del autor, es posible darles tal significación; exteriormente y de común nada revelan sobre la intención delictuosa del autor; ...”⁷²

En el ejemplo arriba citado, el activo se allega de los medios para su ingreso a la casa, pero también puede acudir al lugar para enterarse del número de personas que habitan la casa, sus horarios, la estructura de la casa e incluso determinar si necesita de más individuos para perpetrar el acto criminal, sin embargo, estos actos sólo representan en el sujeto un animus doloso, pero que en el exterior no constituyen en sí mismo un delito.

b) **Actos Ejecutivos.-** Los actos ejecutivos, son todos los movimientos corporales del sujeto que ponen en evidencia su idea delictiva. El autor en cita refiere que *“Los actos ejecutivos, por el contrario, son generalmente unívocos, por cuanto por sí mismos resultan capaces de expresar objetivamente la intención de su autor de delinquir y entrañan un peligro de lesión, ...”⁷³*

Siguiendo el ejemplo de referencia, los actos ejecutivos serían cuando el sujeto o sus coautores, aprovechan la ausencia de los moradores de la casa y con los instrumentos que compraron abren la chapa de la puerta para introducirse y robar.

Cuando el sujeto realiza todos los actos del delito y se logra la ejecución del mismo, se está ante su consumación, siendo éste el último momento del iter criminis, en cambio, si a pesar de llevar a cabo todos los actos tendientes a ejecutar el ilícito y por causas ajenas al activo no se logra su objetivo, entonces surge la institución llamada tentativa.

Resulta entonces necesario, previo a estudiar lo relativo al resultado formal y materialmente consumado (agotado), abordar lo inherente a la tentativa, pues el hecho de que no se haya logrado el fin propuesto por el sujeto activo, ello no quiere

⁷² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. “Breve Ensayo sobre la Tentativa”, 4ª.ed., Ed. Porrúa, México, 1989. Pág. 19.

⁷³ Ibidem. Pág. 20.

decir que en algunos casos si se hayan presentado resultados objetivamente relevantes para el derecho penal, puesto que dichas consecuencias tienen como fundamento la idea criminosa o dolosa del autor.

De ahí que la tentativa solo pueda preceder de un actuar doloso, tal y como lo precisa el jurista Raúl Eugenio Zaffaroni al señalar que *“la tentativa requiere siempre al dolo, es decir, el fin de cometer un delito determinado... la posibilidad de una tentativa culposa es insostenible, porque el tipo culposo no individualiza las conductas por la finalidad sino por la forma de obtener la finalidad...”*⁷⁴

Ahora bien, la tentativa se divide en tentativa punible y tentativa no punible, como se expone a continuación:

1.- Tentativa Punible. Es la ejecución frustrada de una determinación criminosa. Se presenta cuando el sujeto realiza actos de ejecución pero el delito no se consuma por causas ajenas a su voluntad, a su vez esta puede ser:

a) Acabada. Se presenta cuando pese a reunirse todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecutar los actos para dicho fin, el resultado no se produce.⁷⁵ En el ejemplo que se analiza, esta clase de tentativa se presentaría cuando, el activo que logró ingresar a la casa porque abrió las diversas cerraduras, se da cuenta que en ésta a pesar de haber creído que encontraría diversos objetos de valor, se percató que no hay joyas o dinero, que eran las cosas que le interesaba robar.

b) Inacabada. Se presenta cuando no se verifican todos los actos encaminados a la consecución del resultado⁷⁶, por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Siguiendo la idea criminosa que se expone, este tipo de tentativa, se presentaría cuando una vez logrado el ingreso a la casa, el sujeto activo se percató

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *“Manual de Derecho Penal. Parte General”*, 2ª. ed., Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2007. Pág. 528 y 529.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 532.

que para abrir la caja fuerte requiere de otros instrumentos, ya que los que lleva y pretendía utilizar no le van a permitir abrir la caja fuerte.

En ambos casos (acabada e inacabada), el delito de robo no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

2.- Tentativa No Punible.- Se presenta cuando el sujeto deja de realizar el último de los actos de ejecución por causas propias (motu proprio), **impidiendo espontáneamente** la consumación del delito, lo cual puede ser a través del:

a) Arrepentimiento.- Se hace evidente cuando el sujeto una vez ya realizados todos los actos de ejecución que consumirían el delito, voluntariamente impide la consumación del mismo. Al respecto, el maestro Pavón Vasconcelos la define como “... *la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado*”.⁷⁷

Por su parte, el penalista Jiménez Huerta indica que “*el arrepentimiento es voluntario cuando el agente, después de haber realizado todos los actos que debieron producir la consumación del delito, impide por actos posteriores propios o ajenos impulsados por él, la producción del resultado típico. El arrepentimiento sólo puede darse en los delitos materiales, esto es, en aquellos delitos que para su integración requieren un resultado fenoménico*”.⁷⁸

Este tipo de tentativa, siguiendo el ejemplo de robo a casa habitación, se presentaría cuando el sujeto una vez en el interior de ella, reflexiona sobre los problemas que tendría su familia, si es descubierto, atrapado por la policía y en consecuencia internado a Centro de Readaptación Social.

b) Desistimiento.- El sujeto deja de realizar por decisión propia, el último de los actos de ejecución que consumirían el delito. Sobre este tema el maestro Pavón

⁷⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. “Breve ensayo sobre la tentativa”, 2ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1974. Pág. 117.

⁷⁸ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. Pág. 380.

Vasconcelos, lo define como “...*la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su voluntad de abandonar el designio criminal que se había propuesto*”.⁷⁹ Aclara el autor en cita, que el desistimiento será voluntario cuando el agente se dice que no quiere a pesar de que puede; y es involuntario cuando dice yo no puedo, aunque quisiera.⁸⁰

En el mismo sentido, opina el jurista Jiménez Huerta que “*el desistimiento es voluntario cuando una nueva y libre decisión del agente es causa determinante de la inconsumación del delito, pues opera como obstáculo interruptivo del proceso causal.*”⁸¹

En este supuesto, el sujeto activo que ya encontrándose en el interior de la casa y recolectando los objetos que hay en la casa, desiste de seguir haciéndolo porque ha considerado que el valor que representan en realidad no le van a generar las ganancias que reditúen el riesgo que está corriendo al introducirse a la casa y posteriormente vender cosas robadas. Siendo entonces cuando el sujeto ya aún con objetos dentro de las bolsas que llevaba para ello, las deja dentro de la casa y sale de inmediato del domicilio.

La diferencia entre la tentativa punible y no punible, radica en que la primera, se presenta cuando el sujeto realizó los actos o casi todos, pero por causas ajenas a su voluntad no se produce el resultado típico; en cambio en la segunda, el propio sujeto se arrepiente o desiste de llevar a cabo el último o los últimos actos de ejecución, evitando la consumación del delito.

Sin embargo, para que pueda existir tentativa punible o no punible, es indispensable que esté latente la posibilidad de que pueda producirse el resultado material deseado, pues de lo contrario estaríamos en presencia de la denominada tentativa imposible o inidónea, ya que esta se presenta cuando los medios

⁷⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. Pág. 524.

⁸⁰ Cfr. Ídem.

⁸¹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. Pág. 379.

empleados por el autor son notoriamente inidóneos para causar el resultado, se yerra sobre el objeto del delito, el bien jurídico no se encuentra en verdadero riesgo de verse afectado o bien que este ya no exista, tal sería el caso de aquél que pretende matar a una persona y pensando que su víctima se encuentra dormida en una cama, descarga su furia enterrándole en varias ocasiones un puñal, siendo que el pasivo realmente ya está muerto a consecuencia de un infarto previo a las lesiones.

Ahora bien, dado que la tentativa requiere de representación de la conducta y voluntariedad en la ejecución de los actos, se reitera, los delitos culposos no admiten esta forma incompleta o imperfecta.

Por otra parte, la tentativa no podría presentarse en los delitos de omisión simple, por surgir éstos, en el momento en que se omite la conducta esperada o exigida por la ley, por tanto, no puede el sujeto empezar a realizar actos tendientes a omitir la acción esperada.

Así las cosas, la tentativa entonces sólo puede estar presente en los delitos de carácter doloso, ya que éstos están presididos de un proceso volitivo y ejecutivo, en el que el sujeto tenga presente la producción de un resultado típico y si bien, no se consuma el delito, ello no es así, ya sea por causas ajenas a su voluntad o por decisión propia, en la que decida retractarse de delinquir.

Las dos formas de tentativa están previstas por el artículo 12 del Código Penal Federal, en los siguientes términos:

*“Artículo 12. Existe **tentativa punible**, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.*

Para imponer la pena de la tentativa el Juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.”⁸² (Tentativa No Punible)

No obstante que el código establece que no se deberá imponer pena para el caso de que el sujeto se desista espontáneamente de cometer el delito, cierto es que no permite que esta figura sea una muestra de impunidad, pues el legislador fue atinado en prever que si en el camino ejecutivo, algún o algunos actos o incluso alguna omisión, constituían por si solos delitos, el sujeto activo debía responder por los mismos.

Luego entonces, retomando el ejemplo en el que un sujeto que entró a robar a una casa y ya estando en su interior decide no cometer el hurto y en su huída es sorprendido por alguna de las personas que ahí habitan, quien lo logra detener, pero el activo en su afán de escapar le propicia un golpe que le fractura la nariz, el agente responderá de la lesión causada.

Bajo este contexto, entre la manifestación de la voluntad delictiva por parte del sujeto y el resultado o la consumación del delito propuesto, la tentativa, desde el punto de vista punible, es la conducta intermedia que se queda entre el resultado querido y el resultado finalmente causado, ya que lleva al agente a responder de lo que su pensamiento maquinó y que en su afán de lograrlo, causa resultados no queridos o concebidos dentro del plan inicial.

⁸² Código Penal Federal. Editorial Raúl Juárez Carro Editorial S.A. de C.V., México 2011. Pág. 146 – 147.

2.2.3. Resultado.

Ahora bien, procede analizar cuándo la voluntad criminosa manifestada por el sujeto se traduce en actos que revelan un cambio en el mundo exterior y resultan relevantes para el derecho penal, pues infringen una norma que protege un bien jurídicamente protegido por el Estado, es decir, el resultado o resultados causados.

En palabras del maestro Pavón Vasconcelos, *“el resultado en su más amplia acepción, consiste en el obrar u omitir del hombre que producen un conjunto de efectos en el mundo naturalístico. ...En un sentido más restringido, el término resultado debe separarse de la conducta para aludir, exclusivamente, a las modificaciones que la misma produce en el mundo fenomenológico.”*⁸³

Los efectos que se producen pueden ser múltiples, ya que estos pueden ser los que imaginó el agente o por el contrario, diversos, pues en algunos casos son inimaginables o incontrollables, sin embargo, los cambios que se pueden producir como múltiples efectos de una conducta, no pueden constituir todos ellos un resultado para el derecho penal, pues sólo van a interesar aquellos que jurídicamente integren el tipo penal descrito en la norma punitiva.

Lo anterior, lo explica el maestro Pavón Vasconcelos – quien se apoya en el pensamiento del penalista Antolisei – con el siguiente ejemplo:

“...un homicidio ejecutado con arma de fuego, se constata con el fenómeno inmediato y directo de la acción es el cambio de sitio del gatillo del fusil, consecuencia que evidentemente tiene un valor “secundario”, puesto que el considerado por el derecho es la muerte de la víctima, resultado precedido por otros efectos, tales como la explosión de la pólvora y del cartucho, la salida del proyectil, la lesión producida al hacer impacto en el cuerpo de la víctima, etc. Todos

⁸³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *“Derecho Penal Mexicano”*. Pág. 221.

*estos efectos son importantes, por cuanto tienen un preciso valor en la serie causal iniciada por el movimiento corporal del agente, pero tiene rango de resultado, jurídicamente hablando, aquel efecto que el Derecho Considera relevante para la integración del tipo.*⁸⁴

En este orden de ideas, el jurista Antolisei, concluye que resultado es el efecto natural de la acción relevante para el derecho penal, destacando que la palabra relevante expresa exactamente el concepto delineado, pues no es resultado cualquier modificación en el mundo externo al sujeto que actúa, sino solo la modificación que de una u otra manera, tiene importancia para la ley, esto es, el efecto que ella considera “como elemento constitutivo o como circunstancia agravante del delito.”⁸⁵

Ahora bien, el resultado relevante para el derecho penal puede presentarse desde un punto de vista formal o jurídico o bien material o natural, es decir, el tipo penal puede exigir o no un cambio en el mundo fáctico.

El resultado será meramente formal o jurídico cuando el tipo se complete con la conducta del agente y no necesariamente se advierta un efecto exterior perceptible en un tiempo y espacio determinado, tal es caso de las hipótesis delictivas previstas en los artículos 160 a 163 del Código Penal Federal, relativos a los delitos de portación de arma, en los que se sanciona a la persona que porte, fabrique, importe, venda, sin importar al legislador que estos las lleguen o no activar.

Lo anterior, no quiere decir que hay delitos sin resultado, por el contrario, el resultado material es precisamente lo que evita el legislador al contemplar en la legislación punitiva esta conductas, al considerar que las misma importan amenaza, lesión o peligro de daño al bien jurídico tutelado por la norma. En este tipo de resultado solo interesa que se realice la conducta

⁸⁴ Ibidem. Pág. 221 – 222.

⁸⁵ Citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ibidem. Pág. 223.

Por otra parte, los delitos que precisan un resultado material para su integración, son aquellos en los que para tener por satisfecha la hipótesis delictiva, debe haber cambios en el mundo fáctico como consecuencia de la conducta desplegada por el agente, siendo en estos casos, más fácil identificar el proceso causal que lo ocasionó.

Un ejemplo claro de estos, son, entre otros, el delito de lesiones previsto por los artículos 288, 289, 290 del Código Penal Federal, en el que sólo importa la afectación a la integridad del ser humano, sin precisar que conducta debe desplegarse para causarse ésta, a diferencia de los delitos de mera conducta, en los que sí se precisa que acciones u omisiones se deben llevar a cabo para que se configure la hipótesis delictiva.

En algunos tipos delictivos, el legislador exige se presenten ciertas circunstancias en el resultado, para imponer una pena mayor, dando origen a los delitos cualificados por el resultado, como es el caso del previsto por el artículo 366 del Código Penal Federal, relativo a la privación de la libertad, en la que en su segundo párrafo, fracción III, establece una pena superior (30 a 50 años de prisión) para el caso de que durante el tiempo de la privación se causen lesiones a la víctima.

Otro aspecto que debe ser analizado en relación al resultado, es la diferencia entre consumación y agotamiento, en virtud de que no siempre la ejecución de todos los actos preparatorios llevan a la obtención del resultado querido por el agente del delito, pues no debe perderse de vista que los efectos de un delito son infinitos, ilimitados y en algunos casos impredecibles.

Sobre esta diferencia diversos autores han expuesto su opinión, tal es el caso del Ministro Argentino Raúl E. Zaffaroni, que ha precisado:

“...no siempre la consumación agota la ejecución del delito, pues con frecuencia la consumación agota la ejecución del delito, pues

con frecuencia la consumación formal se distancia del agotamiento natural, dando lugar a un período en que el delito está consumado pero no agotado. Es claro que en el delito continuo o permanente, la ejecución permanece mientras se mantiene el estado consumativo, y recién cuando éste cesa puede afirmarse que el delito se halla agotado (el secuestro se consume con la privación de libertad, pero agota recién cuando ésta cesa).

Pero no es éste el único caso en que el agotamiento se separa cronológicamente de la consumación. Esto también pasa cuando se trata de tipos que anticipan la criminalización al estado previo al comienzo de la lesión (el secuestro se consume con la privación de la libertad, aunque no se obtenga el rescate)...

Puede presentarse la separación de la consumación y el agotamiento en tipos que no la requieren. Esto es lo que sucede cuando alguien hurta una cantidad de sillas, por ejemplo, y las lleva en distintos viajes. El delito está consumado con el apoderamiento de la primera carga de sillas, pero no se agota hasta que se llevaron las últimas. ...

La separación del agotamiento respecto de la consumación tiene consecuencias en tres aspectos: (a) en cuanto a la participación, quien interviene antes del agotamiento sería participe y no encubridor; (b) en orden a la prescripción, porque comenzaría a correr desde el último acto de agotamiento; y (c) en punto a la realización de circunstancias agravantes introducidas con posterioridad a la consumación, que darían lugar a una tipicidad calificada (el primer apoderamiento de sillas se realiza sin escalamiento, pero la tanda siguiente se obtiene penetrando mediante escalamiento o fracturando una puerta).”⁸⁶

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 643 - 644.

En sentido similar, sobre el tema se expresa el Dr. Francisco Muñoz Conde, en los siguientes términos:

“Se parte aquí de un concepto formal de consumación o consumación típica. En este sentido, consumación es la plena realización del tipo en todos sus elementos.

Generalmente, en los tipos delictivos de los delitos de resultado, la consumación se produce en el momento de la producción del resultado lesivo (por ejemplo, en los delitos contra la vida: la muerte del sujeto pasivo). ...”⁸⁷

Por tanto, el resultado es un efecto o consecuencia de la conducta desplegada por el sujeto activo, que produce cambios en el mundo exterior, ya sean estos perceptibles por los sentidos o bien que jurídicamente afecte lo que la norma tutela como bien jurídico, verificándose en ese momento los elementos que describe la hipótesis delictiva, de ahí que sólo estos tipos de resultado sean relevantes para el derecho penal.

2.2.4. Relación de causalidad.

Corresponde ahora analizar lo relativo a la relación que debe existir entre la conducta del agente y el resultado obtenido, conexidad denominada causalidad, relación causal o nexo de causalidad.

Esa relación de causalidad permite atribuir el resultado al comportamiento desplegado por el activo y sólo en aquellos delitos de resultado material se puede analizar este tipo de enlace, puesto que sólo en el aspecto objetivo se aprecia esa dependencia, ya que en los delitos de omisión como lo abordaré en el capítulo siguiente, esa relación se denomina nexo de evitación.

⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 140.

En palabras del Ministro Zaffaroni, la causalidad sería la cadena de causas y efectos que se dan en el mundo y que permite que los hechos sean explicados y, por lo tanto, que aquel sea inteligible.⁸⁸

En el mismo tenor se pronuncia el Dr. Francisco Muñoz, pues refiere que en los delitos de resultado (homicidio, daño, lesiones, etc.) entre acción y resultado debe darse una relación de causalidad, es decir, una relación que permita ya, en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Ello naturalmente sin perjuicio de exigir después de la presencia de otros elementos, a efecto de deducir una responsabilidad penal. La relación de causalidad entre acción y resultado y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado son, por tanto, el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido.⁸⁹

Hasta este momento, pareciera que no hay problema para determinar la relación causal entre un comportamiento humano y un determinado resultado, ya que por ejemplo si A dispara a B y lo hiere en la cabeza, cayendo muerto en ese instante, ya que la lesión fue fulminante, o en el caso del sujeto que entierra en su oponente de amor, un cuchillo en el estomago, causándole una grave herida (lesión), puesto que la inmediata sucesión temporal entre la acción y el resultado y su relación directa no deja lugar a dudas sobre la relación causal existente entre la acción y el resultado, sin embargo, en muchos otros casos la relación de causalidad y por consiguiente la imputabilidad del resultado no es tan fácil de determinar.

Siguiendo el ejemplo del enamorado que entierra en su oponente un cuchillo causándole una herida y éste muere en el trayecto al hospital ya que la ambulancia tardó demasiado tiempo en llegar a la escena del crimen y no recibió oportunamente una transfusión sanguínea, no resulta tan fácil identificar como el comportamiento del activo causó el resultado producido por su acción. A efecto de aclarar este problema,

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 361.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 17.

se han elaborado diversas teorías que podrían fundamentar o en su caso excluir la relación causal existente, a saber:

a) **Teoría de la equivalencia de las condiciones** (Autor V. Buri).- Por causa entiende la suma de todas las condiciones positivas o negativas que producen el resultado y como todas las condiciones son equivalente entre sí, por tener el mismo valor causal, cada una de ellas, a su vez, debe considerarse como causa del resultado.⁹⁰

Bajo esta teoría, el enamorado resentido, sería el responsable de la muerte causada, ya que el haber enterrado el cuchillo en su oponente tiene igual valor que el hecho de que el servicio de ambulancia no haya llegado con oportunidad para salvarle la vida.

b) **Teoría de la última condición o de la causa próxima** (Autor Ortmann). El conjunto de condiciones concurrente a la producción del resultado, sólo tiene carácter de causa la última de ellas, es decir, la más próxima al resultado. Descarta, el valor causal de las demás condiciones mediatas, para otorgarle el título de causa únicamente a la inmediata.⁹¹

Se critica a esta teoría, la dificultad de determinar cuál es la causa próxima o última condición, así como restarle valor a los eventos anteriores que de alguna forma provocaron se presentara la última de estas. Aspectos que definitivamente excluyen la responsabilidad de otros sujetos que hayan intervenido en esos actos previos.

Al amparo de esta teoría, el ejemplo utilizado tendría como desenlace la no responsabilidad del sujeto por el delito de homicidio, ya que el sólo fue autor de la lesión (enterrar el cuchillo) y no en retrasar la llegada de la ambulancia, siendo este evento la última causa que generó la muerte de su oponente.

⁹⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. Pág. 230.

⁹¹ *Ibidem*. Pág. 234.

c) **Teoría de la condición más eficaz** (Autor Birkmeyer). Tendría valor causal aquella condición que, en el conflicto entre fuerzas antagónicas, desplegara eficacia preponderante, es decir, aquella que en la producción del resultado haya contribuido más.⁹²

A esta teoría se discute la dificultad para establecer criterios que determinen el verdadero valor de cada una de las causas que se presentaron y cuál de ellas fue lo suficientemente poderosa para producir el resultado. Es decir, sólo una de ellas será la base para imputar el resultado al agente, haciendo a un lado todas aquellas concausas que se presenten y que pueden ser obra de otros partícipes del delito, que bajo esta concepción quedarían fuera del radio de acción del derecho punitivo.

Bajo este supuesto teórico, nuestro protagonista enamorado, igualmente no sería responsable de la muerte de su rival, ya que la causa eficaz que la generó fue la tardanza de la ambulancia, toda vez que de haber acudido a prestarle el auxilio sin demora, el fallecimiento no se hubiese producido.

d) **Teoría de la adecuación** (Autor V. Bar).- Es causa en la producción del resultado no toda condición sino aquella apropiada para producirlo. Es decir, sólo la condición idónea debe producir estadísticamente (regularmente) el resultado, de ahí que acualquier causa que no fuera idónea habría que restarle valor.⁹³

Lo debatible para esta teoría es el hecho de encontrar el criterio estadístico para determinar lo apropiado de la condición, puesto que partiendo del ejemplo que se viene analizando, habría que determinar estadísticamente la probabilidades de que una persona muera de una lesión por arma blanca en el estomago, pues en ella confluyen algunas causas que estadísticamente podrían o no contribuir a producir la muerte de la víctima, tales como la condición física del sujeto (edad, peso, sexo, estatura, enfermedades preexistentes), la ubicación de la escena del crimen (en un poblado alejado de la ciudad o en una metrópoli, en un horario de tránsito intenso, en

⁹² *Ibidem*. Pág. 235.

⁹³ *Ibidem*. Pág. 236.

planta baja o décimo piso), la gravedad de la lesión dependiendo si alcanzó a penetrar órganos importantes, incluso aspectos religiosos, ya que para algunas doctrinas religiosas es impensable una transfusión sanguínea.

Luego entonces, previo a imputar la muerte al sujeto, se tendría que analizar si alguna de estas causas, fue la que contribuyó adecuadamente al resultado y no en sí misma la agresión del sujeto activo.

e) **Teoría de la causa eficiente** (Autores Kohler, Stopato).- Sostiene que dentro de una serie de condiciones, contribuyentes a producir el evento, únicamente tiene carácter de causa la decisiva sobre el resultado, criterio de eficiencia que se distingue, en razón de su base cualitativa, de la teoría de la condición más eficaz del citado pensador Birkmeyer.⁹⁴

Esta teoría distingue entre condición, causa y ocasión, dándole carácter de causalidad eficiente a aquella fuerza del ser que con su acción produce un hecho; las condiciones, dentro de esta nueva concepción sirven de sustento o apoyo a la causa, en tanto que la ocasión está constituida por las circunstancias favorables que le permiten actuar.

Se observa a esta teoría, que si bien es cierto, es importante distinguir entre causa y condición, también lo es, establecer el rango para determinar lo eficiente de la causa que produjo el resultado.

Retomando la escena violenta que nos sirve de ejemplo, el problema para determinar la causalidad, radicaría en determinar cuáles de los eventos sucedidos son condiciones y cuales verdaderamente causas, ya que no hay un criterio que determine la supremacía de unas sobre otras, es decir, que prevaleció más: la tardanza de la ambulancia, la complexión del individuo (era muy delgado), la

⁹⁴ Ibidem. Pág. 238.

diabetes preexistente en el sujeto, el cáncer de hígado que ya padecía de años atrás, o la negativa a recibir una transfusión sanguínea.

f) **Teoría de la causa humana exclusiva** (Autor Francesco Antolisei).- Sólo los resultados verificados dentro de la esfera del hombre, en el cual éste se encuentra en condiciones de poner en juego sus facultades de conocer y querer, pueden considerarse como eventos producidos por una causa humana, por haberlos querido o bien porque no queriéndolos no los ha evitado cuando estaba en su mano impedirlos. Por cuanto a los resultados ubicados fuera de la esfera del hombre y no controlados por él, no pueden nunca constituir una acción atribuible a él, por ser fuerzas ciegas de la naturaleza. Por ello, para la existencia de la relación de causalidad se requieren dos elementos: a) Uno positivo, consistente en la acción humana que da vida a una condición del resultado, sin la cual no se habría verificado, y b) Uno negativo consistente en la exclusión de factores excepcionales en la producción del resultado.⁹⁵

Se objeta a esta postura, no haber establecido criterios para precisar cuándo se está en presencia de los factores excepcionales que excluyen la existencia del nexo causal, así como también, su amplitud, pues, en ocasiones se consideraran causales acciones humanas ajenas a la figura delictuosa.

Es decir, en el ejemplo que nos ocupa, no se podría determinar qué factores fueron positivos y cuáles negativos para producir el resultado, máxime que como lo refiere dicha teoría, hasta pueden confluír otros ajenos al tipo, como es la condición de decepción amorosa que sufre el sujeto activo.

Como puede advertirse son múltiples las teorías que pretenden fundamentar la relación de causalidad existente entre la conducta del agente y el resultado producido, sin embargo, la aplicación de las mismas puede presentarse más comúnmente en los delitos de homicidio y lesiones, ya que son tantos los eventos

⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 239-240.

concurrentes, ajenos o externos a la voluntad del activo que se pueden presentar entre el resultado querido y el obtenido, que es difícil establecer cuál es la causa que lo determinó, puesto que no hay que perder de vista también la intención (dolo - finalidad) del agresor.

En nuestro sistema de derecho penal, la relación de causalidad no es muy clara, ya que precisamente como se criticó a las últimas teorías, que no establecen los criterios para determinar el carácter relevante, eficaz, eficiente o adecuado de la causa que debe prevalecer para imputar el resultado al agente, nuestro Código Penal Federal, en su parte general no establece las reglas para determinar la relación causal en los delitos cometidos a través de acción, ya que por el contrario, para la omisión si establece algunos parámetros, lo cual será materia de análisis en el siguiente capítulo.

Sin embargo, tampoco es omisa sobre dicho aspecto, ya que a través de las diversas hipótesis delictivas contenidas en el Libro Segundo, introduce en su descripción expresiones directas que hacen referencia a la relación causal que debe presentarse, al expresar, al que causare ..., cuando se cause un ..., si resultare daño ..., etc.

Incluso tratándose de los delitos de mera conducta o resultado formal, establece la relación de causalidad, como puede observarse en los delitos cometidos por servidores públicos, ya que por ejemplo en el caso de la hipótesis prevista en el artículo 214 (Ejercicio Indebido de Servicio Público), fracción III del Código Penal Federal, que sanciona al servidor público por no informar o evitar la posible afectación en el patrimonio o intereses de alguna dependencia o entidad a consecuencia de cualquier acto, estableciendo que la relación causal dependerá de que aquél tenga conocimiento de esa circunstancia por razón de su empleo, cargo o comisión.

Las reglas para determinar la causalidad en el caso de las lesiones que producen la muerte de la víctima, se encuentran previstas en los artículos 303, 304 y 305⁹⁶ del Código Penal Federal y si bien es cierto prevén diversas circunstancias, estas nunca serán suficientes para resolver las escenas que en la realidad, muchas veces desafían la interpretación de dichos preceptos.

2.3. Ausencia de conducta.

Una vez estudiado el primer elemento del delito, consistente en la conducta, corresponde ahora abordar su aspecto negativo, denominada “la ausencia de conducta”.

A este respecto, opina el maestro Fernando Castellanos que *“...si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es, pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito...”*⁹⁷

Esto es entendible, si parte de la idea de que la conducta es todo comportamiento del hombre que se hace manifiesto a través de una actividad o un

⁹⁶ Código Penal Federal. Editorial Raúl Juárez Carro, México, 2010. Pág. 192.

Artículo 303.- Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I.- Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios;

II.- (Se deroga).

III.- Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales.

Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.

Artículo 304.- Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:

I.- Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;

II.- Que la lesión no habría sido mortal en otra persona, y

III.- Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

Artículo 305.- No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.

⁹⁷ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. Pág. 163.

no hacer, teniendo ambas formas de expresión como característica, la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la esperada.

Bajo esta idea, es indiscutible que cuando se produzca un resultado jurídico o material atribuible a un sujeto, pero en el no esté presente el aspecto volitivo, se podrá hablar de ausencia de conducta, conduciendo entonces así a la inexistencia del ilícito penal, confirmando de alguna forma la tendencia de que la conducta, más que un elemento del delito es un presupuesto del mismo.

Sobre el particular, el destacado jurista Francisco Pavón Vasconcelos expresa que *“...hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son “suyos” por faltar en ellos la voluntad.”*⁹⁸

La doctrina penal mexicana ha coincidido que son casos de ausencia de conducta la vis absoluta o fuerza física exterior irresistible, la vis mayor o fuerza física exterior irresistible natural, los movimientos reflejos, el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo.

2.3.1.- Vis Absoluta o Fuerza Física Exterior Irresistible.

Debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza física superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir, que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella.⁹⁹

⁹⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Pág. 276.

⁹⁹ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. Pág. 322.

Lo anterior, supone que en el sujeto se encuentra ausente la voluntad de hacer o no hacer, traduciéndose su actuar en meros movimientos corporales que no integrarían una acción u omisión sancionados por el sistema punitivo, convirtiéndose en un instrumento de una voluntad ajena, es decir de otro sujeto, impuesta materialmente a la que no puede oponer resistencia.

A decir del maestro Fernando Castellanos, no es una acción humana pues no existe la manifestación de la voluntad, el sujeto se convierte en un mero instrumento, que al ser violentado o forzado, no comete el delito, ejemplificando, que sería tan inocente como la espada de que un asesino se valiera para cometer el crimen.¹⁰⁰

Luego entonces, son características de la vis absoluta las siguientes:

- a) Un movimiento corporal o inactividad involuntarios
- b) Ocasionada por una fuerza física, exterior e irresistible.
- c) Proveniente de otro sujeto, que quiere el resultado.

2.3.2. Vis Mayor o Fuerza Física Exterior Irresistible Natural.

La “vis major” es una de las hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana.¹⁰¹ Aclarando este concepto, el autor Pavón Vasconcelos, señala que se trata de una actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales.¹⁰²

La diferencia entre ésta y la vis absoluta, es que en la primera el actuar u omisión es originado por una fuerza de carácter natural mientras que en la otra, la

¹⁰⁰ Cfr. CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. Pág. 164.

¹⁰¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. Pág. 234.

¹⁰² Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. “Manual de Derecho Penal Mexicano”. Pág. 279.

fuerza impulsora proviene necesariamente de otro sujeto, pero en ambas es evidente la falta del elemento volitivo.

2.3.3. Los movimientos reflejos.

Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios, de ahí que se considere que si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito.¹⁰³ El destacado jurista Mezger da un concepto más elaborado al indicar que son *“los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un dentro sensorio a un centro motor y produce el movimiento.”*¹⁰⁴

Un ejemplo claro de esta forma de ausencia de conducta, son los ataques epilépticos que algunas personas padecen, pues en esos casos los movimientos que realiza su cuerpo no son por que el sujeto quiera realizarlos, sino que obedecen a un problema nervioso que escapa a su control.

2.3.4. El Sueño.

El sueño, definido por el maestro Pavón Vasconcelos como, el estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos¹⁰⁵, dando origen a otra causa de ausencia de conducta.

2.3.5. El Sonambulismo.

El estado sonambúlico es similar al sueño, distinguiéndose de éste en que el sujeto deambula dormido, resultando movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios.¹⁰⁶

¹⁰³ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. Pág. 165.

¹⁰⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. “Manual de Derecho Penal Mexicano”. Pág. 285.

¹⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 281.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibidem*. Pág. 282.

2.3.6. El Hipnotismo.

El hipnotismo consiste en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. Las manifestaciones pueden ir desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico, pasando por diversas fases en las cuales se acentúa, en sus características externas, el grado de hipnotismo.¹⁰⁷

Esta situación, se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o, cuando menos de su disminución, a través de la sugestión, lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente y el hipnotizador, considerándose excluyente del delito, porque es latente que la voluntad del sujeto de hacer o no hacer está ausente, siendo que el resultado producido es consecuencia del mandato impuesto por otra persona, colocándose en este caso la persona como un medio de que se allega el hipnotizador para cometer un delito.

Por su parte, el Código Penal Federal, en su artículo 15 a lo largo de sus diez fracciones, enumera diversas situaciones que denomina “causas de exclusión del delito”, llamando nuestra atención la contenida en la fracción I, que a la letra dice:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

*...”*¹⁰⁸

Del contenido de esta fracción, se desprende que es esencial para que se configure un delito, que en la conducta desplegada por el sujeto esté presente su voluntad para hacer o no hacer algo, por ende la ausencia de ella, traería como consecuencia la falta del primer elemento del delito y por ende su no configuración.

Si bien es cierto, que es acertado el texto legal, al captar en la citada fracción cualquier hipótesis de ausencia de conducta, Fernando Castellanos opina que no es necesario que la legislación enumere todas las causas de falta de conducta, pues

¹⁰⁷ *Ibidem.* Pág. 284.

¹⁰⁸ Código Penal Federal. Editorial Raúl Juárez Carro, México, 2010. Pág. 146.

cualquier situación capaz de eliminar ese elemento básico del delito, es suficiente para impedir la consumación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador. ¹⁰⁹

Luego entonces, en los delitos cometidos bajo la modalidad de acción pueden ser indistintas las circunstancias que eliminen el aspecto volitivo del agente, siendo muy diversa la forma de advertir la falta de voluntad en el caso de los delitos de omisión, como se abordara en el siguiente tópico.

¹⁰⁹ Cfr. CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. Pág. 165.

CAPÍTULO III

LA OMISIÓN

Como ya se abordó en el capítulo anterior, nuestra legislación penal contempla dos formas de llevar a cabo un delito, ya sea mediante el acto (acción) o la omisión, correspondiendo ahora analizar esta última modalidad.

La doctrina clásica nos dice que omisión es la forma de conducta negativa, consistente en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal¹¹⁰, es decir, un no hacer algo por parte del sujeto y puede presentarse de dos formas distintas, a saber, **omisión simple (propia) u omisión impropia (comisión por omisión)**.

3.1. La Omisión Propia.

3.1.1. Concepto.

Corresponde analizar lo relativo al delito omisivo en su modalidad de omisión propia o pura. Esta forma de conducta que se encuentra prevista en el primer párrafo del artículo 7 del Código Penal Federal, en el que se precisa que *delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.*¹¹¹

Si bien es cierto, el contenido del párrafo del numeral en cita no detalla que se debe entender por omisión y mucho menos la denomina como simple, ya que sólo se constriñe a señalarla como una de las formas en que se puede cometer un delito, la doctrina penal se ha encargado de ello. El Dr. Francisco Muñoz Conde refiere que como delitos de omisión pura o propia, se identifican aquellos en los que se castiga la simple infracción de un deber de actuar, sin más.¹¹²

¹¹⁰ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", 11ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1994. Pág. 214.

¹¹¹ Código Penal Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2011. Pág. 145.

¹¹² Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 24.

Continúa exponiendo dicho autor que, un ejemplo clásico de este tipo de omisión, es el deber de socorro, en el que, la obligación de actuar surge en el plano objetivo, de la presencia de una situación típica (persona desamparada y en peligro manifiesto y grave) que exige una intervención. La no prestación de una intervención (no socorrer), determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo de este delito omisivo.¹¹³

A decir del destacado jurista Porte Petit, la omisión consiste en el no hacer voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición.¹¹⁴

Para el autor Enrique Gimbernat Ordeig, la omisión puede definirse como aquél comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara.¹¹⁵

De lo anterior, puede apreciarse que la omisión propia, es aquella en la que el sujeto voluntariamente deja de llevar a cabo una conducta esperada o exigida (deber de actuar) por la norma penal.

3.1.2. Elementos que integran la omisión propia.

Bajo este concepto de omisión propia, los elementos que la integran son:

- a) Voluntad por parte del sujeto de omitir el deber de actuar.
- b) Inactividad, inacción o el no hacer esperado y exigido por la norma.
- c) Resultado formal o jurídico.

¹¹³ Ibídem. Pág. 25 – 26.

¹¹⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. Pág. 243.

¹¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. En su artículo “Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento” publicado con los siguientes datos: ADPCP, T. XL, Fasc. III, Septiembre – Diciembre 1987, pág. 583, localizado en la dirección www.cienciaspenales.net, consultado el 30 de enero de 2011, 18:00 horas.

El **primer elemento de la omisión propia** (al igual que en la acción) radica en el ámbito psicológico del sujeto, pues es éste quien conscientemente quiere la inactividad, para incumplir con el deber de actuar impuesto por la norma.

Es importante precisar que lo que **voluntariamente decide incumplir** el sujeto es un **deber de obrar que sólo puede encontrar fundamento en la norma penal**, ya que sólo ésta nos puede dar el soporte legal para exigirle al omitente una determinada forma de actuar frente a una situación, ya que como lo señala Porte Petit, *“un deber jurídico impuesto en un ordenamiento no penal no originaría una omisión típica, pues precisamente lo que constituye el delito es la simple omisión típica sin resultado material.”*¹¹⁶

En el mismo sentido se pronuncia el Dr. Muñoz Conde, al señalar que:

*“El delito de omisión es, pues, siempre estructuralmente un delito que consiste en la infracción de un deber pero no de un deber social o moral, **sino de un deber jurídico**. En el fondo de todo delito, existe siempre una infracción de un deber, el **deber de respetar el bien jurídico protegido en el tipo penal en cuestión** (no matar, no hurtar, etc.). Pero lo esencial en el delito de omisión es que **ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y, por tanto, esperada en el ordenamiento jurídico**: el cirujano que opera con instrumental no desinfectado, produciendo una infección en el paciente a consecuencia de la cual muere no comete un delito de acción (operar con instrumental sin desinfectar), sino uno omisivo (omisión de la obligada desinfección).”*¹¹⁷

Lo anterior, encuentra congruencia con lo establecido en nuestra carta fundamental, que otorga a sus gobernados seguridad jurídica frente a sus propios órganos de impartición de justicia, al establecerse en el artículo 16 Constitucional,

¹¹⁶ Citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *“Manual de Derecho Penal Mexicano”*. Pág. 215.

¹¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 24.

que “no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela **de un hecho que la ley señale como delito...**”¹¹⁸, es decir, respecto de un deber jurídico contenido en la ley penal.

Pues de lo contrario, si ese deber jurídico de actuar no está tutelado por la norma penal, sólo se estaría pidiendo al sujeto cumplir con un deber moral, lo cual no sería jurídicamente exigible al sujeto y por tanto, su conducta sería atípica.

El **segundo de los elementos de la omisión simple**, consiste en la **manifestación de la voluntad por parte del sujeto de no realizar ningún movimiento corporal** que debiera llevar a cabo para cumplir con el deber de actuar impuesto por la norma, es decir, **no hace lo que debe hacerse**.

Sin embargo, actualmente también se sostiene que **esa voluntad de no hacer algo debe estar precedida de la capacidad del sujeto de poder evitar el resultado**.

A este respecto el Dr. Muñoz Conde refiere que omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que **el sujeto está en situación de poder hacer**¹¹⁹, es decir, debe constatarse que el sujeto omitente tuvo que haber tenido la posibilidad de llevar a cabo el mandato que le impone la norma y que por decisión propia no lo hizo, pues de lo contrario, si no pudo realizarlo por causas ajenas a su voluntad, no podría reprochársele esa violación al deber de actuar. El citado autor lo explica de la siguiente manera:

“La omisión social y jurídicamente relevante está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. No existe una omisión en sí sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada. De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no

¹¹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2011. Pág. 8.

¹¹⁹Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 23.

existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión: el parálítico no puede omitir la salvación de una persona que se está ahogando en el río. Omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (finalidad y causalidad), deben estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. Las causas que excluyen las acciones son también, al mismo tiempo, causas de exclusión de la omisión.¹²⁰

Luego entonces, si el sujeto no pudo llevar a cabo la acción esperada porque no se encontraba en las condiciones para hacerlo, no obstante que estaba consciente de que debía de actuar, jurídicamente no es posible exigirle que se debió comportar de determinada forma y por consiguiente de haberse generado algún resultado típico, no podría reprochársele penalmente su inactividad, tal y como lo prevé la fracción IX del artículo 15 del Código Penal Federal, que a la letra dice:

Artículo 15.- *El delito se excluye cuando:*

...

IX.- *Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó¹²¹, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o*

...¹²²

Diferente consideración merecería, si en el ejemplo del parálítico que advierte que alguien se está ahogando en el río y no obstante que teniendo la posibilidad de arrojarle una cuerda o un chaleco salvavidas, por tenerlos a su

¹²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 23.

¹²¹ Entendida esta frase en sentido negativo, como aquella conducta que no realizó el omitente.

¹²² Código Penal Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2011. Pág.147.

alcance, no lo hace, estaríamos ante la presencia de un delito omisivo doloso, ya que bajo este supuesto si podría reprochársele al sujeto su inactividad.

Por lo que respecta al **tercero de los elementos consistente en el resultado** que se exige como consecuencia de ese no hacer voluntario por parte del omitente, este únicamente es de carácter formal o jurídico, es decir, no se requiere un cambio en el mundo fáctico, puesto que ese resultado formal se colma con el mero incumplimiento al deber de actuar impuesto por la norma.

Dentro de nuestro código punitivo federal, se encuentran diversos tipos penales que son un ejemplo de conductas omisivas simples que sólo exigen un deber de actuar del activo, tal es el caso en el de desobediencia y resistencia de particulares, en su hipótesis prevista en el artículo 178 del Código Penal Federal, que refiere:

“Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, ...”¹²³

Como puede advertirse en este supuesto, lo que sanciona es únicamente la omisión del activo a realizar el servicio y no importa si esa desobediencia puede causar algún resultado material, pues el tipo penal no lo exige.

Es también un caso de omisión simple el ilícito previsto en el artículo 194, fracción III del Código Penal Federal, en su hipótesis relativa a la colaboración o fomento para facilitar alguna conducta ilícita relacionada con los delitos contra la salud, tal y como fuera asentado en la siguiente jurisprudencia:

COLABORACIÓN AL FOMENTO PARA POSIBILITAR LA EJECUCIÓN DE DELITOS CONTRA LA SALUD. SE ACTUALIZA ESE ILÍCITO CUANDO SE SOLICITA EL DESPLIEGUE DE UNA

¹²³ Código Penal Federal, Editorial Raúl Juárez Carro Editorial S.A. de C.V., México 2011. Pág. 168.

CONDUCTA OMISIVA Y CONTRARIA A QUIEN TIENE OBLIGACIÓN DE COMBATIR EL NARCOTRÁFICO.

El mencionado delito, previsto en el artículo 194, fracción III, del Código Penal Federal, es de los doctrinalmente clasificados como "de resultado anticipado o cortado", porque **para su configuración resulta irrelevante la consumación del ilícito favorecido**, pues basta que el sujeto activo despliegue de cualquier manera actos de colaboración tendentes a crear una situación propicia para la realización de otros delitos, en el caso, contra la salud. Esto es, la conducta como elemento indispensable para la actualización **del tipo consiste en la acción u omisión orientada a asistir o auxiliar a la realización de un diverso delito**. En ese sentido, resulta evidente que **se actualiza el ilícito de colaboración al fomento para posibilitar la ejecución de delitos contra la salud cuando se solicita el despliegue de una conducta omisiva y contraria a quien debe combatir el narcotráfico pues con ello coadyuva a la comisión de actividades ilícitas en detrimento de la salud pública.**¹²⁴

Otro ejemplo de conducta omisiva simple, la podemos observar en la fracción V del artículo 215 del Código Penal Federal, relativo al ilícito de Abuso de Autoridad, en el que se sanciona al servidor público que estando encargado de una fuerza pública, requerida legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio, **se niegue** indebidamente a proporcionársela¹²⁵, no reparando en incluir en su descripción que dicha negativa (conducta omisiva) tenga que producir un resultado material.

¹²⁴ Registro No. 170542, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Enero de 2008, Página: 38, Tesis: 1a./J. 147/2007, Jurisprudencia, Materia(s): Penal. Contradicción de tesis 60/2007-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 19 de septiembre de 2007. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Tesis de jurisprudencia 147/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diez de octubre de dos mil siete, visible en la dirección <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>. Consultado el 10 de febrero de 2011, 18:00 horas.

¹²⁵ Código Penal Federal, Editorial Raúl Juárez Carro Editorial S.A. de C.V., México 2011. Pág. 176.

Artículo 215.- Cometén el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:

...

V. Cuando el encargado o elemento de una fuerza pública, requerido legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio se niegue a dárselo o retrase el mismo injustificadamente. La misma previsión se aplicará tratándose de peritos.

3.2. La Omisión Impropia o Comisión por Omisión.

3.2.1. Concepto.

A diferencia de la omisión simple en la que con la inactividad del sujeto se incumple un deber jurídico y sólo se ocasiona un resultado jurídico o formal, en la omisión impropia o también denominada comisión por omisión, además de infringirse ese deber, necesariamente se debe producir un resultado material.

Para el penalista Jiménez de Asúa, los delitos de comisión por omisión existen cuando se causa una mutación en el mundo exterior no haciendo aquello que se espera del agente.¹²⁶

Por su parte el jurista Cuello Calón precisa que la omisión impropia consiste en producir un cambio en el mundo externo, mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer.¹²⁷

El criminólogo guatemalteco José Adolfo Reyes Calderón considera que en los delitos de comisión por omisión, la omisión se conecta a un resultado prohibido. En estos casos la omisión del deber jurídico produce un resultado como si el sujeto en realidad hubiese actuado¹²⁸, por eso algunos autores incluso han negado su existencia y pretendido asimilarlos a los delitos de acción ya que consideraban que la omisión sólo era el medio de cometerlos, de ahí su denominación comisión (acción) por (mediante) omisión.

Sobre el concepto de omisión impropia, el Dr. Muñoz Conde señala que en esta modalidad de la conducta, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción

¹²⁶ Citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Pág. 217.

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ REYES CALDERÓN, José Adolfo. Ob. Cit. Pág. 91.

típica del comportamiento prohibido de determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido y señala:

“... nadie duda en incluir en la acción típica del infanticidio (matar a un recién nacido) el comportamiento de la madre que deja morir de hambre al recién nacido.”¹²⁹

Es entonces una característica de la comisión por omisión que no se precise en el tipo penal la forma en que se pueda manifestar la inactividad del sujeto omitente, lo que se estima en algunas ocasiones podría generar inseguridad jurídica en los gobernados, ya que el equiparar la omisión a la acción respecto a un resultado prohibido corre a cargo del Ministerio Público o del Órgano Jurisdiccional, quienes no tienen un criterio uniforme o parámetros generales que pongan límites a esa interpretación.

A este respecto, el citado Dr. Muñoz Conde opina que en los delitos impropios de omisión (así también llamados), la inactividad se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal en concreto no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo, pues, un problema de interpretación dilucidar cuándo la norma omisiva puede ser equiparada a la activa, que sí se menciona expresamente en la ley, por ejemplo dejar morir de hambre a un niño recién nacido no está exactamente tipificado en ninguno de los distintos delitos contra la vida; sin embargo, todos admiten que dicha omisión debe ser equiparada a la acción de matar y conectada causalmente con el resultado muerte, concluyendo de la siguiente forma:

“La equiparación y la equivalencia de la omisión, no mencionada expresamente en el tipo legal, a la acción en sentido estricto descrita legalmente debe realizarse con sumo cuidado, sino se quiere lesionar el principio de legalidad y el principio de intervención mínima que impide

¹²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 26.

*equiparar con la misma sanción comportamientos cualitativamente diferentes.*¹³⁰

Bajo este contexto, se está ante la presencia de un delito de comisión por omisión cuando el sujeto produce con su inactividad un resultado material prohibido por la norma y que encuentra correspondencia con un tipo descrito en sentido activo, luego entonces, si se piensa que las formas de cometer un delito mediante acción son amplias, resultan ser incontables las hipótesis que se pueden presentar en la práctica para configurar un ilícito a través de comportamientos omisivos.

Esta forma de cometer delitos, está regulada en el segundo párrafo del artículo 7 del Código Penal Federal, aunque si bien es cierto no la denomina como omisión impropia o comisión por omisión, es claro que se refiere a ésta cuando señala expresamente:

“Artículo 7.- ...

*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. ...”*¹³¹

3.2.2. Elementos que integran la Omisión Impropia.

Al igual que en los delitos de omisión simple, en la omisión impropia deben presentarse determinados elementos para tener por acreditada su tipicidad.

Además de la inactividad voluntaria por parte del sujeto para omitir el deber de actuar esperado o exigido (mismo que ya fueron abordados en el punto anterior), es necesario que:

- a) Se produzca un resultado material.

¹³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 25.

¹³¹ Código Penal Federal, Editorial Raúl Juárez Carro Editorial S.A. de C.V., México 2011. Pág. 145 – 146.

- b) Se acredite la relación entre dicho resultado no evitado y el deber omitido.
- c) El omitente tenga el deber de evitar el resultado (posición de garante).

El **resultado material** es un elemento indispensable que debe presentarse en los delitos de omisión impropia, puesto que a diferencia de las omisiones simples, en las que sólo hay un resultado jurídico o formal, en estos delitos, la omisión del deber de cuidado debe producir necesariamente un cambio en el mundo fáctico, pues éste constituye la consecuencia de la inactividad, convirtiéndose así en la expresión física de la omisión.

Por ejemplo, en el caso de la madre que omite darle de comer a su hijo recién nacido, el resultado material es la muerte del menor.

Este resultado es indispensable para la acreditación del delito impropio de omisión ya que al igual que en la acción, se presupone que el autor ha causado objetivamente el resultado no evitado.

Por lo que se refiere a los dos últimos elementos que integran la comisión por omisión, consistentes en el vínculo que se da entre la omisión y resultado producido, así como el deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto omitente (posición de garante) requiere por sus particularidades un examen aparte.

3.2.3. La relación de causalidad en la omisión impropia.

Si en los delitos de acción en algunos casos es difícil establecer la relación causal que une o determina al sujeto con el resultado material producido, en los delitos de omisión impropia este problema resulta ser más complejo, en virtud de que en estos casos el no hacer por parte del omitente produce una transformación en el mundo externo o físico, sin embargo debe encontrarse el fundamento, explicación o “causa” que conecte a esa inactividad con el resultado, de ahí que un importante

sector de la doctrina considere que la omisión debe estar en relación causal con el evento ocurrido.

Este problema de determinar el vínculo entre la inactividad y el resultado material ha sido identificado por la doctrina como la relación de causalidad en la omisión impropia, pero lo que se propone en el presente estudio es determinar si verdaderamente se presenta dicha relación causal o bien si se puede identificar algún otro tipo de conexidad que permita fundamentar el juicio de reproche al omitente. Corresponde ahora analizar cómo han evolucionado las ideas en torno a dicho problema.

En el último tercio del siglo XIX, y teniendo en cuenta que en la omisión impropia el resultado se le imputa al omitente, para justificar la equiparación entre la acción y la omisión, se trató de descubrir en ésta alguna actividad a la que se le pudiera atribuir, como elemento causal, la modificación en el mundo exterior, sosteniendo que existía una relación física o mecánica entre dichos extremos.

Algunos de los doctrinarios que sostenían esta postura son:

a) Luden: Teoría del Aliud Agere.- La causalidad de la omisión habría que buscarla en el movimiento corporal que desarrolla simultáneamente el omitente mientras no impide el resultado.¹³² Por ejemplo, si la madre deja morir a su hijo por no darle de comer y se dedica a tejer, la causa de muerte sería el hecho de tejer realizado por su madre.

b) Krug, Glaser y Merkel: Teoría de la acción precedente.- La relación causal se fundamenta en la acción anterior del omitente creadora de la situación de peligro que después no se evita.¹³³

Es el caso de quien, omitiendo dar alimentos a un enfermo confiado a su cuidado, deja que muera, no es responsable del homicidio por el acto negativo de no

¹³² Cfr. Reyes Calderón, José Adolfo. Ob. Cit. Pág. 93.

¹³³ Ídem.

suministrar el alimento, sino por el acto positivo de haber asumido la custodia del enfermo, con el cual ha apartado a otros de cuidarle.

c) Binding: Teoría de la interferencia.- Parte del supuesto de una “acción interna” que aplica el omitente para reprimir sus impulsos de ejecutar la acción que habría evitado el resultado.¹³⁴

Valiéndose del concepto de interferencia, se expone que el omitente ha dominado el impulso que le compelió a actuar, produciéndose, por tanto, como contracorriente, un fenómeno de interferencia entre la fuerza que impulsa a obrar y el despliegue de la misma.

Todas estas teorías fueron rechazadas y definitivamente abandonadas a comienzos del siglo pasado, ya que contra la teoría de Luden se argumenta que si la madre deja morir de hambre al niño, entonces la causa del fallecimiento habría que buscarla -movimiento corporal simultaneo a la omisión- en la acción de tejer unas medias que llevaba a cabo mientras no le alimentaba, la cual, evidentemente, sólo se puede poner en conexión causal mecánica con las medias tejidas, pero no con la muerte del hijo.

Contra los supuestos de los citados autores Krug, Glaser y Merkel se replica que, sólo podrían calificarse de omisión impropia -porque sólo entonces habría una acción anterior causante del resultado- los supuestos de injerencia, quedando descartadas como comisión por omisión, aquellos otros en los que, por ejemplo, la posición de garante derivaría de una ley, y, además, y como cuando se realiza esa acción anterior no hay dolo -si no estaríamos ante un delito doloso de acción-, y como ese dolo, surge cuando se ha generado ya la situación de peligro, que, por ello, esta teoría estaría operando con un indefendible dolus subsequens (dolo siguiente)¹³⁵

¹³⁴ Ídem. Pág. 93.

¹³⁵ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “La Causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión”, 1ra. ed., Ed. Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2003. Pág. 10.

En el caso de la teoría sostenida por el ilustre jurista Binding, se opuso de inicio que la acción interna de reprimir el omitente su impulso de intervenir para evitar el resultado no se traduce en un movimiento corporal -sino sólo en un acto meramente “espiritual”- y, por consiguiente, tampoco en una causalidad mecánica; y, en segundo plano, que en la omisión impropia cometida con imprudencia inconsciente, y dado que el autor ni se representa la situación de peligro ni, consiguientemente, el resultado lesivo -por ejemplo: no se los representa el guarda de paso a nivel que no baja las barreras, produciéndose la colisión entre el tren y un automóvil, porque está distraído leyendo el periódico-, tampoco aplica ninguna “acción interna” para reprimir un impulso, de actuar que ni siquiera se ha representado.¹³⁶

Posterior a estas teorías, otros autores afirman que sí existe una relación de causalidad entre la inactividad y el resultado producido, pero fundamentada no en relaciones materiales o mecánicas, sino en **categorías del pensamiento**, a saber:

a) Kant y Stuart Mill, consideran que la relación causal ha de ser entendida no como un enlace físico natural, sino como **una categoría del pensamiento que pone en relación antecedentes con consiguientes, como un proceso lógico-cognoscitivo que explica un acontecimiento a partir de las condiciones (positivas y negativas) que lo han hecho posible.**¹³⁷

En ese sentido, no existiría obstáculo alguno en afirmar que un determinado resultado (por ejemplo: la rotura de un cristal) era reconducible tanto a factores positivos (por ejemplo: a que alguien daba una patada a un balón) como a negativos (por ejemplo: a que en la trayectoria de la pelota no se encontrara una señal de la circulación que hubiera evitado que aquella hubiera impactado en la ventana).

Se critica a esta postura la idea de que la omisión es causal para el resultado porque su producción sólo es posible si se dan, al mismo tiempo, comportamientos

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Ibídem. Pág. 11 y ss.

positivos que tienden a ocasionarlo y ausencia de comportamientos negativos (omisiones) que podrían impedirlos, es decir, al final del camino se llega a la conclusión de que si existe una relación material entre omisión y resultado.

b) Posterior a esta corriente, encontramos la postura de otros autores que consideran que se **puede fundamentar el nexo causal entre una omisión y un resultado partiendo de la formula de la conditio sine qua non que se aplica en los delitos de acción, en los que se aplica un proceso hipotético**: una acción es causal para un resultado cuando si se suprime aquella in mente (es decir: hipotéticamente) desaparece el resultado (si suprimo el disparo, la muerte de la víctima desaparece).¹³⁸

Aplicando dicho procedimiento hipotético de manera análoga a la omisión, esta será causal para el resultado cuando si añadido in mente (es decir: hipotéticamente) la acción omitida (alimentar al hijo) desaparece el resultado (la muerte por inanición).¹³⁹

El jurista Edmund Mezger, apoyándose en dicho razonamiento considera que:

“en los delitos comisivos por omisión la cuestión de la causalidad se plantea exactamente de la misma manera y exactamente de las mismas formas que en el hacer activo: sólo que no con relación a la omisión como tal, sino con relación a la acción esperada y a su resultado. La pregunta decisiva se expresa así: ¿se habría impedido con la "acción esperada" el resultado desaprobado por el Derecho?. Si esta pregunta se contesta afirmativamente, entonces la omisión ha sido causal para el resultado”.¹⁴⁰

¹³⁸ Ibídem. Pág. 16 y ss.

¹³⁹ Ídem.

¹⁴⁰ MEZGER, citado por GIMBERNAT ORDEING, Enrique. Ob. Cit. Pág. 17.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, considera que se puede compartir con el autor Mezger que sólo en virtud de la acción esperada adquiere relevancia jurídica la omisión pues ésta no consiste en no hacer nada sino en dejar de hacer algo que la norma espera, sin embargo, difiere con él al pretender fundamentar la causalidad con referencia a la acción positiva pensada (esperada) y a su resultado.

Lo anterior, al considerar que la forma de plantear el problema parece deficiente y la contestación a la pregunta ¿hubiera sido impedido por la "acción esperada" el resultado desaprobado por el Derecho?, de ninguna manera prueba la eficacia de la solución propuesta, pues ella únicamente demuestra que la omisión es causal respecto del resultado y es la propia omisión la que constituye la condición causal, por ser *condictio sine qua non* del evento. En efecto, la omisión será causa del resultado si suprimida in mente y supuesta hipotéticamente la acción esperada el resultado no se hubiera verificado; ello demuestra que la casualidad en la omisión impropia debe constituirse necesariamente con referencia a la propia omisión y no en la acción esperada que convierte el no hacer en relevante para el derecho.¹⁴¹

Posterior a los postulados del penalista Mezger surgen los supuestos de Blei, quien considera:

*“La solución de la causalidad entre la omisión y el resultado reside en la circunstancia de que el omitir juridicopenal no es un simple "no hacer", sino un "no hacer algo". Por ello, un omitir es causal para un determinado resultado cuando aquel "algo" hubiera evitado este resultado.”*¹⁴²

Según dicho autor, existe, por consiguiente, un paralelismo completo entre la causalidad del *hacer activo* y la "causalidad" del *omitir*; allí, en la causalidad del hacer activo, "algo" que se hizo no puede ser "*suprimido in mente*" sin que, con ello,

¹⁴¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Pág. 243.

¹⁴² BLEI, citado por GIMBERNAT ORDEING, Enrique. Ob. Cit. Pág. 17.

desaparezca el resultado; aquí, en la "causalidad" de la omisión, "algo" que se omitió no puede ser añadido in mente sin que no se hubiera evitado el resultado.¹⁴³

c) Otra parte de la doctrina **niega rotundamente la existencia de una relación de causalidad entre inactividad y resultado**, siendo entre otros el caso de Radbruch (1904), Sánchez Tejerina (1918), Huerta Ferrer (1948), Díaz Palos (1953), Bacigalupo (1997), Cerezo Mir (1998) y Muñoz Conde (2000).

De manera general estos autores sostienen que:

“En un sentido científico-natural la omisión no causa nada, pues como se caracteriza por la ausencia de (porque no se aplica) energía, y la causalidad, en cambio, porque mediante el empleo de energía se influye materialmente en un resultado, de ahí que, desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, la in-actividad, en cuanto que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no pueda influir en la producción energética de un resultado: ex nihilo nihil fit¹⁴⁴. Expresándolo con un ejemplo: si A dispara (acción) contra B, y le mata, sin que C haga nada para impedirlo (omisión), el resultado de muerte habrá sido causado científico naturalmente por el primero, en cuanto que es él quien ha desencadenado una fuerza (el disparo) que ha producido materialmente la consecuencia del fallecimiento de la víctima, mientras que C, porque no ha aplicado energía alguna, nada puede tener que ver tampoco, desde un punto de vista estrictamente causal, con un resultado de muerte que supone, precisamente, una transformación de energía (en este caso, de disparo en muerte); de C no se puede decir, por consiguiente, que haya causado algo mediante una in-actividad (mediante una no-aplicación de energía) sino únicamente que, si hubiera actuado, habría impedido (o, al menos, habría disminuido el riesgo de) el resultado de muerte.”¹⁴⁵

¹⁴³ Ídem.

¹⁴⁴ Frase latina: Porque de la nada, nada surge; las omisiones carecen de efecto causal: la nada, nada causa.

¹⁴⁵ GIMBERNAT ORDEING, Enrique. Ob. Cit. Pág. 19 y ss.

Lo que se critica a esta posición, es que de negar cualquier relación por mínima que sea entre la omisión y el resultado, se dejaría impune la producción de dicho cambio en el mundo fáctico, en tanto que, para no dejar sin castigo dicho evento, pretendiendo imputar la responsabilidad como un delito de acción, se estaría aplicando en perjuicio del sujeto el principio de analogía.

d) Existe una última y muy reciente posición que no niegan una relación entre un no hacer algo y el resultado material producido que pudo haberse evitado, pero no están de acuerdo en denominar a ese vínculo como nexo causal, optando por llamarlo **nexo de evitación**.

Uno de los principales exponentes de esta corriente es el Ministro Argentino Raúl Eugenio Zaffaroni, quien lo explica de esta forma:

*“...En la tipicidad omisiva no existe un nexo de causación, justamente porque debe existir un **nexo de evitación**. El resultado típico siempre se produce por efecto de una causa, pero ésta no es puesta por el agente, la tipicidad objetiva sistemática omisiva requiere que el agente no haya interpuesto la acción que hubiese interrumpido la causalidad que provocó el resultado. La relevancia típica de la causalidad en el tipo objetivo omisivo no se produce a través del nexo de causación, sino del nexo de evitación*

*Por definición, en el tipo objetivo sistemático falta el nexo de causación, precisamente porque es reemplazado por el **nexo de evitación**, pero ambos se basan en la causalidad: uno se determina comprobando que con la hipotética supresión de la conducta prohibida desaparece el resultado (causación), en tanto que en el otro se **determina comprobando que con la hipotética interposición de la conducta debida, desaparece el resultado (evitación)**. El nexo de evitación funciona en la tipicidad omisiva como el equivalente típico del nexo de*

causación, siendo ambas formas típicas de relevar la causalidad a efectos de individualizar la conducta prohibida.”¹⁴⁶

Bajo la óptica del citado autor, el sujeto tiene a su cargo una obligación de evitar el resultado y no sólo de un no hacer algo, por tanto esa posibilidad de evitación, establece el vínculo entre ambos extremos de la omisión, de ahí que se comparta la opinión de denominarlo nexo de evitación.

Dada la imposibilidad de afirmar que la omisión “causa” un resultado determinado – pues sólo un hacer causa un cambio en el mundo exterior-, se ha afirmado que en estos supuestos lo que se infringe es un mandato, al que están obligados ciertos sujetos en cuanto a impedir determinados resultados. Por lo tanto lo que se incumple es un deber cualificado de evitación.

Bajo este contexto, el fundamento de la imputación se encuentra pues, en que el sujeto, si bien no ha causado ese resultado se considera que si lo ha hecho, por no haberlo evitado pudiendo dada la posición en que se encontraba. Lo que se castiga es entonces, la infracción de un deber de evitación de un resultado.

Analizando las posturas que existen para pretender explicar y en todo caso fundamentar una relación “causal” entre la omisión y el resultado, como se puede hacer en el caso de los delitos de acción, es difícil tomar postura por alguna de ellas, sin embargo, lo que se puede asegurar es que efectivamente se crea en automático un vínculo entre la inactividad de algo esperado y el resultado material que se produjo.

Ya sea que se afirme que existe una **relación causal, un proceso hipotético o bien un nexo de evitación**, resulta necesario, tomar partido por alguna de ellas y encontrar la fórmula que permita imputar el resultado al omitente, de una manera **objetiva** más no causal, ya que se ha coincidido en afirmar que el resultado

¹⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 446.

únicamente se puede imputar al omitente, cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado.

La doctrina dominante se ha inclinado por adaptar la fórmula de la conditio sine qua non a los delitos omisivos, al considerar que la omisión impropia es causal o (cuasi)causal si, añadida in mente la acción omitida, desaparece el resultado, sin embargo para que el omitente responda por el resultado, agregan un requisito, que éste asuma una posición de garante.

Al agregar este requisito, no sólo se constata que debe acreditarse objetivamente la relación entre omisión y resultado, sino que además establece una diferencia con los delitos de acción, ya que en esta categoría, la posición de garante no desempeña papel alguno puesto que si el activo ha desplegado un movimiento corporal que causó una afectación a un bien jurídicamente tutelado, se presenta de inmediato una relación de causalidad imputable al sujeto en la que responderá a título de un delito doloso de acción consumado, sin importar si tenía la obligación especial de proteger ese bien.

Previo a analizar la posición de garante, es importante hacer mención que si bien la mayoría de los autores se han inclinado por esta fórmula, no pueden hacerse a un lado otras posturas dogmáticas que consideran que también puede imputarse el resultado a una inactividad tomando en consideración otras condiciones, a saber:

1.- Se estima que existe relación entre resultado e inactividad cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado con una **probabilidad rayana en la seguridad.**

A diferencia del delito de acción donde sí que se puede alcanzar una certeza sobre si el comportamiento activo ha causado o no el resultado, ya que ahí de lo que se trata es de comprobar una relación causal que ha existido realmente, en la omisión, en cambio, hay que operar con una conexión causal no real, sino hipotética,

y es por ello por lo que, con relación a algo que no ha sucedido (la acción omitida y el curso causal que habría desencadenado), **únicamente cabe emitir un juicio, no de seguridad, sino sólo de probabilidad de que aquélla hubiera evitado el resultado.** ¹⁴⁷

Por ejemplo, A encaja a B una puñalada, hay certeza de que B no habría sufrido la herida sin la agresión; en la omisión, por lo general, únicamente existe una mayor o menor probabilidad, como, por ejemplo, cuando A omite salvar a B que se está ahogando, en donde sólo puede ser más o menos probable que esa salvación hubiera tenido éxito.

A este respecto, el Dr. Muñoz Conde opina que lo que importa en la comisión por omisión es la constatación de una causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Si se da por seguro o, por lo menos, como muy probable que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada, el resultado no se hubiera producido, entonces se podrá imputar el resultado al sujeto de la omisión. ¹⁴⁸

El autor en cita considera que habrá que plantearse hipotéticamente si la realización de la acción esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado, si su omisión suponía una falta de diligencia, si se incrementaba el riesgo de producción del resultado, etc. ¹⁴⁹

2.- Una segunda dirección (minoritaria) exige, no una probabilidad rayana en la certeza, sino **certeza o seguridad de que esa acción debida hubiera impedido el resultado típico.**

Esta postura es sostenida por el destacado jurista Mezger, quien asegura que, para poder imputar un resultado a una omisión no es suficiente con que la

¹⁴⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 28 y ss.

¹⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 27.

¹⁴⁹ *Idem*.

acción exigida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, sino que es preciso constatar que ciertamente lo hubiera impedido.¹⁵⁰

El maestro Jakobs comparte esta postura y refiere que:

*“Para la imputación del resultado es preciso que el autor hubiera logrado impedir el resultado mediante la ejecución de la acción exigida, pues de lo contrario, sólo queda la responsabilidad por tentativa”.*¹⁵¹

En un primer plano, pareciera que esta postura es la adecuada para emitir una condena por una omisión impropia, pues sólo exigiendo certeza de que con la acción esperada se hubiera evitado el resultado, se podría hablar de un delito omisivo consumado perfectamente típico y reprochable, aunado al hecho de que no se estaría violando en perjuicio del omitente su garantía de legalidad y seguridad jurídica en el proceso penal, sin embargo, no puede apartarse del análisis respectivo, el hecho de que la acción esperada no realizada quedó en el mundo no real, es decir en un juicio hipotético, en el que sólo se puede obtener como conclusión una probabilidad, pero nunca la seguridad de que hubiera evitado el resultado, ya que en el mundo fáctico, concurren siempre otros aspectos de carácter natural que de presentarse no podrían hacerse a un lado, para valorar en su contexto el evento producido.

3.- Una tercera corriente, también minoritaria, traslada y adapta a la omisión impropia la teoría del aumento del riesgo, considerando que **la acción omitida hubiera “disminuido el riesgo” de producción del resultado.**

La teoría de la disminución del riesgo encuentra un primer antecedente en el autor Hardwig, quien en 1957 escribe:

“Se está obligado a impedir un resultado sólo cuando sea posible la evitación del resultado con probabilidad rayana en la seguridad.

¹⁵⁰ MEZGER citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 42.

¹⁵¹ JAKOBS citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 43 y 44.

Difícilmente se estará dispuesto a reconocer como correcto un principio jurídico así. El tenor del deber jurídico es, más bien, este: Mientras te sea posible de alguna manera, evita el resultado ... se lesiona un deber de evitación del resultado cuando la evitación del resultado, y según el juicio humano, no aparece como imposible.”¹⁵²

Esta corriente, si bien es apoyada por una minoría de la doctrina, cada vez está tomando más adeptos, puesto que se estima que su postulado encuentra una solución más cimentada al problema de cómo imputar al omitente el resultado producido por la inactividad.

Lo anterior en virtud, de que si en la mayoría de los casos es difícil emitir una sentencia por un delito consumado de omisión impropia porque es imposible determinar con certeza si la acción omitida hubiera evitado el resultado y lo más que se puede reprochar al sujeto es que de haber actuado probablemente se habría evitado el resultado, es más propio fundamentar la responsabilidad penal exigiéndole al omitente que con la acción esperada **hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado**.

Pese a que esta postura pareciera tener una solución al problema de la causalidad en la omisión, son dos las objeciones que se realizan a la misma:

a) Se infringe el principio in dubio pro reo, al considerar que si basta con que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de lesión -si basta, por consiguiente, para que se le pueda imputar la muerte al médico, no la seguridad, sino ya la probabilidad de que la acción omitida hubiera podido salvar la vida al paciente-, entonces la posibilidad de que la ejecución de aquella hubiera sido inútil, y de que, por consiguiente, el paciente hubiera fallecido en cualquier caso, no se interpreta a favor, sino en contra del reo.¹⁵³

¹⁵² HARDWIG Citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 46.

¹⁵³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 48.

A este respecto se han manifestado, entre otros autores los juristas Herzberg, Jakobs y Jescheck.

b) Los delitos de lesión se convierten en delitos de peligro, ya que en estos casos lo único que consta es que la acción no ejecutada habrá reducido el riesgo de producción del resultado, pero no que lo hubiera evitado, ello supondría que no estaba acreditada la relación de (cuasi)causalidad entre omisión y resultado, por lo que, a pesar de que el homicidio, por ejemplo, es un delito de lesión, se estaría imputando el resultado típico, no a quien –medico que *no trata* una enfermedad con un alto índice de mortalidad- lo habría causado, sino sólo a quien lo habría puesto en un peligro del que no se sabe si es o no el que desembocó en la muerte (no se sabría si ésta se produjo como consecuencia de la omisión o de la enfermedad en sí, cuyo fatal desenlace habría sido inevitable con o sin medidas terapéuticas), situación que lo más que podría fundamentar, y para el caso de que estuviese tipificado como tal, sería un delito de peligro.¹⁵⁴ Esta objeción la formulan, entre otros, los juristas Schunemann, Weber y Jakobs.

Como se ha expuesto, son diversas las corrientes que pretenden explicar una relación de causalidad, casi causalidad o nexo de evitación entre la inactividad voluntaria del sujeto y el resultado material por él producido y ser el fundamento para imputar dicho resultado al sujeto omitente, sin embargo es difícil determinar cuál de ellas podría ser la fórmula adecuada que permita sin lesionar garantías individuales y principios procesales soportar una sentencia por un delito omisivo impropio.

Sin embargo, se estima que cualquiera de ellas podría ser adecuada para soportar un caso de omisión impropia, pero optar por alguna de ellas dependerá de las circunstancias reales de cada caso en concreto, puesto que en cada uno de ellos convergen aspectos distintos, tales como el nivel de riesgo, el grado de obligación del garante y sus circunstancias personales, las condiciones espaciales en las que ocurrió el evento y finalmente la valoración real del resultado producido, para de ahí

¹⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 49 - 50.

determinar si el cumplimiento de la obligación por parte del omitente en verdad hubiera podido impedir o no la producción del resultado, puesto que no hay que perder de vista que el mundo natural está en constante movimiento.

Aunado a lo anterior, también no hay que perder de vista el criterio judicial que en el momento este prevaleciendo, pues en algunos casos son desconcertantes y muy subjetivos.

Un elemento muy importante que actualmente se integra al concepto de omisión impropia y que resulta indispensable para determinar si se ha configurado o no el delito bajo esta modalidad consiste en una calidad especial en el sujeto omitente a la que se ha denominado garante, tópicamente que es materia de análisis del apartado siguiente.

3.2.4. La posición de garante.

Para que pueda reprocharse al omitente que es responsable del resultado causado por su inactividad, es necesario que tenga la obligación de impedirlo, en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por disposición de la propia norma u otras fuentes generadoras de la obligación, constituyéndose de esta forma en una barrera de contención respecto de determinados riesgos que pueden recaer sobre algún bien jurídico, surgiendo así el concepto de garante.

Al respecto, el Dr. Muñoz Conde considera que esa **obligación especial**, convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí, precisamente el nombre de **posición de garante** y sólo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido pueden ser consideradas garantes de su integridad y por consiguiente tienen la obligación de que no se produzca el resultado, por ejemplo, la madre del recién nacido tiene especial obligación de alimentarlo para que no muera; el médico tiene el compromiso

de atender al accidentado y procurar salvarlo; el que maneja una sustancia explosiva tiene el deber de evitar que se produzca una explosión o incendio.¹⁵⁵

Sin embargo, considera el Ministro Argentino Zaffaroni que si bien todo garante tiene el deber de actuar, no todo el que tiene el deber de actuar es garante, poniendo como ejemplo lo siguiente: no tengo el deber de omitir pagar una deuda, aunque sepa que mi acreedor comprará con el dinero que le daré un arma para matar a otra persona, porque no estoy es posición de garante respecto de la vida del posible sujeto pasivo.¹⁵⁶

Previo a establecer las fuentes que de acuerdo a nuestra legislación convierten a una persona en obligado especial frente al pasivo (último elemento que integra a un delito de comisión por omisión), es importante mencionar que en el caso de algunas legislaciones no se hace mención expresa de quiénes y/o en qué casos existe el deber de asumir esa posición de garante, puesto que en la mayoría de ellos sólo se describe una acción positiva. De ahí que se formulen críticas de orden constitucional (infracción del principio de legalidad) contra la figura de los delitos de comisión por omisión.

Lo anterior, en virtud de que al no establecerse claramente la infracción del deber de evitación o, dicho en otros términos la no ejecución del acto que impediría el resultado típico, nos encontramos ante tipos abiertos o no escritos en los que solo una parte viene descrita en la ley, teniendo el juez que buscar los restantes elementos que son precisamente los que fundamentan la posición de garante.

En consecuencia, el que se castigó la omisión del deber de evitación de un resultado típico aplicando para ello tipos no escritos, más relacionados con los tipos previstos en el ordenamiento respectivo, supone sí incurrir en la analogía contra el reo, que como es sabido está prohibida por nuestra carta magna.

¹⁵⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 27 y 28

¹⁵⁶ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 449.

Dadas las discrepancias que emanan desde la perspectiva del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, un sector de la doctrina se manifiesta por la necesidad de establecer un sistema de *numerus clausus*. Esto es, que la ley especifique las omisiones punibles, sin embargo, esta propuesta no ha prosperado debido a que establecerlas expresamente hace que se trate de una solución impracticable por lo engorroso de ésta y el riesgo de dejar fuera de ese catálogo otras omisiones igualmente típicas.¹⁵⁷

Otro sector teórico sugiere que la vía más pertinente para evitar violaciones al principio de legalidad es establecer una cláusula general que autorice la comisión por omisión de los delitos descritos en la parte especial del código punitivo. Supone pues, establecer presupuestos a través de los cuales es posible equiparar la omisión, el no impedir un resultado, con su causación activa.¹⁵⁸

Esta posición se ha expresado entre otros, en los códigos penales de España, Alemania, Italia, Portugal, Perú, Colombia, Paraguay, así como en el caso de nuestro país, que ya que se expresa tanto en el Código Penal Federal como el aplicable en el Distrito Federal, en los siguientes términos:

Código Penal Federal

“Art. 7.- ...

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.”¹⁵⁹

¹⁵⁷ Cfr. HUERTA TOLCIDO, Susana. *“Problemas fundamentales de los delitos de omisión”*, 1ra. ed., Editorial Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987. Pág. 22 y ss.

¹⁵⁸ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *“Derecho Penal. Parte General”*, 3ra. ed., Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990. Pág. 329 y ss.

¹⁵⁹ Código Penal Federal, Editorial Raúl Juárez Carro Editorial S.A. de C.V., México 2011. Pág. 145 – 146.

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 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.”¹⁶⁰

En el caso de las legislaciones de los países citados, dicha clausula se encuentra redactada en los siguientes términos:

Código Penal Español

“LIBRO I

Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y Demás consecuencias de la infracción penal.

TÍTULO I

DE LA INFRACCIÓN PENAL

CAPÍTULO I

¹⁶⁰ Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 2011. Pág. 35.

De los delitos y faltas.

Artículo 11: Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el texto de la ley, a su causación. A tal efecto, se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una especial obligación legal o contractual de actuar.*
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción o una omisión precedente.”¹⁶¹*

Código Penal Alemán

“CAPÍTULO SEGUNDO

El Hecho

TÍTULO I

Fundamentos de la punibilidad

§ 13. Comisión por omisión

(1) Quien omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción.

(2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1.”¹⁶²

Código Penal Italiano

“Artículo 40 cpv.: No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de impedir equivale a causarlo.”¹⁶³

¹⁶¹ Código Penal Español, versión electrónica visible en la dirección: www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_31_01_2011.pdf. Consultado el 30 de noviembre de 2011, 19:00 horas.

¹⁶² Versión del Código Penal Alemán traducido por la profesora Claudia López Díaz es la publicada bajo el título Strafesetzbuch, 32a., ed., Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998, visible en la dirección www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf. Consultado el 30 de noviembre de 2011, 20:00 horas.

¹⁶³ Versión del Código Penal Italiano, traducido y visible en la dirección <http://biblioteca.uam.es/derecho/guias/penal.html>. Consultado el 30 de noviembre de 2011, 20:30 horas.

Código Penal Portugués

“Artículo 10: Comisión por acción y por omisión:

(1) Cuando un tipo legal de delito comprenda cierto resultado, el hecho abarca no sólo la acción adecuada para producirlo sino también la omisión de acción adecuada para evitarlo, salvo que fuera la intención de la ley.

(2) La comisión por omisión de un resultado sólo es punible cuando recaiga sobre el omitente un deber jurídico que le obligue personalmente a evitar el resultado.

(3) En el caso del número anterior la pena podrá ser atenuada de modo especial.” ¹⁶⁴

Código Penal del Perú

“TITULO II: Del Hecho Punible

CAPITULO I: Bases de la Punibilidad

Artículo 13 .- Omisión impropia

El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.()*

() Inciso modificado por el Artículo Único de la Ley N° 26682, publicado el 11-11-96*

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.” ¹⁶⁵

Código Penal Colombiano

“TÍTULO III

CAPÍTULO ÚNICO

¹⁶⁴ Versión del Código Penal Portugués, traducido y visible a en la dirección www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf y traducida por <http://translate.google.com.mx>. Consultado el 30 de noviembre de 2011, 21:00 horas.

¹⁶⁵ Código Penal de Perú, visible en la dirección www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf. Consultado el 30 de noviembre de 2011, 22:00 horas.

De la Conducta Punible

Artículo 25 - Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la Ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

- 1.- Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*
- 2.- Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*
- 3.- Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*
- 4.- Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.*

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.”¹⁶⁶

Código Penal de Paraguay.

“LEY N°. 1.160/97

TITULO II

El Hecho Punible

CAPITULO I

Presupuestos de la Punibilidad

Artículo 15.- Omisión de evitar un resultado

¹⁶⁶ Código Penal Colombiano, visible en la dirección <http://derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal.html>. Consultado el 30 de noviembre de 2011, 23:00 horas.

Al que omite impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando:

- 1. Exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado; y*
- 2. Este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado”.*¹⁶⁷

Existe una tercera posición que pretende dar solución al problema, considerando que no sería preciso recurrir al sistema de *numerus clausus*, ni a una cláusula general, siendo la base de su premisa: utilizar el lenguaje ordinario o cotidiano de los verbos típicos que suponen algo más que describir un proceso causal, atribuyendo de esta forma la responsabilidad del activo por un determinado resultado.

Esta postura ha sido sostenida por el penalista Jesús María Silva Sánchez y otros autores españoles como Santiago Mir Puig, Luzón Peña y Enrique Gimbernat Ordeig, considerando que cuando por ejemplo, se castiga al que mata a otro, el tipo penal no se limita a aquellos que causen la muerte, sino que esta comprendiendo todos los comportamientos a los que se les puede atribuir el resultado muerte, es decir, para el lenguaje cotidiano lo que se castiga es la actuación a la que le podemos adscribir aquel proceso que finalizó con la muerte de una persona, ya sea que lo haya causado físicamente o ya sea que no lo haya evitado pudiendo hacerlo. En consecuencia, desde la perspectiva del lenguaje ordinario, las omisiones también pueden producir un resultado y nada impediría entender desde esta perspectiva a los verbos típicos.¹⁶⁸

A consideración del suscrito, esta posición también podría violar garantías del gobernado, en virtud de que se deja a la interpretación del Ministerio Público o en

¹⁶⁷ Código Penal de Paraguay, visible en la dirección: www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-cp.pdf. Consultado el 30 de noviembre de 2011, 24:00 horas.

¹⁶⁸Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “El Delito de Omisión. Concepto y Sistema”. Ed. Bosch, Barcelona,1986. Pág. 359 y ss.

su caso del Juzgador lo que cada verbo típico podría expresar ante una situación omisiva, pero en el caso de nuestro ordenamiento punitivo federal, se adoptó, como ya se indicó, la postura de una cláusula general y por consiguiente establece las reglas para imputar al sujeto el resultado consecuencia de su omisión, a saber:

- a) Que el sujeto tenía el deber de impedir el resultado y,
- b) Que esa obligación de evitar el resultado deriva de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente

Bajo este contexto, en los delitos de comisión por omisión, además de acreditar la relación entre el resultado y la inactividad por parte del sujeto, también se debe demostrar que el omitente estaba obligado a actuar por alguna circunstancia y que de haberlo hecho hubiera podido evitar el resultado, es decir, acreditar su posición de garante.

A efecto de determinar **quién asume esa posición especial** de actuar respecto del bien jurídico a proteger, nuestro Código Penal Federal en el citado numeral 7, establece que esa obligación tiene que derivar de:

- a) **Una ley,**
- b) **Un contrato, o**
- c) **Del propio actuar precedente.**

A decir del Ministro Argentino Zaffaroni, el deber de **actuar derivado de la ley** misma se erige en deber de garantía cuando:

a) Imponga el cuidado de una persona, como es el padre para los hijos; pero no cuando se trate de un deber legal general como es el de ayuda. En el famoso caso del jardinero despedido que ve ahogarse al niño en la piscina y no lo salva, como el jardinero no estaba más obligado que cualquier otro habitante, no podría ser más autor de un delito de omisión propia. Lo mismo valdría para quien encuentra a su enemigo herido y no le presta asistencia.

b) El sujeto es legalmente responsable de un determinado ámbito o sector de la realidad. Tal sería el caso del médico de guardia respecto de la asistencia de un paciente porque tiene a su cargo un ámbito concreto, pero no sucedería lo mismo respecto de cualquier médico que pasase por el lugar del accidente o se hallase frente al accidentado.

c) El sujeto activo tuviese un especial poder respecto de la protección de vigilancia para los bienes jurídicos de terceros, como es el caso de los empleados de fuerzas de seguridad.

d) El deber legal que emerge de la relación del sujeto con una fuente de peligro, como puede ser el que tiene un automóvil en cuanto a la seguridad del tránsito, o el que tiene una fiera respecto de su vigilancia.¹⁶⁹

Un ejemplo claro en nuestro sistema jurídico penal de sujetos que por disposición de la ley asumen la calidad de garantes frente al Estado son los servidores públicos federales de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo, porque tienen la obligación de conducirse con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones a efecto de asegurar al Estado una correcta administración de los recursos y funciones que les son asignados, pues de lo contrario serán responsables de los daños que sus actos u omisiones ocasionen, ya sea desde el ámbito administrativo, político o penal, siendo este último al que nosotros importa, tal y como lo dispone nuestra Carta Fundamental en el contenido de los siguientes numerales que a la letra dicen:

“TÍTULO CUARTO

DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS Y PATRIMONIAL DEL ESTADO

*ARTÍCULO 108.- Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título **se reputarán como servidores público a los***

¹⁶⁹ Ibídem. Pág. 449 - 450

*representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal o en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, **quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.***

...

Artículo 109.- El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:

I. ...

II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal; y

III.- Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente.

No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2011. Pág. 47 y 48.

Como puede advertirse desde nuestra Carta Magna se impone al servidor público un estatus especial frente al patrimonio e instituciones del Estado, exigiéndole se conduzca con la máxima diligencia en el desempeño de sus funciones y así evitar cualquier menoscabo, sin embargo, para el caso de que así no sea, se prevé en el Código Penal Federal el Título Décimo relativo a los “Delitos cometidos por Servidores Públicos” (artículo 212 a 224) que como su denominación lo indica, sólo los empleados al servicio del Estado Mexicano pueden cometerlos, otorgándose al sujeto activo una calidad especial frente a éste, pues se constituyen en garantes de los bienes jurídicos tutelados por los diversos tipos penales que tienen como fin proteger la correcta administración de los recursos federales y el debido desempeño de la función pública.

Ahora bien, varias de las hipótesis que contemplan los diferentes tipos penales, pueden cometerse a través de omisión simple, ya que no se exige la producción de un resultado material y solo se constituyen en delitos de mero peligro, pero hay otros que admiten la forma de comisión por omisión, ya que si requiere la producción de un resultado fáctico que sea resultado de las omisiones del sujeto obligado, es decir, del servidor público.

Es el caso del delito de cohecho previsto en el artículo 222, fracción I del Código Penal Federal, en el que se debe acreditar que el servidor público **recibió dinero** o cualquier otra dádiva para **dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones**.¹⁷¹

Para tal efecto, deben existir pruebas en las que se aprecie que el servidor público (calidad especial) **recibió** de otra persona **dinero** o cualquier otro tipo de objeto representativo de valor, como pago o “agradecimiento” para dejar de hacer algo relacionado con sus funciones, como podría ser por ejemplo en el caso de un

¹⁷¹ Código Penal Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2011. Pág. 180.

Artículo 222.- Cometen el delito de cohecho:

I.- El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquiera otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

servidor público del Sistema de Administración Tributaria (S.H.C.P.) que **dejara de ejercitar determinadas acciones para el cobro de multas o créditos fiscales** (resultado material) a cargo del contribuyente que le dio dinero.

Luego entonces, si en el desempeño de sus actividades comete un ilícito omitiendo algo relacionado con sus funciones (por disposición del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria) y se produce un resultado, siendo en el ejemplo en cita, el no cobro de las multas o créditos fiscales a los que tenía derecho el Fisco Federal, es evidente que se acredita el delito de cohecho en su hipótesis prevista en la fracción I del numeral 222 del Código Penal Federal, **en su modalidad de omisión impropia** prevista en el segundo párrafo del artículo 7 del citado ordenamiento, ya que por disposición de la Ley, el servidor público estaba obligado a velar por los intereses del Fisco Federal, es decir, al asumir el cargo, se colocó en una posición de garante frente al Gobierno Federal y lejos de evitar el resultado, porque ese era su deber jurídico, permitió que se causara un detrimento patrimonial (resultado material).

Nuestro Máximo Tribunal ha confirmado que el delito de cohecho se puede realizar en su modalidad de omisión simple o impropia, como puede advertirse en el criterio de jurisprudencia de la voz siguiente:

COHECHO ACTIVO. LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS "JUSTO" E "INJUSTO" CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 222, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL.

El hecho de que el tipo penal previsto en el citado precepto no defina los conceptos de "justo" e "injusto" no deja en estado de indefensión a quien se le imputa la comisión del delito de **cohecho** activo y, por ende, no viola el principio de legalidad que en materia penal establece el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que la figura típica es clara en cuanto a los elementos que la

integran, a saber: a) Que se dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a un servidor público, y b) Que el propósito de esa entrega u ofrecimiento consista en que el servidor público realice u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones. Esto es, el bien jurídicamente tutelado consiste en el correcto desempeño de la administración pública, de manera que **para que se configure dicho delito es necesario que la acción u omisión que se pide al servidor público esté relacionada con sus funciones**, por lo que la circunstancia de que resulte justa o injusta no varía la afectación del bien jurídico protegido; de lo que se sigue que al introducir los conceptos de "justo" e "injusto", el legislador pretendió evitar que la valoración del contenido de la actuación del servidor público influyera en la configuración del tipo, pues se abarcan todos los actos cuyo origen proviene de motivaciones ajenas al adecuado desempeño de la función pública.¹⁷²

Otro ejemplo de delitos cometidos por servidores públicos que permiten la modalidad de omisión impropia y que exigen además de esa calidad específica en el sujeto activo, acreditar la posición de garante, es el previsto en artículo 214 del Código Penal Federal, como se puede apreciar, en el siguiente criterio de jurisprudencia:

EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PÚBLICO. NO SE CONFIGURA EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 214, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2006, SI EL ACTIVO DISTRAJO DE SU OBJETO DETERMINADO

¹⁷²Registro No. 178039. Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Julio de 2005, Página: 7, Tesis: P. XXII/2005, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Penal. Amparo directo en revisión 1661/2002. 13 de enero de 2004. Unanimidad de diez votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guillermina Coutiño Mata. El Tribunal Pleno, el cinco de julio en curso, aprobó, con el número XXII/2005, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a cinco de julio de dos mil cinco, visible en la dirección <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>. Consultado el 10 de diciembre de 2011, 20:00 horas.

NUMERARIO RESPECTO DEL QUE ERA GARANTE, SIN QUE SE ADVIERTA LA INTERVENCIÓN DE DIVERSA PERSONA.

El citado precepto establece que comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, **el servidor público que teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado.** En su redacción se utilizó el presente del subjuntivo del verbo propiciar, el cual deriva del latín propitiare, que en una de sus acepciones, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa: "Favorecer la ejecución de algo"; es decir, implica brindar apoyo en favor de otra persona; lo cual resulta coincidente con la exposición de motivos que dio origen a la adición de esta nueva figura, cuya finalidad era penalizar las conductas realizadas por aquellos servidores públicos que, incumpliendo con los deberes de su cargo, hacían posible que "otros infractores" afectaran a las personas o el patrimonio de la sociedad. En esa tesitura, **si al activo se le imputa que distrajo de su objeto determinado numerario, respecto del cual resulta ser garante,** sin que se advierta la intervención de diversa persona, se configuraría una hipótesis distinta, mas no la que se analiza.¹⁷³

Como puede advertirse la posición de garante en determinados tipos delictivos resulta ser un elemento más ha acreditar fehacientemente por el Ministerio Público de la Federación y que en algunos casos además, resulta ser una calificativa que agrava la pena prevista, ya que el artículo 213 Bis del Código Penal Federal

¹⁷³ Registro No. 172036, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI Julio de 2007, Página: 2499, Tesis: XX.2o.70 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 52/2006. 9 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez. Amparo en revisión 60/2006. 9 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez. Amparo en revisión 69/2006. 9 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez. Amparo en revisión 88/2006. 9 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez. Visible en la dirección <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>. Consultado el 10 de diciembre de 2011, 21:00 horas

precisa que cuando se trate de los delitos previstos en los artículo 215 (Abuso de Autoridad), 219 (Intimidación) y 222 (Cohecho) y quienes lo cometan sean miembros de alguna corporación policiaca, migratoria o aduanera, las penas previstas serán aumentadas hasta en una mitad.

Otra de las fuentes que permiten asumir la posición de garante, es el contrato, entendiéndose como aquél acuerdo de voluntades que crea o transfiere obligaciones o derechos, según lo define el artículo 1793 del Código Civil Federal.¹⁷⁴

Ahora bien no cualquier deber emergente de un contrato puede poner en posición de garante a un sujeto, sólo podrá serlo aquél que bajo ese acuerdo de voluntades asuma una obligación de protección, cuidado o vigilancia. Toda vez que precisamente a través de la aceptación tácita o expresa asumen la obligación de impedir determinados resultados.

Ejemplos claros de esta forma de asunción de posición de garante, son el de la enfermera que suscribe un contrato de prestación de servicios para cuidar a un enfermo, los de los encargados de establecimientos particulares conocidos como estancias infantiles o guarderías o bien los de asistencia para ancianos.

Así también, en el siguiente criterio de jurisprudencia se deja en claro que el servidor público federal, además de que por disposición de la ley se convierte en garante de los intereses del Estado Mexicano, también puede adquirir ese estatus mediante un contrato:

SERVIDORES PÚBLICOS, COMETEN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PÚBLICO, INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 214 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Los elementos materiales y objetivos constitutivos del delito de ejercicio indebido de servicio público, son: a) Que el sujeto activo del delito sea

¹⁷⁴ Código Civil Federal, Editorial Sista, México, 2011. Pág. 130.

Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

servidor público; b) Que éste, por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga obligación de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos; y c) Que por el incumplimiento de su deber, el sujeto activo, en cualquier forma, propicie daño a las personas, lugares, instalaciones u objetos o bien, que por lo mismo haya pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado. De lo anterior se concluye, que el tipo penal requiere **además de que el sujeto activo tenga el carácter de servidor público**, que se acredite su **posición de garante** respecto al bien jurídico lesionado. **Ahora bien, las formas en que se puede colocar un servidor público en calidad de garante respecto a diversos bienes son tres: a) La ley, b) El contrato de trabajo y c) Orden emitida por personas facultadas para que el garante ocupe ese cargo.** Una **posición de garante** alcanzada por la vía del deber legal, se produce cuando de la propia ley se desprenden deberes jurídicos de **garante** en sentido estricto; ejemplo el artículo 51, fracción XIII de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, impone a los agentes del Ministerio Público, la obligación de usar el equipo a su cargo con el debido cuidado y prudencia en el cumplimiento de sus funciones, así como conservarlo. **El contrato como fuente de posición de garante, opera por ejemplo, cuando se trata de un contrato de trabajo que crea para una de las partes, la obligación de garantía implícita en el puesto a desempeñar, como ocurre con los guardias, vigilantes y custodios;** por último, la orden emitida por personas facultadas para que el garante asuma ese cargo, es cuando mediante una orden de persona facultada se da en resguardo para su guardia y custodiar diversos bienes a los servidores públicos; por ende, para acreditar la calidad de garante que establece el tipo penal en comento, debe acreditarse de dónde le surge al sujeto activo ese carácter, y no sólo con el hecho de ser servidor público.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Registro No. 196218, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial

La **tercera forma** de determinar quien es garante, radica en el propio **actuar precedente del sujeto**, la cual parte del principio de que las conductas peligrosas que realizamos pueden obligarnos, dentro de determinados límites, a apartar el peligro que hemos provocado.

Con respecto a este tema, el jurista Pavón Vasconcelos expone que, cuando el sujeto, con su actuar, ha creado una situación de hecho de la cual puede surgir la violación de bienes jurídicos, con la producción de un resultado material, nace el deber para el mismo de realizar lo necesario a fin de evitar la lesión al derecho¹⁷⁶ y agrega:

“La actividad o hacer precedente requiere, para fundamentar el deber jurídico de obrar, que pueda lesionar intereses jurídicos mediante la creación de una situación de peligro, pues sólo ante esa posibilidad tiene la obligación, el sujeto, de actuar para eludir la producción de un resultado antijurídico.

...

Sin embargo, no todo actuar precedente da origen al deber jurídico de obrar, pues tratándose de actividades dolosas encaminadas a la producción de un resultado ilícito, se está en presencia de un claro delito de acción y no de omisión, en el cual el sujeto tenía obligación de no hacer, violando, en consecuencia, un deber jurídico de abstenerse: solo podrá la acción precedente fundamentar el deber jurídico de obrar, cuando no tenga carácter doloso.”¹⁷⁷

En virtud de lo anterior, sólo cuando la realización de determinadas conductas que den origen a una situación de peligro no sean el resultado de la maquinación del sujeto para cometer un ilícito (dolo) si puede reprochársele al

de la Federación y su Gaceta, VII, Mayo de 1998, Página: 1077, Tesis: XII.1o.8 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 720/97. Ramón Gerardo León Santiesteban. 26 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretaria: Sandra Luz Tirado Rodríguez. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XIV, julio de 1994, tesis VI.2o.24 P, página 816, de rubro: "SERVIDORES PÚBLICOS. COMETEN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL SERVICIO PÚBLICO, INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 214 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.", visible en la dirección <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>. Consultado el 11 de diciembre de 2011, 17:30 horas.

¹⁷⁶ Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pág. 218.

¹⁷⁷ Ídem.

omitente que desatendió su posición de garante, pues de lo contrario se estaría en presencia de un delito doloso de acción.

Un ejemplo de quien asume la posición de garante en virtud de su actuar precedente, sería aquél propietario que para guarda de su comercio, en la noche, deja sueltos a perros de ataque.

No debe perderse de vista que el sujeto omitente tenía la obligación de prevenir alguna situación de riesgo, como por ejemplo, en la noche iluminar lo suficiente para que cualquier persona pueda advertir la presencia de los animales, poner letreros que indiquen el peligro que se corre y asegurarse de que el lugar esté bien cerrado para que no puedan escaparse los perros, y no tomó alguna o todas estas medidas; es indiscutible que asume la posición de garante frente a cualquier situación de peligro que se produzca, por lo que de presentarse un ataque a alguna persona ya sea porque se haya querido introducir a robar o bien se tratare de transeúnte que fuera pasando por el lugar, será responsable de las lesiones o muerte que llegara a producirse.

Del caso expuesto, puede afirmarse que no sólo se dejó de hacer actividades para evitar el resultado, sino que también, llevó a cabo actos que permitieron la creación de la situación de peligro, de ahí que se pueda afirmar que al referirse a los delitos de omisión no es un simple no hacer, ya que también se puede llegar a esta modalidad del delito por medio de acciones (cadenas causales) que tienen como consecuencias conductas omisivas que provocan un cambio en el mundo exterior. Dejando atrás la postura tradicional que defendía que la omisión es un no hacer por parte del sujeto.

Vistas las fuentes que dan origen a la posición de garante, es importante precisar que alguna de éstas debe ser identificada plenamente y acreditarse fehacientemente por parte del Ministerio Público de la Federación para no violar las

garantías del inculpado, tal y como ha quedado establecido por nuestro Máximo Tribunal:

VIOLACIÓN AL DEBER DE CUIDADO DERIVADO DE LA CALIDAD DE GARANTE. PARA QUE SE ACTUALICE DEBE ESTABLECERSE QUÉ DISPOSICIÓN DEL ORDENAMIENTO O QUÉ OTRA CLASE DE FUENTE, EN SU CASO, PREVÉ LA OBLIGACIÓN DEL INCULPADO DE ACTUAR EN DETERMINADO SENTIDO EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO DE QUE SE TRATE.

Si la autoridad responsable estima que el deber de cuidado que le era exigible al inculpado derivado de su calidad de garante, estriba en no haber acatado una disposición legal de un reglamento específico, es necesario dejar establecido qué disposición del referido ordenamiento o de uno diverso, o bien otra clase de fuente, en su caso, señala a aquél la obligación de actuar en determinado sentido en relación con la protección del bien jurídico de que se trate, para así estar en posibilidad de afirmar que debido a ese incumplimiento se violó el deber de cuidado que le correspondía, dada su calidad de garante del bien jurídico tutelado, pues no basta afirmar dogmáticamente que se omitió cumplir con obligaciones derivadas de la ley, contratos o actuaciones precedentes, sin exponer las razones particulares que llevaron a esa conclusión.¹⁷⁸

En virtud de lo expuesto a lo largo del presente capítulo y de los ejemplos citados, se puede advertir que efectivamente, la forma de cometerse un delito en su modalidad de omisión no es tan fácil de identificar y sobre todo de acreditar objetivamente el nexo que se crea entre el no hacer y el resultado producido, sea este jurídico o material.

¹⁷⁸ Registro No. 169165; Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Julio de 2008, Página: 1910, Tesis: II.2o.P.230 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 276/2007. 12 de febrero de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Gigliola Taide Bernal Rosales, visible en la dirección <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>. Consultado el 12 de diciembre de 2011, 18:30 horas.

Lo anterior, tomando en consideración que el hombre como ser pensante que se relaciona con el mundo exterior mediante su comportamiento (acción en sentido amplio) puede entonces asumirse por medio de un hacer (conducta activa) que pondría en marcha cadenas causales que provocarían ese cambio en el mundo exterior o bien no haciendo, es decir, no realizando actos para que cesen dichos actos o para que permanezcan como están.

Desde este punto de vista, la capacidad de hacer es limitada, por que el sujeto activo puede desplegar muchas actividades al mismo tiempo, en cambio, la de no hacer afecta en cada momento a un número prácticamente infinito de posibilidades, luego entonces, si se piensa que la formas de cometer un delito mediante acción son amplias, resultan ser incontables las hipótesis que se pueden presentar en la práctica para configurar un ilícito a través de comportamientos omisivos.

Por tanto, no resulta tan sencillo distinguir cuándo un comportamiento es de omisión y en específico en su modalidad de comisión por omisión, en virtud de que se está ante comportamientos pasivos que deben ser adecuados a tipos penales pensados y redactados en forma positiva, es decir para conductas activas.

Sin embargo, se han expuesto diversas fórmulas que podrían servir de fundamento para imputar objetivamente el resultado al garante omitente, pero la elección por alguna de ellas dependerá de las circunstancias del caso en concreto, de las condiciones personales del sujeto así como de los elementos probatorios que obren en el expediente (periciales: criminalística, tránsito terrestre, contable, necropsia, etc.; testimoniales, documentales, entre otras), los cuales deben ser suficientes e idóneos (según lo marca nuestra Carta Magna) para demostrar que el resultado jurídico producido (violación del deber de actuar) es consecuencia directa de la inactividad voluntaria del omitente.

CAPÍTULO IV

LA OMISIÓN POR COMISIÓN

4.1. Planteamiento del problema.

En los apartados que preceden fueron abordadas las dos formas que, de conformidad con nuestro Código Penal Federal, se puede cometer un delito, análisis que a juicio del suscrito resultó indispensable realizarlo para los fines del presente estudio, en virtud de que se sostiene que puede existir una tercera forma de conducta que no colma los extremos de una acción ni de una omisión y que por tanto han dado lugar a que ciertos hechos sean descalificados por el Ministerio Público redactando ponencias de no ejercicio de la acción penal o proponiendo la reserva de la indagatoria.

Asimismo se han advertido casos en los que el Juzgador ha negado ordenes de aprehensión solicitadas por el Fiscal Federal por algún ilícito en su modalidad ya sea de acción u omisión al considerar que la conducta resulta atípica, ya que no se ajusta a los elementos descritos en el tipo, y no se puede apreciar claramente que ésta haya sido cometida mediante acción u omisión, de ahí que se comparta la opinión de diversos autores, quienes afirman que puede darse cabida en el ámbito jurídico penal a una tercera forma de conducta que han llamado “omisión por comisión”.

La denominación omisión por comisión aparece por primera vez, en un artículo de Rohland de 1908 que lleva precisamente por título “omisión por comisión” y en 1922 la consagra definitivamente el jurista Overbeck, planteamientos que décadas después son retomadas por diversos autores (Grunwald 1956, Armin Kaufmann 1959 y Meyer-Bahlburg 1962) siendo el maestro Claus Roxin con su artículo de 1969, quien pone nuevamente en la mesa de discusión este tema.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “La Causalidad en la Omisión Impropia y la Llamada “Omisión por Comisión””, 1ª. ed., Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2003. Pág. 53 -54.

El autor en cita, en el referido artículo titulado “En el límite entre comisión y omisión” retoma la posibilidad de que además de las ya conocidas formas de comisión del delito, acción y omisión (sea propia o impropia) puede haber una diversa, llamándola omitir por hacer, planteando el problema de la siguiente forma:

“Hacer y dejar (no hacer) se puede distinguir muy fácilmente en el terreno empírico, Karl Engishc, a quien se dedica este estudio, ha definido “de acuerdo con la concepción natural... el hacer como gasto de energía en una dirección determinada”, y en cambio el dejar (no hacer) “como no gasto de energía en una dirección determinada”. Así pues, quien interviene efectivamente en un suceso, “hace” algo; y quien deja las cosas a su curso “deja” (no hace) algo. Distinta y más difícil es la cuestión, que no siempre se ha separado de lo anterior con suficiente claridad, de si en la esfera del comportamiento punible hay que concebir siempre el hacer como delito de comisión y, al contrario, hay que subsumir el dejar en el tipo de un delito de omisión. Como quiera que hacer y dejar son fenómenos prejurídicos, pero en cambio su ordenación en delitos de comisión o de omisión supone un problema normativo, se puede formular la cuestión, más precisa y concretamente, del modo siguiente: ¿Necesariamente corresponde la calificación jurídica a la forma de comportamiento humano hallada previamente?; o también hay “delitos de comisión por omisión” y “delitos de omisión por comisión”? Rápidamente tenemos a mano la respuesta tradicional: naturalmente que conocemos los delitos de comisión por omisión, concretamente en la formación de los delitos impropios de omisión que hace tiempo que nos resultan corrientes; en cambio no existen delitos de omisión por hacer, porque el tipo de éstos presupone justamente que el autor no haya realizado el resultado mediante un obrar activo. Sólo que la aparente evidencia de esas

respuestas se ve tambalearse crecientemente en los últimos años. Así por ejemplo, Grünwald y Armin Kaufman afirman con diversas fundamentaciones, pero coincidiendo en el resultado, que los delitos impropios de omisión no se pueden subsumir en el tipo de los delitos de comisión sino en un tipo, autónomo y no escrito, del imperativo al garante; y esto no significa sino que los delitos impropios de omisión no son delitos de comisión por omisión, sino puros delitos de omisión. Por otra parte, la figura jurídica de la omisión por hacer, aunque hasta hoy la mayoría de los tratados no la mencionan, encuentra cada vez más partidarios en los últimos tiempos. Por ello ha ganado terreno la posibilidad de que en realidad pudiera suceder exactamente al revés de cómo se había supuesto hasta ahora: es decir, que no existan delitos de comisión por omisión y sí, en cambio, delitos de omisión por comisión. Parece indicado, por tanto, volver a plantear estas cuestiones aparentemente resueltas.”¹⁸⁰

El último autor en cita, considera que son tres grupos de casos los que pueden configurar un delito de omisión por comisión, a saber:

- a) Alguien obligado a obrar impide, mediante un hacer positivo, el cumplimiento del imperativo que él mismo ya había puesto en marcha, citando como ejemplo, el de la persona obligada a brindar socorro que arroja una cuerda a quien se está ahogando, pero en el último momento tira de ella hacia atrás.¹⁸¹
- b) El sujeto que primero obra activamente y después finge que es incapaz de desplegar acción alguna. Ejemplo: quien se lesiona a sí mismo o destruye

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal”, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, España, Ed. REUS, 1976. Pág. 226 – 227.

¹⁸¹ Cfr. Ibidem. Pág. 228.

su bote salvavidas para hacer imposible su cooperación, que se necesita urgentemente, en una acción de salvamento.¹⁸²

c) La participación activa en un delito de omisión, refiriéndose a aquel que determina al médico a no atender el llamado de auxilio o permanecer inactivo.¹⁸³

A lo largo del artículo en comento, el autor expone los alcances de esta forma de comisión y su diferencia con los delitos de comisión, así como la forma en que podría sustentarse la responsabilidad de ese resultado al autor en cada uno de los grupos en que clasifica este tipo de comportamientos.

Los postulados del maestro Claus Roxin son retomados por Enrique Gimbernat Ordeig, jurista español que realiza un estudio sistemático¹⁸⁴ de éste tema exponiendo el problema de la siguiente forma:

“...bajo la denominación de “omisión por comisión” es que, así como en la comisión por omisión se trataría de comportamientos pasivos subsumibles en tipos penales que parecen pensados para conductas activas, en aquélla, el problemas que se discute es el si tipos recortados aparentemente para sancionar omisiones abarcarían también, paradójicamente, y en algunos supuestos, conductas comisivas.”¹⁸⁵

El penalista Enrique Gimbernat (a diferencia del maestro Roxin) estudia los distintos problemas que presenta la omisión por comisión, clasificándolos en cuatro diferentes grupos de casos¹⁸⁶, a saber:

¹⁸² Ibídem. Pág. 229.

¹⁸³ Ibídem. Pág. 230.

¹⁸⁴ Obra titulada “La Causalidad en Delito de Omisión Impropia y la Llamada Omisión por Comisión”. 1ª. ed., Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2003. Pág. 53 – 105.

¹⁸⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 53.

¹⁸⁶ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “La Causalidad en la Omisión Impropia y la Llamada “Omisión por Comisión””, 1ª. ed., Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2003. Pág. 55 - 104.

- a) Interrupción por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado.
- b) Ruptura de cursos causales salvadores ajenos.
- c) La *omissio liberae in causa*.
- d) Desconexión de instrumentos médicos que mantiene con vida a un enfermo.

Cada uno de estos grupos será materia de análisis en los siguientes apartados a efecto de determinar si puede sustentarse esta forma de comisión del delito en la práctica jurídica y en su caso, si pueda incluirse en nuestro ordenamiento penal federal.

4.2. Interrupción por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado.

El autor en cita Enrique Gimbernat Ordeig precisa que “*este primer grupo de casos se caracteriza porque es el propio sujeto, sin intervención alguna de tercero, el que actúa;...*”¹⁸⁷, sin embargo a consideración de dicho autor, no todos los casos que los doctrinarios tratan de incluir en este grupo podrían ser claros ejemplos de omisión por comisión, de ahí que los divida en tres subgrupos y sólo el último de ellos pueda llegarse a considerarse dentro de la hipótesis a estudio.

En el caso del **primer subgrupo**, “*el omitente, efectivamente, actúa, pero sin que ese movimiento corporal sea “determinante” para la no prestación del auxilio*”¹⁸⁸.

El jurista Overbeck cita como ejemplo de este subgrupo el de aquel sujeto que, para cumplir con la obligación -cuyo incumplimiento está penalmente sancionado- de denunciar a las autoridades determinados delitos que afecten a la vida, a la integridad o salud o a la libertad sexual, se dirige a correos para enviar la

¹⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 55.

¹⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 56

carta en la que pone en conocimiento de las autoridades la próxima comisión del hecho punible, dándose la vuelta, abandonando su propósito, antes de depositar el escrito denunciador.¹⁸⁹

Dicha conducta, no podría incluirse bajo la óptica de la omisión por comisión, en virtud de que se trata de tipos omisivos que se cumplen mediante un comportamiento omisivo, pues ciertamente en dicho ejemplo hay una acción del omitente (darse la vuelta), pero ella es irrelevante para cumplir el tipo omisivo, el cual se sigue realizando mediante una inactividad¹⁹⁰

El segundo subgrupo se caracteriza por la “paradoja –impuesta por las circunstancias objetivas- de que si el sujeto quiere no prestar el auxilio al que esta penalmente obligado, no le basta con permanecer inactivo, sino que, necesariamente, tiene que actuar. Como ejemplo de este subgrupo, puede servir el propuesto por Meyer-Bahlburg referente al morador que cierra la puerta de su casa, que hasta entonces se encontraba abierta, a quien trata de entrar en ella perseguido por una jauría de perros, siendo despedazado posteriormente por estos”.¹⁹¹

Este supuesto, a consideración del maestro Enrique Gimbernat Ordeig no puede identificarse con una omisión por comisión, pues si el perseguido muere a causa de dicho ataque, el morador que cerró su puerta, sólo respondería por una omisión de deber de socorro y el resultado se imputa subsumiendo dicha acción en un tipo penal omisivo, ya que pueden incluirse en este, sin vulnerar el principio de legalidad, haceres positivos, de la misma manera que si en los delitos pensados para comportamientos positivos (ejemplo – matar) se encuadran conductas consistentes en un no hacer.

Sin embargo, se estima que el análisis de dicho ejemplo no resulta tan sencillo, ya que si en verdad no se desea vulnerar el principio de legalidad y

¹⁸⁹ Cfr. *Ibidem*. Pág. 56

¹⁹⁰ *Ídem*. Pág. 58.

¹⁹¹ *Ibidem*. Pág. 56.

seguridad jurídica del gobernado, ¿cómo se le podría imputar el resultado mediante la omisión, si el morador no permaneció inactivo?, cuando por el contrario, llevó a cabo una acción positiva que implicó un movimiento corporal consciente: cerrar la puerta, acción que finalmente fue lo que permitió que el sujeto perseguido muriera a merced de los animales furiosos.

Bajo este contexto se considera que, disintiendo del maestro en cita, se está en presencia de un claro ejemplo de omisión por comisión, toda vez que el sujeto omitente no sólo dejó de prestar auxilio al perseguido, permaneciendo inactivo ante dicha situación, sino que actuó con el conocimiento pleno de que al decidir cerrar su puerta (acción) estaría extinguiendo la posibilidad de salvación.

Pensando en que la obligación de salvamento para el morador es demasiada, porque es imposible precisar hasta qué grado está impuesto a brindar auxilio, es que no debe perderse de vista el otro extremo del supuesto consistente en que tampoco no tenía porque cerrar la puerta, a menos que pudiera alegar y demostrar en su favor que obró de esa forma ante la necesidad de salvaguardar su propia integridad física o la de su familia.¹⁹²

Otro ejemplo que pudiéramos citar para identificar conductas de omisión por comisión, bajo esta modalidad, consistiría en la de aquél médico que estando al servicio de un hospital público en el área de urgencias, que al revisar a un paciente en consulta se percata de que está contagiado con el virus de la influenza y ante el temor de contagiarse no ordena su ingreso al nosocomio, diagnosticando una enfermedad diversa y prescribiendo al enfermo reposo en su hogar y medicamentos que no son los indicados para controlar su enfermedad.

¹⁹² Código Penal Federal. Editorial Raúl Juárez Carro Editorial S.A. de C.V., México 2011. Pág. 146 – 147.

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

...

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.”

En este supuesto, el médico al no ordenar su ingreso al hospital para suministrarle el tratamiento correspondiente, diagnosticando otra enfermedad y recetar un tratamiento diverso al paciente, actuó con el conocimiento pleno de que al decidir mandar al enfermo a su casa (acción) estaba extinguiendo la posibilidad de salvación, en virtud de que dicha enfermedad es mortal en caso de no atenderse adecuadamente.

Es por los ejemplos anteriores, que contrario a la opinión del autor Enrique Gimbernat Ordeig, se estima que estos supuestos y otros que pudieran configurarse bajo el mismo esquema, sí podrían identificarse con el término omisión por comisión e incluirse dicha modalidad en nuestro sistema punitivo federal.

El **tercer subgrupo**, y el más discutido por la doctrina, es el de **“la interrupción de un curso causal salvador por aquel que lo ha puesto en marcha”**¹⁹³. Como ejemplo se puede citar al de aquél que después de que ha lanzado un salvavidas atado a una cuerda, que se va aproximando a quien se debate para no perecer ahogado en las aguas, retira dicho salvavidas antes de que aquel - en quien ha reconocido a un enemigo- pueda asirse a este para mantenerse a flote.¹⁹⁴

Si el sujeto se hubiera limitado a permanecer inactivo desde un principio, es decir, si no hubiera hecho nada por auxiliar a quien se encontraba en el mar en una situación de apuro, el omitente respondería únicamente de una omisión del deber de socorro, sin embargo la discusión se presenta cuando se advierte que el resultado no se ha producido como consecuencia de una mera inactividad, sino porque, después de que el sujeto en un primer momento y mediante un comportamiento activo, ha intentado remediar la situación crítica, cambia de opinión y anula la cadena causal salvadora que él mismo ha puesto en marcha, retirando el salvavidas.¹⁹⁵

¹⁹³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 59.

¹⁹⁴ Cfr. *Ibidem*. Pág. 57.

¹⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 59.

Ante este último supuesto, la doctrina se divide y una parte considera que la interrupción del curso salvador por la misma persona que lo pone en curso, da pie únicamente a un delito de omisión propia porque incumplió el deber de socorro; otro sector opina que el agente debe responder por un ilícito de acción (delito contra la vida en su modalidad de acción) y finalmente una tercera que se inclina por imputar el resultado (muerte) en comisión por omisión sí, quien inició e interrumpió el dicho curso causal asumió la posición de garante por injerencia.

En opinión del citado autor Enrique Gimbernat y siguiendo la postura doctrinal mayoritaria, este ejemplo debe ser considerado como una omisión propia¹⁹⁶ en virtud de que el retirar la cuerda trae como consecuencia el mismo resultado como si desde un principio no se hubiese lanzado¹⁹⁷, sin embargo, debe reconsiderarse esa postura, en virtud de que el agente no permanece inactivo -al igual que en el ejemplo del morador que cierra su puerta-; permite pensar en un supuesto de omisión por comisión, ya que es evidente que lleva a cabo actos positivos para interrumpir el proceso salvador que el mismo puso en marcha, al estar consciente y decidir retirar el salvavidas para librarse de su enemigo.

En consecuencia, a consideración del suscrito, dicho ejemplo no puede encuadrarse en un delito de mera omisión en el que el agente incumplió el deber de socorro, ni tampoco en uno de comisión por omisión, en el que el garante no lleva a cabo los actos a los que estaba obligado para evitar el resultado –muerte-, sino bajo la opción de una omisión por comisión, en virtud de que el sujeto llevó a cabo movimientos corporales que no impidieron que se presentara el resultado (muerte).

Aquellos que sostienen que el ejemplo en cita corresponde a un delito contra la vida ejecutado por acción, afirman que sería irrelevante que el curso causal salvador haya sido puesto en marcha por la misma persona que luego lo rompe, que por un tercero, supuesto este último en el que existe un amplio acuerdo en que ese tercero comete un delito de acción al que se debe imputar la lesión del bien

¹⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 64.

¹⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 60.

jurídico¹⁹⁸. Luego entonces para esta postura no importa que quien haya empezado el curso salvador sea quien se retracte de su decisión y pretenda concluir con la afectación a dicho bien, haciendo a un lado el elemento volitivo del agente de querer el resultado, aspecto tan importante que determina la finalidad de la omisión y no de la acción.

Otra postura dogmática sostiene que este tipo de supuestos debe calificarse como una omisión impropia, debiendo el autor responder por el resultado, en virtud de que al romper el curso salvador se convierte en garante por injerencia, por lo que al omitir posteriormente la acción que habría evitado el resultado, éste siguiendo las reglas de la comisión por omisión, se le debe imputar igual que si lo hubiera causado mediante un movimiento corporal¹⁹⁹.

A consideración del maestro Enrique Gimbernat, esta tesis tampoco puede convencer, ya que hay que tomar en cuenta que la injerencia se caracteriza por un hacer precedente, por ejemplo abrir una zanja, obliga al autor a actuar para evitar los daños que puedan derivar de esa acción previa peligrosa, como sería en el ejemplo en cita, el señalarla durante la noche. Pero si el sujeto rompe el curso salvador porque dispara contra el bote neumático -hundiénolo- que se aproximaba a quien se estaba ahogando, o porque destruye el frasco que contiene la medicina que podría salvar la vida del enfermo, su ulterior inactividad (que es a la que se trata de vincular la imputación del resultado) no puede fundamentar una omisión impropia. Pues la omisión -como especie del comportamiento pasivo en general- se caracteriza por que el sujeto deja de realizar una acción posible que habría evitado el resultado. Y, naturalmente, si el bote se ha hundido ya o si la medicina ha sido destruida, entonces no existe tampoco oportunidad de salvar, mediante una acción posible, el bien jurídico, y, por ello, en el autor no concurre, conceptualmente, ninguna omisión a la cual poder vincular la responsabilidad por el resultado.²⁰⁰

¹⁹⁸ Ídem.

¹⁹⁹ Cfr. Ibídem. Pág. 79.

²⁰⁰ Cfr. Ibídem. Pág. 79 -80.

De lo anterior, se considera que ese tipo de comportamientos no podrían ser encuadrados en una comisión por omisión, ya que tanto en esta como en la omisión por comisión se obtiene el mismo resultado (muerte) la diferencia entre una y otra, radica en la forma en que se llega a dicho resultado, puesto que en la primera aparte de exigirse la calidad de garante, éste simplemente no lleva a cabo los actos a los que estaba constreñido a realizar, en cambio en la segunda el agente “omitente” que puede ser garante o no, es quien pone en marcha el curso salvador y posteriormente lleva a cabo acciones positivas que no permiten que concluya dicho proceso evitándose el resultado, por el contrario, quiere lesionar el bien jurídico.

Otro caso que sirve para ejemplificar que pueden presentarse comportamientos con la modalidad de omisión por comisión, es el del Administrador de la Aduana de México, servidor público federal que, dentro de sus funciones estaba entre otras, la de iniciar, resolver y notificar el Procedimiento Administrativo en Materia Aduanera (PAMA)²⁰¹ dentro de un término de 4 meses, según lo dispone la Ley Aduanera y a efecto de cumplir con dicho mandamiento y que no se vieran afectados los intereses de la Federación, giró las instrucciones al personal a su cargo para que iniciaran diversos procedimientos y se realizaran todas las acciones legales para el cobro de dichos créditos a favor del Estado, es decir puso en marcha el curso salvador del bien jurídico, posteriormente llevó a cabo actos que impidieron que se produjera el resultado: emitir el fallo dentro del plazo establecido.

Lo anterior ocurrió en virtud de que ya iniciados los procedimientos se percató que uno de ellos tenía como materia un crédito fiscal determinado a una empresa cuyo dueño era un amigo, por lo que a partir de ese momento llevó a cabo diversos actos que impidieron al servidor público encargado de la instrucción de dicho procedimiento pudiera emitir la resolución correspondiente dentro del término de 4 meses, la cual al resolverse fuera de este término estaría afectada de nulidad,

²⁰¹ El Procedimiento Administrativo en Materia Aduanera (PAMA) es el conjunto de actos previstos en la Ley Aduanera, ligados en forma sucesiva, con la finalidad de determinar las contribuciones omitidas y en su caso, imponer las sanciones que correspondan en materia de comercio exterior, respetando al particular su derecho de audiencia al considerarse las probanzas y argumentaciones que pretendan justificar la legalidad de sus actos.

extinguiéndose de esta forma la facultad de la autoridad hacendaría de recaudar ese crédito a favor del Fisco Federal.

Actos que entre otros, consistieron en comisionar en varias ocasiones al servidor público encargado de ese PAMA a otras administraciones locales que se encontraban en otros estados de la república y firmó oficios para requerir información proporcionando los datos a localizar de manera incorrecta, lo que ocasionó el retraso en la substanciación del expediente y por consiguiente con sus acciones interrumpió el curso salvador que el mismo puso en marcha: instruir el PAMA.

Este ejemplo fue materia de una denuncia penal respecto de la cual el Ministerio Público de la Federación consideró ejercitar acción penal por el delito de Ejercicio Indebido de Servicio Público, previsto en el artículo 214 del Código Penal Federal, en su hipótesis prevista en la fracción IV en relación con el artículo 7 en su modalidad de omisión, que dispone que quien tuviere conocimiento de que se pueden ver gravemente afectados los intereses del Estado no lo evite si está dentro de sus facultades, sin embargo, el Juez de Distrito de Procesos Penales Federales resolvió negar la orden de aprehensión en virtud de que la conducta resultaba atípica argumentando que no se reunían los elementos que exigía el tipo toda vez que el Administrador de la Aduana si evitó que se ocasionara el daño, ya que giró instrucciones para que se iniciara el procedimiento y si el personal encargado de integrar el expediente no pudo resolverlo dentro del término establecido en la ley, este era un hecho diverso a los que habían sido materia de la consignación.

En el caso que se expone, el Juez de de Distrito perdió de vista que quien inició el curso causal salvador fue el mismo que dolosamente llevó a cabo actos para que no se produjera el resultado al que estaba obligado a procurar: cobrar el crédito fiscal a favor del Erario Federal, por lo que se considera que al igual que en el caso anterior, es viable contemplar en el Código Penal Federal, una nueva modalidad de cometerse el delito, que permita imputar con verdadera seguridad jurídica y legalidad

al inculpado, un resultado que no provocó a través de acción ni de omisión, sino a través de omisión por comisión.

4.3. Ruptura de cursos salvadores ajenos

Desde principios del siglo XX, la doctrina ha identificado que así como el propio sujeto que puso en marcha un curso salvador puede romperlo, dicho curso salvador puede ser interrumpido por un tercero ajeno, coincidiendo la doctrina que este tipo de casos se *“caracteriza porque un proceso causal que se va a iniciar o que se encuentra ya en marcha, y que habrá podido evitar la lesión del bien jurídico, es interrumpido mediante un movimiento corporal de un tercero”*.²⁰²

Algunos de los ejemplos que se han elaborado para tratar de explicar dicho supuesto, son los siguientes y sus autores son:

- Traeger (1904): El salvavidas que se desliza ya hacia el bañista que se encuentra en apuros y que es retirado por una tercera persona.²⁰³
- Rohlans (1908): Un tercero impide al enfermero que administre un antídoto a quien, a consecuencia de un error, se le ha inyectado un producto que, en la sobredosis aplicada, se ha convertido en venenoso.²⁰⁴
- Overbeck (1922): Quien iba a denunciar un delito se ve impedido violentamente de hacerlo por parte de otro sujeto.²⁰⁵
- Kaufmann (1959): Varios ejemplos:
 1. Cuando A va a administrar a B la medicina contenida en un frasco que salvará la vida de este último, C la tira contra el suelo, destruyéndola.²⁰⁶

²⁰² Citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Ob. Cit. Pág. 66.

²⁰³ Ídem.

²⁰⁴ Ídem.

²⁰⁵ Citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *“La Causalidad en la Omisión Impropia y la Llamada “Omisión por Comisión”*”, 1ª. ed., Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2003. Pág. 66.

²⁰⁶ Ídem. Pág. 67.

2. El tercero amenaza con un mal a A, si este persiste en su intento de salvar a otra persona, renunciando entonces el amenazado a ejecutar la acción de auxilio.²⁰⁷

3. En el lugar de un accidente A se dispone a prestar auxilio a quien lo ha sufrido (X), pero desiste de ello porque un tercero le engaña y le dice, faltando a la verdad, que X ya ha sido trasladado a un hospital.²⁰⁸

- Meyer – Bahlburg (1962): Varios ejemplos:

1. Cuando el camionero A se dispone a trasladar a B, que acaba de sufrir un infarto, a un hospital, C se apodera de la llave de encendido del vehículo, haciendo imposible el salvamento.

2. A, que va a avisar a una ambulancia para que traslade a un hospital a quien ha sufrido un accidente, no logra hacerlo porque el propietario de la vivienda le impide utilizar el teléfono.

Como puede observarse, los ejemplos arriba citados, fueron contruidos por diversos autores para tratar de demostrar que efectivamente se podían presentar determinados casos en los que un tercero podía interrumpir un curso salvador que trajera como consecuencia la obtención del resultado planeado por otro, pero que a aquél le resultara benéfico por algún motivo, sin embargo, la realidad que se vive al amparo del siglo XXI bajo una sociedad globalizada, algunos de estos ejemplos podrían trasladarse o mejor dicho de otra forma, actualizarse a ciertos eventos que recientemente han ocurrido.

Previo a comentar dichos casos, es importante determinar cómo se podría soportar que la ruptura de cursos salvadores ajenos constituye una forma de omisión por comisión y la fórmula para poder imputar al agente el resultado producido, ya que hasta el momento, tanto la doctrina como algunos tribunales judiciales han preferido dar solución a este tipo de casos clasificándolos como delitos de acción.

²⁰⁷ Ídem.
²⁰⁸ Ídem.

El penalista Enrique Gimbernat considera que no pueden ser clasificados como delitos de acción, en virtud de que la interrupción de cursos salvadores ajenos presenta una estructura distinta, ya que en el primero es el movimiento corporal el que ha causado físicamente el resultado (se mata a otro de un disparo en el cerebro) existiendo la seguridad de que es aquél el que ha provocado el resultado, en tanto que en la ruptura de cursos salvadores ajenos la acción no causa físicamente el resultado (quien sujeta al cirujano no produce materialmente la muerte del paciente que ha fallecido a consecuencia de la enfermedad), sino que se limita a evitar una acción hipotética: la intervención potencial del cirujano que, con una probabilidad más o menos rayana en la certeza, habría evitado el resultado, por lo que –igualmente a diferencia de lo que sucede en el delito de acción- tampoco existe la seguridad de que la muerte pueda reconducirse al movimiento corporal de ruptura.²⁰⁹

Existe una tesis minoritaria que sostiene que este tipo de casos no es un delito de acción, por el contrario, se está en presencia de una omisión impropia, sin embargo, se critica a la misma que mientras que en ésta el garante se limita a no ejecutar una acción que podría haber evitado el resultado, los ejemplos que se han mencionado, se caracterizan precisamente porque el autor no es garante y además **ejecuta dolosamente una acción a la que le reconduce el resultado²¹⁰, es decir, le conviene o beneficia dicho resultado.**

Bajo este contexto, concluye el autor en cita que si la interrupción de cursos salvadores ajenos es una acción que no constituyen un delito de acción, porque el sujeto no causa materialmente el resultado, ni tampoco uno de omisión impropia, porque el sujeto no se limita a no hacer, sino que, por el contrario, hace algo al que es reconducible el resultado, entonces ello quiere decir que existe una tercera forma de realizar el tipo, distinta de las dos anteriores²¹¹.

²⁰⁹ Cfr. Ibídem. Pág. 81.

²¹⁰ Ídem.

²¹¹ Ídem.

Luego entonces, esta distinta forma de cometer el delito – omisión por comisión- se estima, encuentra fundamento en la manera en que el agente obtiene un resultado que de inicio no es provocado por él, pero que aprovechando las circunstancias, salta a la escena interrumpiendo el curso causal que evitaría la lesión del bien jurídico, al advertir que de obtenerse el resultado, éste le beneficia, siendo entonces esa intervención o ruptura del curso causal, lo que lo relaciona directamente con el resultado obtenido, considerando que ésta sería la fórmula para imputar objetivamente al agente la responsabilidad de su proceder.

Refiere el autor a estudio que, dentro de este grupo, a su vez se pueden distinguir tres variantes de interrupción de cursos ajenos:

1. Ruptura por un no-garante del curso causal desencadenado por otro no-garante.

La primera de la variantes, a juicio del autor en cita, no puede ser considerada como una omisión por comisión, partiendo del ejemplo en el que C se apodera de la llave del vehículo de A que se disponía a trasladar al hospital a B que sufrió un infarto, supuesto en el que la conducta de C debe ser calificada como una omisión propia, en virtud de que la persona infartada no constituía un foco de peligro preexistente ni al cuidado de quien iba ayudarlo (A) ni de quien interrumpe la acción salvadora de éste (C) ya que a ninguno de los dos les incumbía la responsabilidad de que un peligro generado por la naturaleza (el infarto) se mantuviera dentro del riesgo permitido, esto es: con asistencia médica.

Concluyendo que, en este caso la acción interruptora del curso causal no se puede subsumir en el verbo típico matar, ya que no equivalen materialmente ni a la de quien, mediante un movimiento corporal, causó físiconaturalmente una muerte, ni tampoco a la inactividad del omitente propio que tiene que cuidar del mantenimiento de un foco de peligro dentro de los límites del riesgo permitido, esto es, y por ejemplo: a la de un médico que, con dolo de matar, desatiende al enfermo que ha sido confiado a su cuidado; la ruptura del curso salvador ajeno por parte de C ha de

ser considerada, por consiguiente, un no auxilio del enfermo, que cumple con el tipo de la omisión de socorro.²¹²

Me permití identificar esta variante con la fórmula (No-G X No-G) y comparto la postura de que este ejemplo no puede ser encuadrado en un delito de omisión impropia porque el tercero que interrumpió la marcha del curso salvador efectivamente no era un garante, sin embargo, no se está de acuerdo con la posición de clasificarlo como un delito de omisión propia, toda vez que el tercero (C), si bien es cierto, no tenía la *“responsabilidad de que un peligro generado por la naturaleza (el infarto) se mantuviera dentro del riego permitido”* (como lo indica Gimbernat), si lo es, que también **no tenía porque anular**, con su acción de apoderamiento de la llave del vehículo de (A), **la única posibilidad de sobrevivencia de (B)**, luego entonces, a juicio del suscrito, resulta irrelevante que (C) no tenga la calidad de garante y por esa circunstancia libre de ser condenado por un delito de homicidio en su hipótesis de omisión simple a uno de omisión por comisión, la cual eminentemente tiene un carácter de doloso.

De ahí que se pueda considerar que la omisión por comisión si pueda tener esta variante, y este ejemplo no escapa a nuestra realidad, ya que se ha tenido conocimiento de casos en los que algún transeúnte ha sufrido un infarto o está en camino a recibir un tratamiento médico urgente y debido al bloqueo de la carretera federal por parte de grupos inconformes por la que él transitaba, no le permiten el paso al vehículo que lo transporta para que reciba asistencia médica, no sólo poniéndose como barrera humana, sino que además los sujetos inconformes han llegado a ponchar las llantas de los vehículos que están hasta enfrente del bloqueo o han incendiado los mismos, haciendo imposible el paso de los coches.

Ejemplos que sin duda cumplen con los extremos de casos de interrupción de cursos salvadores ajenos, ya que tanto en el supuesto de la persona que pretende llevar a su acompañante que sufre un infarto estando varados en la

²¹² Cfr. Íbidem. Pág. 86.

carretera por el bloqueo, como aquel que se dispone a trasladarse a otra ciudad para recibir un tratamiento médico, el hecho de que los manifestantes no sean garantes de la vida o cuidado de aquellas personas no le da el fundamento para realizar actos (ponchar neumáticos o incendiar vehículos) que nulifiquen la actuación del otro de brindarles a sus acompañantes la posibilidad de salvación.

Siendo estos casos un modelo de impunidad, ya que si se pretende responsabilizar al tercero de un delito de homicidio por omisión simple, no es posible encontrar el deber de cuidado violado, si fuera por omisión impropia, la calidad de garante no está presente y si se pretendiera subsumir en un delito por acción, no se podría encontrar el nexo causal entre el haber ponchado los neumáticos o incendiado los vehículos y el resultado muerte, de ahí que se estime procedente incluir esta hipótesis como una tercera forma en que pueden cometerse delitos.

Se coincide entonces hasta esta parte, que resulta irrelevante que quien ponga en marcha el curso salvador o quien lo interrumpa tenga o no la calidad de garante, sin embargo, si resulta más claro imputar el resultado al tercero que no siendo garante interrumpe el curso que ha puesto en marcha un garante, como se expone a continuación en la segunda variante de interrupción de cursos salvadores ajenos.

2. Ruptura por un no-garante del curso causal desencadenado por un garante

Para entender este supuesto se cita como ejemplo el del sujeto A que impide (engañando, amenazando o sometiénolo a la fuerza) al enfermero B (garante) que administre al envenenado –quien finalmente muere a consecuencia de la ingestión del producto tóxico- el antídoto que podría haberle salvado la vida. Luego entonces la conducta de A debe ser subsumida dentro del verbo “matar”.²¹³

²¹³ *Ibíd.* Pág. 87.

Lo anterior, en virtud de que ciertamente el no garante no ha causado físicamente el resultado muerte, y que, tampoco, ha omitido nada, sino que ha actuado rompiendo el curso salvador, ya que tenía como obligación de mantener el correspondiente foco de peligro dentro del riesgo permitido, **pero** al impedir la actuación de B que si tenía la obligación de actuar y la iba a ejecutar, es el responsable de que, quien tenía la obligación de hacerlo, no pueda actuar, asumiendo con ello, el deber del correspondiente garante de mantener el foco de peligro dentro del riesgo permitido, en cuanto a que **la circunstancia por la que aquél no ha podido cumplir con dicha obligación es reconducible única y exclusivamente, a quien ha interrumpido el curso salvador ajeno.**²¹⁴

Esta variante (No-G x G) puede aplicar a todo aquel garante que por la ley, un contrato o su propio actuar precedente asume la obligación de salvaguardar un bien jurídico que le es encomendado y que se ve impedido de cumplir con su deber (evitar el resultado) por el actuar positivo de un tercero que necesariamente se tiene que beneficiar con la obtención del resultado, aunque el materialmente no lo ocasione.

Retomando el ejemplo de los manifestantes que llevan a cabo bloqueos carreteros y que con motivo de ello impiden que ambulancias (garantes) que trasladaban a un enfermo a un hospital de otra ciudad en la que iba a ser intervenido quirúrgicamente para salvar su vida, no sólo impiden el paso de la ambulancia sino que además averían el equipo de radiocomunicación que permite llamar a un helicóptero que lo pueda transportar vía aérea, extinguiendo así la posibilidad de no ocasionar el resultado muerte.

Estos casos en la vida real han quedado impunes porque la conducta de los manifestantes no puede ser consignada bajo la modalidad de acción u omisión, puesto que el hecho de averiar el equipo de radiocomunicación de la ambulancia no es la causa del estado de gravedad del paciente y mucho menos del resultado

²¹⁴ Ídem.

muerte, pero tampoco de omisión, porque siempre se mantuvieron activos, es decir, marchando, deambulando sobre el asfalto, o bien lanzando consignas a la autoridad de quien reclaman algo.

Pensando entonces que nuestra legislación pueda contemplar esta forma de conducta como una diversa a la acción u omisión (propia o impropia) se podría ejercitar acción penal por el delito de homicidio en su modalidad de omisión por comisión.

3. Ruptura por un garante del curso causal que iniciado o que va a iniciar un no-garante.

Para explicar esta variante, se cita el ejemplo del padre no nadador (garante) que impide por la fuerza que un particular (no-garante) se lance a la piscina para salvar a su hijo que se está ahogando.

Sin embargo, este supuesto que he identificado bajo las siglas G X No Garante, da la posibilidad de imputar al garante el resultado a título de omisión por comisión, ya que su obligación como garante, es cuidar que el foco de peligro (niño) no experimente una desestabilización hacia el riesgo prohibido que desemboque en la lesión del bien jurídico a su cargo, es evidente que el incumplimiento de esa obligación no puede justificarse en el hecho de que el padre no se lanzó a la piscina porque no sabía nadar, sino en la acción de impedir a otro que lo hiciera, permitiendo de esta forma que el riesgo prohibido que estaba obligado a cuidar, se materializara y ocasionara la lesión del bien jurídico.²¹⁵

Estoy seguro que en opinión de muchos, este ejemplo parecería casi imposible de realizarse, sin embargo, en nuestra realidad social eso acontece en reiteradas ocasiones cuando una persona trata de auxiliar a un menor que previamente ha sido golpeado por su padre y que para evitar pierda la vida o sus

²¹⁵ Ibídem. Pág. 88.

lesiones le provoquen la pérdida de algún miembro, lo pretende llevar a un hospital, pero su padre lo impide, ya que si eso ocurre será investigado y puesto a disposición de la autoridad ministerial, por el delito lesiones o en su caso de homicidio, pero para el caso de que algunos de estos resultados se presente, será igualmente responsable.

Concluye el autor en cita, que incurriría en la misma responsabilidad, si dicho curso que se iba a ejecutar o se estaba ejecutando es interrumpido por otro que al igual que el ostentaba la calidad de garante, utilizando un ejemplo que es por demás cruel, pero que sin duda en muchas ocasiones ha sucedido, como es el caso del padre (garante) que, mediante engaño impide que su hijo siga siendo tratado de una grave enfermedad por el médico (garante también) que lo estaba atendiendo (G X G).

En virtud de lo expuesto, resulta irrelevante si quien interrumpe o pone en marcha el curso causal salvador es un garante o no garante, ya que la responsabilidad del tercero será siempre atribuible por el resultado sobrevenido, que si bien no planeo, si le beneficia.

4.4. La omissio liberae in causa.

Corresponde ahora abordar el tercer grupo de casos que el autor en cita identifica bajo el rubro de **omissio liberae in causa**.

Así como la *actio liberae in causa*²¹⁶ (también denominada “alic”) es uno de los temas críticos de hoy en el derecho penal, la *omissio libera in causa* (olic) no escapa a una serie de cuestionamientos que ponen en la mesa de la discusión si puede o no ser un supuesto de una tercera forma de cometer un delito, no de acción, no de omisión, sino de omisión por comisión.

²¹⁶ La acción del ebrio o de cualquier inimputable voluntario es una *actio liberae in causa* (alic), es decir, no es libre en el momento del hecho, pero lo es *en su causa*, porque la culpabilidad se traslada a ese momento previo, esto es, a la conducta realizada para colocarse en el estado o situación de inculpabilidad para cometer el delito y a la voluntad que existe en ese momento. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 564.

En la *omissio libera in causa* se agrupan aquellos supuestos en los que, también mediante una acción, el sujeto se coloca, dolosa o imprudentemente, en una situación de ausencia de imputabilidad o de comportamiento para el momento en el que surja la obligación de actuar; por ejemplo, el guardabarreras ingiere alcohol o un narcótico, de manera que cuando tiene que bajar las vallas se halla en un estado de inconsciencia, es decir, mediante una acción se coloca voluntariamente en ese estado que le impide cumplir con su tarea: bajar las vallas.²¹⁷

Dentro de este grupo de casos, también hay que incluir los supuestos en los que, en virtud de un hacer anterior, el sujeto genera una situación en la que, a pesar de estar consciente, cuando surge el deber de actuar, **la ejecución de la acción debida parece como irrealizable**, por ejemplo: la madre destruye previamente la medicina que podría salvar la vida de su hijo, por lo que, cuando a éste se le declara el ataque, no tiene posibilidad alguna de administrarla, falleciendo aquel²¹⁸.

Para el jurista Demetrio Crespo “*se habla de omissio libera in causa (olici) cuando la actio praecedens (activa u omisiva) de provocación de un estado defectuoso -bien de ausencia de acción o de inimputabilidad- tiene como consecuencia una “omisión”, de suerte que el autor no es capaz de ejecutar la acción que el ordenamiento jurídico le exige en este segundo momento.*”²¹⁹

Continúa explicando el autor en cita que si la acción precedente consistió en un hacer positivo (caso del guarda agujas que habiéndose embriagado, causa por omisión un accidente) hablaremos de una *omissio libera in causa in agendo*, pero si aquella consistió también en un comportamiento omisivo (caso del guardabarrera que percibiendo que se está quedando dormido por los vapores de la estufa no hace nada por evitarlo) estaremos ante una *omissio liberae in causa omittendo*. En estos casos hay acuerdo en que sólo ha de responder por el resultado acaecido el sujeto que tuviera “posición de garante”, pero para defender consecuentemente este

²¹⁷Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 88 – 89.

²¹⁸ Ejemplo de Baumann/Mitsch, citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 89.

²¹⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Acerca de la actio libera in causa”, pág. 12. Artículo visible en la dirección www.cienciaspenales.net, consultado el 5 de enero de 2012, 18:00 horas.

resultado en los casos de olic in agendo desde el momento del injusto típico habría también que señalar que aquí la actio preecedens no es en el sentido estricto una “acción” sino más bien una acción que da lugar a una omisión”; de suerte que en el caso citado el “continuar bebiendo” implica en realidad una “no realización de la conducta indicada para la protección positiva de bienes jurídicos”.²²⁰

De lo anterior, se puede advertir que una de las características de la omissio libera in causa es que el actuar previo que conduce al sujeto a un estado de ausencia de voluntad o de inimputabilidad, puede ser a través de una acción o de una omisión, y la otra, radica en que el omitente tenga la calidad de garante, de ahí que la doctrina casi de manera unánime, mantiene que el garante, que, dolosa o imprudentemente, condiciona activamente su ausencia de comportamiento o su inculpabilidad para el momento en que surge el deber de actuar, responde por el resultado típico sobrevenido, dividiéndose las opiniones únicamente en si esa responsabilidad se debe vincular al hacer anterior o a la inactividad final.²²¹

Resulta entonces claro que, la omissio libera in causa no puede construirse bajo supuestos de omisión propia, ya que al exigirse la calidad de garante (ejemplo: guardabarreras, madre que tiene que administrar la medicina salvadora al hijo enfermo, socorrista) sabe, o debería saber, que tiene que estar preparado para actuar en el momento en el que surja la amenaza para el bien jurídico cuya protección tiene confiada, en cambio en la omisión propia, el deber de actuar es imprevisible (ex ante) y nace simultáneamente con la situación de peligro: yo, como bañista que estoy en la playa, tengo todo el derecho del mundo a dormir una siesta sobre la arena, y si, durante mi sueño, algún nadador, a quien podría haber salvado de estar despierto, sufre un desmayo, no cometería ninguna omisión del deber de socorro porque “al estar inconsciente” mi inactividad no constituye una conducta y, con ello, tampoco una omisión, y porque no tengo -como no-garante- deber alguno

²²⁰ Cfr. Ídem.

²²¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 90.

de estar preparado para eventuales contingencias que puedan producirse en el mar.²²²

De lo expuesto hasta este momento se puede concluir que la omisión libera in causa sólo puede construirse a través de supuestos de la omisión impropia, correspondiendo ahora analizar cómo se podría vincular al garante el resultado obtenido, ya que la doctrina discute si ésta debe ser con respecto a la acción previa o a una (real o fingida) omisión.

a) La responsabilidad del garante debe fundamentarse en la acción previa.

Según esta dirección doctrinal²²³, la responsabilidad del sujeto-garante por el resultado producido se fundamenta en que, mediante una acción previa, condiciona que la inactividad posterior, o bien no constituya un comportamiento, o bien sea inculpable.

Lo anterior, puede ser así, en virtud de que el garante está obligado a velar por la integridad del bien jurídico que tiene encomendado, por lo que de **esa obligación derivaría, como norma secundaria**, el deber de estar **preparado** para actuar cuando se presente la situación crítica, deber que infringiría en el momento en que, **con su acción previa**, hace imposible la ulterior evitación del resultado típico.²²⁴

Bajo este supuesto, en opinión del penalista Gimbernat Ordeig, estaríamos frente a un caso de **omisión por comisión**, ya que la conducta del garante sería subsumible en una omisión impropia **no sobre la base de un comportamiento pasivo** (ejemplo: si el guardabarreras está dormido en el momento en que el tren cruza la carretera no existe comportamiento alguno) **sino del comportamiento activo** de haberse narcotizado.

²²² Cfr. Ídem. Pág. 90 – 91.

²²³ Autores que defienden esta posición doctrinal: Bartel (1965), Roxin (1969), Engisch (1973), Jakobs (1991), Joshi 206 y Bustos/Hormazábal (1999), citados por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 92 – 93.

²²⁴ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 93.

- b) La responsabilidad del garante se vincula al resultado por un real o fingido comportamiento omisivo.

Para los autores que se adhieren a esta dirección, los supuestos de omisión libera in causa fundamentan la responsabilidad del garante en un comportamiento que, al menos normativamente, debe ser considerado como uno omisivo.²²⁵

Al respecto explica el jurista Armin Kaufmann: *“Esto rige también cuando quien permanece inactivo ejecuta una acción con la que se hace a si mismo imposible el cumplimiento del mandato. Porque esto no modifica en nada el carácter omisivo de comportamiento jurídicamente relevante... Quien se hace a si mismo imposible la acción exigida ha finalizado ya toda la omisión justamente en el momento en que se produce esa imposibilidad.”*²²⁶

A decir del citado maestro Enrique Gimbernat estas dos posturas son completamente artificiosas, pues considera que si se afirma que el fundamento de esa imputación reside en la acción del guardabarreras de narcotizarse, y que ésta cumple, a su vez, el tipo de una omisión impropia (omisión por comisión), lo que se está manteniendo es, en definitiva, que una *acción* de provocar la auto inconsciencia constituye una omisión de bajar las vallas, a pesar de que es evidente que aquella no tiene nada que ver con ésta y por lo que respecta a la segunda tesis, tampoco puede convencer, porque solo se puede establecer renunciado al núcleo del concepto de omisión, ya que ésta únicamente puede concurrir si, cuando surge el deber de ejecutar la acción debida, al autor le era posible llevarla a cabo, y si uno está dormido, es obvio que no tiene posibilidad alguna de ejecutar dicha acción.²²⁷

Tomando en consideración lo que cada tesis sostiene, a diferencia de lo que opina el autor en cita, el suscrito estima que el fundamento para reprochar al garante el resultado podría ser tanto el actuar precedente como al comportamiento inactivo

²²⁵ Ídem.

²²⁶ Citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 94.

²²⁷ Ibídem. Pág. 94.

que demuestra al final del evento, toda vez que sin la presencia del primero no podría omitirse el deber impuesto por la norma, ya sea de manera real o fingida, cumpliendo así con los extremos del tipo omisivo.

Luego entonces puede sostenerse válidamente que en la omissio libera in causa de un garante no estamos ni ante un delito de acción, ni ante uno de omisión impropia, sino ante una tercera forma de realización típica: ante la ejecución de una acción que interrumpe una cadena causal salvadora posible.

4.5. Desconexión de instrumentos médicos que mantiene con vida a un enfermo.

Se ha discutido desde el siglo pasado si la desconexión por parte del personal médico, de los instrumentos que mantiene con “vida” a una persona constituye un homicidio cometido a través de acción o de omisión.

La dogmática clásica, considera que esa desconexión aplicada a un enfermo aún con vida constituirá un indiscutible delito de acción, en donde la relación de causalidad se establece, sin lugar a equivocaciones, entre el resultado muerte y el movimiento corporal desplegado por el médico.

Uno de los autores que sostienen esta postura es Bockelmann, quien escribe:

“Que es una intervención activa homicida? Lo es no solo la inyección de veneno, lo es no solo la puñalada o la incisión. La retirada de un vendaje o deshacer los puntos de sutura, que deberían contener la hemorragia, con toda seguridad que también lo son. Pero con ello queda claro que la desconexión de un reanimador, en un momento en el que aún no es seguro si se ha producido la pérdida irreversible de la función cerebral, es igualmente una acción activa de muerte, y

no solo la omisión de ulteriores medidas dirigidas a la prolongación de la vida".²²⁸

Para el autor en consulta, la desconexión de un reanimador supone un movimiento corporal en relación de causalidad fisiconatural con el resultado típico de muerte, y constituye, por consiguiente, un delito de acción y no así uno de omisión, ya que a su consideración, ese comportamiento no contiene ninguno de los elementos que definen a la omisión: porque el médico no permanece inactivo, sino que aplica energía en dirección a la lesión del bien jurídico vida (al desconectar), y porque entre la conducta y el resultado no existe la relación hipotética característica de la omisión, sino la absolutamente real, fisiconatural, de que, a consecuencia de aquella desconexión, han cesado las funciones artificiales cardiorespiratorias que la maquina suministraba sustitutivamente, falleciendo, por esa razón, el paciente²²⁹.

Otra postura y que pudiera considerarse la dominante entre los doctrinarios, es aquella que considera que la desconexión de aparatos reanimadores es una omisión, al respecto expone Geilen:

"De la misma manera que el médico solo "omite" cuando interrumpe una medida de reanimación empezada con movimientos de masaje, o cuando prescinde de repetir la administración de inyecciones mantenedoras de la vida, también es solo "omitir" cuando interrumpe, en un plano técnico superior, el trabajo de una maquina. Para el médico el aparato no es otra cosa que su "mano alargada"... En última instancia, lo que debe ser decisivo es si se le deja a la naturaleza que siga su curso. Si es este el caso, entonces se trata -sin tener en cuenta las circunstancias concurrentes que figuran más o menos en un primer plano- de un comportamiento

²²⁸ BOCKELMANN citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 98 -99

²²⁹ Cfr. GIMBERNART ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 102.

*omisivo, con la consecuencia constructiva de que se puede recurrir a la falta del deber de actuar para regular la punibilidad”.*²³⁰

Ante la discusión, si se esta ante un delito de acción o de omisión, existe una tercera corriente que sostiene que la desconexión de aparatos que mantienen con vida a una persona es un ejemplo de un delito cometido en omisión por comisión, en virtud de que el personal médico se abstiene del deber de cuidado al que está obligado (preservar la vida), pues no sólo no lleva a cabo los procedimientos para mantener con vida a la persona, sino además, lleva a cabo una acción que no evita el resultado, desconectando el aparato que suministra con eficacia la fuente que lo mantiene con vida.

Pese a que es válido sostener que este tipo de circunstancias es un ejemplo de omisión por comisión, el maestro Claus Roxin opina que este supuesto es un caso de omisión *impune* de hacer; puesto que “es cierto que el médico debe hacer lo posible por mantener y prolongar una vida consciente y apta para seguir viviendo; pero ni médica ni humanamente tendría el menor sentido imponer, más allá de esos casos, el deber de prolongar de modo exclusivamente artificial una vida que se va a extinguir con seguridad y en la que no es posible volver a despertar sus funciones mentales.”²³¹

Sin embargo no se comparte esta postura, en virtud de que quien omite cumplir con su deber de cuidado (preservar el bien jurídico) desplegando una acción, es precisamente un médico que resulta tener la calidad de garante frente al paciente y sólo corresponde a sus familiares²³² decidir cuando éste debe ser desconectado, por lo que de presentarse el caso, el profesional responde de un homicidio en su modalidad de omisión por comisión.

²³⁰ GEILEN citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. Pág. 99.

²³¹ ROXIN, Claus. Ob. Cit. pág. 241.

²³² De conformidad con el artículo 166 Bis 8 de la Ley General de Salud, tienen derecho a decidir los padres, en caso de que estos falten, corresponderá a los tutores, representante legal, persona de su confianza mayor de edad.

CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto, se llega a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- La conducta humana es la base sobre la cual descansa la estructura del delito y que sin duda este elemento es en la prelación lógica de su estudio, el primero de ellos.

La acepción más acertada bajo la cual ha de identificarse a este primer elemento es la de conducta, puesto que éste es un concepto genérico, que refiere la exteriorización de la voluntad humana que ocasiona una afectación a un bien jurídico tutelado por la norma, ya sea a través de alguna de sus dos modalidades hasta el momento reconocidas por nuestra legislación penal federal en su artículo séptimo, a saber: acción u omisión.

SEGUNDA.- La conducta relevante para el derecho punitivo, exteriorizada en su modalidad de acción, debe entenderse como la manifestación de la voluntad humana a través de un actuar positivo, que infringe una norma de carácter prohibitivo necesariamente de índole penal, la cual se puede presentar en diferentes grados de consumación (delito en grado de tentativa o delito consumado).

TERCERA.- Son cuatro elementos que deben concurrir para construir el concepto de acción, a saber:

a) Voluntad de acción, misma que radica en la mente del sujeto y no es otra cosa, sino aquello que el sujeto quiere alcanzar, es decir, el fin de delinquir.

b) Manifestación externa de la voluntad. El sujeto exterioriza su idea criminal, llevando a cabo actos preparatorios tendientes a su ejecución, y para el caso de que el objetivo delictuoso no se obtenga, se estará en presencia de la institución denominada tentativa, ya sea punible o no punible.

c) Resultado. Es la consecuencia directa de la voluntad exteriorizada que recae sobre un bien jurídico tutelado por la norma y que es relevante para el

derecho penal. Este puede ser de carácter material o formal, es decir, puede causar un cambio físico o sólo una violación al precepto jurídico.

d) Relación de causalidad. Es el vínculo estrecho y directo que se forma entre la conducta desplegada por el agente y el resultado producido, y que constituye la base para imputar al agente su responsabilidad por la afectación del bien jurídico tutelado.

CUARTA.- Es indispensable la voluntad del agente al momento de cometer el ilícito, pues de lo contrario traería como consecuencia la falta de primer elemento del delito y por ende su no configuración.

QUINTA.- El Código Penal Federal reconoce además de la acción como forma de comisión de un delito, a la omisión, en sus modalidades de omisión simple y comisión por omisión.

Se está frente a la omisión propia, cuando el sujeto voluntariamente deja de llevar a cabo una conducta esperada o exigida por la norma penal, reconociéndose los siguientes elementos:

a) Voluntad por parte del sujeto de omitir el deber de actuar. (al igual que en la acción), la cual radica en el ámbito psicológico del sujeto, pues es éste quien conscientemente quiere la inactividad, para incumplir con el deber de actuar impuesto o esperado por la norma penal.

b) Inactividad, inacción o el no hacer esperado y exigido por la norma. Es decir, el sujeto no realiza ningún movimiento corporal que debiera llevar a cabo para cumplir con el deber de actuar impuesto por la norma (no hace lo que debe de hacer).

La voluntad de no hacer algo debe estar precedida de la capacidad del sujeto de poder evitar el resultado, pues de lo contrario si el sujeto no tenía la posibilidad de cumplir con el mandato impuesto en la norma, jurídicamente

no sería posible exigirle que se debió comportar de determinada forma, tal y como lo prevé la fracción IX del artículo 15 del Código Penal Federal.

c) **Resultado formal o jurídico.** No se requiere un cambio en el mundo fáctico, se colma con el mero incumplimiento al deber de actuar impuesto por la norma.

SEXTA.- Se está frente a un caso de omisión impropia, cuando el sujeto con su inactividad produce un resultado material prohibido por la norma y que encuentra correspondencia con un tipo descrito en sentido activo, de ahí que se pueda afirmar que si las formas de cometer un delito mediante acción son amplias, resultan ser incontables las hipótesis que se pueden presentar en la práctica para configurar un ilícito a través de comportamientos comisivos.

A esta forma de omisión, también se le denomina comisión (acción) por (mediante) omisión, en virtud de que la omisión del deber jurídico produce un resultado como si el sujeto en realidad hubiese actuado.

SEPTIMA.- Es una característica de la comisión por omisión el que no se precise en el tipo penal la forma en que se puede manifestar la inactividad del sujeto omitente.

OCTAVA.- Los elementos que integran la comisión por omisión, son además de la de la inactividad voluntaria por parte del sujeto para omitir el deber de actuar esperado o exigido (que se presenta en la omisión simple), el **resultado material** que constituye la expresión física de la omisión; el vínculo que se da entre la omisión y resultado producido, así como el deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto omitente (posición de garante).

NÓVENA.- En la comisión por omisión resulta relevante la figura del garante, ya que sólo quien tenga esta calidad especial con respecto al bien jurídico podrá

reprochársele la no evitación de ese resultado, de ahí que sea necesaria para fundamentar el juico de reproche al omitente.

Nuestra legislación penal federal precisa que las formas, mediante las cuales, el sujeto asume esa obligación que lo vincula con el deber de proteger el bien jurídico son la ley, un contrato o bien el propio actuar precedente.

DÉCIMA.- Es amplia y diversa la doctrina respecto a la acción y la omisión, pues se han elaborado diversas teorías sobre la forma en que esta debe imputarse al sujeto, sin embargo, ha quedado claro también, que dadas las circunstancias de cada caso, en muchas ocasiones la conducta a tipificar está entre el límite de la acción y la omisión, surgiendo así la posibilidad de pensar en una tercera forma de comisión del delito para encuadrar la conducta del sujeto, que hasta el momento se denomina omisión por comisión u omitir por hacer.

DÉCIMA PRIMERA.- El planteamiento de esta posibilidad de comisión del delito parte de la idea de que el sujeto no sólo debe hacer algo, sino que además hace algo para impedir que se evite la lesión al bien jurídico, distinguiéndose cuatro conductas tipo que podrían encuadrarse bajo la hipótesis que aquí se sostiene

DÉCIMA SEGUNDA.- El primer grupo de conductas se trata de la interrupción por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado, siendo característico que es el propio sujeto quien, sin intervención alguna de tercero, es el que actúa.

Dentro de este grupo se pueden identificar a su vez tres casos:

- a) El omitente, efectivamente, actúa, pero sin que ese movimiento corporal sea “determinante” para la no prestación del auxilio.
- b) El sujeto no quiere prestar el auxilio al que está obligado y no le basta con permanecer inactivo, sino que, necesariamente, actúa.

c) La interrupción de un curso causal salvador por aquel que lo ha puesto en marcha.

Se considera que los dos últimos supuestos si pueden considerarse como un ejemplo de omisión por comisión, toda vez que a diferencia de la omisión propia en la que el sujeto sólo deja de prestar el auxilio al que estaba obligado, en el caso del inciso b, el omitente necesariamente actúa y ocasiona el daño y el c) relativo a la interrupción de cursos salvadores propios en el que el sujeto no sólo se deja de hacer algo, sino que además, lleva a cabo actos positivos que interrumpen el curso salvador puesto en marcha por él mismo que, tenía como fin evitar la lesión al bien jurídico.

De ahí que se afirme que la interrupción de cursos salvadores propios es un supuesto que puede ser identificado bajo la forma de omisión por comisión, en virtud de que su estructura no puede recibir el mismo tratamiento jurídico que una omisión simple, en la que sólo se deja de hacer algo, o una impropia en la inactividad produce un resultado material, homologando la omisión como si el sujeto hubiese actuado y mucho menos considerarlo un delito de acción en el que se responde por el resultado producido como consecuencia de actos positivos desplegados por el agente.

Otra característica de la ruptura de cursos causales salvadores propios es que no importa que quien interrumpa dicho curso sea o no un garante, ya que lo relevante es que estando el mismo obligado a evitar el resultado y para ello pone en marcha algún procedimiento que así lo prevea, es el mismo quien lo interrumpe permitiendo así que, al final, se produzca el resultado.

DÉCIMO TERCERA.- El segundo grupo de conductas tipo se identifica con la Interrupción de cursos salvadores ajenos, en los que a diferencia de los propios, es ahora un tercero quien con sus actos impide que el curso salvador puesto en

marcha por otro llegue a su final y pueda evitar el resultado, imputándose éste, precisamente a ese tercero que irrumpe o nulifica el curso salvador.

Este grupo de interrupciones, en cualquiera de sus fórmulas (No-G X No-G²³³, No-G x G²³⁴, G X No-G²³⁵ o G X G²³⁶) sí pueden considerarse como una tercera forma de comisión del delito, encontrando fundamento el juicio de reproche al tercero en lo siguiente:

- a) Impide que no se produzca el resultado, nulificando las posibilidades de salvación el bien jurídico tutelado.
- b) El resultado le beneficia, en la manera en que el agente obtiene un resultado que de inicio no es provocado por él, pero que aprovechando las circunstancias, le resulta provechoso.
- c) La interrupción del curso salvador ajeno fundamenta siempre la responsabilidad del resultado sobrevenido, de ahí que se pueda afirmar que resulta indiferente que quien rompa o ponga en marcha ese curso ostente o no la calidad de garante.

DÉCIMO CUARTA.- Al tercer grupo corresponde los supuestos de la omisión libera in causa, en los que al igual que en los otros dos grupos, mediante una acción, el sujeto se coloca dolosa o imprudentemente, en una situación de ausencia de imputabilidad o de comportamiento para que en el momento que surja la obligación de actuar se halle inconsciente o impedido para reaccionar o cumplir con su obligación.

²³³ No Garante que interrumpe el curso causal salvador iniciado o que está siendo ejecutado por otro No Garante del bien jurídico protegido.

²³⁴ No Garante que interrumpe el curso causal salvador iniciado o que está siendo ejecutado por otro que sí es Garante del bien jurídico protegido.

²³⁵ Garante que interrumpe el curso causal salvador iniciado o que está siendo ejecutado por otro que No es Garante del bien jurídico protegido.

²³⁶ Garante que interrumpe el curso causal salvador iniciado o que está siendo ejecutado por otro que también es Garante del bien jurídico protegido.

Se incluyen también aquellos casos en los que, en virtud de un hacer anterior, el sujeto genera una situación en la que a pesar de estar consciente cuando surge el deber de actuar, la ejecución de la acción debida parece como irrealizable. Siendo en estos casos un elemento indispensable, que el sujeto si tenga la calidad de garante.

No obstante que se ha discutido sobre la forma en que puede ser imputado el resultado al omitente, partiendo de la acción previa que este realice o bien por la acción final que produce el resultado, se concluye, que el fundamento para reprochar al garante el resultado, podría ser tanto el actuar precedente como al comportamiento inactivo que demuestra al final del evento, toda vez que sin la presencia del primero no podría omitirse el deber impuesto por la norma, ya sea de manera real o fingida, cumpliendo así con los extremos del tipo omisivo.

DÉCIMO QUINTA.- Ante la discusión, si la desconexión de aparatos que mantienen con vida a una persona es un delito de acción o de omisión, existe una tercera corriente que sostiene que esto puede ser un ejemplo de un delito cometido en omisión por comisión, en virtud de que el personal médico se abstiene del deber de cuidado al que está obligado (preservar la vida), pues no sólo no lleva a cabo los procedimientos para mantener con vida a la persona, sino además, lleva a cabo una acción que no evita el resultado, desconectando el aparato que suministra con eficacia la fuente que lo mantiene con vida.

Sin embargo, concluyo que la no aplicación de medidas artificiales de prolongación de la vida (eutanasia pasiva), independientemente de que si esa no prolongación tiene su origen en la omisión de practicar técnicas de reanimación o en la acción de suspender activamente una asistencia médica ya iniciada en una unidad de terapia intensiva, no puede quedar impune, cuando no medie el consentimiento de los familiares que conforme a la Ley general de Salud tengan derecho a expresarlo, ya que personal médico llegó a abusar de esta medida bajo el argumento

de muerte digna, cuando ello se insiste sólo corresponde a los parientes de la víctima.

PROPUESTA

Con relación al análisis realizado a la posibilidad de que diversas conductas puedan identificarse bajo una tercera forma de comisión del delito y que podría ser la solución para no dejar impunes algunas de ellas que hasta el momento no alcancen a fundamentarse bajo los extremos de una acción o de una omisión (simple o comisión por omisión) como hasta el momento lo prevé el artículo 7 del Código Penal Federal, es que se propone una adición al contenido del numeral en cita.

Se propone una fórmula que incluya la diversidad de formas mediante las cuales podría configurarse la omisión por comisión, como podría ser el caso del morador que no brinda el auxilio a una persona que es perseguida por una jauría de animales y que cierra la puerta de su casa que hasta entonces se encontraba abierta, pereciendo aquel a merced de la furia de los animales, ejemplo en el que en nuestra realidad jurídica, el habitante sólo respondería por una omisión de deber de socorro y el resultado se imputaría subsumiendo dicha acción (cerrar la puerta) en un tipo penal omisivo.

Criterio con el cual no se coincide, ya que dicho caso si podría ser materia de una imputación a título de omisión por comisión, siendo el fundamento de éste, el que el sujeto no sólo queda inactivo o no realiza el acto a que estaba obligado, sino que efectivamente actúa y ese movimiento es determinante para anular la posibilidad de salvamento, siendo que en el presente caso, precisamente con su actuar (cerrar la puerta) no brindó al sujeto la opción de resguardarse en su casa y evitar ser agredido por los animales en furia.

Otro de los supuestos que se estima podría encuadrar un delito cometido en omisión por comisión es aquel en el que el sujeto omitente no solo dejó de hacer algo, sino que además con un hacer positivo, interrumpe un curso causal salvador puesto en marcha por él mismo, y que estaba dirigido a satisfacer la obligación o

deber de evitar el resultado, con independencia de que sea o no garante del bien en peligro.

Por ejemplo en el caso del pequeño que se está ahogando en la alberca, tanto la madre como el jardinero que se encuentra cerca, pueden uno u otro, después de arrojar un salvavidas atado a una cuerda, con el cual muy seguramente el menor hubiese podido salvar su vida, retirarlo, pereciendo aquél, siendo entonces evidente que no resulta relevante para integrar esta tercera forma de conducta que sea o no garante, a diferencia de la omisión impropia, en la que necesariamente el garante debe incumplir con el deber de cuidado impuesto por la ley, un contrato o su actuar precedente, en cambio en la omisión por comisión, su actividad de retirar el salvavidas es la que la reconduce normativamente al resultado, pues lejos de permanecer inerte, un actuar positivo interrumpe, en este caso, la única posibilidad de evitar la lesión al bien jurídico (vida).

Otro de los supuestos que se estima tendrían cabida en la fórmula que se propone es el de la ruptura de cursos salvadores ajenos, en los que un tercero (sea o no garante) quien con sus actos impide que el curso salvador puesto en marcha por otro (que también no es necesario sea o no garante) llegue a su final y pueda evitar el resultado.

El juicio de reproche al tercero encontraría sustento en que impide que no se produzca el resultado, nulificando las posibilidades de salvación el bien jurídico tutelado y el resultado le beneficia, en la manera en que el agente obtiene un resultado que dé inicio no es provocado por él, pero que aprovechando las circunstancias, le resulta provechoso, de ahí que se afirme que se pueda afirmar que resulta indiferente que quien rompa o ponga en marcha ese curso ostente o no la calidad de garante.

Se estima que la propuesta que se expone incluye válidamente los casos en los que, en virtud de un hacer anterior, el sujeto genera una situación en la que a

pesar de estar consciente cuando surge el deber de actuar, la ejecución de la acción debida parece como irrealizable. Siendo en estos casos un elemento indispensable, que el sujeto si tenga la calidad de garante.

El fundamento para reprochar al garante el resultado, podría ser tanto el actuar precedente como al comportamiento inactivo que demuestra al final del evento, toda vez que sin la presencia del primero no podría omitirse el deber impuesto por la norma, ya sea de manera real o fingida, cumpliendo así con los extremos del tipo omisivo.

Finalmente se considera que la adición al texto legal que se propone, puede ser una opción acertada para encuadrar los ejemplos de desconexión de instrumentos médicos que mantienen con vida a un enfermo, ya que con independencia de que si esa no prolongación tiene su origen en la omisión de practicar técnicas de reanimación o en la acción de suspender activamente una asistencia médica ya iniciada en una unidad de terapia intensiva, no puede quedar impune, cuando no exista evidencia del consentimiento otorgado por los familiares que de conformidad con la Ley General de Salud tengan derecho a emitirlo.

Bajo este contexto, el hecho de permitir que conductas típicas sean impunes por no adecuarse a las formas de acción y omisión que prevé hasta nuestros días el artículo 7 del Código Penal Federal, sostiene válidamente, que se pueda incluir en dicha legislación esta tercera forma de comisión: **omisión por comisión.**

Es por lo expuesto, que se propone la siguiente adición al numeral en cita en los términos siguientes:

TÍTULO PRIMERO
RESPONSABILIDAD PENAL
CAPÍTULO I
REGLAS GENERALES SOBRE DELITOS Y RESPONSABILIDAD

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

En los delitos de resultado material también será atribuible al 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.

Se equiparan al hecho de no evitar el resultado por parte de aquel que se encontraba obligado en los términos del párrafo anterior, la realización de una acción que anule el proceso que podría haber evitado la lesión o peligro del bien protegido por este Código o alguno previsto en otra ley.

El delito es:

- I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.*
- II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y*
- III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.*

BIBLIOGRAFÍA

1. BALTAZAR SAMAYOA, Salomón y GARCÍA BELTRÁN, Germán. **Casos Penales**, 2ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2006.
2. CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. **La Relación de Causalidad en la Acción y en la Omisión Penales**, Revista Mexicana de Derecho Penal, México, 1965.
3. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. **Derecho Penal Mexicano, Parte General**, 23ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2007.
4. CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**, 43ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2002.
5. CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael. **El Dominio del Hecho, Formas de Autoría en el Delito**, Editorial Porrúa, México, 2006.
6. DÍAZ ARANDA, Enrique. **Derecho Penal, Parte General**, 3ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2008.
7. DÍAZ ARANDA, Enrique. **Consentimiento del sujeto pasivo**, Revista de Política Criminal y Ciencias Penales, México, número especial 1, agosto de 1999.
8. DÍAZ ARANDA, Enrique. **Del suicidio a la eutanasia**, Cárdenas Editores, México, 1997.
9. DÍAZ ARANDA, Enrique. **Eutanasia: ¿derecho a morir con dignidad?**, Revista de la Facultad de derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, T.XLIV, núm. 193-194, enero – abril de 1994.

10. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Causalidad, omisión e imprudencia, Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución**, Editorial Colmenares, Granada, España, 1997.
11. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios sobre el delito de omisión**. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.
12. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **La Causalidad en la Omisión Impropia y la Llamada “Omisión por Comisión”**, Editorial Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2003.
13. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento, Derecho Penal y Criminología**, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Vol, núm. 36, septiembre – octubre de 1988.
14. JAKOBS Günther. **Acción y Omisión en Derecho Penal**, Traducido por Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez Vera, Editorial Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia, 2000.
15. JAKOBS Günther. **Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación**, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995.
16. JAKOBS Günther. **Estudios de Derecho Penal, El concepto jurídico penal del acción**, Traducido por Enrique Peña Aranda; Carlos J. Suárez y Manuel Cancio, Editorial Civitas Coeditado con la Universidad Autónoma de Madrid, 1997.
17. HUERTA TOLCIDO, Susana. **Problemas fundamentales de los delitos de omisión**, Editorial Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

18. LAVEAGA Gerardo y LUJAMBIO Alberto. **El Derecho Penal a Juicio**, Editorial PGR-INACIPE, México, 2007.
19. MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. **Teoría Legalista del Delito** (propuesta del Método de Estudio), 3ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2000.
20. MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael. **Derecho Penal, Parte General**, 4ª. ed., 2ª. reimpresión, Editorial Trillas, México, 2001.
21. MEZGER, Edmund. **Derecho Penal, Parte General**, Traducción de la 6ª ed. alemana por el Dr. Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958.
22. MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal, Tomo I**, 2ª. ed. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado. Nueva edición del Tomo I, 1955
23. MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, Parte General**, 3ª. ed., Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, 1990.
24. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal, Parte General**, 4ª. ed., Editorial Tirant lo Blancha Valencia, 2000.
25. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I**, 19 ed., Editorial Porrúa, México, 2001.
26. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Breve Ensayo sobre la Tentativa**, 4ª. ed., Editorial Porrúa, México, 1989.
27. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **La Causalidad en el Delito**, Editorial Porrúa, México, 2000.

28. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano**, 11ª. ed., Editorial Porrúa, México, 1994.
29. PÉREZ KASPARIAN, Sara. **Manual de Derecho Penal**, Editorial Porrúa – Universidad Anahuac, México, 2009.
30. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal**, Editorial Porrúa, México, 2001.
31. QUINTINO ZEPEDA, Rubén. **Dogmática Penal Aplicada**, 3ª. ed., Editorial MaGister, México, 2008.
32. QUINTINO ZEPEDA, Rubén. **Dogmática Penal Actual**, 2ª. ed., Editorial MaGister, México, 2008.
33. REYES CALDERON, José Adolfo. **Acción y Omisión**, 1ª ed., Cárdenas Editor, México, 2001.
34. ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**, Editorial Civitas, Madrid, España, 2000.
35. ROXIN, Claus. **Problemas Básicos del Derecho Penal**, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial REUS, Madrid, España, 1976.
36. ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal**, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico, traducido por Enrique Basigalupo, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979.
37. SÁNCHEZ FEIJOO, Bernardo. **Teoría de la Imputación Objetiva**, Editorial Angel, México, 2000.

38. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El Delito de Omisión. Concepto y Sistema**, Editorial Bosch, Barcelona, 1986.

39. VON LISZT, Franz. **La Idea de Fin en el Derecho Penal**, Traducido por EDEVAL, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 1994.

40. WELZEL Hans. **Derecho Penal Alemán**, Parte General, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, 11ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1970.

41. ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. **Cuerpo del Delito y Tipo Penal**, Editorial Angel, México, 2002.

42. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal, Parte General**, 2ª. ed., Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2007.

LEGISLACIÓN NACIONAL

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2011.

2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2008.

3. CÓDIGO PENAL FEDERAL, Editorial Raúl Juárez Carro Editorial S.A. de C.V., México 2011.

4. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial SISTA, México, 2011.

5. CÓDIGO CIVIL FEDERAL, Editorial SISTA, México, 2011.

6. LEY GENERAL DE SALUD, Editorial SISTA, México, 2011.

7. LEY ADUANERA, Editorial SISTA, México, 2011.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

1. CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, versión electrónica visible en la dirección: www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_31_01_2011.pdf.

2. CÓDIGO PENAL ALEMÁN, traducido por la profesora Claudia López Díaz es la publicada bajo el título Strafgesetzbuch, 32a., ed., Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998, visible en la dirección www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf.

3. CÓDIGO PENAL ITALIANO, traducido y visible en la dirección <http://biblioteca.uam.es/derecho/guias/penal.html>.

4. CÓDIGO PENAL PORTUGUÉS, traducido y visible a en la dirección www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf y traducida por <http://translate.google.com.mx>.

5. CÓDIGO PENAL DE PERÚ, visible en la dirección www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf.

6. CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, visible en la dirección <http://derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal.html>.

7. CÓDIGO PENAL DE PARAGUAY, visible en la dirección: www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-cp.pdf.

OTRAS FUENTES

1. Páginas de internet:
www.ciencias penales.net
www.jurídicas.unam.mx
www.diputados.gob.mx

2. Jurisprudencia y Tesis Aisladas emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación, visibles en la dirección de internet www.ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx:

2.1. Tesis Aisladas

- a) Registro No. 234579. Localización: Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación 151-156 Segunda Parte, Página: 60, Materia: Penal. Amparo directo 3550/78. Evaristo del Angel del Angel. 2 de diciembre de 1981. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

- b) Registro No. 236734, Localización: Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación 32 Segunda Parte, Página: 41, Materia: Penal. Amparo directo 610/71. Plácido García Argüelles. 2 de agosto de 1971. Cinco votos. Ponente: Abel Huitrón y A.

- c) Registro No. 178039. Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Julio de 2005, Página: 7, Tesis: P. XXII/2005, Materia(s): Constitucional, Penal. Amparo directo en revisión 1661/2002. 13 de enero de 2004. Unanimidad de diez votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guillermina Coutiño Mata. El Tribunal

Pleno, el cinco de julio en curso, aprobó, con el número XXII/2005, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a cinco de julio de dos mil cinco.

- d) Registro No. 172036, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI Julio de 2007, Página: 2499, Tesis: XX.2o.70 P. Materia(s): Penal. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 52/2006. 9 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez. Amparo en revisión 60/2006. 9 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez. Amparo en revisión 69/2006. 9 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez. Amparo en revisión 88/2006. 9 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez.
- e) Registro No. 196218, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, VII, Mayo de 1998, Página: 1077, Tesis: XII.1o.8 P. Materia(s): Penal. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 720/97. Ramón Gerardo León Santiesteban. 26 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretaria: Sandra Luz Tirado Rodríguez. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XIV, julio de 1994, tesis VI.2o.24 P, página 816, de rubro: "SERVIDORES PÚBLICOS. COMETEN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO

DEL SERVICIO PÚBLICO, INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN
V DEL ARTÍCULO 214 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL."

- f) Registro No. 169165. Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Julio de 2008, Página: 1910, Tesis: II.2o.P.230 P, Materia(s): Penal. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 276/2007. 12 de febrero de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Gigliola Taide Bernal Rosales.

2.2. Jurisprudencia por Contradicción de Tesis

- a) Registro No. 170542, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Enero de 2008, Página: 38, Tesis: 1a./J. 147/2007, Materia(s): Penal. Contradicción de tesis 60/2007-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 19 de septiembre de 2007. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Tesis de jurisprudencia 147/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diez de octubre de dos mil siete.