

## REFLEXIONES SOBRE LA OMISIÓN

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *La omisión en los distintos niveles de lenguaje.* II. *Los tipos de omisión.* III. *Los delitos de omisión.* IV. *Problemas inherentes a las distintas clases de omisión.* V. *Estructura del tipo de comisión por omisión.* VI. *Derecho penal mexicano.*

### I. LA OMISIÓN EN LOS DISTINTOS NIVELES DE LENGUAJE

El tema de la omisión tiene que plantearse en tres distintos niveles de lenguaje: *a)* el nivel fáctico prejurídico, prelegislativo, en el que se ubican las acciones y omisiones antisociales; *b)* el nivel normativo, integrado por las normas penales generales y abstractas (descripciones legislativas: tipo y punibilidad), y *c)* el nivel de la facticidad correspondiente a los delitos.

En la doctrina, estos niveles aparecen confundidos. Causalistas y finalistas amalgaman el nivel normativo de las normas penales generales y abstractas y el nivel fáctico de los delitos. Los finalistas, con su concepto ontológico y prejurídico de acción, agregan a la mezcla el nivel prelegislativo y, con ello, acentúan la confusión.

#### 1. *Nivel fáctico prejurídico (prelegislativo)*

La actividad humana es un suceso que ocurre en la naturaleza y, por tanto, está regida por las leyes de la causalidad y puede operar como causa y producir efectos naturales. En esta situación, su existencia en el mundo fáctico es independiente de cualquier normatividad.

La inactividad, en cambio, no es un suceso natural y, por ende, no genera efectos naturales ni está sometida a las leyes de la causalidad. La

<sup>1</sup> Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

inactividad, en lenguaje metafísico, es la nada y, por ello, nada produce. Su aparición en el mundo de la facticidad depende totalmente de alguna normatividad.

En otras palabras: los seres humanos, ante el mundo que los circunda, pueden intervenir, a través de actividades, para transformarlo o, simplemente, no intervenir y dejar que los hechos ocurran según la causalidad. Si no se interviene, si se deja que los hechos ocurran regidos por la causalidad, nunca podrá decirse que con la no intervención se causó o se produjo lo que está ocurriendo; y ni siquiera puede hablarse de inactividad. Para poder hablar de “inactividad”, es necesaria una normatividad que sirva de base para otorgarle onticidad. Así, toda inactividad es producto de la cultura, una cultura manifestada en normas de índole moral, religiosa, social, etcétera. Son normas de cualquier naturaleza, excepto normas penales, las que constituyen su fuente generadora. Se excluyen las normas penales porque éstas sólo pueden prohibir inactividades que ya, previamente, ocurren en la realidad. En otras palabras: las normas penales no crean la inactividad, sólo describen y prohíben inactividades previamente generadas en otra normatividad diversa.

A este respecto, la doctrina, casi de forma unánime, afirma que la inactividad no existe con anterioridad a la norma penal y que sólo emerge a la vida cuando el legislador la prohíbe en la norma penal.

### *2. Nivel normativo general y abstracto*

El legislador, en virtud del principio de legitimación (artículo 17 constitucional), debe describir precisamente, y tan sólo, las diversas clases de omisiones antisociales que ya se presentan en la realidad. Por ello, en este nivel normativo la inactividad es recogida, y no creada, por el legislador en el tipo, dando lugar a los tipos de omisión que, como tales, describen no únicamente la inactividad sino todo un conjunto de elementos. La inactividad es, tan sólo, uno de esos elementos. En este nivel normativo sólo vale plantear la simple descripción general y abstracta de la inactividad, en términos de la acción ordenada, y de todos los demás elementos.

La concreta y particular inactividad es materia de un nivel lingüístico diferente, a saber, el nivel de la facticidad que da contenido al delito.

### *3. Nivel fáctico del delito*

En este tercer nivel, la inactividad fáctica integrante del delito no es un no hacer cualquiera, sino un no realizar algo previamente determinado

y exigido en el tipo. Es decir, esta inactividad debe necesariamente ajustarse en su semántica a la descripción que de la misma aparece en el tipo.

## II. LOS TIPOS DE OMISIÓN

### 1. *Modelo lógico del derecho penal*

El estudio metódico del Código Penal conduce a la afirmación de que en él están contemplados tres diferentes tipos de omisión: *a*) tipos de omisión sin resultado material; *b*) tipos de omisión con resultado material, y *c*) tipos de comisión por omisión.

Un tipo de omisión sin resultado material describe, a través del verbo, una omisión (en términos de la acción ordenada), sin hacer referencia a ningún resultado material. Esta omisión está integrada por una voluntad dolosa o culposa y un elemento externo que es precisamente la inactividad.

La punibilidad de la omisión sin resultado material se justifica por la no realización de la acción ordenada, sin que tenga relevancia el resultado que pudiera o no producirse. Ejemplos: omisión de auxilio a personas en peligro (artículo 340); omisión de cuidado de incapaces de proveerse a sí mismos (artículo 335); incumplimiento de la obligación de proveer los recursos para la subsistencia familiar (artículo 336).

Un tipo de omisión con resultado material describe, con el verbo empleado, una omisión y describe, además, un resultado material. En otras palabras y con más precisión: el tipo describe, por una parte, un efecto (resultado material) generado causalmente por la realidad fenoménica y, por otra, la inactividad que se relaciona normativamente con ese resultado material. Por tal razón, el tipo es, al mismo tiempo, de omisión y de resultado material. Un ejemplo sería el fraude en la hipótesis de aprovechamiento del error, que incluye tanto aprovechamiento de error por acción como aprovechamiento de error por omisión.

Los tipos de comisión por omisión son una tercera categoría, que emerge fatalmente de tipos de acción con resultado material, los cuales, en virtud de una regla especial, se extienden para abarcar omisiones, que en su eficacia deben ser equivalentes a la acción. Es en esta clase de tipos en donde aparece la calidad de garante.

La denominación de estos tipos no puede ser otra que la de tipos de comisión por omisión, pues nacen, inexorablemente, de los tipos de acción con resultado material.

Aquí es oportuno recordar que la comisión por omisión surgió en Alemania. Los iuspenalistas alemanes advirtieron que los delitos de acción con resultado material podían, también, en atención a la antisocialidad, cometerse con una omisión; y de ahí surgió la gran interrogante: ¿en cuáles se justificaría la sanción y en cuáles no?, ¿en qué circunstancias sí y en qué circunstancias no?

En lenguaje de Beling, adoptado ya sin discusión, los tipos de acción con resultado material se extendieron al pensarse que ese verbo también puede realizarse mediante una omisión. Es decir, el tipo de acción además puede concretizarse con una omisión.

Esto es interesante porque la comisión por omisión no nace formando parte de los tipos de omisión, sino como una variante de los tipos de acción con resultado material.

## 2. Doctrina

Los juristas, en una gran mayoría, admiten dos clases de omisión: por un lado, la “omisión simple”, denominada también “omisión propia”, y, por otro, la “omisión impropia” o “comisión por omisión”. Mir Puig considera que es más adecuada la terminología “omisión pura” y “comisión por omisión”. La terminología empleada casi unánimemente por la doctrina española es la de “omisión propia” y “comisión por omisión”. En Alemania se usan las expresiones de “delitos de omisión propios” y “delitos de omisión impropios”.

Una minoría considera tres diferentes clases de omisión. En este sentido, Mir Puig anota que es

necesario sustituir la dicotomía tradicional por la clasificación tripartita siguiente: a) delitos de pura omisión, a cuyo tipo no pertenece más que una conducta omisiva; b) delitos de omisión y resultado, en cuyo tipo a una conducta omisiva se anuda un determinado resultado; c) delitos de comisión por omisión, que surgen cuando la figura legal se limita a prohibir la causación de un determinado resultado con independencia de que el mismo sea el efecto de un hacer positivo o de un omitir.<sup>2</sup>

2 Mir Puig, “Adiciones de derecho español”, en Jeschek, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1981, vol. II, p. 843.  
DR. © 1998  
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Comparten la clasificación tripartita, entre otros especialistas, Muñoz Conde y Rodríguez Mourullo.

Las soluciones bipartitas —anota Silva Sánchez— están apoyadas en criterios de diversa naturaleza.

Así: 1) la infracción de mandatos o prohibiciones; 2) la tipificación legal expresa o no; 3) la infracción de deberes de actividad o deberes de evitación de resultado; 4) el paralelismo con los delitos de mera actividad o los delitos de resultado; 5) la ostentación por el sujeto de una posición de garante o no; 6) la equivalencia con la comisión o no.<sup>3</sup>

Algunos de estos criterios arriban a delimitaciones similares.

Soluciones bipartitas adoptan, entre otros, Jescheck, Armin Kaufmann, Maurach, Welzel.

En relación a la omisión propia, Mir Puig anota que “en todo delito de omisión pura se describe una situación típica, en la que se omite una determinada acción, pese a que el sujeto podía haberla realizado”.<sup>4</sup>

Jescheck afirma que los delitos de omisión propios son “hechos punibles que se agotan en la no realización de una acción exigida por la ley”. “Los delitos de omisión propia constituyen, por ello, la contrapartida de los delitos de mera actividad”.<sup>5</sup>

Novoa Monreal señala que, en los delitos propios de omisión, el comportamiento real del hombre “se traduce en un no hacer aquello que le imponía su deber jurídico con fines bien perfilados de colaboración activa a las exigencias de la organización social establecida [...] ello constituye una conducta contraria al Derecho”.<sup>6</sup>

Bacigalupo considera que los delitos propios de omisión “se agotan en la infracción del mandato de acción”, sin que tenga importancia el resultado que de éste se siga.<sup>7</sup>

Para Stratenwerth, los delitos de omisión impropios aparece en “los casos en que el supuesto del hecho típico penal está descrito directamente como la omisión de una acción mandada”.<sup>8</sup>

3 Silva Sánchez, *El delito de omisión concepto y sistema*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 319.

4 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, PPU, 1996, p. 303.

5 Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, nota 2, vol. II, p. 833.

6 Novoa Monreal, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 45.

7 Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 150.

8 Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, I, *El hecho punible*, Madrid, Publicaciones del

Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDR, 1982, p. 290.

Maurach subraya que, en los delitos de omisión propios, la sanción se actualiza exclusivamente por el omitir la acción esperada, ya que ninguna relevancia tiene el resultado que se produce. “Los propios delitos omisivos se presentan, pues, como pura desobediencia frente a las normas imperativas prejurídico-penales de la vida social. Se agotan en la no ejecución de la actividad ordenada por la norma [...]”.<sup>9</sup>

La ley alemana establece muy escasas hipótesis de estas omisiones, sólo lo hace para establecer deberes de socorrer o de actuar para coadyuvar con la justicia.

En relación a la comisión por omisión, Romeo Casabona dice que los llamados “delitos de comisión por omisión”, o “delitos improprios de omisión”, en una primera aproximación, pueden definirse como “la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico (de lesión o de peligro concreto del bien jurídico)”.<sup>10</sup>

Maurach puntualiza que la impropiedad de estos delitos se debe a la norma antepuesta al tipo, norma de carácter prohibitivo.

El autor, contrariamente a su deber, no ha actuado para conservar el bien jurídico protegido por la norma prohibitiva. El no hacer algo estriba aquí en la no evitación de un resultado, cuya producción se hubiera impedido si el autor hubiera intervenido en la serie causal.<sup>11</sup>

Muñoz Conde apunta que, en los delitos improprios de omisión, o de comisión por omisión, “la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva [...]”.<sup>12</sup>

Jeschek anota: “en el delito de omisión impropia el resultado típico se imputa al garante que no ha evitado su producción igual como si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo”.<sup>13</sup> Señala, asimismo, que

9 Maurach, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962, vol. II, p. 262.

10 Romeo Casabona, “Límites de los delitos de comisión por omisión”, *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, *Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1994, p. 33.

11 Maurach, *op. cit.*, nota 9, p. 264.

12 Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch libros, 1996, pp. 253 y 254.

13 Jeschek, Hans-Heinrich, *op. cit.*, nota 2, p. 835.

la distinción de delitos de omisión propia e impropia según la clase de norma vulnerada (norma preceptiva o prohibitiva) [es inadecuada], pues en los últimos el garante que omite la acción esperada también infringe únicamente un mandato de actuar, y no, a la vez, la prohibición de causación del resultado.<sup>14</sup>

### III. LOS DELITOS DE OMISIÓN

La concreción de los tipos de omisión da lugar, en la realidad fáctica, a las correspondientes tres clases de delitos de omisión: *a)* delitos de omisión sin resultado material; *b)* delitos de omisión con resultado material, y *c)* delitos de comisión por omisión.

En este nivel de facticidad, por exigencia del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), es indispensable el cumplimiento cabal de la exigencia de tipicidad y, además, la configuración de la culpabilidad.

La tipicidad ha de ser entendida como la correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo penal y los contenidos del delito; es decir, que para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél, y para cada porción de contenido del delito, tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción.

La culpabilidad, de acuerdo con el modelo lógico, puede entenderse como reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. Debe aclararse que el conocimiento del deber jurídico penal ha de entenderse como conocimiento potencial, en tanto que el conocimiento de la violación del deber ha de ser real y actual.

### IV. PROBLEMAS INHERENTES A LAS DISTINTAS CLASES DE OMISIÓN

Los problemas que la doctrina plantea relativos a la razón por la que se sanciona la omisión; la causalidad en la omisión; la fundamentación del deber jurídico; las fuentes del deber de actuar para evitar el resultado material; la clase de normas que respaldan los tipos de acción, los de omisión propia y los de comisión por omisión; la equivalencia o equiparación entre la acción y la omisión; la distinción entre hacer positivo y omisión; la distinción de la omisión propia y la comisión por omisión;

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 834.

la posición de garante, sus fuentes, sus presupuestos; la autoría y la participación en la comisión por omisión; la estructura de los delitos de omisión propia y de los delitos de comisión por omisión, etcétera se advierten de alguna forma desordenados en su estudio. Además, las múltiples teorías elaboradas sobre cada uno de estos problemas hace confusos los planteamientos. Novoa Monreal, a propósito de las teorías que pretenden dar respuesta a la cuestión de la punibilidad en la omisión, anota textualmente: “desearíamos [...], que no prosiga ese exacerbado análisis, capaz de forjar incontables pretendidos principios para cada situación diversa y de multiplicar éstos hasta el infinito, en una postura que es la antítesis de una correcta consideración teórica”.<sup>15</sup>

En el modelo lógico, los problemas se abordan en función de los elementos contenidos en cada una de las clases de tipos omisivos.

#### V. ESTRUCTURA DEL TIPO DE COMISIÓN POR OMISIÓN<sup>16</sup>

Cualquier tipo penal, de acción o de omisión, es, desde un punto de vista funcional, una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una

<sup>15</sup> Novoa Monreal, *op. cit.*, nota 6, pp. 145 y 146.

<sup>16</sup> Mir Puig afirma que “el tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura: a) situación típica; b) ausencia de la acción determinada; c) capacidad de realizarla; pero completada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo”. “La posición de garante integra necesariamente la situación típica (a) y los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados. A la ausencia de acción determinada (b) debe seguir en ellas la producción de un resultado. Y la capacidad de acción (c) debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado”. Mir Puig, *op. cit.*, nota 4, p. 305.

A este respecto es oportuno subrayar que la estructura de los tipos de omisión y la de los tipos de comisión por omisión son distintas. En los tipos de omisión: a) se prohíbe la simple omisión o se ordena una específica acción; b) no requiere calidad de garante; c) no hay resultado material exigido en el tipo, y d) la capacidad es de realizar la acción ordenada. En los tipos de comisión por omisión: a) el deber jurídico está dirigido únicamente a quien tiene la calidad de garante; b) el deber es de evitar el resultado material; c) el sujeto activo debe tener la calidad de garante (“posición de garante”); d) el dolo es distinto. Aquí abarca el querer no evitar el resultado material, y e) el tipo describe un resultado material.

Bacigalupo considera que los elementos del tipo de comisión por omisión son: “a) Situación generadora del deber de actuar”; “b) No realización de la acción que hubiera salvado el bien jurídico”, y c) La existencia del “poder de hecho para evitar el resultado”. Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, Bogotá, Temis, 1983, p. 124.

Maurach, por su parte, manifiesta: “el injusto de los impropios delitos de omisión estriba en que el autor ha dejado que se produjera, por incumplimiento de su deber de garantía, un resultado típico, cuya evitación jurídicamente le incumbía [...]. El impropio delito de omisión presupone los elementos siguientes: a) la producción del resultado, causado por la no intervención del autor de la omisión (característica del tipo); b) La presencia de las circunstancias fundadoras del deber de evitar el resultado (característica del tipo); c) el propio deber de evitar el resultado fundado en esas circunstancias (característica del delito), y d) el omitir el hacer ordenado (característica del tipo)”.

Maurach, *op. cit.*, nota 9, p. 282.

determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos.

### *Elementos del tipo*

#### A. Deber jurídico penal

Deber jurídico penal es la prohibición o el mandato categórico contenido en un tipo penal. Este deber es un elemento, valorativo, del tipo, enunciado en forma de prohibición o en forma de mandato. Como prohibición, es un deber jurídico de abstenerse; como mandato, es un deber jurídico de actuar.

En los tipos de comisión por omisión, el deber jurídico penal está dirigido, exclusivamente, a quien tiene la calidad de garante. Se expresa en forma de mandato: se ordena tanto la acción como la evitación del resultado material necesario para la lesión del bien jurídico (en el tipo de consumación).

Los juristas consideran que en la comisión por omisión entran en juego un mandato y una prohibición. Así, relacionan el mandato con la acción ordenada, cuya no realización da lugar, precisamente, a la omisión. La prohibición está vinculada con el resultado material que, en la correspondiente comisión por acción, es producido por la acción. El punto de partida, para la teoría tradicional, es la comisión por acción, en la cual se prohíben tanto la acción como el resultado material. Posteriormente, al estudiar la comisión por omisión, los iuspenalistas siguen haciendo referencia a la prohibición del resultado material, sin darse cuenta de que ha operado un cambio radical en la semántica de la comisión por omisión y, como consecuencia de ese cambio, ya es contradictorio hablar de prohibición del resultado material, y lo es porque éste no es producido por la omisión. El hablar de mandato de acción conduce inevitablemente a un segundo mandato, el mandato de evitación del resultado material.

#### B. Bien jurídico

El bien jurídicamente protegido es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo penal.

#### C. Sujeto activo

Sujeto activo es la persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos contenidos en el

particular tipo penal. La semántica específica (elementos) del sujeto activo es:

*La voluntabilidad*: es la capacidad de voluntad; por tanto, capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal (en la comisión dolosa), o bien, una capacidad de conocer y querer la inactividad que por descuido no evita la lesión del bien jurídico (en la comisión culposa). Más concretamente, es la capacidad de conocer y querer no evitar el resultado material descrito en el tipo (en el tipo doloso) o la capacidad de conocer y querer la inactividad que por descuido no evita el resultado material (en el tipo culposo).

*La imputabilidad*: es la capacidad de culpabilidad; por ende, la capacidad de comprender la concreción de la parte objetiva valorativa del particular tipo penal y de actuar conforme a esa comprensión. En el tipo de comisión por omisión, es la capacidad de comprender la ilicitud del no evitar el resultado material (necesario para la lesión del bien jurídico protegido en el tipo) y de actuar conforme a esa comprensión.

*La calidad de garante*:<sup>17</sup> es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien jurídico singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien.

Se trata de una calidad adquirida por quien previamente y por algún hecho o circunstancia de la vida se ha colocado en la posición de garante.

17 Welzel puntualiza: “la posición de garante comprende los elementos decisivos de autor, que convierte al que omite evitar un resultado típico, en un autor de omisión, en el sentido del tipo de mandato de garante equiparado al delito de comisión. Esta posición de garante es una especial y estrecha relación vital, unida íntimamente con el bien jurídico lesionado”. Welzel, *Derecho penal alemán. Parte general*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 292 y 293.

Maurach señala: “el realizador por omitir el resultado delictivo, equivale al autor, siempre que el orden social le haya atribuido la función de sujeto garantizador con la obligación de evitar el resultado típico. La colocación del obligado en esta postura de garantía, puede ser debida a las razones más diversas, y producirse voluntaria o involuntariamente, con o sin su intervención”. Más adelante agrega: “la función de garantía implica una *posición especial* del afectado por la obligación frente a la masa de los restantes sujetos”. Maurach, *op. cit.*, nota 9, pp. 280 y 284.

Jescheck dice que “en el delito de omisión impropia el resultado típico se imputa al garante que no ha evitado su producción igual como si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo”. Jescheck, *op. cit.*, nota 2, p. 835.

Mir Puig indica que la posición de garante “se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones [...]. Ambas situaciones convierten entonces al autor en ‘garante’ de la indemnidad del bien jurídico correspondiente”. Mir Puig, *op. cit.*, nota 2, p. 305.

Bacigalupo, en referencia al pensamiento de Rudolph, señala: “el papel social del omitente tiene que ser de tal clase que según lo socialmente dado y los contenidos de valor del orden jurídico, le incumba a él, solo o conjuntamente con otros, decidir si un peligro de lesión de un bien jurídico debe continuar o no”. Bacigalupo, *op. cit.*, nota 7, p. 139.

Es esta calidad la que genera el deber de actuar para evitar el resultado material. Dicha calidad debe derivar de alguna de las fuentes que la ley penal prevea; de no ser así, se violaría el principio de legalidad.

Las fuentes de la calidad de garante aceptadas por la doctrina han ido variando a través del tiempo. En un primer momento se aceptaron solamente las fuentes o fundamentos formales o normativos (la ley y el contrato); pero, a medida que fueron avanzando las teorías sobre la posición de garante, estas fuentes se fueron dejando de lado por su inflexibilidad para dar cabida a los fundamentos que surgen de las situaciones reales que emergen del desarrollo de las relaciones humanas y de la funcionalidad social.

Las fuentes de la calidad de garante pueden concentrarse en dos clases: a) garante de un bien jurídico, y b) garante del control de una fuente de peligro.<sup>18</sup>

18 Maurach reconoce cuatro criterios para fundamentar el deber de evitar el resultado: “1. Fundamentación legal”. “2. Fundamentación por libre aceptación. Antigüamente fue usual designar estos casos como de aceptación contractual. Una tal vinculación del derecho penal a las reglas del derecho civil no ha prosperado [...]. Modernamente se tiende a considerar criterio decisivo la aceptación real de una especial esfera de deberes”. “3. Fundamentación por comunidades de vida o de peligro”. “4. Fundamentación por hacer anterior”. Maurach, *op. cit.*, nota 9, pp. 286-289.

Mir Puig anota, como supuestos de posición de garante: “a) *Función de protección de un bien jurídico*”. En donde quedan comprendidos: “a’) La existencia de una estrecha vinculación familiar”, en la que debe concurrir “una efectiva *dependencia absoluta* con respecto de otra, *asumida* por parte de ésta”. “b’) La comunidad de peligro”. “c’) La asunción voluntaria de una función de protección”. “b) *Deber de control de una fuente de peligro*”. Aquí se incluyen: “a’) El actuar precedente”, “b’) El deber de control de fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio”; “c’) La responsabilidad por conducto de otras personas”. Mir Puig, *op. cit.*, nota 2, pp. 308-311.

Bacigalupo propone las siguientes “formas en que aparece la posición de protección”: “I. Posición de garante para la defensa de un determinado bien jurídico”. Quedan comprendidos dentro de este ámbito: a) “Las relaciones de protección del padre hacia el hijo y, en general, *todos aquellos* que se derivan del derecho de familia o de relaciones materiales o similares”. b) “Las relaciones contractuales [...] con prescindencia de la validez formal del acto jurídico en sí, sino en tanto implica aceptación de un deber de cuidado del bien jurídico”. c) “La relación fundada en una determinada comunidad de vida, que determina una estrecha relación con los bienes jurídicos de los miembros de esa comunidad”. Señala, además, que Welzel incorpora en este ámbito, “las especiales relaciones de confianza”. II. “Posición de garante para la vigilancia de una fuente determinada de peligro”. Se admiten aquí: a) “Los casos de una posición monopólica de cuidado de ciertas fuentes de peligro (ejemplo: bomberos, policías) y aquellos en los que la naturaleza y el efecto socialmente peligroso deriva de cosas materiales (ejemplos: la tenencia de animales feroces)”. b) “Los hechos que responden a una idea de injerencia (hecho anterior)”. c) “La obligación del mantenimiento de un cierto estado (ejemplo: el padre que debe mantener el ámbito de su casa libre de la ejecución de delitos, especialmente contra la honestidad) [señala que esta situación la agrega Welzel]”. d) Los casos de “funcionarios que en un régimen disciplinario tienen poder de decisión como para encauzar la acción de sus subordinados de manera de no producir daños a bienes jurídicos”. Bacigalupo, *op. cit.*, nota 7, pp. 143-148.

Muñoz Conde manifiesta que las fuentes o fundamentos de la posición de garante son: “A. Función protectora del bien jurídico”. Dentro de esta fuente general incluye: “1o.) [...] vinculación natural que se da, sobre todo, en el ámbito familiar entre los cónyuges, entre padres e hijos, etc., pero

Dentro de la primera clase quedan comprendidas: la aceptación efectiva de la obligación o asunción voluntaria; la estrecha vinculación familiar o afectiva, y las especiales comunidades de vida o de peligro. La segunda clase incluye el actuar precedente o de la injerencia; la responsabilidad por tener en la esfera de dominio animales, sustancias tóxicas, personas inimputables, menores de edad, etcétera; la responsabilidad de funcionarios en cuanto al buen desempeño de sus subordinados.

*La calidad específica:* es el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber.

Esta calidad debe separarse de la calidad o posición de garante porque esta última tiene cabida, únicamente, en los tipos de comisión por omisión y, además, porque tiene una naturaleza distinta. La calidad específica es necesaria para configurar los tipos; en cambio, la calidad de garante se requiere para poder extender el tipo de acción con resultado material, ya existente, a la comisión por omisión.

La doctrina estima que todos los tipos de comisión por omisión son especiales, en razón de que sólo pueden ser concretizados por quien tiene la calidad de garante. Se olvida que un tipo especial lo es frente al tipo fundamental del cual emerge. Los tipos de comisión por omisión son especiales únicamente cuando nacen para extender a un tipo especial de comisión por acción (ejemplo: el parricidio), y serán fundamentales cuando surgen para extender a un tipo fundamental de comisión por acción (ejemplo: el homicidio).

#### D. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo, que puede o no tener calidad específica y/o pluralidad específica.

#### E. Objeto material

El objeto material es el ente corpóreo en el cual debería recaer la actividad ordenada en el tipo.

también en el ámbito de la convivencia de facto, relaciones de amistad, etc. [...]”. “2o.) El desempeño voluntariamente aceptado de determinadas funciones en una comunidad de peligros [...]”. “3o.) Una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras [...]”. “B. Deber de vigilancia de una fuente de peligros: posesión de animales domésticos, sustancias explosivas o inflamables, etc. En este grupo destaca sobre todo la idea del *actuar precedente* o de la *injerencia*”. Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 12, p. 262.

## F. La conducta

La conducta se integra con una voluntad dolosa o culposa y un dejar de hacer algo señalado en el tipo (inactividad).

*Dolo*: es conocer y querer (dolo directo), o bien conocer y aceptar (dolo eventual), la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal. Para que haya dolo se requiere, ineludiblemente, el conocimiento de la concreción de todos y cada uno de los elementos objetivos no valorativos que integran el tipo. Uno de estos elementos es, precisamente, la calidad de garante.

Concretamente, en la comisión por omisión, dolo directo es conocer y querer no evitar el resultado material; y dolo eventual es conocer y aceptar la no evitación del resultado material.

*Culpa*: existe culpa cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para evitar la lesión típica, previsible y provisible, se haya o no previsto.

*La inactividad* puede definirse como la no realización del movimiento corporal ordenado en el tipo, inactividad idónea para no evitar la lesión del bien jurídico en la consumación. En la tentativa, la lesión del bien no se produce, porque la inactividad es interferida por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo.

Para poder hablar de la inactividad no basta la calidad de garante. Es necesario, por una parte, que el sujeto tenga la posibilidad real y concreta de llevar a cabo la acción ordenada (evitadora del resultado material)<sup>19</sup>

19 Welzel subraya “sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida [...]. Omisión no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta”. Más adelante, bajo el rubro “el poder final del hecho (la capacidad para evitar el resultado)” señala: “la capacidad para la evitación del resultado dirigido finalmente, presupone en particular [...]: a) *El conocimiento* de la situación típica, es decir, de la inminente producción del resultado [...]; b) *La posibilidad de reconocer* la vía para evitar el resultado (capacidad de planeamiento para evitar el resultado [...]); c) *La posibilidad real-física de evitar el resultado*”. Welzel, *op. cit.*, nota 17, pp. 277, 291 y 292.

Bacigalupo apunta: “la posición de garante depende de diversos presupuestos sin los cuales queda excluida [...]. Se puede ser garante en la medida en que se está en condiciones de evitar el resultado y a su vez se es garante hasta el límite de esa posibilidad. Los elementos que componen la posibilidad de evitar el resultado” son: “I. La posibilidad física real de evitar el resultado [...]. Nadie puede garantizar la conservación de un bien jurídico más allá de lo que la realidad permite [...] tanto el objeto de la acción, como los medios de realizarla, deben existir y además ser disponible”. “II. Presupuestos intelectuales de la capacidad de evitar el resultado”. “1) El primero de los elementos intelectuales reside en el conocimiento de la situación típica [...]”. “2) El segundo elemento consiste en la cognoscibilidad de los medios para llevar a cabo la acción mandada por el ordenamiento jurídico”. Bacigalupo, *op. cit.*, nota 7, pp. 149-152.

y, por la otra, que esa inactividad sea, en su eficacia, equivalente a la actividad definitoria de la comisión por acción.<sup>20</sup>

### G. Resultado material

El legislador, de entre todos los efectos naturales de la actividad, únicamente describe en el tipo el que es necesario e idóneo para producir la lesión del bien jurídico tutelado por el tipo.

En los tipos de comisión por omisión, el resultado no es producido por la inactividad, sino por una causa externa al sujeto. El sujeto se limita a no interferir ese proceso causal natural que desemboca en el resultado material; es decir, el sujeto no evita el resultado material.

### H. Nexa normativa

Algunos juristas entienden, erróneamente, que también en la comisión por omisión se presenta una conexión causal, y proponen teorías para explicar esa causalidad, teorías que invariablemente fracasaron e incluso desembocaron en soluciones totalmente inaceptables.<sup>21</sup>

20 Maurach estima que “el requisito de la ‘equiparación’ implica un juicio de valor en un doble sentido. En primer lugar [...] el omitir debe haber sido *causal* para el resultado delictivo. Junto a este juicio fáctico debe concurrir además un juicio de valor: únicamente cabe hablar de una comisión por omisión si el omitir la evitación del resultado típico producido, equivale por su injusto a la comisión activa”. Maurach, *op. cit.*, nota 9, p. 280.

Jescheck puntualiza: “la equivalencia de la omisión con el hacer positivo, presupone [...], que el omitente aparezca como ‘garante’ de la evitación del resultado”. Menciona, además, un segundo criterio de equivalencia: “la correspondencia de los elementos de la acción”. Jescheck, *op. cit.*, nota 2, pp. 845 y 863.

21 En un primer momento (y durante mucho tiempo), los iuspenalistas centraron su atención en la causalidad para fundamentar la equiparación de la comisión por acción y la comisión por omisión. Así, las más significativas teorías elaboradas son las siguientes:

a) La que propone que la acción positiva realizada por el omitente, en el momento en que omite la acción ordenada, es la causa del resultado y, por tanto, es la causa del suceso delictivo. Krug, al respecto, ha dicho que esta teoría podría llevar al absurdo de admitir que la causa de la muerte de la pequeña, a la cual no alimenta la madre, es “tejer calcetines, debido a que la madre eso hacía en lugar de alimentar a la niña”. Por otra parte, también se dice que no siempre que se omite una acción (la esperada y ordenada) se realiza otra acción positiva. Una tercera crítica anota que la acción positiva realizada en lugar de la ordenada, no es una condición sin la cual el resultado no se produce.

b) La teoría de la acción precedente (de Krug, Glaser y Merkel), que fundamenta la causalidad de la omisión en la acción anterior del omitente. Esta teoría también ha tenido críticas severas. Cabría preguntar ¿por qué, y en qué condiciones una conducta anterior a la omisión y ajena (al tipo) a la situación típica podría ser causa del resultado material típico?

c) La teoría de la interferencia (sostenida por Binding), que basó la causalidad en el “contraimpulso” que desarrolla el propio autor para interferir el impulso natural de actuar para evitar el resultado. Esta teoría, aparte de ser falaz, ocasionaría problemas en relación al dolo.

En rigor, en la comisión por omisión no hay una causación del resultado material (y, consecuentemente, de la lesión del bien jurídico). No hay una conexión genética entre la inactividad y el resultado material, entendido como un efecto.

La inactividad y el resultado material se ligan entre sí por la presencia de la posición de garantía. Se trata de una conexión o relación de índole normativa (nunca material). El resultado material se asocia a la inactividad del garante por el deber que éste tiene de evitarlo.

A diferencia del nexo causal, que debe entenderse como el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la actividad, el último de los cuales es el resultado material, el nexo normativo es la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación del resultado.

### I. Modalidades

El tipo puede contener o no alguna modalidad como la referencia temporal, la referencia espacial o la referencia de ocasión.

### J. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico

Lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o compresión del bien, contemplada en el tipo (consumación). Peligro de lesión es la

d) Sobreviene una corriente que afirma la causalidad mediante la comprobación de un deber de actuar. Aquí se ubica la teoría de la acción esperada (o de la comisión normativa), de Waldemar von Rohland, quien considera que la “acción esperada” por el ordenamiento jurídico es la base de la causalidad. En otras palabras, la acción que debería evitar el resultado es la causa del suceso delictivo. Wolff, al abordar este tema, atiende a dos principios: a) la relación de dependencia del bien jurídico, del omitente, y b) la libre decisión del omitente, de tal forma que “la no ejecución de este hecho conduzca a la lesión del bien jurídico”.

e) Mayer, Beling y otros juristas trasladaron el problema a la antijuridicidad. Sauer, de manera más drástica, parte de la antijuridicidad material. Dice: “causal es la omisión si la acción (sociológicamente) expresada hubiera impedido el resultado previsible; si la omisión de esta acción es socialmente peligrosa, al contrario, la actuación hubiera eliminado el peligro”. Bacigalupo, *op. cit.*, nota 7, p. 28.

f) Sobrevinieron nuevas teorías y el asunto toma un rumbo diverso. Así surge la propuesta por Nagler, que descarta la teoría del deber de actuar y enfoca su atención en el autor. Ahora la solución del problema pasará al ámbito de la autoría. La teoría que propone se conoce como “tipo de autor”. Aquí, por primera vez, empieza a hablarse de la posición de garante. “El garante tiene, como consecuencia de su deber relativo a una determinada acción protectora, una especial posición jurídica en la vida jurídica”. Nagler, *cit. por* Bacigalupo, *op. cit.*, nota 7, p. 38. Las ideas de Nagler, en cuanto a la posición de garante, fueron desarrolladas ampliamente por Welzel y por Maurach. Welzel afirma que “acción y omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la ‘conducta’ susceptible de ser regida por la voluntad final. La omisión [...] está referida necesariamente a una acción, no existe una omisión ‘en sí’ sino sólo la omisión de una acción determinada [...]. La omisión no es un puro concepto negativo, sino uno ‘limitativo’: es la omisión de una acción posible del autor”. Welzel, *op. cit.*, nota 17, pp. 276 y 277. Por su parte, Kaufmann hace nuevas e importantes aportaciones a esta teoría.

medida de probabilidad asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico (tentativa).

La lesión del bien jurídico es elemento del tipo de consumación, en tanto que la puesta en peligro del bien jurídico es elemento del tipo de tentativa.

#### K. Violación del deber jurídico penal

Violación del deber jurídico penal es oposición al deber jurídico penal de la conducta que, al producir o no evitar la lesión o puesta en peligro del bien tutelado en el tipo, es innecesaria porque no va a salvar bien jurídico alguno, o porque existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. En términos más específicos: es oposición al mandato de actuar y de evitar el resultado material de la omisión que, al no evitar la lesión o puesta en peligro del bien tutelado en el tipo, es innecesaria porque no va a salvar bien jurídico alguno, o porque existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

### VI. DERECHO PENAL MEXICANO

El Código Penal mexicano, antes de la reforma de 1994, carecía de las reglas fundamentadoras de la comisión por omisión. Sin embargo, los iuspenalistas mexicanos teorizaban sobre su estructura y funcionamiento, tanto en la teoría general del delito como en el análisis específico de los delitos en particular. De forma muy especial trataban el tema a propósito del homicidio.

El Código Penal, antes de 1994, establecía, de forma muy diferente a la legislación alemana, en el artículo 7o., ubicado en el libro primero (parte general) lo siguiente: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Esta regulación determinaba de manera muy clara que en el libro segundo (parte especial) los tipos penales en ella descritos o eran de acción con o sin resultado material, o eran de omisión con o sin resultado material, pero nunca de comisión por omisión.

Por otro lado, en relación a los tipos de acción con resultado material previstos en la parte especial, no existía (ni en la parte general ni en la parte especial) la normatividad necesaria para poder afirmar que los tipos de acción con resultado material también podían concretizarse por omisión. Es claro que no debe violarse el principio de legalidad (*nullum cri-*

*men, nulla poena sine lege*) mediante la adopción y aplicación de la dogmática penal alemana.

De acuerdo con el derecho penal hasta entonces existente, los tipos de acción con resultado material contenían, únicamente, un deber jurídico que prohibía realizar la acción productora (causal) del resultado material. El deber de evitar el resultado no estaba previsto.

La extensión del deber legislado en relación a la acción era, más que una interpretación, una real integración, violatoria de la ley mexicana.

Para dar vida a la comisión por omisión era imprescindible incorporar, en la parte general o bien en la parte especial, la normatividad correspondiente. La regulación en la parte general podía hacerse de dos formas:

a) Establecer una regla general mediante la cual se prescribiera que todos los tipos de acción con resultado material podían ser realizados, también, a través de una omisión, o b) señalar, de manera limitativa, los tipos de acción con resultado material (descritos en la parte especial) que admitirían la realización omisiva. La ubicación de la normatividad concerniente en la parte especial consistiría en introducir reglas específicas para cada tipo de acción con resultado material cuya concreción omisiva sería penalmente relevante.

La reforma de 1994 introdujo, en el artículo 7o. (parte general), una regla general para darle fundamentación legal a la comisión por omisión. El nuevo segundo párrafo dispone:

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

Como puede advertirse, el legislador estableció como fuentes de la calidad de garante: la ley, el contrato y el actual precedente, a pesar de que la doctrina aconseja, casi de forma unánime, que los fundamentos que debe recoger la ley son los fácticos, es decir, las situaciones concretas que se dan en la vida diaria, no así los fundamentos (formales) normativos que han sido tan cuestionados y ya casi han sido descartados por los iuspenalistas alemanes, que fueron quienes iniciaron los estudios sobre esta materia.

A este respecto, es importante recordar que, a fines del siglo pasado, únicamente se aceptaba como fundamento jurídico del deber de impedir el resultado a la ley, al contrato nacido de la autonomía de la voluntad y, posteriormente, al actuar precedente peligroso. Pero la ley y el contrato se quedaron en el pasado, por su formalismo inflexible.

Por ley debe entenderse todas las normas jurídicas de todas las áreas del derecho mexicano (civil, laboral, mercantil, familiar, etcétera), lo cual, por extenso, no permite cumplir con los principios de seguridad y de certeza o certidumbre jurídica. Por cuanto al contrato, éste, por las múltiples formalidades que lo envuelven, puede retardar la determinación de responsabilidad penal del omitente y, en ocasiones, hasta imposibilitar la impartición de la justicia.

El propio actuar precedente va a constituir (por la amplitud asignada a su connotación) una fuente de confusiones entre la comisión por acción y la comisión por omisión, confusiones que, en una medida importante, todavía padece la doctrina.

Es oportuno tener presente que la doctrina no ha logrado establecer, con claridad, la distinción entre la voluntad rectora del actuar precedente (generador del peligro para algún bien jurídico y, como consecuencia, generador tanto de la calidad de garante como del deber de actuar para evitar el resultado material) y la voluntad rectora de la inactividad (posterior) que da contenido a la omisión definitiva de la comisión por omisión. La distinción de las voluntades aludidas es indispensable para saber, en los casos concretos, si el sujeto ha causado (por acción) o no ha evitado (por omisión) el resultado material.

La combinación de las tres variantes de actuar precedente (doloso, culposo y fortuito) con las tres variantes de inactividad (dolosa, culposa y fortuita) da como resultado los siguientes supuestos: *a*) actuar precedente doloso e inactividad dolosa; *b*) actuar precedente doloso e inactividad culposa; *c*) actuar precedente doloso e inactividad fortuita; *d*) actuar precedente culposo e inactividad dolosa; *e*) actuar precedente culposo e inactividad culposa; *f*) actuar precedente culposa e inactividad fortuita; *g*) actuar precedente fortuito e inactividad dolosa; *h*) actuar precedente fortuito e inactividad culposa; *i*) actuar precedente fortuito e inactividad fortuita.

En la primera hipótesis, el sujeto quiere la lesión del bien jurídico y con ese fin realiza su actividad. En esa situación, es imposible la comisión por omisión: la finalidad lesiva hace imposible que la actividad sea

entendida como un “actuar precedente”; sólo es posible pensar que la actividad configura una acción definitoria de la comisión por acción (dolosa).

Los supuestos *b*) y *c*) constituyen, por la misma razón de la primera hipótesis, casos de comisión por acción (dolosa).

En la hipótesis *d*) queda integrada una comisión por omisión; ello en razón de que el dolo de la posterior inactividad es preponderante sobre la culpa de la actividad precedente. Ante esta preponderancia, permitida por la finalidad protectora que cumple el tipo, la actividad precedente viene a ser generadora, en el marco del tipo, de la calidad de garante y del deber de actuar para evitar el resultado material. En resumen: la comisión por omisión (dolosa) desplaza a la comisión por acción (culposa).

Los supuestos *e*) y *f*) configuran, coherentemente con la finalidad protectora del tipo, casos de comisión por acción (culposa).

La hipótesis *g*), actuar precedente fortuito seguido de inactividad dolosa, a primera vista parece imposible la comisión por omisión; pero, después de un análisis más profundo, se llega a la conclusión de que ésta sí es posible. Ejemplo: un sujeto, en el momento de realizar la actividad, no se da cuenta de que con su actividad ha generado un peligro; pero, posteriormente, alguien se lo hace saber. En ese momento, el sujeto se enfrenta a una disyunción inevitable: o elimina el riesgo o, en caso de que se produzca el resultado material, se convierte en sujeto activo de una comisión por omisión, sin dar lugar a la discusión sobre un posible dolo subsecuente.

La hipótesis *h*) es una comisión por omisión culposa, circunscrita a la culpa con previsión.

El supuesto *i*) da lugar a una fortuita comisión por acción.

El texto del párrafo 2o. del artículo 7o. *a*) guardó silencio sobre la necesaria equivalencia que debe haber entre la eficacia de la inactividad y la eficacia de la actividad descrita en el tipo; *b*) tampoco se refirió a la relación que debe haber entre el titular del bien jurídico y el garante, y *c*) no anotó nada sobre la necesaria posibilidad de realizar la acción esperada (ordenada por la ley).

La fórmula adoptada por el legislador mexicano no fue afortunada. Sin embargo, es un avance y llena la laguna que existió antes de la reforma de 1994.