



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN U OMISIÓN IMPROPIA
EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:
HERIBERTO MÉNDEZ ESTRADA

TUTOR
MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ
DIVISION DE ESTUDOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

Ciudad Universitaria, Cd. Mx.

Octubre 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

**ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN U OMISIÓN IMPROPIA
EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.**

**TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

**PRESENTA:
HERIBERTO MÉNDEZ ESTRADA**

**TUTOR
MAGISTRADO MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ**

**SINODALES LOS DOCTORES:
RAÚL EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT
ELÍAS POLANCO BRAGA
PEDRO PEÑALOZA Y
MARÍA TERESA AMBROSIO MORALES**

PROFESORES DE LA DIVISION DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

Ciudad Universitaria, Cd. Mx.

Octubre 2018

**ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN
POR OMISIÓN U OMISIÓN IMPROPIA
EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.**

HERIBERTO MÉNDEZ ESTRADA

**ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN
POR OMISIÓN U OMISIÓN IMPROPIA
EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.**

PRESENTACIÓN

A mis padres.

**A mi esposa María del Carmen
y a mis hijos:
Haidé, Marcia Erika y José Heriberto.**

AGRADECIMIENTOS.

**A mis profesores del doctorado de la
Universidad Nacional Autónoma de México.**

**Doctores: RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS,
RICARDO FRANCO GUZMÁN,
OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL,
LUIS PONCE DE LEÓN ARMENTA,
LUIS RODRÍGUEZ MANZANERA Y
PEDRO HERNÁNDEZ SILVA.**

GRACIAS POR SUS CONOCIMIENTOS INVALUABLES.

**A mis profesores del MASTER INTERNACIONAL
DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL
DE LA UNIVERSIDAD DE GIRONA Y DE OTRAS
UNIVERSIDADES DE ESPAÑA.**

**DOCTORES: SANTIAGO MIR PUIG,
LUIS ARROYO ZAPATERO,
RAFAEL REBOLLO VARGAS,
MARÍA ACALA,
MA. ÁNGELES RUEDA MARTÍN,
MANUEL CANCIO MELIÁ Y
LUIS GRACIA MARTÍN.**

**GRACIAS POR SUS CONOCIMIENTOS Y
SABIAS ENSEÑANZAS.**

**AL DOCTOR
MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
PROFESOR DE LA UNIDAD DE POSGRADO DE LA UNAM,
DEL INACIPE Y DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO.**

**GRACIAS POR SUS CONSEJOS, SUGERENCIAS Y
OBSERVACIONES EN LA PRESENTE TESIS.**

AL PERSONAL DE LA BIBLIOTECA **“RÍO DE LA PLATA ”** DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL POR FACILITARME TODOS LOS LIBROS REQUERIDOS PARA LA INVESTIGACIÓN Y ELABORACIÓN DE LA PRESENTE TESIS.

GRACIAS POR SUS FINAS ATENCIONES.

A LAS LICENCIADAS **MARÍA DEL CARMEN PAZ PÉREZ E ITZEL GABRIELA FLORES SÁNCHEZ**, PERSONAL DE LA BIBLIOTECA **“SALVADOR URBINA Y FRÍAS”** DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, -SITO—EN AV. REVOLUCIÓN, SAN ÁNGEL. POR FACILITARME TODOS LOS LIBROS Y DISCOS NECESARIOS PARA LA CONSULTA Y ELABORACIÓN DE LA PRESENTE TESIS.

GRACIAS POR SUS FINAS ATENCIONES.

AL PERSONAL DE LA BIBLIOTECA **“LIC. EMILIO PORTE GIL ”**, DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, SITO EN AV. REFORMA, COLONIA GUERRERO, DEL. CUAUHTÉMOC; POR FACILITARME TODOS LOS LIBROS NECESARIOS PARA LA CONSULTA Y ELABORACIÓN DE LA PRESENTE TESIS.

GRACIAS POR SUS FINAS ATENCIONES.

PROTOCOLO DE INVESTIGACIÓN.

El presente proyecto intitulado ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN U OMISIÓN IMPROPIA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO, constituye el tema de investigación, para abordar la problemática que se observa dentro de la sociedad mexicana en relación con la aplicación y vigencia del derecho penal, tema trascendental que encierra un gran problema ya que ocurren hechos calificados como delitos de comisión por omisión u omisión impropia y que en la mayoría de los casos quedan impunes y es que las autoridades como ministerios públicos y jueces, dejan sin castigo los implicados en esos acontecimientos y la sociedad vive preocupada y desesperada al ver que esos delitos no se castigan como debieran, surgiendo la duda y la sospecha, puesto que no investigan a fondo para comprobar y acreditar los elementos del delito materia del tema de investigación o no se valoran suficientemente los elementos que arroja la investigación y por tanto no se resuelven conforme a la normatividad vigente, por lo que existe la necesidad apremiante de buscar instrumentos jurídicos viables e idóneos en la solución de dichos casos.

Planteamiento del problema de investigación.

Por tanto surge la necesidad de revisar y analizar nuestras leyes o códigos penales actuales, a efecto de constatar, si en estas leyes o códigos penales, estructuran y sancionan la figura jurídica materia de la investigación; es decir, el delito de comisión por omisión u omisión impropia, y qué sucede al respecto, por lo que previa revisión de los citados códigos penales, se desprende que sí existe la regulación del delito en cuestión, aunque no de manera uniforme por supuesto, entonces qué habría que buscar para saber qué está pasando, y entonces por qué no se han resuelto satisfactoriamente los casos sobresalientes como los de Lobohombo, News Divine, Estadio Corona, Casino Royal y Hospital ABC, en donde muchas muertes y lesiones, no se han resuelto con criterios jurídicos firmes y sustentables.

Justificación de la investigación.

La presente investigación se justifica, con la apremiante necesidad de establecer o profundizar un sistema de interpretación conforme a la dogmática jurídica penal, más eficiente y más exacta, valorando los elementos de cada uno de los delitos de comisión por omisión, a efecto de resolver los casos jurídico-penales más impactantes, en donde mueren niños y personas indefensas y desprotegidas, y la autoridad no encuentra quienes deberían responder por esos actos u omisiones,

(comisión por omisión u omisión impropia), figura jurídica que, a decir verdad, se conoce poco en nuestro país y lamentablemente cuando ocurren esos hechos, resulta difícil resolver por lo que quedan impunes en la mayoría de los casos; razón por la cual es necesario buscar mecanismos idóneos a efecto de encontrar la forma de solución de dichos problemas; estudiar *a fondo la omisión impropia, estructura, contenido, explicación, mayor coherencia para la aplicación de las normas jurídicas adecuadas; unificar los criterios de los códigos penal federal y del distrito federal, así como de los estados de la federación.*

Estudiar a fondo delitos de resultado material, cuáles son, tener en cuenta que no todos los delitos como se dice son de resultado material ya que a todas luces se observa que unos no pueden producir resultado material por su esencia y estructura; asimismo, estudiar con seriedad y determinación la figura de imputación objetiva, puesto que según el avance de las nuevas teorías, será la que finalmente ayude a determinar la atribuibilidad que resulte del garante y resolver la problemática de la comisión por omisión; aunque para ello, habrá que acudir una bibliografía especializada extranjera que coadyuve con la explicación jurídica reciente y científica.

Objetivos de la investigación.

Uno de los objetivos planteados en la presente investigación es analizar y estudiar el contenido del Código Penal Federal, del distrito federal y de los estados de la federación y establecer un sistema de interpretación conforme a la dogmática jurídica penal más avanzada, en el que se adopten criterios y lineamientos uniformes para resolver las cuestiones jurídicas que se presenten en la colectividad.

Por todo lo anterior el objetivo de esta investigación, debe ser específico, establecer y profundizar un sistema de interpretación a los tipos penales conforme a la dogmática jurídica penal, indispensable para la tarea de procuración y administración de justicia, y atender y resolver los casos como los anteriormente citados.

Por lo tanto, para obtener el resultado del presente proyecto, se escudriñará, la norma penal vigente actualmente en México, obtener la información documental necesaria y establecer la metodología científica adecuada, aplicando las técnicas correspondientes para dicho fin.

Sin embargo, al buscar la información deseada que sustente la investigación, se ha encontrado que el tema en cuestión ha sido poco tratado en nuestro país, de hecho no se encuentran investigaciones nacionales recientes y para lograr la investigación deseada, es necesario acudir la bibliografía extranjera, como de Alemania, España, y países sudamericanos, como de Argentina, Chile, Colombia y Perú que gracias a obras traducidas por estudiosos de la materia, se puede contar con dicha información: lo anterior, demuestra el poco interés que hay en nuestro país, acerca del tema de la investigación, lo que resulta aún más atractivo, escoger un tema que poco se conoce en nuestro país, de ahí su relevancia para

incrementar el conocimiento científico de esta figura jurídica en beneficio de la sociedad mexicana, en la solución de los problemas más impactantes, y se incrementa el interés de estudiar la figura de omisión impropia, tanto para las autoridades encargadas de la procuración y administración de justicia (ministerios públicos y jueces) como de las futuras generaciones para resolver los conflictos impactantes de la sociedad mexicana; si bien con esta propuesta no se resuelve satisfactoriamente la problemática existente; pero sí sembrar al menos el interés y la inquietud que las futuras generaciones deben tener para una mejor aplicabilidad del derecho penal y obtener la justicia que todo ser humano buscamos.

Formulación de la hipótesis.

Sobre el particular, es necesario realizar un análisis de los tipos penales contenidos en el Código Penal Federal, del Distrito Federal y de los Estados de la Federación, a efecto de escudriñar todo su contenido y alcance, profundizando un sistema de interpretación conforme a la dogmática jurídico-penal, recabando la documentación necesaria, en la bibliografía como en la hemeroteca, para resolver los problemas que acontecen a diario, en la procuración y administración de justicia en aras del beneficio de la sociedad mexicana.

Para ello, se acudió al empleo de la metodología científica, en cuya fase de investigación fue necesario observar como técnicas de apoyo el analítico, sintético y/o comparativo.

Marco Teórico.

La tarea que se pretende con la presente investigación, se circunscribe dentro de un marco jurídico, en donde la actividad de las autoridades que se citan en el presente proyecto, debe adecuarse en los fundamentos señalados en los artículos 1º, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que la actividad que se propone tanto para las autoridades como a los particulares obliga adecuarse dentro de un marco de respeto a los derechos humanos de la sociedad mexicana. Y adecuándose a la dogmática jurídico-penal en la que se circunscribe el tema de la investigación, parte el punto medular en el estudio de la figura de garante que debe ostentar el sujeto o el omitente que crea la figura de la omisión impropia, la acción u omisión que deben ser equivalentes en su eficacia, la imputación objetiva que da lugar a la atribubilidad del omitente para dar nacimiento a la sanción correspondiente a la responsabilidad o culpabilidad en el hecho jurídico.

Atentamente.

México, D.F., Enero de 2016.

Heriberto Méndez Estrada.

INTRODUCCIÓN.

Para obtener el grado de doctor en derecho, he escogido como proyecto de investigación el tema titulado: “ ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN U OMISIÓN IMPROPIA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO”, tema interesante desde que apareció la reforma del artículo 7º párrafo segundo, del Código Penal Federal (reforma de 1994), antes Código Penal para el Distrito Federal en el orden común y para toda la república en el orden federal, en la que contempla la figura de comisión por omisión u omisión impropia, pues me parece importante, toda vez que a mi parecer, es poco tratado en nuestro país, y es indispensable que procuremos y profundicemos el estudio de esta figura jurídica, mediante el sistema de interpretación conforme a la dogmática jurídico-penal, ya que frecuentemente se presentan problemas de ese tipo, y aunque los códigos penales lo contemplan en su estructura, no siempre se resuelven estos problemas favorablemente, de ahí la necesidad de analizar con detenimiento el contenido de los tipos penales, indispensable en la procuración y administración de justicia, con respeto a los derechos humanos tanto para las víctimas como de los imputados quienes realmente resulten responsables, ese es el motivo y razón, respecto del tema que hoy con todo respeto y cuidado, presento al Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México, y para ello presento la forma en que deseo abordar el tema.

En el Primer Capítulo, estudio los conceptos generales del delito, desde su origen, a través de las diversas etapas, las venganzas, el desarrollo de los períodos humanista y científico, en el nacimiento de las escuelas donde aparecieron diversos pensadores y principios, al inicio de los diversos sistemas que se desarrollaron hasta lo que es hoy en día la dogmática jurídico-penal, y así se estableció el concepto del derecho positivo mexicano.

En el Capítulo Segundo, estudio las formas de comisión del delito, acción, omisión en su clase de simple y comisión por omisión u omisión impropia, analizo sus diversas clases hasta llegar al concepto y estructura actual de la omisión impropia, señalo los elementos primordiales de esta figura. Investigo cuándo se presenta la omisión simple y cuándo la omisión impropia, además marco sus diferencias y características.

En el Tercer Capítulo, analizo las diversas fuentes que dan vida a la figura de garante como elemento primordial de la omisión impropia, así como las diversas teorías y fuentes que sustentan su esencia, desde la teoría de las fuentes formales de Feuerbach, a quien se atribuye como tal la ley, el contrato y el actuar precedente; se analiza además las diversas posturas de tratadistas y teóricos; y

posteriormente con las nuevas teorías funcionales de Armin Kaufmann, aún se analizan las diversas opiniones de otros autores que igualmente estudian dichas teorías funcionales, puesto que es una característica especial para que pueda configurarse la posición de garante que ostenta el sujeto del delito.

En el Cuarto Capítulo, estudio y analizo las fuentes formales y funcionales de la posición de garante. Sobre todo cómo se establece la figura de la omisión impropia en el Código Penal Federal de 1931 (México), y del Código Penal para el Distrito Federal de 2002 (actualmente de la Ciudad de México), así como los códigos penales de los Estados de la Federación, se afilian al Código Penal Federal, y al Código Penal de la Ciudad de México, por las fuentes formales de Feuerbach, así como las funcionales de Armin Kaufmann; *se advierte cómo comienza a funcionar y valorar las teorías más recientes en la dogmática jurídico-penal en favor de la legislación penal mexicana; observamos ya la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que convalida las determinaciones de los tribunales colegiados.*

En el Capítulo quinto analizo los requisitos que exige la doctrina para la procedencia de la comisión por omisión tanto dolosa como culposa, en el caso de México, observo qué tanto la doctrina mexicana ya maneja el contenido del tipo objetivo, la situación típica, la posición de garante, la no realización de la acción mandada y la no evitación del resultado, la equivalencia de la acción a la omisión, el tipo subjetivo, dolo y culpa, y los demás elementos integrantes de todo delito, como la antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad, medición de la pena, tentativa, consumación, autoría y participación.

Así en el análisis de estas figuras se advierte que el Código Penal Federal no contempla las figuras como la correspondencia de la acción a la omisión, el conocimiento de la situación típica y el modo de evitar el resultado características primordiales que debe saber y ostentar el garante a efecto de que pueda realmente responder por su omisión. Lo anterior se constata puesto que el Código Penal para el Distrito Federal de 2002 (actualmente de la Ciudad de México) ya posee estos elementos por lo que se considera no solamente de mejor redacción sino de mayor alcance su contenido y prueba de ello es que la mayoría de los Códigos Penales de los Estados de la Federación se han alineado a su dirección.

Asimismo analizo cómo los códigos penales de los Estados de la Federación se afilian al Código Penal Federal, y al de la Ciudad de México, respecto de la adaptación de las fuentes que dan vida a la garantía en la posición de garante, incluso cómo algunos aún no se han afiliado a ninguna corriente en relación al origen de las fuentes de garantía, como también algunos códigos penales han omitido esta exigencia en relación al principio de legalidad.

De esta manera presento un análisis cómo la figura de comisión por omisión u omisión impropia como en algunos países, le han dado mayor importancia las posturas y filiación de cada uno de ellos, así como en qué medida han valorado la importancia y trascendencia de las nuevas teorías vigentes en la actualidad.

En el presente proyecto concluyo con la propuesta de observar un sistema de los tribunales en la interpretación de la dogmática jurídico-penal más a fondo y exacta en los contenidos de los tipos penales de nuestros códigos penales federal y de la Ciudad de México, tomando en cuenta sobre todo que los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, no están tipificados en la mayoría de los casos, habrá que observar todas las circunstancias particulares de cada caso, para que los jueces, la jurisprudencia y la doctrina incluso puedan evaluar y calificar para su procedencia y juzgamiento, garantizar de esta manera el respeto de los derechos humanos de los imputados, así como de las víctimas quienes son los que sufren realmente las consecuencias de resoluciones desfavorables e injustas.

Asimismo, complemento la presente investigación con una suficiente bibliografía, donde he consultado obras no solamente nacionales, sino internacionales, con autores recientes, con la finalidad de allegarme de material informativo suficiente para cumplir con el objetivo del proyecto de la presente tesis doctoral.

Atentamente

Lic. HERIBERTO MÉNDEZ ESTRADA

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	III
AGRADECIMIENTOS.....	IV
PROTOCOLO DE INVESTIGACIÓN.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	IX
ÍNDICE.....	XII

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO GENERAL DEL DELITO

1.1. Distintas concepciones en torno al delito.....	3
1.1.1. Concepto etimológico y/o gramatical.....	4
1.1.2. El delito como valoración jurídica a través de los tiempos.....	5
1.1.3. El delito en el período de las venganzas.....	6
1.1.3.1. La venganza privada.....	6
1.1.3. 2. La venganza divina.....	6
1.1.3.3. La venganza pública.....	6
1.1.4. El delito en los períodos humanitario y científico.	7
1.1.4.1. El delito en el período humanitario.....	7
1.1.4.2. El delito en el período científico.	8
1.1.5. El delito en la Escuela Clásica.	8
1.1.6. El delito en la Escuela Positiva.	11
1. 2. El delito en su concepto jurídico dogmático.....	12
1. 2. 1. El delito en el sistema causalista.....	13
1. 2. 2. El delito en el sistema neoclásico.	16
1. 2. 3. El delito en el sistema finalista.....	18
1. 2. 4 El delito en el sistema funcionalista.	23
1.3. El delito en su noción jurídica formal del derecho positivo mexicano.....	29
1. 3. 1. El delito en su fundamento constitucional.....	30

1. 3. 2. Reformas constitucionales recientes.	30
1.3.2.1. Alcance de la reforma de septiembre de 1993.....	30
1.3.2.2. Reforma de marzo de 1999 (contrareforma).....	32
1.3.2.3.Reformas de 18 de junio de 2008.....	33
1.3.2.4.Reforma de 10 de junio de 2011.....	43
1.3.3.3. El delito en el Código Penal Federal de 1931.....	45
1.3.3.1. Reformas de 1994 de la legislación penal y procesal penal.....	49
1.3.3.1.1. Reformas de 1994 del Código Penal Federal.....	49
1.3.3.1.2. Reformas de 1994 a los Códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal.....	50
1.3.3.2 Reformas penales de 1999	51
1.3.3.2.1. Reformas del Código Penal Federal de 1999	51
1.3.3.2.2. Reformas de 1994, a los Código Federal de Procedimientos Penales y del Distrito Federal	52
1.3.3.2.3. Reforma de 1999 del Código de Procedimientos Penales par El Distrito Federal	52
1.3.3.3.Código Penal para el Distrito Federal 2002	52
1.3.3.3. 1. Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014	53
1.4. El concepto general del delito a seguir en el presente trabajo.....	53

CAPÍTULO SEGUNDO

FORMAS DE COMISIÓN DEL DELITO: ACCIÓN Y OMISIÓN (OMISIÓN IMPROPIA)

2. 1. Formas de comisión del delito. Acción y omisión.....	57
2. 1. 1. Acción concepto.	57
2.1.1.1. Acción strictu sensu.	58
2.1.1. 2. Acción lato sensu.	59
2.1. 1. 3. Elementos de acción.	60
2.1.1.3.1. Voluntad.	60
2.1.1.3. 2. Nexo de causalidad.	61
2.1.1.3.3. Resultado de la acción.	62
2. 2. Omisión. Concepto.	64

2. 2. 1. Concepto ontológico.	64
2. 2. 2. Concepto normativo.	66
2. 2. 3. Clases de omisión.	66
2. 2. 3. 1. Omisión propia.	70
2.2. 3. 1. 1. Elementos de omisión propia.	70
2. 2. 3. 1. 1. 1. Voluntad.	70
2. 2. 3.1.1. 2. Inactividad.	70
2. 2. 3.1.1.3. Deber jurídico de actuar.	70
2. 2. 3. 1.1.4. Resultado típico.	70
2. 2. 3.1.2. Elementos de omisión impropia según la doctrina moderna.....	71
2.2.3.1.2.1. Situación típica.	71
2.2.3.1.2.2. Ausencia de la acción esperada.	71
2.2.3.1.2.3. Capacidad para realizar esa actividad.	71
2. 2. 3. 1. 3. Delitos de omisión propia.	71
2. 2. 3. 2. Omisión impropia o comisión por omisión. Concepto.	73
2. 2. 3. 2. 1. Elementos de la comisión impropia.	76
2.2.3.2.1.1. Voluntad dolosa o culposa.	77
2.2.3.2.1.2. Inactividad.	77
2.2.3.2.1.3. Un deber de actuar.	77
2.2.3.2.1.4. Resultado típico y material.	77
2. 2. 3.2.1.5. Relación de causalidad o imputación objetiva. ...	78
2. 2. 3. 2. 2. Elementos de la comisión por omisión (doctrina moderna).....	78
2. 2. 3. 2. 2. 1. Situación típica.	78
2. 2. 3. 2. 2. 2. Ausencia de acción determinada.	78
2. 2.3. 2. 2. 3. Capacidad de realizarla (evitación).	78
2.2.3.2.2.4. Posición de garante.	78
2.2.3.2.2.5. La producción del resultado material.	79
2.2.3.2.2.6. La posibilidad de evitarlo.	79
2.2.3.2.3. Análisis dogmático y doctrinal de la comisión por omisión u omisión impropia.....	79
2. 2. 3. 2. 4. Delitos de comisión por omisión u omisión impropia...	94

2. 2. 3. 2. 5. Diferencia entre los ropiadelitos de omisión pura y lo de Comisión por omisión.....	96
2.2.3.2.6. Ausencia de conducta, Vis absoluta, vis maior y movimientos reflejos	96

CAPÍTULO TERCERO.

POSICIÓN DE GARANTE Y TEORÍAS DE LAS FUENTES FORMAL Y FUNCIONAL DEL DEBER JURÍDICO DE ACTUAR EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN

3. 1. Posición de garante. Concepto.....	101
3. 2. Antecedentes de posición de garante.	101
3. 3. Teorías de las fuentes de garante.	103
3. 4. Las fuentes formales de garante según Von Feuerbach. Teoría del deber jurídico.	107
3. 4. 1. La ley extra-penal.	108
3. 4. 2. El contrato.	108
3. 4. 3. El actuar precedente (injerencia).	109
3.4.3.1. Limitación y alcance de la responsabilidad por injerencia.....	113
3.4.3.2. El rechazo de la injerencia como fuente de posición de garante	114
3. 5. Ulteriores posiciones de garante añadiendo así a las tradicionales (ley, contrato y actuar precedente).....	115
3.5.1. El dominio de la cosa.	115
3. 5.2. Los deberes de aseguramiento del tráfico.	116
3. 5. 3. La responsabilidad por el producto.	117
3. 5.4. Crítica de las fuentes formales de la posición de garante.	123
3. 6. _Teoría de las funciones (de Armin Kaufmann).	124
3. 6. 1. Función de protección de bienes jurídicos.	125
3. 6.1. 1. Estrecha relación vital (ámbito familiar).	125
3. 6. 1. 2. Comunidad de vivienda.	126
3.6.1.3. Comunidad de peligro.	126
3. 6. 1. 4. Asunción voluntaria o asunción fáctica (por contrato).	128

3. 6. 1. 5. Deberes de cuidado y protección que corresponda a los funcionarios en el ámbito de su competencia.....	130
3. 6. 2. Función de vigilancia, fuentes de peligro para bienes jurídicos.	131
3. 6. 2. 1. Actuar precedente o ingerencia.	131
3. 6. 2. 2. La creación de un riesgo.	132
3. 6. 2. 3. Responsabilidad por la conducta de terceras personas.....	133
3. 6. 2. 4. Crítica a las fuentes funcionales de la posición de garante....	134
3. 7. Concepción y postura de Jakobs acerca de las fuentes de posición de garante.	135
3. 7. 1. Status general. Competencia por organización.	136
3. 7.1.1. Deberes de aseguramiento.	136
3.7.1.2. Deberes de salvamento por asunción.	138
3.7.1.3. Deberes de salvamento por injerencia.	138
3. 7. 1. 4. La conducta precedente antijurídica.	139
3.7.1.5. El sometimiento a riesgos especiales.	140
3.7.1.6. Injerencia y comisión activa.	142
3. 7. 2. El status especial, la competencia por institución.	143
3.7.2.1. La relación paterno-filial.	144
3.7.2.2. El matrimonio.	145
3.7.2.3. La confianza especial.	146
3.7. 2.4. La confianza que genera garantía.	146
3.7.2.5. La confianza que proporciona garantía.	148
3.7.3. Los deberes genuinamente estatales.	149
3. 7. 3.1. Relaciones estatales de poder.	149
3. 7.3.2. Los fines estatales.	150
3.7.3.2.1. La previsión social elemental.	151
3.7.3.2.2. La seguridad externa e interna.	152
3.7.3.2.3. Los principios básicos del Estado de Derecho.	152

CAPÍTULO CUARTO.
POSICIÓN DE GARANTE Y TEORÍAS FORMAL Y FUNCIONAL
DE LAS FUENTES DEL DEBER JURÍDICO DE ACTUAR
EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN. EL CASO DE MÉXICO.

4.1. El Código Penal Federal del 14 de agosto de 1931.....	155
4.1.1. Las fuentes formales que adopta el Código Penal Federal de 1931.....	155
4.1.2. La ley extra-penal.....	156
4.1.3. El contrato.....	157
4.1.4. El actuar precedente o injerencia.	159
4.2 El Código Penal para el Distrito Federal de 2002.....	161
4. 2. 1. Las fuentes funcionales que adopta el Código Penal para el D. F.....	163
4. 2. 1.1. Aceptación efectiva de custodia.....	163
4.2.1.2. Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de naturaleza.....	164
4.2.1.3. Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico o.....	165
4.2.1.4. Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia.....	167
4.2.1.5. La equivalencia entre la inactividad y la actividad.....	169
4.2.1.6. De acuerdo a las circunstancias podía evitarlo.....	169
4.3. Las fuentes de calidad de la posición de garante (primer criterio de equivalencia), derivadas de las teorías formal y funcional.....	169
4.3.1. Códigos Penales de los Estados de la República adheridos al Código Penal Federal de 1931.....	169
4. 3. 2. Códigos Penales de los Estados de la Federación adheridos al Código Penal para el Distrito Federal de 2002.	171
4. 3. 3. Códigos Penales de los Estados de la República que no señala la fuente del deber jurídico de actuar donde proceden	185
4. 3. 4. Códigos Penales de los Estados de la República que no regulan la omisión impropia o comisión por omisión.....	188
4.3.5. Código penal de Justicia militar mexicano de 1933, que tampoco regula la comisión por omisión u omisión impropia.....	189

CAPÍTULO QUINTO.
REQUISITOS PARA LA INTEGRACIÓN O PROCEDENCIA
DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN U OMISIÓN IMPROPIA
DOLOSA Y CULPOSA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

5.1. Código Penal Federal de 1931.	193
5.1. 1. Estructura del tipo objetivo de los delitos de comisión por Omisión dolosos, a raíz de su reforma de 1994.....	193
5.1.1.1. Situación típica.....	193
5.1.1.2. La no realización o Ausencia de la acción indicada.....	199
5.1.1.3. Capacidad de acción o de evitar el resultado.....	201
5.1.1.4. Conocimiento de la situación típica.....	202
5.1.1.5. Conocimiento del modo de evitar el resultado.....	203
5.1.1.6. La posibilidad física, real, de evitarlo.....	203
5.1.1.7. Ostentar la posición de garante (primer criterio de Equivalencia).....	205
5.1.1.8. La correspondencia de la omisión a la acción (Segundo criterio de Equivalencia).....	206
5.1.2. El Tipo subjetivo. Capacidad de conocer y de querer.....	207
5.1.2.1. Dolo.....	207
5.1.2.2. Culpa.....	208
5. 2. Estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión imprudentes. (Código Penal Federal).....	208
5.2.1. La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos.....	209
5.2.1.1. En el enjuiciamiento de la situación típica.....	209
5.2.1.2. En el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.....	209
5.2.2. Que la no evitación del resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado debido.....	210
5.2.3. El resultado debe ser de los que trataba de evitar la Norma de cuidado infringida.....	210
5.2.4. Debe concurrir los otros elementos comunes en los	

delitos de comisión por omisión.....	210
5.2.5. El Tipo subjetivo. Capacidad de conocer y de querer.....	210
5.2.5.1. El dolo.....	210
5.2.5.2. La culpa.....	210
5.3. Código Penal para el Distrito Federal de 2002.....	213
5.3. 1. Estructura del tipo doloso de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia	213
5.3.1.1. Situación típica.....	214
5.3.1.2. La no realización o Ausencia de la acción indicada.....	215
5.3.1.3. Capacidad de acción o de evitar el resultado.....	215
5.3.1.4. Conocimiento de la situación típica.....	216
5.3.1.5. Conocimiento del modo de evitar el resultado.....	216
5.3.1.6. La posibilidad física, real, de evitarlo.....	216
5.3.1.7. Ostentar la posición de garante (primer criterio de Equivalencia).....	217
5.3.1.8. La correspondencia de la omisión a la acción (segundo criterio de Equivalencia).....	223
5.3. 2. El Tipo subjetivo. Capacidad de conocer y de querer.....	224
5.3. 2.1. Dolo.....	225
5.3.2.2. Culpa.....	226
5. 4. Estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes. (Cpdf).	226
5.4.1. La inobservancia del cuidado objetivamente debido, se da en distintos momentos.....	227
5.4.1.1. En el enjuiciamiento de la situación típica.....	227
5.4.1.2. En el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.....	227
5.4.2. Que la no evitación del resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado debido.....	228
5.4.3. El resultado debe ser de los que trataba de evitar la Norma de cuidado infringida.....	228
5.4.4. Debe concurrir los otros elementos comunes en los delitos de comisión por omisión.....	228

5.4.5. El Tipo subjetivo. Capacidad de conocer y querer.....	228
5.4.5.1. El dolo.....	228
5.4.5.2. La culpa.....	228
5.5. Código Penales de los Estados de la Federación afiliados al Código penal federal en delitos dolosos.....	231
5. 6. Estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión imprudentes.	241
5.7. Códigos Penales de los Estados de la Federación, Afiliados al Código penal para el Distrito Federal de 2002, en delitos dolosos.....	245
5. 8 Estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes. (Cpdf).....	263
5.9. Códigos Penales de los Estados de la Federación, que no señalan la fuente en que derivan el deber jurídico de actuar.....	267
5.10. Códigos Penales de los Estados de la Federación, que no legislan la omisión impropia.....	269
5.11. Código Penal de Justicia Militar mexicano, que no legisla la omisión impropia.....	270
5.12. La antijuridicidad o injusto.....	270
5.12.1. Las causas de justificación.....	272
5.13. La culpabilidad.....	273
5.14. La punibilidad.....	279
5.14.1. La punición.....	280
5.14.2. La pena.....	282
5.15. Medición de la pena.....	283
5.16. Consumación.....	285
5.17. La tentativa.....	286
5.18. Autoría.....	287
5.19. Coautoría.....	288
5. 20 Participación.....	288
CONCLUSIONES:.....	291
BIBLIOGRAFÍA.....	301

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

CAPÍTULO PRIMERO CONCEPTO GENERAL DEL DELITO

SUMARIO. 1.1. Distintas concepciones en torno al delito. 1.1.1. Concepto etimológico y/ o gramatical. 1.1.2 El delito como valoración jurídica a través de los tiempos. 1.1.3. El delito en el período de las venganzas. 1.1.3.1. La venganza privada. 1.1.3. 2. La venganza divina. 1.1.3.3. La venganza pública. 1.1.4. El delito en los períodos humanitario y científico. 1.1.4.1. El delito en el período humanitario. 1.1.4.2. El delito en el período científico. 1.1.5. El delito en la Escuela Clásica. 1.1.6. El delito en la Escuela Positiva. 1. 2. El delito en su concepto jurídico dogmático. 1. 2. 1. El delito en el sistema causalista. 1. 2. 2. El delito en el sistema neoclásico. 1. 2. 3. El delito en el sistema finalista. 1 2. 4. El delito en el sistema funcionalista. 1. 3. El delito en su noción jurídica formal del derecho positivo mexicano (Código Penal Federal). 1.3.1. El delito en su fundamento constitucional. 1. 3. 2. Reformas constitucionales recientes. 1.3.2.1. Reformas constitucionales de 1993. 1.3.2.2. Reformas constitucionales de marzo de 1999. 1.3.2.3. constitucionales de 18 de junio de 2008. 1.3.2.4. Reforma constitucional de junio de 2011. 1.3.3. El delito en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal de 1931. 1.3.3.1. Reformas de 1994 de la legislación penal y procesal penal. 1.3.3.1.1. Reformas de 1994 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal de 1931. 1.3.3.1.2. Reformas de 1994 a los Códigos de Procedimientos Penales Federal y Distrital. 1.3.3. 2. Reformas penales de 1999. 1.3.3.2.1. Reformas de 1999 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal de 1931. 1.3.3.2.2. Reformas del Código Federal de procedimientos penales de 1999. 1.3.3.2.3. Reforma de 1999 del Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal. 1.3.3.2.4. Código Penal para el Distrito Federal de 2002. 1.3.3.3. Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014. 1. 4. El concepto general del delito a seguir en el presente trabajo.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

1.1. Distintas concepciones en torno al delito.

Como se sabe el descubrimiento de las primeras ideas jurídicas fue tan civilizador para la humanidad como el del fuego artificial, por la conquista de la luz, el calor y el fuego artificial, alcanzaron jerarquía de dioses de todos los pueblos. Pero poco sabemos de esos dioses que conquistaron las primeras ideas jurídicas; pues esas primeras ideas jurídicas no eran otras que el prenuncio de la idea de la solidaridad humana, de la coexistencia como garantía de existencia.

En el desarrollo de la solidaridad humana en donde fisiológico y espiritualmente hombre y mujer se complementan y pone cada uno en juego sus armas de lucha, el hombre primitivo usó de sus dientes y uñas, mientras que en la actualidad usa su inteligencia para el mismo efecto; es decir, pugna y crimen. Así, junto a las primeras ideas de solidaridad, hallamos el crimen, como historia de la civilización y el hombre mismo un amasijo de ideas y sentimientos luminosos y de oscuros instintos egoístas. Así desde las primeras asociaciones humanas encontramos unos hechos extra y antisociales, que a su tiempo se convirtieron en extra y antijurídicos.

Se dice entonces que la humanidad nació con vocación innata para el crimen, al igual que con vocación para su contraria, la solidaridad que lo combate y mediante la cual ha de ascender hasta las cumbres de su propio perfeccionamiento. Se sostiene que todo ser humano es obediente a las fuerzas heredadas de sus instintos vigilantes desde su subconciencia, confía, no obstante, en la educación para la mejoría de nuestras herencias y abre así la puerta a la esperanza de un continuo perfeccionamiento de la humanidad; la criminalidad deja de ser así, una tara de nacimiento para convertirse en un defecto de educación, como escriben Otswald y Freud, citados por Carranca y Trujillo.¹

Del estudio del delito, se han ocupado otras ramas del conocimiento humano como la filosofía y la sociología.

La filosofía estima al delito como la violación de un deber necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal; y la sociología identifica al delito como una acción antisocial y dañosa. Rafael Garófalo estructura un concepto de delito natural, viendo en él una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del

¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1980, pp.13 y 15.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

individuo a la sociedad, lo anterior derivado a la evolución cultural e histórica de los pueblos; como lo sostiene el maestro Pavón Vasconcelos. ²

Si bien la primera noción jurídica del delito formulada por Francisco Carrara como mayor exponente de la escuela clásica lo definió como “*una infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo y negativo.*”³

También tenemos la noción sociológica del delito, pues para Enrique Ferri, el delito legal consiste en que el hombre (sujeto activo) ofende a otro (sujeto pasivo) violando un derecho o un bien (objeto jurídico), que se concreta en la persona o en la cosa (objeto material), mediante una acción psíquica que domina y guía una acción física, produciendo un daño público y privado. Así como la noción sustancial, ésta mira el contenido ético, social y político de los hechos que en abstracto prevé la ley como punibles; este concepto tiene una tendencia de los contenidos extrajurídicos.

1.1.1. Concepto etimológico y/ o gramatical.

La palabra delito, deriva del supino *delictum* del verbo *delinquere*,⁴ a su vez compuesto de *linquere*, dejar y el prefijo *de*, en la connotación peyorativa, se toma como *linquere viam o recta viam*: dejar o abandonar el buen camino. ⁵

Etimológicamente, significa apartarse del buen camino, de donde se advierte que en esta prescripción, se desprenden dos situaciones, por un lado, se trata del comportamiento del ser humano, capaz de infraccionar o quebrantar las disposiciones legales, por otro, se supone la existencia de cierto cuerpo de disposiciones legales, formuladas para la protección de la comunidad, mismas, las que por su mal comportamiento abandona el hombre, lesiona los bienes que protegen dichas disposiciones legales y dañan la buena convivencia de la comunidad.

Y cuando se dice que el hombre se aparta del buen camino, se desprende que desde el inicio de la vida comunitaria, se tiene muy en cuenta la contradicción del derecho, es decir, lo antijurídico, que como veremos más adelante, se trata del comportamiento del hombre, contrario al orden ético-social que dañan a la sociedad, razón suficiente para el merecimiento de la pena como medida de seguridad y que permita una convivencia acorde con el grupo social al que pertenece.

² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 163.

³ Citado por DAZA GÓMEZ, CARLOS, Teoría general del delito, Sistema finalista y funcionalista, 2ª reimpression, Editorial Flores editor y distribuidor, México, 2012, pp. 45, 46 y 47.

⁴ COROMINAS, Juan, Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico, 1ª reimpression, Editorial Gredos, Vol.II, (C- D-E), España, 1980, p. 440.

⁵ VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 202.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

1.1.2 El delito como valoración jurídica a través de los tiempos.

La concepción del delito conforme al tratadista Luis Jiménez de Asúa,⁶ lo refiere como una valoración jurídica a través de la historia, por eso cambia con ella. Primero aparece lo objetivo en la valoración, en la Grecia legendaria por ejemplo y aún en la Roma primigenia, existía la responsabilidad para el resultado antijurídico. El pritaneo juzgaba a las cosas: árboles, piedras, etc. Esquines decía: arrojamos lejos de nosotros los objetos sin voz sin mente, y si un hombre se suicida enterramos lejos de su cuerpo la mano que hirió. Platón en “las leyes” afirma lo mismo, exceptuando el rayo y demás meteoros lanzados por la mano de Dios. En la Edad Media, se castigó profundamente a los animales por el solo hecho de ocasionar daños. Es que la valoración jurídica dice el Maestro Jiménez de Asúa,⁷ no se hacía como hoy, no se descargaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido; refiérase a las personas, vemos como la valoración jurídica que recae sobre sus conductas varía a través del tiempo. Así hasta las proximidades del siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas, acaso fue entonces la hechicería el delito más grave. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró, esto prueba según el maestro citado, que el delito fue siempre lo antijurídico, lo subjetivo, es decir, la intención aparece en los tiempos de la culta Roma, donde incluso se cuestiona la posibilidad castigar el homicidio culposo, que hoy figura en todos los códigos penales, y con el desarrollo del derecho penal, aparece hoy junto al elemento antijurídico, la característica de la culpabilidad.

Por otro lado refiere el maestro Pavón Vasconcelos,⁸ “el delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica objetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas en el hecho humano, contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

Los pueblos más antiguos castigaban los hechos dañosos y la ausencia de preceptos jurídicos no constituyó un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo o del individuo lesionado contra su autor, fuera éste hombre, o una bestia. Sólo con el transcurso de los siglos y la aparición de los cuerpos de leyes reguladoras en la vida colectiva, surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, y se limitó al hombre la esfera de aplicabilidad de la sanción respectiva”.

Así, de los apuntamientos anteriores se desprende que en el desarrollo del derecho penal o más bien del delito, la finalidad de la sociedad era aplicar sanciones cada día más represivas, sin importar en qué consistía el delito ó cuáles eran los elementos que lo integraban, sino lo más interesante era la aplicación de las sanciones. Así nacieron las diversas etapas de las venganzas.

⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La ley y el delito, principios de derecho penal, 1ª edición en México, Editorial Hermes, México, 1986, p. 201.

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La ley y....., Ob. cit. p. 202.

⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco,....., Ob. cit. p. 163.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

1.1.3. El delito en el período de las venganzas.

1.1.3.1. La venganza privada.

La venganza privada, en la que como dice el maestro Pavón Vasconcelos,⁹ “fue el impulso de la defensa o de la venganza la *“ratio essendi”* de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia o cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo; sin embargo esta práctica alcanzó a exagerarse, así nace la ley del Talión cuya fórmula fue “ojo por ojo y diente por diente”, lo anterior fue para limitar la venganza del monto de la gravedad del daño recibido, y que con el paso del tiempo, la misma sociedad consideró que esta función o potestad del *ius puniendi*, le correspondía al Estado, por lo que cambió el curso de la venganza.

1.1.3.2. La venganza divina.

La venganza divina, en el proceso de la función represiva, constituye una etapa evolucionada en la civilización de los pueblos. En esos tiempos los conceptos de derecho y religión se funden en uno solo y así el delito, más que ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad.

Dentro de este período situamos al Pentateuco conjunto de cinco libros que integran la primera parte del antiguo Testamento y en los que se contienen las normas de derecho del pueblo de Israel, de evidente raigambre religiosa, el derecho de castigar (*ius puniendi*) proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa, la pena en consecuencia está encaminada a borrar el ultraje a la divinidad, a aplacar su ira, identificándose para el delincuente con el medio de expiar su culpa. En el pentateuco se encuentran prohibiciones, tabú y formas de represión talional, de la misma manera se tiene noción de los Libros Sagrados de Egipto en donde se contienen conceptos de delito y represión religiosa, así también se cuenta del derecho judío lleno de espíritu religioso y en él se observa, la delegación divina en los sacerdotes en orden al derecho de castigar.¹⁰

1.1.3.3. La venganza pública.

⁹ Ibidem. p. 51. En el mismo sentido escriben los maestros mexicanos VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 25, CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, 52 ed., Editorial Porrúa, México, 1913, p. 15 y CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 93.

¹⁰ Ibidem. p. 53. En el mismo sentido escriben los maestros mexicanos VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 26. CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, 52 ed., Editorial Porrúa, México, 1913, p. 17 y CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 98.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

En la etapa de la venganza pública, se transforman los conceptos de la pena y fueron exageradamente represivas, la facultad de aplicar las sanciones se caracterizó por mantener a toda costa la tranquilidad pública, así fue el acto en que aparecen las leyes más severas con que se castigaba con más dureza no sólo los crímenes graves, sino hasta hechos hoy indiferentes, y reinaba en la administración de justicia las más irritantes desigualdades pues a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos, se reservaban castigos más duros y su protección eran en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia, y los jueces y tribunales, tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penales como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al sendero de la justicia, sino, al de los déspotas y tiranos, depositaron la autoridad y el mando.¹¹

1.1.4. El delito en el período humanitario y científico.

1.1.4.1. El delito en el período humanitario.

En el período humanitario, con todas las exageraciones descritas previamente, nace el período que se conoce como *Humanitario*, con las obras de los grandes pensadores como César Bonnesano, Márquez de Beccaria, con su obra el Tratado de las *leyes y de las penas*, donde estableció varios principios fundamentales que hoy en día es observado en todos los código penales;¹² Montesquieu, con el *Espíritu de las Leyes*, Voltaire, *Sobre la tolerancia*, y Juan Jacobo Rousseau, con el *Contrato social*, así como la obra de Howard, en las cuales se criticaba la excesiva crueldad con que eran tratados los criminales, las penas y castigos que se imponían, así como de lo irregular de los procesos que se seguían, se señalan como fundamento de la pena el contrato social, como observa el maestro Pavón Vasconcelos. Período en que influyeron enormemente, las obras supracitadas, mismas que no solamente criticaron el estado actual de las situaciones carcelarias o penitenciarias, sino establecieron como *Beccaria* qué debe considerarse como delito y cuándo amerita la imposición de las penas, la estructura y concepción del mismo, así como las penas que deben ser proporcionales al delito, muchos de estos conceptos como lo ver estructura de la hoy *dogmática jurídica-penal*.¹³

¹¹ Ibidem. p. 56. En el mismo sentido escriben los maestros mexicanos VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 28. CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, 52 ed., Editorial Porrúa, México, 1913, p. 17 y CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 99.

¹² BECCARIA, César Bonnesano Marqués de, Tratado de los delitos y de las penas, 1ra edición italiana, Milán 1764, Editorial Porrúa, México, 1982, pp. 25 y ss.

¹³ Ibidem. p. 58. En el mismo sentido escriben los maestros mexicanos VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 28. CASTELLANOS TENA,

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

1.1.4.2. El delito en el período científico.

En el Período científico, se comienza a estudiar el delito desde el punto de vista científico, basado en las obras de los grandes pensadores como *Pablo Juan Anselmo Ritter Van Feuerbach (padre del derecho penal alemán)*, con su obra *la Coacción psicológica*, creando así la *teoría de la prevención social*, y a quien se le atribuye también la paternidad del principio jurídico “*Nullum crime sine lege, nulla poena sine lege*”, con forme el maestro Pavón Vasconcelos.¹⁴

Otro de los pilares de esta etapa fue Geandoménico Romagnosi, con su *Génesis del derecho penal y la imputabilidad del daño y de la pena*; otro de los grandes pensadores que intervienen es *Giovani Carmignani con su obra “Los elementos de derecho penal”*.

Así pues con todas las aportaciones de los pensadores antes mencionados, se comienza a estudiar el delito con todos y cada una de las características y elementos para construir el delito científicamente como lo veremos más adelante.

1.1.5. El delito en la Escuela Clásica.

La escuela clásica le dio origen y concepto al delito como un ente jurídico, sólo aparece al ser construido la doctrina de derecho penal liberal y sometido a la autoridad del Estado a los preceptos de una ley anterior.

El delito como ente jurídico es sancionable en cuanto una ley anteriormente dictada lo define y pena.¹⁵

La doctrina de Francesco Carrara, que perfeccionó la de Carmignani, Romagnosi y Feuerbach, a él se debe la naturaleza de su Programa de Derecho Criminal con el método deductivo, Carrara es el gran técnico, se le vincula la doctrina del delito como ente jurídico, lo define como: “*la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso*”.

Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, 52 ed., Editorial Porrúa, México, 1913, p. 18 y CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, LO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 101.

¹⁴ Ibidem. p. 30. En el mismo sentido escriben los maestros mexicanos VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 30. CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, 52 ed., Editorial Porrúa, México, 1913, p. 20 y CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 102.

¹⁵ Ibidem. p. 62. En el mismo sentido escriben los maestros mexicanos VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 31 y ss. CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, 52 ed., Editorial Porrúa, México, 1913, p. 37 y CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, parte general, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1980, pp. 157 y ss.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

De la definición del maestro Carrara,¹⁶ se desprenden los siguientes elementos:

1. Infracción de la ley del Estado.

En el primer punto se observa que esta acción deriva del hombre, ya que en esa conducta se contraviene la disposición legal del Estado.

2. Promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos.

Una ley necesariamente debe estar promulgada, para que el destinatario o el ciudadano la conozca y la obedezca, es decir, todo ciudadano destinatario de una ley está obligado a conocerla antes que nada, cumplirla y obedecerla, con la finalidad de proteger la seguridad de los demás ciudadanos; aunque no se precise que de ahí es donde nace el *ius puniendi*, el poder del Estado de imponer las penas por las infracciones cometidas o daños causados.

3. Resultante de un acto externo del hombre.

En este elemento resalta la idea primordial que el acto o comportamiento debe ser del hombre, y quedan atrás para siempre las ideas erráticas que hasta ese momento se sancionaban al recordar hechos provenientes de la naturaleza o de los propios animales, y establecer definitivamente que solamente el hombre puede cometer delitos, y aún estas ideas van más allá de lo esperado, establecen que este acto, debe ser externo, se consagra así otro principio jurídico, el que las ideas u opiniones no delinquen ya que solamente el acto externo del hombre que además resulte dañoso, es lo que se considera delito.¹⁷

4. Positivo o negativo.

Se desprende en esta aseveración, que el acto del hombre será positivo o negativo, entendiéndose como positivo el acto material donde se afirma qué es el movimiento corporal voluntario quien realiza, comportamientos que finalmente afectan el mundo exterior.

Consecuentemente se deduce, que con el acto negativo o sea la omisión, el hombre al abstenerse de efectuar la acción mandada, también se producen resultados al no realizar la conducta señalada a ejecutar, es decir, la omisión, figura delictiva que desde ese entonces el ilustre maestro Carrara la previó.¹⁸

5. Moralmente imputable.

Con esta denominación, Carrara el técnico de derecho penal como muchos lo llamaban, estableció que el hombre sujeto activo del delito tendría que ser imputable moralmente o políticamente, en donde se basa el concepto de libre albedrío, ya que como dice el maestro Villalobos,¹⁹ *“si el hombre es libre para hacer o no hacer alguna cosa, es él la causa de su conducta que, por lo mismo le es imputable”*.

¹⁶. CARRARA Francesco, Programa del curso de derecho criminal, V.I. 5ª ed, Trad. Jorge Guerrero y José. J. Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá, 1996, p. 43.

¹⁷ CARRARA Francesco, Programa del curso....., Ob. cit. p. 44.

¹⁸ Ibidem. p. 45.

¹⁹ VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal , Ob. cit. p. 35.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Es menester tener en cuenta, que la imputabilidad es un presupuesto característico de la culpabilidad, por eso esta figura actualmente, es un elemento indispensable para configurar el delito, de ahí la importancia de las concepciones primordiales señaladas por el maestro Carrara.²⁰

6. Políticamente dañoso.

Con la fórmula de políticamente dañoso, el maestro Carrara,²¹ concluye su definición de delito al señalar que todo el conjunto de elementos que describe del delito, el resultado final de la conducta o de la infracción debe ser dañoso, por toda la comunidad que protege, es decir, como actualmente entendemos, se circunscribe a la lesión de los bienes jurídicos que el derecho penal debe proteger, llámense vida, integridad corporal, propiedad o seguridad jurídica.

Otro de los tratadistas que influyó de manera sobresaliente en el desarrollo de nuestra ciencia penal, fue el autor Franz Von Liszt aunque algunos estudiosos de la materia lo ubican posterior a esta escuela, incluso después del movimiento de la escuela positivista, lo importante es señalar las ideas y principios que aporta para el crecimiento del derecho penal, como lo señalan los maestros Castellanos Tena²² y Pavón Vasconcelos;²³ Von Liszt concibe el delito como: *el acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena*, de donde se desprende como elementos primordiales los siguientes:

A) El acto del hombre, siempre será un acto humano el que origina el delito y este acto puede deducirse como positivo o negativo.

B) Pero que finalmente este acto es contrario a derecho, es decir, debe ser la contravención formal de una disposición legal, mandato o prohibición del orden jurídico, y que este acto debe tener como consecuencia la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que el Estado debe proteger.

C) El delito es un acto culpable, doloso o culposo, que finalmente conlleva un reproche o reprobación.

D) Sancionado con una pena, Von Liszt señala,²⁴ que este acto finalmente debe merecer la aplicación de una sanción o pena, es de notarse, que este autor considera (uno de los primeros autores), que el delito debe contener una sanción o pena como consecuencia de dicho acto o por el daño causado.

Asimismo, observaremos la definición del delito por parte del maestro Edmundo Mezger²⁵: refiere que el delito *es un hecho punible, (una acción) típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena.*

²⁰ CARRARA Francesco, Programa del curso....., Ob. cit. p. 45.

²¹ Ibidem. p. 46.

²² CASTELLANOS TENA, Fernando,....., Ob. cit. p. 50.

²³ Ibidem. p. 66.

²⁴ VON LISZT Franz, Tratado de derecho penal, T.II. Trad., de Luis Jiménez de Asúa, Editorial Reus, España, 1927, p. 254.

²⁵ EDMUNDO MEZGER, Tratado de derecho penal, parte general, T.I. 2ª edición, Cárdenas Editores, México, 1990, p. 82.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Es de tomarse en consideración que la mayoría de los pensadores de la escuela clásica, son los que mayormente han aportado los elementos primordiales de lo que es hasta estos días la integración de los elementos de la dogmática jurídico penal.

Se observa que desde esa época ya se comienza a tratar el delito de omisión, si bien es cierto que aún no en su forma dicotómica, pero sí la omisión simple, es decir, un no hacer lo ordenado por la norma jurídica, lo que aún es bastante tomando en cuenta que como todas las figuras jurídicas poco a poco han ido tomando forma hasta encontrarse como lo conocemos actualmente.

1.1.6. El delito en la escuela positiva.

Los positivistas Cesar Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, estudiaron el delito como una figura natural adaptando un método experimental empírico inductivo sobre los hechos.

Así es que estudiaron el delito desde su origen natural antropológico, social criminal, biológico criminal, hasta su determinismo.

Garófalo define el delito diciendo que es *la violación de los sentimientos de piedad y probidad poseídos por una población en la medida misma que es indispensable para la adaptación del individuo en la sociedad.*²⁶

Se puede considerar dice el maestro Jiménez de Asúa, caracteres de la escuela positiva las siguientes: ²⁷

1. El empleo del método experimental. Si el delincuente es un hombre y a él hay que atender, y el delito un producto de factores, para su estudio y para el hallazgo de remedios puede y debe emplearse un método experimental y no el lógico – abstracto.

2. Responsabilidad social, derivado del determinismo y temibilidad del delincuente. Así Enrique Ferri dedica su tesis doctoral a la negación del libre albedrío y proclamando el determinismo, tuvo que basar la responsabilidad en un hecho meramente objetivo: vivir en sociedad.

Los positivistas han intentado fundar la responsabilidad en el estado peligroso del delincuente.

1. El delito para los positivistas, es un fenómeno natural y social producido por el hombre.

2. Y la pena no debe ser un castigo, sino un medio de defensa social. ²⁸

Sin embargo, pronto cayó estas posturas para el estudio del delito, incluso se trató de establecer una tercera escuela que se llamó la terza scuola, en donde trataron

²⁶ VILLALOBOS, Ignacio, derecho penal....., Ob. cit. p. 207.

²⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, la ley y....., Ob. cit. pp. 51 y 52.

²⁸ Ibidem. p. 52.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

de resumir las ideas criminales de las dos escuelas anteriores pero que finalmente no tuvo mayor éxito.

1. 2. El delito en su concepto jurídico dogmático.

Los autores Carlos Binding, Ernesto Mayer y Edmundo Mezger dan inicio lo que se conoce como la *dogmática jurídico-penal del delito*. Así Carlos Binding define el delito como *la acción, típica, antijurídica culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad, señala el maestro Castellanos Tena.*²⁹

Por su parte Max Ernesto Mayer, lo refiere como “el acontecimiento típico, antijurídico e imputable y se observa que emplea la palabra imputabilidad para referirse a la culpabilidad”.

Así Edmundo Mezger en su obra Tratado de Derecho Penal, define el delito como *“un hecho punible, (una acción) típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena,*³⁰ como vemos más adelante para nada menciona este autor, las condiciones objetivas de punibilidad, ya que dice que la penalidad es una consecuencia del delito y no una característica.

Por otro lado, Jiménez de Asúa señala en su Tratado de Derecho Penal, lo indica como el acto típicamente antijurídico, sometido a veces a una condición objetiva de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.³¹

De la misma manera, el maestro Pavón Vasconcelos³² dice, que el concepto dogmático del delito no es más que un concepto substancial de dicho delito, es el total ordenamiento jurídico penal, y que la mayoría de los autores han considerado como *la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible,* aunque algunos consideran que la punibilidad no es un elemento del mismo, sino una consecuencia, en conclusión se habla de la conducta humana, que da como resultado una mutación al mundo físico exterior.

El tratadista Maurach Reinhart³³ señala que, *el delito es una acción antijurídica, penalmente típica y atribuible a su autor.* Como también el autor alemán Edmundo Mezger³⁴ establece ser *un hecho punible, una acción típicamente antijurídica, penalmente imputable conminada con una pena.* Por su parte Jescheck nos indica *es el comportamiento antijurídico amenazado con pena y determinado en sus caracteres por el tipo de una ley penal, que el autor ha realizado de modo culpable.* La pena es la respuesta a una considerable infracción jurídica a través de la imputación de la culpabilidad del autor, que expresa una desaprobación pública del hecho y

²⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales....., Ob. cit. p.112.

³⁰ MEZGER, Edmundo, Derecho Penal....., Ob. cit. p. 82.

³¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La ley y....., Ob. cit. p. 206.

³² Ibidem. p. 165.

³³ MAURACH, Reinhart, Derecho penal, parte general, T.I., Trad., de Jorge Bonfil Genzsch y Enrique Imoine Gibson Editorial Astrea, Argentina, 1994. p. 229.

³⁴ Ibidem. p. 82.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

que por ello, supone una confirmación del delito. Además la pena debe desarrollar para el autor mismo un efecto positivo, puesto que aquélla debe favorecer su socialización o, por lo mismo, no debe obstaculizarla. La imposición de la pena está reservada en exclusiva al juez de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92 del Código Penal Alemán.³⁵

Por otro lado el maestro Muñoz Conde Francisco,³⁶ catedrático de derecho penal en la Universidad de Cádiz (España) concluye: como la “*acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible*”.

De donde se desprende que estudiar el delito desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal, es analizar a través de cada uno de sus elementos o características que integran en su estructura en el derecho positivo o el Código penal mexicano, ya que ahí confluyen casi todas las teorías vigentes en la actualidad.

1. 2. 1. El delito en el sistema causalista (1881-1915).

El delito en el sistema causalista, se inicia con el concepto cuatripartita desde a fines del siglo XIX e inicios del XX, con los elementos de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, con excepción de que algunos autores aumentan o disminuyen algún otro elemento en particular. Sin embargo, la mayoría de los autores lo integran así con cada uno de esos elementos o características.

Este concepto o sistema de delito se conoce como concepto clásico o sistema Liszt/Beling, por ser los autores primordiales que sustentan este sistema, que es el positivismo naturalista en la concepción del delito, basado en el método lógico-abstracto, en los siguientes elementos, señala el maestro Miguel Ángel Aguilar López.³⁷

a) La Acción.

La acción, concebida como un proceso de relación, mediante la transformación del mundo exterior (fundamentalmente objetivo) a través de un movimiento corporal voluntario, que provoca así un resultado al establecer entre el movimiento corporal y el resultado un nexo generador de un proceso causal que desemboca en un resultado, concepción acorde plenamente con los postulados del naturalismo.

Esta concepción de la acción en la teoría del delito condicionaba como consecuencia típica la forma de entender las distintas instituciones integrantes del concepto de delito, por lo cual se optó por la distinción entre elementos objetivos y subjetivos y convirtiendo los elementos integrantes del delito, en meros predicados del concepto de acción previamente acuñado. Para ello se habla de un concepto causal de acción.

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, parte general, Trad. De Santiago Mir Puig y --Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, España, 2002, p.14.

³⁶ Cfr. MUNOZ CONDE, Francisco, Teoría del....., Ob. cit. p. 5.

³⁷ *ibidem*, p.10.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

En este sistema, la acción es el primer elemento externo, la acción aparece como lo sustantivo y las demás características como simples adjetivaciones según observaciones del maestro Juan Bustos Ramírez,³⁸ este elemento se entiende en un sentido naturalístico como una causa que altera el mundo exterior por una conducta corporal voluntaria, así pues, la acción se compone de un movimiento corporal (conducta) el cual produce una modificación del mundo exterior (resultado). Ambos deben estar unidos por una relación de causalidad según el maestro Jiménez de Asúa,³⁹ de modo que la conducta es causa del efecto, no se incluyen en la acción los predicados de valor, es decir, no contienen elementos subjetivos, ni elementos de valoración.

De esta manera el concepto causal de acción está en el mundo exterior (movimiento corporal) que nuestros sentidos pueden percibir y la voluntad del individuo no está contenida en la acción como parte integrante de ella, sino que la acción para ser tal, requiere únicamente de voluntariedad, que es diferente de la voluntad según Jescheck Hans-Heinrich;⁴⁰ finalmente Hans Welzel, señala que *la voluntad, es voluntad de algo concreto y cuando queremos, queremos algo, en tanto que la voluntariedad es querer cualquier cosa, un querer simple y llano no concreto.*⁴¹

b) Tipicidad.

La tipicidad era entendida como la mera descripción objetiva de un determinado proceso causal que tenía su origen en una acción física que desembocaba en un determinado resultado. De esta manera quedan fuera del tipo y pertenecen a la culpabilidad todas las circunstancias subjetivas o internas del delito, por ejemplo: intenciones, a sabiendas, propósitos, finalidades, deseos, ánimos, conocimientos, descuidos, como es lo habitual, no están recogidas expresamente en la figura legal del delito, sino que van sobreentendidas por ella (como el dolo), o son regulados por otros conceptos de la parte general, como también, aunque excepcionalmente, por el correspondiente precepto legal de la figura delictiva si menciona algún elemento anímico o subjetivo, según el maestro Miguel Ángel Aguilar López.⁴² Por otro lado, Bustos Ramírez señala que la tipicidad es la descripción externa de la acción sin contenido normativo ni elemento subjetivo, así la tipicidad resulta una característica objetiva sin valoración o subjetividad (incolora o sin sangre) y lo que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. Por tanto, la tipicidad era solamente descriptiva y objetiva.⁴³

c) La antijuridicidad.

³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Obras completas de derecho penal, T. II, Ed. Ara, Lima Perú, p. 35.

³⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La ley y....., Ob. cit. p. 206.

⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de....., Ob. cit. p. 217.

⁴¹ WELZEL, HANS, El nuevo sistema del derecho penal, Traducción de JOSE CEREZO MIR, Editorial Ariel, España, 1964. p.11.

⁴² Ibidem. p. 9.

⁴³ Citado por DAZA GÓMEZ, CARLOS, Teoría general del delito, Sistema finalista y funcionalista, 2ª reimpresión, Editorial Flores editor y distribuidor, México, 2012, p. 35.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

La antijuridicidad es un juicio valorativo puramente formal, pues basta con comprobar que la conducta es típica y que no concurre ninguna causa de justificación que excepcionalmente lo permita para poder enjuiciarla negativamente como antijurídica, sin tener que entrar en razones o contenidos materiales para esa valoración. La antijuridicidad es así, un elemento objetivo y valorativo. Es el concepto que engloba la acción típica y antijurídica, tiene como carácter fundamental el de la objetividad (objetivo-valorativa).⁴⁴ Asimismo, el maestro Bustos Ramírez dice: “la valoración de este proceso de la naturaleza, al considerar su dañosidad social o ataque a bienes jurídicos, es la antijuridicidad; la antijuridicidad es un elemento objetivo y valorativo.”⁴⁵

d) La culpabilidad.

La culpabilidad aporta el contenido subjetivo del delito. Así como en la acción, se habla también de un nexo causal material entre el nexo y el resultado, la culpabilidad es la relación o nexo psicológico, no material entre el autor y el hecho a partir del presupuesto de imputabilidad de dicho autor y al definir dos formas de distinta relevancia en la culpabilidad el dolo y la culpa.

En el supuesto de dolo el nexo psicológico que va en el autor con el hecho, es la voluntad o intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho, mientras que en el caso de la culpa resultaba más complicado ese nexo psicológico, pues el sujeto no quiere causar el resultado.⁴⁶ Por otro lado el maestro Carlos Daza refiere que la culpabilidad es un proceso psicológico que se encuentra en el sujeto y está relacionado con el hecho. La culpabilidad es el aspecto subjetivo del delito. Su presupuesto es la imputabilidad y sus especies son: el dolo y la culpa.⁴⁷

Críticas al sistema causalista. (Ventajas y Desventajas).

Ventajas. El sistema clásico del delito, se caracterizó por poseer una estructura sencilla y clara, y por tener ventajas didácticas, la base de este sistema fue el concepto de acción que para Beling y Liszt todavía era concebida completamente naturalístico como movimiento corporal y modificación del mundo exterior ambas unidas por el vínculo de la causalidad, según la teoría de la equivalencia, parecía excluir toda distinción material respecto del tipo.

Desventajas. La debilidad de esta concepción aunado a lo externo se hizo evidente con relación a la omisión, ya que en el derecho penal también debe ser incluida en el concepto de acción al igual que el hacer positivo, a pesar de que evidentemente no constituye un movimiento corporal sino todo lo contrario a éste, ya que todo se circunscribía del concepto de la acción, las demás categorías como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se consideró como sus predicados. Sin embargo se distinguió rigurosamente entre los aspectos objetivos y subjetivos del

⁴⁴ Ibidem. p. 10.

⁴⁵ Citado por DAZA GÓMEZ, CARLOS....., Ob. cit. p. 35.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Ibidem. p. 36.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

delito. Así al lado objetivo encontraba su expresión los elementos de la tipicidad y antijuridicidad, mientras que en lado subjetivo lo hacía en el de la culpabilidad, así dolo y culpa se llegó a entender como formas o clases de culpabilidad.

1. 2. 2. El delito en el sistema neoclásico (1909-1940), teoría normativa o causalismo valorativo.

En la evolución de la teoría del delito, se produjo como consecuencia de la influencia de la corriente filosófica neokantiana, para el sistema Liszt/Beling, el delito es ante todo acción, idea lógica toda vez que dicha concepción de la teoría del delito se encuentra en el seno del pensamiento positivo científico, así tenemos que en Alemania el concepto clásico fue dominante hasta los años veinte del siglo pasado en que surge otro concepto que se ha denominado Neoclásico, que se impone en la década de los treinta en España, tal evolución se produce apenas una década después, por tanto México acoge este sistema en los años sesenta, observa el maestro Miguel Ángel Aguilar López.⁴⁸

A partir de entonces, se situó ahora la aspiración de estructurar el concepto de delito según los fines perseguidos por el derecho penal y las valoraciones en que descansa. Sin embargo, las críticas más trascendentes y decisivas no sólo provinieron desde este punto de vista, sino también con relación a la distinción tajante entre lo objetivo y lo subjetivo y, dentro de lo objetivo, de lo descriptivo con lo valorativo. Esto llevó a contemplar la esencia del derecho penal en la orientación hacia valores e ideas, aunque su contenido apenas pudiera concretarse, dada la característica renuncia del neokantismo a la vinculante determinación de criterios materiales valorativos según Jescheck.⁴⁹

Por lo tanto, el sistema neoclásico o el causalismo valorativo presenta el delito en la siguiente forma:

- a) La acción.

El sistema neoclásico o la teoría normativa, conciben a la acción como la conducta humana, una manifestación de la voluntad en el mundo exterior; así el acto interno de voluntad y la manifestación externa de este acto son requisitos de la acción, señala Daza Gómez.⁵⁰

- b) La tipicidad.

Un mayor alcance tuvieron los cambios en el ámbito de la tipicidad, la concepción descriptiva y carente de valoración del tipo, se estremecía por el descubrimiento de elementos normativos que sólo a través del contenido valorativo que les atribuye el juez gozan de un sentido con capacidad de ser aplicado. Asimismo, a través del descubrimiento de elementos subjetivos del tipo,

⁴⁸ Ibidem. p.11.

⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, Tratado de, Ob. cit. pp. 220-222.

⁵⁰ Ibidem. p. 36.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

se hizo inviable la idea de un tipo puramente objetivo determinado sólo por factores del mundo exterior, señala el maestro Ricardo Franco Guzmán.⁵¹ Por otro lado, Carlos Daza refiere que, “la tipicidad se considera como la *Ratio Essendi* de la antijuridicidad; se habla así del tipo del injusto, en su condición de mera descripción exenta de toda valoración, se ve afectada por el descubrimiento de los elementos normativos del tipo y los elementos subjetivos del injusto.”⁵²

c) La antijuridicidad.

El maestro Bustos Ramírez explica “que la antijuridicidad es una lesión objetiva de las normas de valoración; la acción típica surge como la creación de una lesión, en la medida que no hay causas de justificación. Esta es la forma en que se afirma la valoración de la tipicidad y la antijuridicidad, con lo cual se verifica la existencia de elementos normativos específicos del tipo.”⁵³

Por otro lado se percibe dice el maestro Miguel Ángel Aguilar López, que el contenido meramente formal atribuido a la antijuridicidad es insuficiente para fundamentar la intervención penal, junto a este juicio de desvalor objetivo de carácter formal, la antijuridicidad ha de contener un juicio de desvalor material. Así, la antijuridicidad consistirá en la reprobación jurídica que recae sobre el acto formalmente contrario a Derecho pero que a su vez, es dañoso para la sociedad.⁵⁴

d) La culpabilidad.

En cuanto a la culpabilidad dice el maestro Miguel Ángel Aguilar,⁵⁵ se abandona el insuficiente concepto psicológico propio de la Teoría clásica y se adopta un concepto normativo desarrollado gráficamente por el autor Frank Reinhard, de la forma siguiente: “*un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo cometido*”, así, la reprochabilidad, como juicio de desaprobación jurídica del acto que recae sobre el autor, se convierte en la base del sistema.

El dolo y la culpa dejan de verse como formas de culpabilidad y se convierten en elementos que han de concurrir para la existencia de la culpabilidad. Esto es, el dolo consistirá en el conocimiento y voluntad de realizar el hecho prohibido por la ley y la imprudencia (culpa), en una voluntad defectuosa. Ambos han de ir referidos tanto a los hechos típicos como a su significación antijurídica.

Por otro lado, Daza Gómez asevera, que la concepción normativa de la culpabilidad es un juicio de reproche al autor por haber realizado un hecho típico y antijurídico pudiendo haber actuado conforme a lo que ordena el Derecho.⁵⁶

⁵¹ Citado por AGUILAR LÓPEZ Miguel Ángel, El delito y....., Ob. cit. p.12.

⁵² DAZA GÓMEZ, CARLOS....., Ob. cit. p. 36.

⁵³ Citado por DAZA GÓMEZ, CARLOS....., Ob. cit. p. 37.

⁵⁴ Ibidem. p.12.

⁵⁵ Ibidem. p.13.

⁵⁶ Idem. p. 36.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

El sistema neoclásico o causalismo valorativo. Cuenta con ventajas y desventajas, dentro de las ventajas del causalismo valorativo podemos encontrar los siguientes:

Se observa un proceso de transformación, consistente en estructurar el concepto del delito conforme los fines que persigue el derecho penal y los fines de valor que le sirven de base (teoría teológica del delito). Con una idea tendiente a divisar la esencia del derecho penal en el alineamiento de sus fines, valores e ideas. Con la teoría neoclásica del delito la ciencia penal alemana alcanzó el punto máximo de su capacidad contributiva y vigencia internacional, y se proyecta hacia países como Italia, España, Polonia, Portugal, Grecia y Latinoamérica.

El concepto de acción pasó a adaptarse a un sistema penal valorativo. Se debilitó la noción de acción a través de la introducción del concepto de comportamiento entendida como materialización en el mundo exterior de la eficacia de la conducta humana, en donde la acción debía ser comportamiento de la voluntad por realización de la voluntad o comportamiento humano, que provoca un efecto en el mundo exterior (*concepto causal de acción*); en la tipicidad donde no solamente era descriptiva y carente de valoración del tipo, se descubrieron sus elementos normativos y subjetivos. Asimismo, en la teoría de la antijuridicidad sufrió una transformación profunda, ya que hasta entonces la antijuridicidad era entendida como quebrantamiento de una norma jurídica, ahora se dedujo de la finalidad específica, que el injusto material debe ser comprendido como dañosidad social. Finalmente en la concepción de la culpabilidad también hubo cambios, de la noción psicológica a la normativa, por lo que a partir de entonces se conoce la concepción normativa de la culpabilidad.

Desventajas. Las desventajas del sistema causalista valorativo, residieron políticamente en el acento de la neutralidad frente a los valores fundamentales del derecho penal, perjudicando así tanto a la posición de la ciencia en la creciente discusión con la ideología del Estado totalitario como a los problemas sociales del período industrial, del mismo modo favoreció el desmoronamiento de la dogmática y la política criminal. Así el concepto de acción que había sido degradado a una fórmula sin contenido necesitó de una nueva concepción para devolverle su posición como concepto básico del sistema. Por otro lado la visión del dolo como forma de culpabilidad se hizo insostenible tras el descubrimiento de elementos subjetivos del injusto y la victoria del concepto normativo de culpabilidad; requirió un método convincente para el tratamiento del error de prohibición sobre la antijuridicidad después de que se dedujo el contenido culpabilístico del error de prohibición vencible del concepto normativo de culpabilidad. Así después de reconocer el perfil culpabilístico del hecho imprudente, también se debió determinar su especial contenido del injusto.

1. 2. 3. El delito en el sistema finalista (1930-1970).

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

La teoría de la acción final o finalismo, desarrollada por el maestro Hans Welzel, quien del concepto final de acción sí derivó consecuencias fundamentales para la teoría del delito, asevera Miguel Ángel Aguilar.⁵⁷

La teoría de la acción final dio un nuevo enfoque al delito; la acción es final y no causal como señala Welzel:

a) La acción.

Welzel afirma:⁵⁸ *“La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad, proponerse por tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan. Actividad final es obrar orientado conscientemente a un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido a un fin, sino que es resultante de los componentes causales en cada caso. Por eso la finalidad es vidente, la causalidad es ciega”*.

En primer lugar, frente al concepto causal de acción Welzel formuló el concepto finalista, para esta teoría, la esencia de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que mediante su anticipación mental y la correspondiente elección de los medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo; es decir, lo “supradetermina de modo final”. La finalidad es por ello, dicho en forma gráfica “vidente” y la causalidad “ciega”, dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir éste, por consiguiente, conforme a un plan a la consecución de un fin, la espina dorsal de la acción finalista es la voluntad consciente del fin, rectora del conocer causal.⁵⁹

Welzel cita el siguiente ejemplo: *“ Cuando un rayo electrocuta a un hombre que se encuentra trabajando en el campo, es indudable que lo acaecido tiene su base en el hecho de que entre el hombre y la nube se había establecido una muy potente tensión eléctrica, tensión que condujo a la descarga. Dicha tensión hubiera podido también surgir exactamente lo mismo entre cualquier objeto elevado y la nube. El que fuera precisamente el hombre es algo que ciertamente está condicionado causalmente en la cadena infinita del suceder, pero el suceder no está dirigido a ello. La cosa es totalmente diversa cuando se trata de acciones humanas. El que quiera asesinar a otro selecciona los factores causales conscientemente en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada. Aquí aparece ordenada la constelación causal en vista de la consecución de la meta: compra del arma, informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse al acecho, apuntar el arma, disparar; todos estos actos dirigidos a la meta sometidos a un plan de conjunto”*.⁶⁰

⁵⁷ Ibidem. p.13.

⁵⁸ Cfr. WELZEL Hans, Derecho penal alemán, parte general, 12 ed., alemana, 3ª ed., castellana, Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Edit. Jurídica de Chile, Chile 1987, pp. 53 y 54.

⁵⁹ Ibidem. pp.13 y 14.

⁶⁰ Ibidem. p. 54.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

El pensamiento finalista de Welzel, estuvo determinado por el cambio de la separación radical entre la realidad y el derecho propio de los neokantianos, por la realidad del ser social. Por ello se esforzó Welzel, en elaborar las “estructuras lógica- materiales”, preexistente en toda configuración jurídica y a conformar el derecho penal según la “naturaleza de las cosas”. De este modo la teoría de la estructura final de la acción humana se basa inmediatamente sobre los conocimientos de la nueva psicología sobre la traslación al mundo exterior de los actos psíquicos. También en el conocimiento valorativo la nueva teoría invocaba lo preexistente para la existencia humana, el deber incondicional, el sujeto responsable, la ordenación del actuar ético–social y la concordancia de los ordenamientos ético-sociales. El impulso hacia una verdadera fundamentación ético-social del derecho penal también estuvo vinculado a la superación del neutralismo valorativo, lo que vino a expresarse en la concepción personal de la antijuridicidad, en el postulado de la responsabilidad de la persona por sus decisiones voluntarias objetivamente correctas y en el descubrimiento de la idea de compensación como sentido ético de la pena.⁶¹

Afirma Welzel,⁶² “la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad conciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista. Ella es el factor de dirección, que sobredetermina el acontecimiento causal exterior. Sin el cual a éste, destruido en su estructura material, degeneraría en un proceso causal ciego, por eso, pertenece también a la acción, la voluntad finalista, como factor que conforma objetivamente el acontecimiento real.

En esta dirección objetiva del acontecimiento causal la voluntad finalista se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo, es decir:

1. El objetivo que quiere alcanzar;
2. Los medios que emplea para ello; y
3. Las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios.

La actividad finalista no sólo comprende la finalidad de la acción, sino también los medios necesarios y las circunstancias secundarias necesariamente vinculadas. La acción finalista es una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movimiento y las consecuencias secundarias vinculadas con ellos.

b) La tipicidad.

⁶¹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho....., Ob. cit. p. 226.

⁶² Ibidem. pp. 54 y ss.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

En la tipicidad hay una parte objetiva y una subjetiva del tipo. La primera es la objetivización de la voluntad integrante del dolo y comprende características externas del autor; la parte subjetiva está formada por el dolo y los elementos subjetivos. El dolo se agota en la finalidad dirigida al tipo subjetivo; la antijuridicidad no es un elemento del tipo; el dolo no se extiende sobre ella, no comprende el conocimiento de la antijuridicidad; Welzel.⁶³

De la estructura final de la acción se deduce la consecuencia de que el dolo, junto con otros elementos subjetivos del injusto, debe pertenecer al tipo, puesto que la función de este último consiste en caracterizar la acción en todos sus elementos esenciales para la punibilidad.

De ello resultaron tres modificaciones fundamentales en la estructura de la teoría del delito.⁶⁴

a) En primer lugar, ahora la conciencia de la antijuridicidad debió escindir del dolo (pues aquella es pura realización de la voluntad) y convertirse así en el factor central de la culpabilidad, y es que el reproche por la defectuosa formación de la voluntad se dirige al autor sobre todo cuando éste no ha resuelto cometer el hecho con conocimiento de su antijuridicidad.

b) En correspondencia con ello, además, los casos de error debieron ser diferenciados de modo distinto a como lo hacía el esquema tradicional (error de hecho y error de derecho). De acuerdo con la nueva teoría existe, de un lado, el error de tipo que excluye el dolo y, con ello la propia punibilidad porque sin dolo no se realiza el tipo; y de otra parte, el error de prohibición que niega la conciencia de la antijuridicidad, de ello se dedujo como problema adicional la cuestión del tratamiento de error de prohibición, para lo que Welzel introdujo los criterios de vencibilidad e invencibilidad. Sólo en el caso de error de prohibición invencible debía decaer completamente el reproche culpabilístico, pues de lo contrario éste seguiría existiendo aunque de modo atenuado. La así denominada teoría estricta de la culpabilidad también debió regir para el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (ejemplo para la defensa legítima putativa).

c) Finalmente trajo por consecuencia que la participación (inducción y complicidad) sólo pueda existir en el caso de que el hecho principal sea doloso porque la ausencia de dolo ya determina la exclusión del tipo del hecho principal.

Con el traslado del dolo se alcanzó al fin una subjetivización de la antijuridicidad que además condujo a un cambio en el concepto material del injusto. A partir de este momento los elementos subjetivos del tipo fueron agrupados junto con el dolo bajo el concepto superior de “elementos personales del injusto”, y el desvalor de acción confrontado al “desvalor de resultado”.

b) La antijuridicidad.

⁶³ WELZEL Hans, Derecho penal alemán....., Ob. cit. p. 69.

⁶⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho....., Ob. cit. p. 227.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Es un juicio de valor; el cual expresa que la acción puede ser contrario a la norma y lo será cuando no exista causa de justificación. Toma en cuenta la conducta externa del autor. Al injusto solo le importa el fin que el sujeto se ha propuesto. Injusto es la acción antijurídica personal referido al autor.⁶⁵

Así, la consideración del dolo como forma de culpabilidad de las etapas dogmáticas anteriores había facilitado la configuración de dolo como voluntad de realización del hecho con conciencia de la antijuridicidad, esto es, el hoy denominado error sobre la antijuridicidad, excluía el dolo. Pero una vez definido el dolo como voluntad de realización del tipo y trasladado al ámbito de la tipicidad, originando el desdoblamiento de esta categoría con dos niveles de análisis (tipo objetivo y tipo subjetivo), la conciencia o conocimiento de la antijuridicidad dejó de formar parte del dolo, convirtiéndose en elemento esencial del juicio de reproche por la realización del hecho antijurídico, en sede de culpabilidad.⁶⁶

c) La culpabilidad.

La culpabilidad es un juicio de reproche que se formula al autor por no haber adecuado su conducta al derecho, a pesar de que estaba en situación de hacerlo.⁶⁷

La culpabilidad, para el sistema finalista de Welzel, aparecerá en los elementos siguientes:

- 1) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad: esto es, que el autor es capaz, de acuerdo con sus fuerzas psíquicas, de actuar conforme la norma le indica.
- 2) Conciencia de la antijuridicidad del hecho: el sujeto conoce la antijuridicidad de su acto.
- 3) Exigibilidad de otra conducta conforme a derecho. Se considera que existen situaciones extraordinarias, en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y, con ello, la culpabilidad, entonces, no es exigible una conducta diversa, pero si esto no ocurre, se da entonces el tercer elemento de la culpabilidad, señala el maestro Miguel Ángel Aguilar López.⁶⁸

Sin embargo, el sistema finalista de Welzel, ha dado influencia sobre la jurisprudencia y la legislación alemana, donde se han tomado en cuenta sus aportaciones respecto del error de tipo y error de prohibición, y sobre la posición del dolo en el tipo de injusto.⁶⁹

Críticas al sistema finalista, pros y contra.

Ventajas. Una de las novedades del sistema finalista consiste en establecer la teoría de la acción final, que se basa sobre los conocimientos de la nueva psicología en la traslación al mundo exterior de los actos psíquicos el deber

⁶⁵ DAZA GÓMEZ, CARLOS, Teoría general del delito....., Ob. cit. p. 39.

⁶⁶ Ibidem. pp.13 y 14.

⁶⁷ WELZEL Hans, Derecho penal alemán....., Ob, cit. pp. 230 y ss.

⁶⁸ Ibidem. p.16.

⁶⁹ Ibidem. p. 229.

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

incondicional del sujeto responsable la ordenación del actuar ético social, el impulso hacia una verdadera fundamentación ético-social de derecho penal. En el nuevo sistema del delito la finalidad de la acción típica fue equiparar al dolo; y el dolo debe pertenecer al tipo.

Las desventajas del sistema finalista. Se le critica por la ubicación del dolo y la culpa a nivel de tipo; ya que con ello adelanta la valoración de características subjetivas especialmente psicológicas, pues son más propias a nivel de culpabilidad; sobre todo la culpa, ya que resultan inexplicables por qué deben considerarse finales las conductas culposas, en las cuales el sujeto activo no tiene la finalidad de provocar dicho resultado típico e incluso su producción; por no haber aportado las explicaciones concretas respecto de la tentativa, en los casos de delitos culposos así como de los delitos omisivos, donde se ha cuestionado en relación con el manejo y análisis de la voluntad.

1.2.4. El delito en el sistema racional –funcionalista (1970—2016).

El sistema racional–funcionalista, derivado del criterio teleológico-funcionalista, en la dogmática jurídico penal, se halla en la voluntad de racionalizar esa intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema, todo lo anterior con la pretensión de sentar las bases calculables de la posibilidad de una modificación del contenido de cada categoría en función de cambios valorativos o de variaciones en la relación existente entre los fines del derecho penal y del sistema de la teoría del delito; observa el maestro Miguel Ángel Aguilar López.⁷⁰

En la década de los setenta, las ciencias sociales postularon las vertientes funcionalistas, teleológicas o normativistas, según el maestro Sergio Javier Medina Peñaloza,⁷¹ que pretendían precisamente resolver las funciones existentes en el sistema social, idea que impregnó la ciencia jurídica destacando que todas las instituciones dogmáticas no pueden desarrollarse desde una perspectiva puramente interna al esquema jurídico, como ejercicio intelectual que se ejerce en el vacío, caracterizado por la progresiva complicación de sus elaboraciones abstractas desconectadas de la realidad, ya que es necesario concebir los conceptos categóricos de la teoría del delito, tomando en cuenta la función de la normatividad jurídica; es decir, los fines del derecho penal y de la pena.

Es también esencial el enfoque funcionalista de recurrir a la política criminal como elemento fundamentador del contenido de las categorías del sistema dogmático hacia su normativización; orientación de la elaboración doctrinal de la teoría del

⁷⁰ Ibidem. p.16.

⁷¹ MEDINA PEÑALOZA, Sergio Javier, Teoría del delito, Causalismo, finalismo, funcionalismo e Imputación objetiva. Ángel Editor, México, 2001, p. 49, en donde señala: “*Término que en su noción gramatical significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, capacidad de acción de un ser o elemento apropiado a su condición natural, ejercicio de un empleo, facultad u oficio que resulta práctico y materialmente –aprovechable*”.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

delito a la obtención de ciertas finalidades prácticas en relación con la persecución de la criminalidad.

Así, en la actualidad existen dos vertientes funcionalistas, dice el maestro Aguilar López,⁷² una moderada y otra radical, cuyas conclusiones son en poca medida diferentes. Ambas se distinguen en el punto de partida de la normativización del sistema y sus categorías, así como en el grado de absolutización del factor metodológico funcionalista. Roxin a quien se le atribuye su sistema como moderado, intenta elaborar, desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente por los acontecimientos históricos de la época nazi.

El avance consiste en sustituir la orientación neokantiana, a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal; las bases políticas criminales de la moderna teoría de los fines de la pena.

Para Roxin, sigue diciendo el maestro Aguilar López,⁷³ el fin de la pena es la prevención tanto general como especial pero en aras a la libertad limitada por el principio culpabilidad. Por tal razón, Roxin presupone que de ello resulta una teoría preventiva de la pena que conjuga la medida en la que pueden conseguirse ambas posibilidades de influencia, que a menudo divergen en sus resultados, de tal forma que según los parámetros de un Estado Social de Derecho resulta de igual forma beneficiosa, o al menos aceptable, para la sociedad, la eventual víctima y el autor. La necesidad preventiva del castigo, que debe admitirse según el criterio del legislador, se deriva justamente en el caso normal de la interpretación teleológica tiene que considerar el punto de vista de la necesidad de la pena. Sobre todo la cuestión en torno a la necesidad preventiva del castigo surge en las causas de exculpación, o más bien aquella siempre tiene que considerarse junto con la cuestión relativa a la culpabilidad cuando se trata de los motivos de exclusión de la responsabilidad penal. A partir de estos criterios reintroduce el concepto de imputación en la tipicidad: la imputación objetiva como sistema superador del dogma causal. Mientras que el tipo objetivo en las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la " *realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma*", sustituye con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas.

A la antijuridicidad corresponde la catalogación de valores ordenadoras de la vida en sociedad, tales como el de proporcionalidad, ponderación de bienes, etc., que sirven para comprobar si un hecho típico puede ser admitido por el ordenamiento jurídico como permitido.⁷⁴

⁷² Ibidem. p.16.

⁷³ Ibidem. p. 17.

⁷⁴ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Y la culpabilidad trataría de averiguar si el sujeto es responsable del hecho cometido y si existen razones de prevención que justifiquen la imposición de una pena.

Roxin vuelve a un sistema bipartita del concepto de delito en el que los elementos fundamentales del sistema de derecho penal vienen constituídas por dos juicios de desvalor: el injusto penal y la responsabilidad. Por ello, tipicidad y antijuridicidad se engloban en un juicio elemental en el que se distinguen elementos que han de concurrir positivamente y aquellos que deben estar ausentes como elementos negativos (causas de justificación), afirma que la impunidad, para los casos de desistimiento voluntario, sólo puede explicarse a partir de la teoría de la pena. Lo anterior es una evidencia fructífera también para la dogmática y el sistema del derecho penal. Lo cual contribuye a la solución política-criminalmente satisfactoria de muchos problemas objetivos y conduce a una nueva concepción de la categoría delictiva tradicionalmente designada como culpabilidad.⁷⁵

Al mismo tiempo se encuentra otra vertiente del funcionalismo sistema propuesto por Günther Jakobs, quien sin rechazar le influencia de Welzel su maestro, asienta sobre fundamentos metódicos totalmente distintos a los del finalismo.

Jakobs, concibe al funcionalismo jurídico penal,⁷⁶ “ como la teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad, cuerpo doctrinario que surge de las teorías del consenso, exaltando que el Estado se asienta sobre un conjunto de valores mayoritariamente aceptados por sus componentes, siendo el Derecho Penal, como máximo elemento de cohesión social que permite mantener la estructura básica de la comunidad en la medida que castiga acciones que representan lesividad social, así pretende estructurar la sistemática de la teoría del delito sobre las bases que aporta la política criminal, haciendo posible una corrección normativa al camino de la clarificación formal de las categorías del delito “.

Con esta aventurada definición el maestro Medina Peñaloza propone,⁷⁷ como introductora del tema, que las dos grandes vertientes funcionalista (de Jakobs y de Roxin), en el fondo no se contradicen sin dejar de advertir que siguen metodologías distintas y llegan a conclusiones un tanto diversas, pero que pueden compaginarse al menos conceptualmente en una síntesis, y dice:

a) Considera al funcionalismo como un cuerpo doctrinario que surge de las teorías del consenso, encontrando dentro de ellas al Organicismo de Durkeim y el pensamiento social sistémico de Roberto Merton como antecedentes, así como la última versión norteamericana del estado de Bienestar de Talcott Parson y la postura alemana de Nikolas Luhmann a través de su teoría de los sistemas sociales, para las cuales como nota común, el sistema social es el eje central que permite construir y analizar al Estado, así como el Derecho Penal y sus instituciones (pena y elementos del delito entre otros).⁷⁸

⁷⁵ Ibidem. p. 18.

⁷⁶ Citado por MEDINA PEÑALOZA, Sergio Javier, Teoría del delito....., Ob. cit. p. 50.

⁷⁷ Ibidem. p. 51.

⁷⁸ Idem.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

b) Con independencia de la individualidad y libertad personal para acceder a fines propios, los integrantes de un estado participan socialmente de pautas comunes de valor aceptados por la mayoría de los componentes, donde cada uno desarrolla funciones específicas en una pluralidad y complejidad de roles que permiten la coherencia del sistema, su desarrollo y el mantenimiento de su estructura básica.

c) Sin embargo, para hacer efectiva la convivencia de una pluralidad de individuos, además de contar con estados de valor dignos de protección (bienes jurídicos) se debe atender a los problemas organizativos de Política Criminal, que permiten conservar y asegurar las condiciones de existencia de los ciudadanos que convivimos en la sociedad, surgiendo así el derecho penal como máximo elemento de control social a través de la amenaza de la pena.⁷⁹

d) Por tanto el derecho penal se legitima en la medida que justifica los costes que representa, particularmente como la pena, que desarrolla un proceso motivacional sobre los componentes del núcleo, con lo que se mantiene la identidad del grupo (función simbólica de prevención general), produce mecanismos de socialización, cuyo presupuesto es el reparto de roles, y a la vez, opera cuando estos no tienen éxito en razón de presentarse tendencias hacia la lesividad o desviación, surgiendo los espacios en los que se expresa el control social.⁸⁰

e) En esa medida los criterios que guían las categorías del delito deben vincularse a la Política Criminal, en cuanto entraña el conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar para impedir los delitos, garantizados por la investigación de la eficiencia de la pena, según la cual el Estado ha de emprender la lucha contra el crimen.

f) Finalmente se comparte el postulado funcionalista que atribuye a la dogmática la pérdida de contacto con la realidad,⁸¹ aconsejando al Derecho Penal que se olvide de la problemática sobre la naturaleza del valor fundamental, para que desarrolle su actividad investigadora en la vida social.

De esta manera Jakobs,⁸² critica que el sistema penal tenga como postulado fundamental el principio de protección del bien jurídico, argumentando que para hacer efectiva la convivencia de una pluralidad de individuos en una determinada sociedad, más allá de tutelar estados de valor se deben buscar resolver problemas organizativos. Una conducta criminal no sólo lesiona bienes jurídicos, sino que sustancialmente produce una lesividad social que pone en riesgo la convivencia y aseguramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos en comunidad.

Sustituye el método ontológico del finalismo por una teoría de la sociedad (sociología del derecho y teoría del derecho),⁸³ que se estructura en atención a los fines que persigue la pena, concretados en aquellos que busca la colectividad organizada estatalmente, resumiendo de producir prevención general positiva, a

⁷⁹ MEDINA PEÑALOZA, Sergio Javier, Teoría del delito....., Ob. cit. p. 52.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Ibidem. p. 53.

⁸² Ibidem. p. 54.

⁸³ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

través del ejercicio en el reconocimiento de la norma; que en ese sentido no es intimidatorio y posee tres características:

1. La pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de las normas, pese a que sean infraccionadas eventualmente; ejercicio de la confianza en la norma;
- 2 La pena se dirige al ejercicio en la fidelidad hacia el derecho; y
- 3 Mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes ejercicio en la aceptación de las consecuencias.

Por tanto, la pena no se legitima por influir sobre los autores potenciales de futuros delitos, sino que tiene por destinatario a todos los miembros de la sociedad, en cuanto potenciales víctimas de ellas para reafirmarlos en la vigencia de la norma infringida; pues la prestación que el derecho Penal realiza para el mantenimiento del sistema social consiste en reafirmar que la sociedad se mantiene firme en la vigencia de sus normas esenciales, pese a la infracción producida.⁸⁴

La sociedad es un complejo organismo donde cada uno de los miembros que integran realiza una función específica (rol o roles) que permite la coherencia del sistema contribuyente a su desarrollo y, a la vez, mantenimiento de su estructura básica. Por ello, el Estado puede castigar aquellas acciones que representan lesividad social a través del derecho penal, cuya función consiste en el establecimiento y protección de las condiciones necesarias que posibilitan la vida humana en comunidad.

Según Jakobs Günther,⁸⁵ la sociedad participa de un conjunto de pautas de valor reconocidas por sus miembros, lo que da identidad al grupo social en cuestión, participando de un contexto de comunicación que se determina por sus reglas de configuración. Sin embargo, en el momento en que alguien comete un delito contradice el proyecto social de la comunidad, siendo el Derecho Penal quien a través de la sanción contradice a su vez el proyecto del infractor. De esta forma, la pena más que legitimarse con base en una prevención general positiva, produciendo consecuencias de psicología social o individual, es un medio para mantener la identidad social.

La norma jurídica refleja un criterio rector de ordenación social que establece y diversifica los distintos roles en favor del funcionamiento del sistema social, y en ese orden, la conducta criminal presupone una forma de expresión en un contexto socialmente relevante; es decir, una forma de interpretación del mundo, que consiste en el rechazo de la norma, entendida como frustración de la expectativa estabilizada contrafacticamente por ella.⁸⁶

De ahí que la expresión penalmente relevante de una acción antijurídica, se encuentre en la puesta en conocimiento por parte del autor de su particular forma de interpretación del mundo, medularmente en la forma de posición respecto de la

⁸⁴ Ibidem. p. 55.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Ibidem. p. 56.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

vigencia de la norma; ya que la norma conforma un motivo dominante, pues el fin de la pena es el mantenimiento de la confianza en el Derecho. según opinión de Borja Jiménez Emiliano. ⁸⁷

Jakobs por su parte, señala que “ al parecer asistimos al declive de la dogmática de base ontológica y que no sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros en un nivel inferior de abstracción), a los que la dogmática jurídico-penal ha atribuido de manera reiterada una esencia o una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos en los que no puede decir nada sin atender a la misión del Derecho Penal, sino que el propio concepto del sujeto a quien se imputa, se muestra como un concepto funcional. Con ello no se pretende afirmar que, mediante la apelación a la función del Derecho Penal, se haya encontrado un punto con cuya ayuda se puedan fijar proposiciones dogmáticas de una vez por todas. Por el contrario, toda la proposición de la dogmática Penal padece las mismas inseguridades que sufre la consecución de un acuerdo sobre la función del Derecho Penal. Todo ello indica que, si bien probablemente cabe calificar al funcionalismo de Jackobs como *funcionalismo radical*, mientras que el de Roxin y sus discípulos, sería más bien *moderado*, lo decisivo en la distinción de ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del Derecho Penal. ⁸⁸

Críticas al sistema funcionalista.

Ventajas. Si bien el funcionalismo moderado de Roxin se basa en el criterio teleológico- funcionalista en la dogmática jurídico-penal. Y radica en la voluntad de racionalizar la intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema de Derecho Penal. Señala las bases calculables de la posibilidad de una modificación del contenido de cada categoría en función de cambios valorativos o de variaciones en la relación entre los fines de derecho penal y del sistema de la teoría del delito.

Por un lado Roxin intenta desarrollar y hacer avanzar con nuevo contenido las fuentes neokantianas a los valores culturales por un criterio de sistematización jurídico-penal las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Ya que para Roxin el fin de la pena es la prevención general o especial, en aras de la libertad limitada por el principio de culpabilidad.

Se reintroduce el concepto de imputación en el tipo, la imputación objetiva como sistema superador del dogma causal; mientras que en los tres sistemas anteriores el tipo objetivo en los delitos de resultado queda reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio en el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de la protección de la norma, sustituye con ello, la categoría científica- natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientando a valoraciones jurídicas. Por su parte Roxin considera al funcionalismo como el sistema de derecho penal que se estructura sobre las bases político-

⁸⁷ Citado por MEDINA PEÑALOZA, Sergio Javier, Teoría del delito....., Ob. cit. p. 56.

⁸⁸ Citado por AGUILAR LÓPEZ Miguel Ángel, El delito y....., Ob. cit. p. 19.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

criminales de la teoría de los fines de la pena, pues el derecho penal es la forma en que las finalidades político-criminales transforman en módulo de vigencia jurídica.

Por su parte Jakobs concibe al funcionalismo jurídico-penal como la teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a la construcción de la sociedad. Jakobs critica que el sistema penal tenga como postulado fundamental el principio de protección, argumenta que para tener efectivo la convivencia de una pluralidad de individuos en una sociedad, más allá de tutelar estados de valor se debe buscar resolver problemas organizativos. Una conducta criminal no solo lesiona bienes jurídicos, sino que sustancialmente produce una lesión social que pone en riesgo la conservación y aseguramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos en comunidad. Sustituye el método ontológico del funcionalismo por una teoría de la sociedad (sociología del derecho y teoría del derecho), que se estructura en atención a los que persigue la pena, de aquellos que busca la colectividad organizada estatalmente, produciendo prevención general positiva a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma, que en ese sentido no es intimidatorio y posee tres características:

- a) La pena sirve para confirmar la confianza de la vigilancia de las normas, pese a que sean infraccionadas: ejercicio de la confianza de la norma.
- b) La pena se dirige al ejercicio en la finalidad hacia el derecho.
- c) Y mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes; ejercicio en la aceptación de las consecuencias.

Por tanto las penas no se legitiman por influir sobre los autores potenciales de futuros delitos, sino que tienen por destinatarios a todos los miembros de la sociedad, en cuanto potenciales víctimas de ellas para reafirmarse en la vigencia de la norma infringida, pues la prestación del derecho penal realiza para el mantenimiento del sistema social consiste en reafirmar que la sociedad se mantenga firme en la vigencia de sus normas esenciales, pese a la infracción producida. La importancia que realiza el derecho penal al mantenimiento del sistema social, consiste en que al momento en que alguien comete un delito contradice el proyecto social de la comunidad por lo que el derecho penal a través de la sanción (pena), contrapone a su vez el proyecto de infracción, de esta manera la pena se legitima con base a esta prevención, las normas determinantes de la identidad de la sociedad.

Desventajas. Antes de analizar o adentrarnos al estudio de cada una de las categorías o conceptos que plantea Roxin tanto en el funcionalismo con principios teleológicos y a la imputación objetiva, es necesario estudiar y definir cada uno de dichos conceptos que interactúan, qué finalidad tiene la acción en el ámbito funcionalista y qué fin persigue la imputación objetiva.

1. 3. El delito en su noción jurídica formal del derecho positivo mexicano (Código Penal Federal de 1931).

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

El delito en forma unánime es entendido como: la acción u omisión que sancionan las leyes penales (artículo 7 del Código Penal Federal).⁸⁹

Lo anterior significa que sólo la realización de las conductas que se adecúan en las descripciones típicas contenidas en la ley, y conminadas con una sanción, pueden dar lugar a un juicio de reproche; señala Jiménez Huerta.⁹⁰

Al respecto es necesario analizar y distinguir dos conceptos fundamentales para nuestro objetivo: el tipo y la tipicidad.

Tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales; mientras que tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.⁹¹

Zaffaroni considera que el tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta, es la característica de adecuación al tipo que tiene la conducta de un sujeto.⁹²

Jiménez de Asúa afirma, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se catalogue en la ley como delito.⁹³

1.3.1. El delito en su fundamento constitucional.

Sin embargo, en México es tradición que el estudio del delito o derecho penal parte desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, así tenemos que el delito debemos de estudiarlo a partir de su fundamento Constitucional, en los artículos 1º, 13, 14, 16, 19 y 21 de la Carta Magna, que originalmente establecen normas fundamentales que deben observarse tanto en la legislación sustantiva como en la adjetiva.

1.3.2. Reformas constitucionales recientes.

1.3.2.1. Alcance de la reforma de septiembre de 1993.⁹⁴

Con la reforma de 3 de septiembre de 1993, se modificaron los contenidos de los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Constitución Federal, es de considerarse que dichos preceptos fundamentales no habían sufrido sino alteraciones secundarias

⁸⁹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, T.I., Introducción al estudio de las figuras típicas, 4ª ed., Editorial Porrúa, México, 1983, p. 22.

⁹⁰ Citado por LUNA CASTRO, José Nieves, El concepto del tipo penal en México, Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional, Edit. Porrúa, México, 2008, p. 2.

⁹¹ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit. p. 159. PAVON VASCONCELOS, Francisco, Ob. cit. p. 265 y ss. VILLALOBOS, Ignacio, Ob. cit. pp. 267 y ss. y CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.....Ob. cit. pp. 337 y ss.

⁹² Citado por LUNA CASTRO, José Nieves, El concepto del tipo penal., Ob. cit. p. 3

⁹³ Ibidem. p. 235.

⁹⁴ Vid. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, publicado el 3 de septiembre de 1993.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

al texto original aprobado por el constituyente de Querétaro, por lo que de manera muy sintética podemos señalar las principales reformas que se efectuaron a los textos originales de dichos preceptos.

Por lo que se refiere al artículo 16: regula los lineamientos de las órdenes judiciales de aprehensión y sus modalidades, así como las relativas a los cateos y visitas domiciliarias. De acuerdo con estos cambios existen tres mandamientos de privación de la libertad por delitos sancionados con pena privativa de libertad:

1. La orden judicial de aprehensión;
2. La orden administrativa de detención que puede dictar el ministerio público; y
3. El mandato de retención, que también compete al ministerio público respecto de los presentados por motivo de delitos flagrantes. Este plazo no puede prolongarse por más de 48 horas, en el que debe ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial y solamente puede duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

Por tanto una de las innovaciones de mayor importancia se refiere al plazo de retención del cual puede disponer el ministerio público, ya que con anterioridad no existía ninguno y si bien algunos tratadistas mencionaban el de 24 horas establecidos por la fracción XVIII del artículo 107 constitucional, este lapso se refería como se ha señalado al cumplimiento de la orden de aprehensión de carácter judicial; así comenta el maestro doctor Héctor Fix Zamudio.⁹⁵

Por su parte el doctor Moisés Moreno Hernández, refiere que en la reforma del artículo 16 constitucional, Se describen los requisitos que deben ser observados por la autoridad judicial para librar una orden de aprehensión; se destacan la adopción de las categorías *elementos del tipo penal* y *probable responsabilidad*, que deben ser acreditados por el ministerio público y constatados por el juzgador.

Asimismo el artículo 19: Precisa los requisitos para el auto de plazo constitucional, es decir, para el auto de formal prisión y el de sujeción a proceso, se sustituye la expresión cuerpo del delito por la de *elementos del tipo penal*, y la de ‘presunta’ responsabilidad por “*probable* “ *responsabilidad*.

Como refiere el doctor Moreno Hernández,⁹⁶ “el haber optado en 1993 por la expresión *elementos del tipo penal* en lugar de *cuerpo del delito*, no obedeció a un mero capricho del legislador sino a una exigencia fundamental de todo sistema penal de un Estado democrático de Derecho, que es la observancia del *principio de legalidad*, ya que la anterior categoría, además de cuestionada, no permitía una mayor observancia de dicho principio. Lo que se buscaba entonces afirma el maestro, era un criterio *más garantista*, que sólo perseguía como objetivo mejorar

⁹⁵ Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor, El Nuevo marco constitucional en materia penal, en el Ciclo de mesas redondas, La importancia y perspectivas de las Reformas Penales, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1994, México. pp. 29- 58.

⁹⁶ Cfr. MORENO HERNÁNDEZ Moisés, Las transformaciones de la legislación penal mexicana de los últimos veinte años (Los vaivenes de la política criminal mexicana), en La ciencia penal en el umbral del siglo XXI, II Congreso Internacional de Derecho Penal, Coordinador Dr. MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, Editorial Ius Poenale, México, 2001, pp. 24 y ss.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

la calidad de la procuración y administración de la justicia penal mexicana; por otro lado, esa reforma constitucional procuraba justamente que las actuaciones de los órganos del Estado se apegaran cada vez a la legalidad, y de ninguna manera que ellos fueran menos eficientes; tampoco es admisible que una reforma como ésta pudiera plantearse como objetivo el que la impunidad y la inseguridad pública se vieran incrementadas. Por ello se debió observar con mayor detenimiento lo establecido en el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y Justicia sobre estas reformas, que claramente indican lo que se buscaba.

Se clarifican los requisitos tanto para la orden de aprehensión como para el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y se adopta una nomenclatura que en la doctrina penal sustantiva ha encontrado un amplio desarrollo. Pero, si con dicho cambio se afectó de manera importante un concepto tradicional, tan fuertemente arraigado en la teoría, en la jurisprudencia y en la práctica procesales, quedaba aún por precisar los alcances de esa nueva categoría, en virtud de que la constitución no proporcionó mayores detalles sobre el particular; por lo que no obstante dicha reforma prevalecía aún la diversidad de criterios en torno al concepto de tipo penal y los elementos que lo estructuran.

Continúa el doctor Moreno, que al no señalar la reforma constitucional cuáles eran los elementos del tipo penal que el Ministerio Público y el juez debería constatar para sus respectivas resoluciones (*pues no tenía que hacerlo*) surgió la necesidad de su mayor precisión para que dicha reforma constitucional alcanzara sus objetivos en la realidad práctica; precisión que correspondía a la jurisprudencia y a la doctrina hacerlo o, en su caso, a la legislación secundaria, por lo que fue el legislador secundario el que se dio a la tarea de precisarlo en la ley, el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como en efecto sucedió en 1994.⁹⁷

1.3.2.2. Reforma constitucional de marzo de 1999, (contrarreforma).⁹⁸

A fines del año de 1997, ante la insistencia de ciertos sectores dentro del sistema de justicia penal, el Gobierno Federal, envió al Congreso de la Unión, una iniciativa de reformas legislativas, tanto de la Constitución Política como del Código Penal Federal, y de los Códigos de procedimientos penales federal como del distrito federal, y con ellas se pretendía superar el rezago de nuestro marco jurídico, y contar con herramientas que definitivamente pudieran enfrentar de manera eficaz al problema de la delincuencia e inseguridad pública, que en los últimos tiempos se había hecho especialmente grave, y que con ellas se recuperaría la confianza en las instituciones.

Sin embargo, las reformas anteriores también se habían basado en argumentos semejantes de que con ellas por fin se enfrentaría de manera eficaz a la

⁹⁷ Vid DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, publicado el 10 de enero de 1994.

⁹⁸ Vid DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, publicado el 8 de marzo de 1999.

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

delincuencia, sobre todo a la delincuencia organizada; y la funcionalidad de dichas medidas no se pudo constatar debido a que no contaron con el tiempo suficiente para proveer lo que les permitiría empezar a funcionar en los términos en que había sido diseñadas porque al poco tiempo nuevamente fueron objeto de otros cambios. Y se dijo que las reformas constitucionales de 1993 y las procesales de 1994, se modifican por no haber sido comprendidas sus bondades.⁹⁹ Se plantean en los términos siguientes los artículos 16 y 19.

Artículo 16.- (...) 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, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el *cuerpo del delito* y que hagan *probable la responsabilidad* del indiciado. (...)

Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el *cuerpo del delito* y hacer *probable la responsabilidad* del indiciado. (...)

1.3.2.3. Reforma constitucional de 18 de junio de 2008.¹⁰⁰

Con la reforma a la Constitución Política de junio de 2008, se reestructuraron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123; sin embargo únicamente se observarán los relacionados con la estructura y esencia del delito, dejando los otros que tratan de cuestiones procesales su análisis y estudio para otra ocasión.

El artículo 16.- (...)

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, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión;

(...)

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

⁹⁹ Cfr. MORENO HERNÁNDEZ Moisés, Las transformaciones de la legislación penal mexicana de los últimos veinte años (Los vaivenes de la política criminal mexicana), en La ciencia penal en el umbral del siglo XXI, II Congreso Internacional de Derecho Penal, Coordinador Dr. MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, Editorial Ius Poenale, México, 2001, pp. 38 y ss.

¹⁰⁰ Vid DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, publicado el 18 de junio de 2008.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

(...)

(...)

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, *podrá decretar el arraigo de una persona*, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por *delincuencia organizada* se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

(...)

(...)

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El Juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

(...)

Los poderes judiciales contarán con *jueces de control* que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y ministerios públicos y demás autoridades competentes.

(...)

(...)

(...)

(...).

Con este último punto, se establece un control judicial para el ministerio público investigador, para suprimir de tajo la añeja práctica que ejercía en su etapa de investigación donde era la única autoridad que manejaba la averiguación previa a su antojo que violentaba muchas veces las garantías del indiciado y para acabar con todos esos vicios se ve con beneplácito las figuras de la reforma constitucional supra citadas.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Es de observarse que estos artículos, a partir de la reforma del 18 de junio de 2008,¹⁰¹ cambiaron en su configuración varios conceptos como: que obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho, en lugar de acreditar el cuerpo del delito (figura que desaparece con esta reforma): que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, en lugar que hagan probable la responsabilidad del indiciado; el concepto de flagrancia adoptado es internacionalmente como el más adecuado para proteger los derechos humanos. Así como se establece un registro inmediato para la detención; se establecen el arraigo y delincuencia organizada a nivel constitucional.

El artículo 17.- (...)

(...)

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias, en la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial;

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes;

(...)

La federación, los estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población, y se asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del ministerio público.

(...)

Estos conceptos, como mecanismos alternativos de solución de controversias, que es una oportunidad para los afectados pues no hay necesidad de llegar hasta el juicio, para resolver los conflictos, así como la defensoría pública de calidad para la atención del imputado, quienes necesitan mejor asesoría para la solución de las controversias, se establecen como novedad a raíz de la reforma del 18 de junio de 2008 ya mencionada.¹⁰²

El artículo 18.- (...)

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley; las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.¹⁰³

¹⁰¹ Vid. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, publicado el 18 de junio de 2008.

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ Ídem.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

(...)

(...)

(...)

Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para este efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso de su defensor, e imponer medidas de vigilancia a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

En este artículo se establece como novedad que sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva; así como la aplicación de un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución: Estos últimos conceptos se establecen a raíz de la reforma del 18 de junio de 2008, y la razón fundamental consiste en despresurar las cárceles nacionales, ya que hoy en día, existe una sobrepoblación en los centros penitenciarios, y la política criminal gubernamental es dejar solamente en las cárceles a los delincuentes realmente peligrosos y no a todos que muy bien pueden acogerse a otras medidas ya establecidas por la propia constitución.

El Artículo 19.-¹⁰⁴

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un *auto de vinculación a proceso* en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como

¹⁰⁴ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.¹⁰⁵

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.- El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.¹⁰⁶

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señala la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

(...).

El Artículo 20.- Es la parte medular de la reforma del 18 de junio de 2008,¹⁰⁷ ya que establece los principios y las bases del nuevo procedimiento penal en México, así en el apartado A, se configuran los principios del nuevo sistema penal, en el apartado B, se establecen los derechos de los imputados y en el apartado C, se señalan los derechos de la víctima y del ofendido por primera vez a nivel constitucional.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Idem.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

El proceso penal *será acusatorio y oral*. Se regirá por los principios de *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*.

El apartado A establece los principios generales siguientes: ¹⁰⁸

I. -El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II.-Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III.- Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, la ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. -El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente, la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. -La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora (ministerio público), conforme lo establezca el tipo penal; las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;¹⁰⁹

VI. -Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

Con este último punto, se establece un control judicial para el ministerio público investigador, para suprimir de tajo la añeja práctica que ejercía el ministerio público en su etapa de investigación donde era la única autoridad que manejaba la averiguación previa violentando muchas veces las garantías del indiciado y para acabar con todos esos vicios se ve con beneplácito las figuras de la reforma constitucional arriba mencionados. ¹¹⁰

VII.- Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia; la ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

VIII. - El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. -Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula;

X. - Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio. ¹¹¹

Es de observarse que una de las novedades trascendentales en esta reforma es que *toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica, terminando con la práctica añeja de dejar las audiencias en manos de sus secretarios de acuerdos; y para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, la ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo, dejando atrás el hecho de sacar alguna prueba que nunca apareció en juicio; se establece excepciones cuando procede la prueba anticipada; la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, este principio es trascendental, pues se acaba con ello el injusto proceder de la autoridad investigadora de que el indiciado tenga la obligación de demostrar su inocencia so pena de ser acusado culpable, ahora se establece la presunción de inocencia y la autoridad le corresponde demostrar con suficientes pruebas la culpabilidad del indiciado; ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción; una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley, para el caso el juez citará a audiencia de sentencia; la ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad; lo anterior es sumamente importante pues se abrevia así un juicio largo y tardado e injusto; así también como cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, esto es realmente novedoso, con sólo imaginar cuantas sentencias se obtenían antaño con pruebas que eran de dudosa procedencia; afortunadamente con esta reforma quedarán para siempre desterrados los vicios que por décadas padeció nuestro sistema jurídico penal.*

El apartado B establece los derechos de toda persona imputada: ¹¹²

I. -A que se *presuma su inocencia* mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

II. -A declarar o a guardar silencio; desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio;-queda prohibida y será sancionada por la ley penal,

¹¹¹ Idem.

¹¹² Idem.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

toda incomunicación, intimidación o tortura; la confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;¹¹³

III. - A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten; tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador; la ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. -Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley; ¹¹⁴

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo; asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa; a partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa; tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo;¹¹⁵

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares;-En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención. ¹¹⁶

Es fundamental las novedades observadas en esta reforma como las siguientes: - *A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; desde el momento de su*

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio; toda incomunicación, intimidación o tortura; la confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;- a que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten; la ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada; tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

El apartado C de este artículo establece los derechos de la víctima o del ofendido en los términos siguientes:¹¹⁷

I. -Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. - Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. - Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;¹¹⁸

IV. -Que se le repare el daño; En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria; -La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño; -(...)

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación; ¹¹⁹

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Idem.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

VI. - Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos;

VII. - Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño. ¹²⁰

En el Artículo 21 se establece lo siguiente: ¹²¹

Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial. (...)

(...)

(...)

El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. ¹²²

(...)

(...)

(...)

En este artículo se establecen novedades como el ejercicio de la acción penal por parte de los particulares, hace falta que la ley secundaria establezca como funcionarán, esto es por la petición de los particulares, que a todas luces se advierte la desconfianza que aún existe del ministerio público. Sin embargo el legislador en esta reforma presenta otra facultad al ministerio público, los muy nombrados criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, donde el ministerio publico tomará la decisión si inicia o no una investigación, o al considerar que una denuncia no tiene los medios necesarios para considerar ilícito el hecho denunciado. Asimismo, al reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

El Artículo 22 de la constitución establece:¹²³

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

(...)

Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado

(...)

En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal.

II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:

- a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
- b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.
- c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delito por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
- d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.¹²⁴

Las reformas que se comentan son muy positivas, además provienen de principios fundamentales de tratados internacionales como el Pacto de San José, Convenio de Derechos políticos y civiles y Declaración universal de los derechos humanos.

1.3.2.4. Reforma constitucional de 10 de junio 011, del artículo 1º.¹²⁵

Con la reforma de 10 de junio de 2011, se modifican varios artículos sobre todo el 1º, a efecto de integrar diversas garantías para el gobernado, como se observa en lo siguiente:

¹²³ Idem.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Vid. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN publicado el 10 de junio de 2011.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

El artículo 1º de la Constitución Federal se reforma y se establece

1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

2. Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

3. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los Derechos Humanos, en los términos que establezca la ley.

4. Queda prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

5. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Con esta reforma, publicada el 10 de junio de 2011,¹²⁶ se establece un cambio estructural en la parte sustantiva de la Constitución, estos cambios son lo más importante y trascendente en los últimos años, pues se ha instaurado una nueva dimensión en cuanto a los alcances de los Derechos Humanos, erigiéndose como los factores supremos dentro del orden constitucional.

Con la inserción de la concepción de Derechos Humanos, la Constitución se reinventa adecuándose a la realidad actual, dotando de un verdadero instrumento jurídico y político al servicio de la persona.

Con la reforma del artículo 1º constitucional, se dio paso a la conformación de un Bloque de Constitucionalidad, integrado la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, este bloque implica, que los ordenamientos integrantes de éste se erijan como documentos rectores dentro del Estado Mexicano, ya que poseen supremacía formal y material respecto al resto del aparato normativo.

La integración de un Bloque de Constitucionalidad, lejos de mermar la primacía sustancial y axiológica de la Constitución, viene a fortalecer y ampliar la esfera jurídica de todas las personas.

¹²⁶ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Así pues los jueces de todas las instancias están obligados al resolver los asuntos de su competencia, tomar en cuenta antes que nada, los Tratados Internacionales que favorezcan a la persona involucrada, bajo el principio de pro- homine.

1.3.3. El delito en el Código Penal Federal de 1931. ¹²⁷

Si nos preguntamos qué es un delito: la respuesta la encontramos en el artículo 7 del Código Penal Federal, que dice “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, pero esta definición es un concepto legal incompleto, porque para sacar una definición de delito se tiene que estudiar la ley, se debe argumentar e interpretar ésta, con un método y una técnica. El método es el camino para llegar a algo y técnica es la herramienta en que se apoya para llegar a ese algo. Por tanto la ley y del estudio científico de la ley nos da componentes, construcciones y un contenido más amplio de lo que es el delito. Así el tipo penal es el análisis de los delitos en particular, pero no conlleva al análisis de toda la teoría del delito, es decir, el delito no puede ser en sentido amplio o en sentido estricto el acto u omisión que sancionan las leyes penales, porque en este caso el delito es conducta parcialmente analizada y se le agrega la punibilidad, así lo expone el Maestro Miguel Ángel Aguilar López, en el curso de capacitación para defensores públicos. ¹²⁸

Continúa el maestro Aguilar López, que para entender lo que es el delito, se deben analizar los artículos 6, 7, 8, 9, 12, 13, 15 y 18 del Código Penal Federal y así establecer una definición del mismo: ¹²⁹

“ Es la conducta típica, antijurídica y culpable, y agregar que no opera ningún excluyente del mismo, para poder afirmar que hay delito y a esto sumar a la forma de participación, de donde se desprende que la conducta es la actividad o inactividad voluntaria que produce un resultado material o formal, atribuible a quien despliega la misma conducta y que esa conducta constituye una descripción que el legislador va a determinar o constituir como delito y afirma la tipicidad bajo la exacta adecuación entre la conducta y el tipo penal; esa conducta típica debe resultar contraria a derecho, y es contraria a derecho cuando no hay una causa de licitud, consentimiento de cuidar el bien jurídico, defensa legítima, estado de necesidad, ejercicio del derecho o cumplimiento de un deber; de esta forma se afirma el injusto penal en un juicio de desvalor en un hecho, pero en la construcción del delito se va a ser el juicio de desvalor respecto del autor, el autor debe tener capacidad de comprender, el carácter de acuerdo a su comprensión, debe tener conciencia de lo que realiza, es contrario a la ley y por lo tanto debe ser exigible una conducta distinta o diferente a la asumida, para afirmar bajo estos tres elementos su culpabilidad, de esa forma se puede afirmar que el delito es una conducta típica antijurídica y culpable, artículo 15 del Código Penal Federal.

¹²⁷ Vid. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN publicado el 14 de agosto de 1931.

¹²⁸ AGUILAR LÓPEZ Miguel Ángel, Cursos de capacitación para defensores Públicos, en el Instituto Federal de Defensores Públicos, México, D.F. abril del año 2004.

¹²⁹ Idem.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Para el estudio del delito, es necesario saber qué es el método de la dogmática jurídico- penal.

El método de la dogmática jurídico penal, es el método científico basado en las disciplinas sociales que nos sirven para explicar conceptualmente el contenido de nuestra ley, por ello, es un método interpretativo y argumentativo.

El maestro Mir Puig Santiago señala, ¹³⁰ al hablar de Roxin: más importante que esta corriente extremista, es la vía media propuesta por Roxin. Este autor uno de los inspiradores del proyecto alternativo, y lógicamente en su misma línea ha formulado su programa de forma esperanzadora en su conferencia, Política Criminal y Sistema de Derecho Penal, en donde parte de la observación siguiente: en Alemania la Dogmática y Política Criminal constituyen dominios separados, faltos de la necesaria comunicación. Tal estado de la metodología es achacable al bipolar planteamiento propuesto por Von Liszt, quien consideró la pureza analítica de la dogmática necesario límite de la política criminal basado en el estudio empírico del delito y de la pena. Para Roxin ello ha impedido el enriquecimiento del método dogmático por medio de la consideración de las necesarias políticas criminales. Su objetivo es superar al dualismo metódico de Von Liszt, introduciendo la política criminal en el seno mismo de la elaboración dogmática. Roxin adelanta su función a límite interno de ésta. Sobre esta base, Roxin confiere específico significado política criminal a cada uno de las categorías sistemáticas de la teoría del delito. Roxin quiere combinar la necesaria consideración de la política criminal con la seguridad jurídica que proporciona la claridad del sistema.

Por tal razón la ley en su contenido no da un concepto de lo que es el delito y es cuando en el escrito de conclusiones se puede plantear con particularidad si se está en ausencia de conductas, ante un caso de atipicidad o ante un caso de licitud o ante un caso de inculpabilidad, respecto de la primera afirmación si hay o no hay delito, y si hay delito pero qué causa hay para excluir la responsabilidad del defendido, y esto se debe señalar en la racionalidad en la toma de decisiones.

Conducta, la conducta es una actividad o inactividad; artículo 15 del Código Penal Federal y voluntariedad que se encuentra en el párrafo segundo del artículo 7 del mismo ordenamiento, se puede deducir que es un deber jurídico de actuar interpretando el artículo 15 a contrario sensu, y de esto se puede definir lo que es delito. El artículo 15 del ordenamiento referido es básico porque el delito se excluye fracción I, cuando el hecho se realiza sin la voluntad de la parte, esta fracción se ubica en la actividad y que ésta tenga voluntariedad, el párrafo segundo del artículo 7, habla del resultado de atribuibilidad, así que para poder argumentar se necesita interpretar el contenido de la ley.

De ahí que interpretar, ¹³¹ es meterse a la ley y desentrañar su contenido para establecerlo en un argumento; por tanto, para resolver el problema, primero se debe saber cuál es el argumento y cuál es la interpretación que se le da, es por

¹³⁰ MIR PUIG, Santiago, Introducción a las bases del Derecho Penal, Editorial B. de F. Montevideo, Uruguay, 2003, p. 264.

¹³¹ JUAN PALOMAR DE MIGUEL, DICCIONARIO PARA JURISTAS,....., Ob. cit. p. 737.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

eso que hay que conocer argumentación jurídica. Asimismo, prelación es igual a orden y el derecho para su estudio se constituye en un sistema que es la hermenéutica o la interrelación de sus conceptos y siempre en un orden o en un principio de prelación, que es cuando concurren conjuntamente varias normas para resolver un hecho; pero hay una excluyente a todas las demás que es la *lex especial*, deroga a *lex general*, concusión, absorción, subsidiaridad y alternatividad.

Así tenemos que conducta: es la exteriorización de acción y omisión que tiene una caracterización primordial y que es la voluntad que tiene un resultado.

Consecuentemente el artículo 6 del Código Penal Federal, nos habla de concurso aparente de normas entre sí o conflicto de normas en el espacio, cuando aparecen varias normas legales para regular una misma materia pero es incompatible esto es una norma que excluye a las demás. Asimismo la ley especial deroga a ley general como lo prescribe el artículo 6, la ley especial prevalecerá sobre la general.

También hay que señalar que el artículo 7 del Código Penal Federal, tiene tres apartados, primero, la definición legal de lo que es el delito, segundo, habla del delito de resultado material, en que también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, como garante derivado de una ley, de un contrato o de su actuar precedente, desprendiéndose que se habla de delitos de comisión por omisión,¹³² y tercero, la clasificación de los tipos de delito por su consumación en instantáneo, permanente o continuo y continuado.

El artículo 8 del mismo ordenamiento jurídico, señala la forma de comisión que los delitos se cometen por acción u omisión, pero solamente en forma dolosa o culposa, método histórico progresista, porque ya no son preterintencionales, razones ideológicas históricas, porque ya no existe la predeterminación.

El artículo 9 del Código Penal Federal, señala qué es dolo y culpa, dolo directo o eventual, culpa con o sin representación si es previsible o imprevisible el ejemplo más sencillo, un niño diría fue sin o con intención.

El artículo 12 del mismo ordenamiento jurídico, habla sobre la tentativa. Y señala 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 consumó 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.

El artículo 13 del mismo ordenamiento jurídico, establece sobre lo que es autoría y participación.

¹³² Vid. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN publicado en enero de 1994.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

El artículo 14 del mismo ordenamiento legal, habla de delito emergente.

El artículo 15 habla respecto de las causas de exclusión del delito, los elementos del delito en aspecto negativo y en un argumento a contrario sensu se obtiene los positivos, por lo tanto el artículo 15 contiene todos los elementos del delito, elementos del delito a contrario sensu o en sentido positivo.¹³³

El artículo 18 del mismo ordenamiento jurídico, habla respecto del concurso de delitos, ideal o real.

Así de esta manera los artículos antes mencionados hablan del delito y su forma de aparición: concurso aparente, tentativa, autoría, y participación, concurso de delitos estos son las formas de aparición del delito, el delito se va a formar bajo la construcción de estos elementos; todas las teorías coinciden en que el delito se estructura con elementos; unas que el delito hay que estudiarlo como un todo otras que se estudian de manera fragmentada; la teoría dominante dice que el delito se estudia como un todo pero el contenido particularizado de cada una de sus elementos no fragmentado; por eso compiten en cuanto se incursionan en la teoría del delito y es por eso que compiten las teorías atomizadora, unificadora, totalizadora, pero todas estudian el delito de una manera sistemática, por ejemplo el causalismo, finalismo o funcionalismo, todos coinciden en que la metodología de estudio o las más certeras es la dogmática jurídico penal, sustentada bajo un método científico y por ello mediante este método se explican los artículos de manera científica.

En México se estudia el delito de manera tetratómica o heptatómica, es decir en base a los elementos que conforman el delito, es decir, conducta, típica, antijurídica, culpable; afirmar imputabilidad, y además punibilidad, se ha contemplado que la imputabilidad no es un elemento, es un presupuesto o bien del delito o de la culpabilidad; las condiciones objetivas de punibilidad son tan escasas en dos o tres delitos que no podrá constituir una generalidad en la estructura científica y la punibilidad no es un elemento del delito, es una consecuencia, el concepto de delito se arma con los artículos 7, 8, 9, y 15 a contrario sensu del Código Penal Federal.¹³⁴

Afirma el maestro Miguel Ángel Aguilar López¹³⁵, la teoría del delito reúne en un sistema los elementos que, con sustento en el Derecho Positivo, pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delito. La teoría del delito es obra de la dogmática jurídico penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho Penal. Es por ello que elaborar esta teoría con elementos claros y precisamente definidos y aplicables a cualquier delito significa ofrecer a los tribunales criterios válidos para todos los posibles supuestos que se presenten, más del caso concreto, y permite por tanto que se puede saber *a priori* y *no sólo a posteriori*, como va a calificar y decidir el tribunal en cada caso, es decir, el ciudadano no puede saber a qué atenerse, tal y como lo expresa la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la decisión del

¹³³ Código Penal Federal, publicado el 14 de agosto de 1931, en el Diario Oficial de la Federación.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ Ibidem. p. 24.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Amparo Penal Directo 3695/33, que concibe al delito como: “*el acto u omisión que sancionan las leyes penales: de modo que la consumación del delito se obtiene por el simple hecho de infringir la ley, independientemente del resultado que con ello se obtenga*”. En el mismo sentido de la ya citada sentencia el Amparo Penal Directo 3731/51, Amparo en Revisión 179/99, Amparo Directo en Revisión 670/93, la Jurisprudencia 31/99, así un concepto general de delito bien estructurado y sistematizado favorece no solo la seguridad jurídica, sino también mayor justicia en la respuesta penal al delito, de no ser así, sería violatorio de los preceptos constitucionales que lo contempla, así lo ha sostenido el criterio jurisprudencial emitido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, Octava Época, Tomo XIII, febrero de 1994, publicado en el semanario judicial de la federación.

1.3.3.1. Reformas de 1994 de la legislación penal y procesal penal.¹³⁶

De la reforma constitucional de 1993, hubo necesidad de ajustar los códigos penales a los contenidos de la constitución y a la conveniencia de introducir nuevos criterios político-criminales y dogmáticos, también acordes con los lineamientos constitucionales, para la determinación de los contenidos de los presupuestos de la pena y para individualización judicial de la misma.

1.3.3.1.1. Reformas de 1994, al Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia federal.

Se reformaron disposiciones de carácter general, sobre el delito y la responsabilidad penal, se precisan los contenidos de los presupuestos de la pena y los criterios y principios que el juzgador debe tomar en cuenta para la individualización de la pena:

- a) La regulación de la figura de la omisión impropia o comisión por omisión (art. 7 2do párrafo), en atención a las exigencias del principio de legalidad ya que este tipo de conductas hasta entonces no encontraba un sustento claro y adecuado en la ley, para con ello regular los llamados tipos de omisión impropia, en que será autor aquél que se encuentra dentro del supuesto de la ley, y generará que la situación típica de la omisión tenga la equivalencia de un tipo activo, de ahí que se ha dado por aceptar que estos tipos son reflejo de un tipo activo equivalente y que el autor se encontraba en posición o calidad de garante.¹³⁷
- b) Mayor precisión en la conducta dolosa y culposa (art. 8, 9), estableciendo los alcances que debe tener los elementos de cada uno de ellas. Se establece que el aspecto cognoscitivo debe referirse a cada uno de los elementos del tipo penal. Se señala lo relativo al aspecto volitivo, cuando se prevé “quiere o acepta”, la realización del hecho descrito en la ley, para

¹³⁶ Vid. Diario Oficial de la Federación, publicado en 10 de enero de 1994.

¹³⁷ Cfr. ARROYO DE ANDA, Guillermo, Reformas al Código Penal para el Distrito Federal, en el Ciclo de mesas redondas, La importancia y perspectivas de las Reformas Penales, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1994, México. pp. 103 y ss.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

distinguir dolo directo y dolo eventual. En la conducta culposa se agregó el elemento previsibilidad (art. 9) para distinguir la culpa con representación o consciente de la culpa sin representación o inconsciente, así como culpa consciente y dolo eventual.

- c) Una más clara regulación de la tentativa punible (art. 12) y de las formas de autoría y participación (art. 13) que cada uno de los participantes responderá en la medida de su propia culpabilidad reforzando la observancia formal del principio de culpabilidad.¹³⁸
- d) Reestructuración del catálogo de excluyentes de responsabilidad, ahora con el rubro de causas de exclusión del delito (art. 15). En este catálogo se incluyeron nuevas causas, como –la falta de alguno de los elementos del tipo penal,- el consentimiento del titular del bien jurídico, - la no exigibilidad de otra conducta, - se precisaron las fórmulas de otras excluyentes como la ausencia de conducta, el estado de necesidad, la inimputabilidad y el error, se suprimió la obediencia jerárquica, el impedimento legítimo y el miedo grave o temor fundado, considerando que ellos pueden quedar abarcados en alguna de las otras excluyentes.
- e) Se estableció como nuevo criterio para la individualización judicial de la pena el de la culpabilidad del sujeto, desechando el de peligrosidad o temibilidad del delincuente (art. 52), considerando ello como principio más acorde con un sistema penal de un Estado democrático de derecho y por tanto más garantista.
- f) Se precisó que la reincidencia no sería ya una causa de agravación de la pena, sino un dato más que el juzgador deberá tomar en cuenta para la individualización de la pena (art. 65), desechándose la idea producto de la influencia positivista que sin duda contraviene principios fundamentales del derecho penal democrático.¹³⁹
- g) Se adoptó el criterio de *numerus clausus* para la punibilidad de los delitos culposos, señalándose los casos en que sería procedente (art. 60 y 61), se precisó la punibilidad del concurso real del delito (art. 64), de la complicidad y de la autoría indeterminada (art.64), así como del error vencible sea de tipo o de prohibición (art. 66).
- h) Se estableció que el trabajo en favor de la comunidad debe funcionar no solo como un sustitutivo de la pena de prisión o de la multa, sino también como pena autónoma (art. 27).¹⁴⁰

1.3.3.1.2. Reformas a los Códigos de Procedimientos Penales Federal y Distrital de 1994.¹⁴¹

¹³⁸ Cfr. MORENO HERNÁNDEZ Moisés, Las transformaciones de la legislación penal mexicana de los últimos veinte años (Los vaivenes de la política criminal mexicana), en La ciencia penal en el umbral del siglo XXI, II Congreso Internacional de Derecho Penal, Coordinador Dr. MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, Editorial Ius Poenale, México, 2001, pp. 27 y ss.

¹³⁹ Vid. Diario Oficial de la Federación, publicado en 10 de enero de 1994.

¹⁴⁰ Ibidem, pp. 28 y 29.

¹⁴¹ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Con las reformas de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política hubo necesidad de reformar a la vez los Códigos Procesales Federal y Distrital, que sustituyeron la expresión cuerpo del delito por la de elementos del tipo penal, y se precisaron cuáles serían éstos y cómo se previó en los artículos 168 y 122 respectivamente.

En dichos artículos se establecen que los elementos del tipo penal deben ser acreditados por el Ministerio Público y constatados por la autoridad judicial, para los efectos del ejercicio de la acción penal, de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión, el maestro Moreno Hernández, ¹⁴² sintetiza en los siguientes términos dichos elementos:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

Las calidades del sujeto activo y del pasivo; el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; el objeto material; los medios utilizados; las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; los elementos normativos; los elementos subjetivos específicos, y las demás circunstancias que la ley prevea.

El maestro Moreno Hernández, ¹⁴³ señala que entre estos elementos se pueden distinguir los de carácter objetivo y los de índole subjetivo, a su vez los objetivos pueden ser descriptivos o normativos, al igual que los subjetivos comprenden a su vez en dolo y culpa, así como los especiales elementos subjetivos en el autor, como son: ánimos, propósitos, finalidades, deseos, etc., cuando el tipo penal así lo requiera expresamente.

1.3.3.2. Reformas penales de 1999. ¹⁴⁴

1.3.3.2.1. Del Código Penal Federal de 1999, se reformaron los artículos 27, 85, y 90, y se adiciona el artículo 73 bis.

En el artículo 27 se limitaron ciertos beneficios para los delincuentes; en el artículo 85 se aumentó la punibilidad para los casos de tentativa punible de delitos graves y se aumentaron los plazos de prescripción para el ejercicio de la acción

¹⁴² Cfr. MORENO HERNÁNDEZ Moisés, Las transformaciones de la legislación penal mexicana de los últimos veinte años (Los vaivenes de la política criminal mexicana), en La ciencia penal en el umbral del siglo XXI, II Congreso Internacional de Derecho Penal, Coordinador Dr. MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, Editorial Ius Poenale, México, 2001, pp. 30 y 31.

¹⁴³ Ibidem. pp. 31 y ss.

¹⁴⁴ Vid. Diario Oficial de la Federación, publicado en 9 de marzo de 1999.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

penal; en el artículo 90 se adicionaron diversos tipos penales para sancionar nuevas conductas y aumentar la punibilidad de otras.

1.3.3.2.2. Código Federal de Procedimientos Penales.¹⁴⁵

Con la reforma constitucional de 1999 (contrarreforma), se regresa a los conceptos de cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

Artículo 168.- El ministerio público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como basa del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos está acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

1.3.3.2.3. Reforma del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1999.¹⁴⁶

Con la reforma constitucional de 1999 (contrarreforma), se regresa a los conceptos de cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

Artículo 122.- El ministerio público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como basa del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tenderá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determine la ley penal.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del indiciado, la autoridad deberá constatar que no exista acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

1.3.3.3. El Código Penal para el Distrito Federal de 2002. ¹⁴⁷

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Vid. Gaceta Oficial del Distrito Federal, publicada en 16 de julio de 2002.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

El Código Penal para el Distrito Federal, tiene en su estructura los siguientes artículos:

- Art. 15 (principio de acto) el delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.
- Art. 17.- Delito instantáneo, continuo o continuado.
- Art. 18.- Dolo y culpa.
- Art. 19.- Principio de *numerus clausus* para la punibilidad de los delitos culposos.
- Art. 20.- Tentativa punible.
- Art. 21. Desistimiento y arrepentimiento en la tentativa.
- Art. 22.- Autoría y participación.
- Art.28.- Concurso de delitos.
- Art. 29.- Exclusión de delitos.
- Art. 30.- Catálogo de penas y medidas de seguridad.
- Art. 33.- Prisión.
- Art. 34.- Tratamiento en libertad de imputables.

1.3.3.3.1. Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014. ¹⁴⁸

El Código Nacional de Procedimientos Penales, que entró en vigor a nivel federal gradualmente en los términos previstos en la declaratoria que al efecto emitió el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016; derivado de la reforma constitucional de 2008. Se determina que el proceso penal será acusatorio y oral; Se regirá por los principios de: *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*. Su finalidad consiste en el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune, que se repare el daño, resolviendo los conflictos en un marco legal respetando en todo momento los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

La parte medular del procedimiento penal consiste en: Presunción de inocencia, detención por flagrancia y caso urgente y detención por orden de aprehensión dictada por el juez de la causa.

Reglas generales de medidas cautelares y terminación anticipada.

1.4. El concepto general del delito a seguir en el presente trabajo.

El concepto general del delito a seguir en el presente trabajo es la acción típica, antijurídica, culpable y punible, como lo sostienen varios autores mexicanos. ¹⁴⁹

¹⁴⁸ Vid. Diario Oficial de la Federación, publicado en 5 de marzo 2014.

¹⁴⁹ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual de..., Ob. cit. p. 165. En el mismo sentido escriben los maestros mexicanos VILLALOBOS, Ignacio, Ob. cit. p. 211, CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit. p. 118, Porte Petit, Ob. cit. p. 235.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

CAPÍTULO SEGUNDO

FORMAS DE COMISIÓN DEL DELITO: ACCIÓN Y OMISIÓN.

OMISION PROPIA Y OMISION IMPROPIA O COMISION POR OMISION.

SUMARIO. 2. 1. Formas de comisión del delito. Acción y omisión. 2. 1. 1. Acción concepto. 2.1.1.1. Acción strictu sensu. 2.1.1. 2. Acción lato sensu. 2.1. 1. 3. Elementos de acción. 2.1.1.3.1. Voluntad. 2.1.1.3. 2. Nexo de causalidad. 2.1.1.3.3. Resultado de la acción. 2. 2. Omisión. Concepto. 2. 2. 1. Concepto ontológico. 2. 2. 2. Concepto normativo. 2. 2. 3. Clases de omisión. 2. 2. 3. 1. Omisión propia. 2. 2. 3. 1. 1. Elementos de omisión propia. 2. 2. 3. 1. 1. 1. Voluntad. 2. 2. 3.1.1.2. Inactividad. 2. 2. 3.1.1.3. Deber jurídico de actuar. 2. 2. 3. 1.1.4. Resultado típico. 2. 2. 3.1.2. Elementos de omisión propia según la doctrina moderna. 2.2.3.1.2.1. Situación típica. 2.2.3.1.2.2. Ausencia de la acción esperada. 2.2.3.1.2.3. Capacidad para realizar esa actividad. 2. 2. 3. 1. 3. Delitos de omisión propia. 2. 2. 3. 2. Omisión impropia o comisión por omisión. Concepto. 2. 2. 3. 2. 1. Elementos de la comisión impropia. 2.2.3.2.1.1. Voluntad dolosa o culposa. 2.2.3.2.1.2. Inactividad. 2.2.3.2.1.3. Un deber de actuar. 2.2.3.2.1.4. Resultado típico y material. 2. 2. 3.2.1.5. Relación de causalidad o imputación objetiva. 2.2.3.2.2. Elementos de la comisión por omisión según la doctrina moderna. 2. 2. 3. 2. 2. 1. Situación típica. 2. 2. 3. 2. 2. 2. Ausencia de acción determinada. 2. 2.3.2.2. 3. Capacidad de realizarla (evitación). 2.2.3.2.2.4. Posición de garante. 2.2.3.2.2.5. La producción del resultado material. 2.2.3.2.2. 6. La posibilidad de evitarlo. 2.2.3.2.3. Análisis dogmático y doctrinal de la comisión por omisión u omisión impropia. 2. 2. 3. 2. 4. Delitos de omisión impropia o comisión por omisión. 2. 2.3.2.5. Diferencias entre delitos de comisión por omisión y delitos de omisión propia. 2.2.3.2.6. Ausencia de conducta, Vis absoluta, vis maior, movimientos reflejos.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

2. 1. Formas de comisión del delito: Acción y omisión.

La conducta humana es el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto del que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten esa conducta humana en delito, y por tanto el derecho penal, es un derecho penal de acto y no de autor señala el maestro español Francisco Muñoz Conde.¹⁵⁰

Así, del derecho penal de acto se deduce que no pueden constituir nunca delito, ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzcan en actos externos, como tampoco pueden constituir delitos los actos de los animales, ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza, por más que puedan producir resultados lesivos (la muerte de una persona o la destrucción de una cosecha), por tanto el hecho o acto que ha de considerarse delito tiene que ser un acto humano, sostiene el autor citado.¹⁵¹

En el mismo sentido los autores mexicanos Celestino Porte Petit,¹⁵² Raúl Carrancá y Trujillo,¹⁵³ Francisco Pavón Vasconcelos,¹⁵⁴ Ignacio Villalobos,¹⁵⁵ y Jiménez Huerta Mariano,¹⁵⁶ enseñan como primer elemento del delito el hecho o la conducta humana.

Por tanto, la conducta humana es el movimiento corporal voluntario a efecto de producir un resultado en el mundo exterior, o poner en peligro ese mundo exterior o bien jurídico. Se habla entonces de los términos hecho, conducta, acción o acto para referirnos de delito.

Así cuando se habla de conducta humana primordialmente del movimiento corporal que produce el resultado ha de ser voluntario para que tenga validez jurídica, entonces puede ser positivo o éste negativo, es decir, un hacer o no hacer o abstenerse, y cuando es un hacer positivo nos referimos a la conducta en estricto sensu, y latu sensu cuando estamos hablando de abstenerse u omitir, no hacer nada de lo que se esperaba. Por tanto el primer elemento del delito es la presencia de una acción u omisión.

2.1.1. Acción, concepto.

¹⁵⁰ MUNOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito....., Ob. cit. p. 9.

¹⁵¹ Ibidem. p. 10.

¹⁵² PORTE PETIT GANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la parte general de derecho penal, 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 1987.pp. 202 y 23.

¹⁵³ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal mexicano, parte general, 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1980, pp. 262 y 263.

¹⁵⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual de derecho....., Ob. cit. pp. 165 y 166.

¹⁵⁵ VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano....., Ob. cit. pp.231.

¹⁵⁶ JIMÉNEZ HUERTA Mariano, Derecho Penal Mexicano, T.I, 4ª edición, Edit. Porrúa, México, 1983. p. 106.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

La acción como ya se anotó líneas arriba, se utiliza en forma sinónima como conducta, consiste en el movimiento corporal voluntario para producir un resultado en el mundo exterior, o poner en peligro ese mundo exterior, incluso como muchos tratadistas lo señalan la conducta, acto u omisión, al referirse como primer elemento del delito. Por ello dice Villalobos,¹⁵⁷ que *“todo acto humano es, esencialmente, una manifestación de voluntad”*.

2.1.1.1. Acción strictu sensu.

En la acción strictu sensu, o hacer positivo, el sujeto activo de la conducta, realiza exactamente lo que describe el tipo penal, o lo prohibido por la norma penal, aunque en este sentido ninguna norma prohíbe lo que hay que hacer o lo que no debe hacerse, ya que conforme lo expresado por el maestro Santiago Mir Puig,¹⁵⁸ las disposiciones o sanciones que encontramos en la norma penal, son reglas primarias y secundarias lo que sustentan o describen los tipos penales o normas penales, ya que éstas se apoyan sobre los principios o dogmas que la norma penal protege, así escribe el maestro español, al tratar los puntos precepto y sanción. Norma primaria y norma secundaria, al respecto dice: Rodríguez Devesa otro autor español, que considera preferible esta terminología a la de precepto y sanción utilizada por un sector de la doctrina ya que no es exacto que el precepto se limite a una parte de la ley penal, puesto que la ley es una unidad en la que el precepto va unido indisolublemente a la sanción, sería equivocado dice el autor citado, equiparar precepto y presupuesto, porque el presupuesto no es por sí solo ningún precepto. Pero lo cierto es que, bien entendida la contraposición de precepto y sanción no se corresponde con la de presupuesto y consecuencia jurídica, sino que responde a una perspectiva distinta. Mientras que este último par de conceptos describe sólo la estructura lógica de la norma, el primero apunta a su esencia imperativa. Presupone que la norma posee naturaleza imperativa (que es una prohibición o un mandato). Pero aún así resulta incompleto contraponer precepto y sanción, en toda norma se expresan dos preceptos distintos, y no sólo uno; el primero, dirigido al ciudadano, le prohíbe u ordena actuar de determinada forma (norma primaria), y el segundo, a que se dirige al juez, le obliga aplicar la consecuencia jurídica cuanto concurra al presupuesto de hecho (norma secundaria). Las normas penales o más bien las leyes penales se distinguen de las demás normas jurídicas por el mandato penal de la norma secundaria (el deber del juez de imponer una sanción o pena).

Así ambos preceptos poseen su sanción: para la norma primaria la prevista en la concreta disposición de que se trate. Se resume: 1) Desde el punto de vista de la estructura lógica sólo es válida la distinción de presupuesto y consecuencia jurídica; 2) La distinción precepto-sanción alude al significado imperativo más que la estructura formal, de la norma penal; pero para que sea válido ese nivel, debe completarse al distinguir entre norma primaria y norma secundaria. Adviértase que la estructura lógica de la norma de la que se viene hablando tiene carácter

¹⁵⁷ Ibidem. p. 232.

¹⁵⁸ MIR PUIG, Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal, 2ª edición, Editorial B.de F., Montevideo, Paraguay, 2003, p. 22.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

hipotético; así, si alguien mata a otro (presupuesto), será castigado (consecuencia); y esta estructura hipotética es la que corresponde a lo que, según se ha visto, recibe el nombre de norma secundaria, es decir, la que impone al juez el deber de imponer la sanción. Equivale a decir: si alguien hiere a otro, el juez deberá castigarle. En otros términos la redacción de las proposiciones jurídico-penales sólo expresan de forma directa la norma secundaria. La norma primaria, la que prohíbe u ordena una conducta al ciudadano, no se formula directamente por la ley, sino que sólo cabe inferirla indirectamente de la misma. En esto se basan las teorías de las normas de Binding y la teoría de las normas de cultura de M. E. Mayer.

Así tenemos que, al hablar de acción en estricto sentido, queremos decir, de un hacer positivo la realización de cierto movimiento corporal para producir un resultado, ejemplo: el artículo 265 del Código Penal Federal, establece: *al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, ... se le impondrá prisión de ocho a catorce años.* O el artículo 302 del mismo ordenamiento legal citado, ¹⁵⁹ que a la letra dice: *comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro;* donde como observamos en el primer caso, el verbo nuclear es realizar la cópula, y en el segundo caso es privar de la vida a otro, adviértase que el sujeto activo o la acción del hombre consiste en realizar positivamente una actividad para colmar el tipo penal, u obtener el resultado.

2.1.1.2. Acción lato sensu.

La acción lato sensu o de amplio sentido, la podemos entender como acto, manifestación de la voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda. El acto es una conducta humana voluntaria que produce un resultado, como afirma el maestro Jiménez de Asúa.
¹⁶⁰

Existe una polémica tan grande entre los penalistas respecto del concepto del acto, así tenemos desde Max Ernesto Mayer, quien niega como elemento general del delito puesto que él habla de acontecimiento y no de acciones, así también con Edmundo Mezger, quien menciona en su magna obra como primer elemento del delito el concepto de hecho.

Sin embargo el concepto de acción en el sentido más amplio, como señala Jiménez de Asúa, al decir, que la manifestación de la voluntad se produce también por no hacer lo que se espera y deja sin mudanza o cambio de ese mundo externo cuya modificación se esperaba, es decir, el sujeto interviniente deja de hacer lo que la ley le ordena, resultando la figura de omisión, lo que se verá más adelante.

¹⁵⁹ Vid. CODIGO PENAL FEDERAL, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de agosto de 1931.

¹⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La ley y el delito....., Ob. cit. p. 210.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

2.1.1.3. Elementos de la acción.

Desde la época del sistema causalista, se señalan como elementos de la conducta los siguientes:

- a) Manifestación de la voluntad;
- b) Resultado; y
- c) Nexo causal entre manifestación de la voluntad y el resultado.

Así dentro del sistema causalista es común la idea de que los elementos de la acción son:

La manifestación de la voluntad; el resultado; y el nexo causal entre manifestación de la voluntad y el resultado.

Sin embargo, dentro de los sistemas finalista y funcionalista se observan otros elementos como los siguientes: a) Un comportamiento humano, un hacer positivo o un omitir del hombre; b) Dominio efectivo de ese comportamiento o cuando menos, posibilidad de ser dominado por la voluntad humana; y c) Relevancia social, es decir, que se trate de un comportamiento que relacione al hombre con el mundo que le rodea, susceptible de ser objeto de un juicio de valor según las consecuencias deseables o indeseables que provoca en la esfera social, como señala el maestro Miguel Ángel Aguilar López.¹⁶¹

2.1.1.3.1. Voluntad.

Es el momento de la realización del acto positivo, ese acto debe alterar el mundo externo, o por lo menos poner en riesgo esa mutación.

Se advierte que la voluntad de que se habla en este sistema es una voluntad del individuo que no está contenida en la acción como parte integrante de ella, sino que la acción para ser tal, requiere meramente de voluntariedad, según expresa el autor Jescheck Hans Heinrich,¹⁶² por su parte Hans Welzel, refiere que voluntad es algo concreto, cuando queremos algo, en tanto que voluntariedad es querer cualquier cosa, un querer simple, no concreto.¹⁶³

Como se observa diferente es el planteamiento que presenta el sistema finalista ya que se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad consciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista. Ella es el factor de dirección, que sobredetermina el acontecimiento causal exterior. Sin el cual a éste, destruido en su estructura material, degeneraría en un proceso causal ciego, por eso, pertenece también a la acción, la voluntad finalista, como factor que conforma objetivamente el acontecimiento real.

¹⁶¹ AGUILAR LÓPEZ Miguel Ángel, El delito y....., Ob. cit. p. 34.

¹⁶² JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho..., Ob. cit. p. 292.

¹⁶³ WELZEL, HANS, El nuevo sistema del derecho penal....., Ob. cit. p. 28.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

En esta dirección objetiva del acontecimiento causal la voluntad finalista, se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo, es decir: el objetivo que quiere alcanzar; los medios que emplea para ello; y las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios.

La actividad finalista no sólo comprende la finalidad de la acción, sino también los medios necesarios y las circunstancias secundarias necesariamente vinculadas. La acción finalista es una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movimiento y las consecuencias secundarias vinculadas con ellos, según sostiene Welzel.¹⁶⁴

2.1.1.3.2. Nexo de Causalidad.

Como se ha dicho, escribe Luis Jiménez de Asúa,¹⁶⁵ delito: es en primer término una conducta, o mejor dicho un acto humano, que comprende de una parte la acción ejecutada (*acción sensu strictu*) y la acción esperada (*omisión*), y de otra el resultado sobrevenido. Para que éste pueda ser inculpa precisado precisa existir un *nexo causal o una relación de causalidad* entre el acto humano y del resultado producido.

Refiere el maestro: existe esa relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto (“conditio sine qua non”). Esta es la prueba hipotética negativamente formulada, más que una definición de la causalidad.

Por su parte Von Hippel señala que la controversia científica sobre la relación causal es una conquista de los tiempos más recientes, en los comienzos de la edad moderna, sólo se suscitó la cuestión del nexo causal en algunos hechos especiales y concretos como (homicidio, lesiones participación de varias personas en un delito), y en cambio la moderna dogmática investiga en todos, como subraya el maestro Beling, en su interesante artículo el estado actual de la doctrina de la causalidad en Derecho Penal, en conclusión ha de plantearse el problema de la relación causal en todos los delitos dolosos y culposos, puesto que el acto requiere tal nexo entre el movimiento corporal y el resultado, citados por Jiménez de Asúa.¹⁶⁶

En nuestro sistema jurídico actualmente es indispensable manejar dicha figura pues con ello acreditamos la participación del sujeto activo y así el juez contará con los elementos indispensables en la resolución de los casos concretos.

En nuestro Derecho Penal, concretamente en la doctrina mexicana, el maestro Pavón Vasconcelos,¹⁶⁷ se ha preocupado en el tema de la causalidad en el

¹⁶⁴ Ibidem. p. 29.

¹⁶⁵ Ibidem. p. 221.

¹⁶⁶ Ibidem. p. 222.

¹⁶⁷ PAVON VASCONCELOS, Francisco, La causalidad en el Delito, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1983. pp.47 y ss.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

delito, en donde trata la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, teoría que nace en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX y propala el siguiente concepto: causa es la suma de todas las condiciones positivas o negativas que concurren a producir el resultado. Y plantea como ejemplo: imaginemos una cadena de hierro y pensemos en que cada eslabón constituye una condición causal; si para la teoría de la equivalencia, causa es la suma de todas las condiciones, la causa de la cadena lo será el conjunto de los eslabones que la forman.

Por otra parte, la propia teoría afirma que cada una de estas condiciones causales es equivalente en su valor causal, es decir, que todas las condiciones tienen el mismo valor entre sí; de esta manera, tan importante es para la producción del resultado la primera como la última o la intermedia de dichas condiciones. En consecuencia si todas ellas, por sí mismas, tienen el mismo valor causal, cada una de ellas es causa del resultado.

Otras de las teorías muy importantes para el mismo tema son la teoría de la causación adecuada o adecuación y la teoría de la causa jurídicamente relevante, como señala el maestro Miguel Ángel Aguilar; ¹⁶⁸ son teorías que sirven para explicar o investigar los casos difíciles en materia penal, sobre todo para tener la certeza de quien fue realmente el autor a quien imputar un resultado, sin embargo como dice el autor citado, estamos en el umbral de la vigencia de una nueva teoría que como se augura servirá para facilitar la investigación o el esclarecimiento de los hechos más complicados, nos referimos a la *teoría de la imputación objetiva*, que como siempre sucede en estos casos, ya está vigente en Europa continental y gran parte de suramérica, y que México no debe ser la excepción, por lo que ya se comienza a escuchar los comentarios y señalamientos de esta figura jurídica.

2.1.1.3.3. Resultado de la acción.

Como lo sostienen la mayoría de los tratadistas, el resultado es el producto de un comportamiento humano, atribuible al sujeto de la acción.

Así, al realizarse en el mundo exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado, este resultado ya no es parte integrante de la acción, sino el producto de dicha acción.

La acción es manifestación de la voluntad y la modificación que se produce en el mundo exterior a consecuencia de la manifestación. La distinción entre acción como simple manifestación y el resultado como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad, tiene gran importancia para el derecho penal como refiere Muñoz Conde. ¹⁶⁹

Sin embargo, hay dos tipos de resultado como producto del comportamiento humano, tenemos el resultado jurídico y el resultado material.

¹⁶⁸ Ibidem. p. 53.

¹⁶⁹ Ibidem. p. 21.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

El resultado es jurídico cuando con la simple manifestación de voluntad se integra el delito como en el caso del delito de injuria, portación de arma, donde con la simple descripción del tipo penal se obtiene el delito, son los delitos de mera actividad.

En los delitos de resultado material, ese resultado se obtiene con el cambio del mundo exterior, o puesta en peligro el bien jurídico protegido, ejemplo en el delito de homicidio, que para integrar el delito o más bien el producto del cambio del mundo exterior, es necesario contar con la producción del cambio en el mundo exterior, es decir, con el muerto, como resultado de la acción manifestada.

Así pues, las consecuencias o efectos de una acción como en el homicidio, son muy variados, la muerte de un hombre, los sentimientos o sufrimientos de los parientes de la víctima, la esposa o los hijos, cada una de ellas conlleva unas consecuencias.

En este caso, la principal preocupación en la doctrina y la jurisprudencia, como dice el maestro Miguel Ángel Aguilar,¹⁷⁰ consiste en determinar los presupuestos que deben concurrir para que se pueda afirmar que un determinado resultado es consecuencia de la acción, como se aclara en los siguientes criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“NEXO DE CAUSALIDAD. Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra cosa que la denominada de la *conditio sine qua non* de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad”.

“HOMICIDIO. RELACION DE CAUSALIDAD Y EFECTO. Si los disparos efectuados por los acusados causaron la caída del sujeto pasivo, provocándose el traumatismo craneo encefálico que le ocasionó la muerte, poco interesa que los proyectiles no causaron una lesión mortal, si debido a los impactos, hicieron caer a la víctima por perder el equilibrio, como si personalmente los inculpados lo hubiesen empujado y golpeado en el cráneo, puesto que de no haber recibido tales disparos no se hubiera caído ni producido el traumatismo; de aquí que se establezca eficiente relación de causalidad entre la conducta y el resultado”.

¹⁷⁰ Ibidem. p. 46.

“RESPONSABILIDAD PENAL Y CAUSALIDAD. Para declarar penalmente responsable al acusado, es necesario que se acredite el nexo de causalidad entre la conducta ilícita que se le imputa y el resultado dañoso producido”.

“RESPONSABILIDAD PENAL. Para declarar penalmente responsable al acusado, es necesario que se acredite el nexo de causalidad entre la conducta ilícita que se le imputa y el resultado dañoso producido”.

2.2. Omisión. Concepto.

Omitir, proviene del latín *omittere*, que significa; dejar de hacer alguna cosa.
171

Omisso. No ejecución, abstención.

Si con la acción positiva del hombre se comete un delito, la omisión es otra forma de cometer algún delito que llega a sancionar con la norma penal.

Omitir es no hacer nada, sin embargo para el derecho penal la omisión siempre va referida a una acción esperada, y es lo que castiga el derecho penal. Se dice que el legislador castiga la *no realización de la acción mandada o la acción esperada*, es aquí donde se infracciona la norma dispositiva.

2.2.1. Concepto ontológico.

El derecho penal tiene por objeto únicamente y como tal como señala el artículo 1º del Código Penal Español “Acciones y Omisiones”, dice el maestro español Gimbernat Ordeig Enrique; ¹⁷² de la misma manera encontramos en el artículo 7º del Código Penal Federal mexicano, y así casi en los códigos penales de todos los países.

Sin embargo, ninguna de estas dos expresiones son un concepto jurídico, más bien son extraídas del lenguaje común y corriente, y se emplean dentro de los más variados contextos, ajenos por completo al mundo del derecho penal y, en general al mundo del derecho.

De tal suerte que el concepto omisión (no hacer algo), al igual que la acción (hacer positivo), es un concepto ontológico, no valorativo, pertenece a la esfera del ser y no del deber ser, porque abarca tanto comportamientos buenos como malos, sin tener que referir al mundo de los valores, ambos son manifestaciones de la voluntad humana en forma activa (positiva) o en forma pasiva (omisiones).

La omisión es por tanto un no hacer algo que se debería hacer, sigue diciendo el maestro Gimbernat Ordeig, ¹⁷³ puede definirse la omisión como aquel comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción

¹⁷¹ Vid. Diccionario Enciclopédico Larousse, de la Lengua Castellana, 8ª Edición, Ediciones Larousse, México 2005.

¹⁷² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Estudios sobre el delito de omisión, INACIPE, México, 2003, p. 13.

¹⁷³ Ídem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

derterminada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara.

El maestro Cuello Calón Eugenio, afirma que la omisión consiste en una inactividad voluntaria, cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Asimismo, Sebastián Soler, autor argentino, señala que el delincuente puede violar la ley, sin que un solo músculo de su cuerpo, se contraiga por medio de omisión o abstención, como también el maestro Eusebio Gómez dice, que los delitos de omisión son aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen como base determinada, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio, así el maestro Castellanos Tena señala que en los delitos de acción se hace lo prohibido y en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente, por tanto en los delitos de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva. ¹⁷⁴

Por su parte Armin Kaufmann, ¹⁷⁵ afirma la omisión exige conceptualmente la capacidad (posibilidad) de ejecutar una determinada acción; pero esto sólo no basta; es necesario además, para que se pueda hablar de omisión, que esa acción que se podía (aspecto ontológico) se hubiera debido también ejecutar (aspecto normativo de la omisión).

Por otro lado, Novoa Monreal, ¹⁷⁶ señala que el concepto de omisión está no solamente fuera de la teoría del delito, sino que también fuera del derecho penal. La omisión es una categoría común a todo el derecho, forma parte por ello de una teoría general del derecho, encuentra su fundamento en los fines propios de éste y su explicación en plano jurídico debe anteceder a cualquier vinculación de ella como problemas de índole específicamente penal, y la forma de un mandato (pasiva) está destinada a abstener acciones humanas necesarias para supervivencia y desarrollo del orden previsto (por lo que predomina en ellas un sentido y de cambio).

El maestro Miguel Ángel Aguilar señala que del artículo 7º del Código Penal Federal mexicano, se desprende que no sólo la acción, sino también la omisión originará la presencia de un delito, si se encuentra sancionada por la ley. En efecto, el derecho penal junto a las prohibiciones norma de determinación que exige abstenerse de realizar una determinada acción o provocar un determinado resultado existen los mandatos, que obligan o exigen la realización de una acción determinada. ¹⁷⁷

Por otro lado, el autor Plascencia Villanueva señala que en la omisión es dejar de hacer algo previsto por la ley, por ende, la conducta omisiva no implica algo tan simple como la falta de movimiento corporal, pero sí la voluntad de no realizar

¹⁷⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de....., Ob. cit. p. 143.

¹⁷⁵ Ibidem. p. 16.

¹⁷⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo, Fundamentos de los delitos de omisión, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, pp.16 y 22.

¹⁷⁷ Ibidem. p. 73.

el acto que, de haberse efectuado, no hubiera lesionado o puesto en peligro un bien jurídico (citado por Miguel Ángel Aguilar).¹⁷⁸

Por su parte Jescheck Hans-Heinrich,¹⁷⁹ sostiene que el delito omisivo es, al igual que el delito de comisión imprudente, una forma especial de aparición de la acción punible y que estos tipos de delitos pueden ser cometidos tanto dolosa como imprudentemente. Los delitos omisivos, de la misma forma que los comisivos, integran el concepto superior del “comportamiento humano de considerable alcance social” pero se diferencian esencialmente de los delitos cometidos mediante un hacer positivo en que no es posible una traslación inmediata de los conceptos y reglas jurídicas desarrolladas para los delitos de comisión; de ahí que la Dogmática Penal de estos últimos deba ser adaptadas a las circunstancias especiales de los delitos de omisión.

Pero tampoco pueden procederse esquemáticamente de acuerdo con la supuesta vigencia de un “*principio de inversión*”, según el cual los mismos presupuestos de los delitos de acción y omisión deben conducir siempre a consecuencias exactamente contrarias. Más bien en los delitos omisivos debe tener bajo lugar la *adaptación* de cada problema acorde con el sentido de las formas de pensar desarrolladas para los delitos de comisión. Dado que la omisión no responde a la misma realidad que el hacer positivo, sino que sólo puede ser imaginada como la *frustración* de una expectativa y posible acción del autor, en el concepto de omisión deben ser asumidos elementos que no poseen su equivalencia en los delitos de comisión. Por medio de estas adaptaciones y complementos la estructura de los delitos de omisión se vuelve más complicada que la de los delitos de acción.

2.2.2. Concepto normativo.

Norma.-Precepto fundamental de la validez y la unidad de todo un orden normativo jurídico, significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que regula la conducta humana en un tiempo y lugar definidos, prescribiendo a los individuos deberes y facultades, y establecen sanciones correctivas en el caso de que dichos deberes no son cumplidos;¹⁸⁰ por lo que normativo, se refiere algo relativo a la norma.

En épocas recientes en las últimas décadas del siglo pasado, se ha observado un extraordinario auge del normativismo, así vemos en el sistema teleológico-valorativo de Roxin que enlaza con la dogmática basada en la filosofía jurídica neokantiana de la escuela sudoccidental alemana, o filosofía de los valores, o como en el funcionalismo de Jakobs, basada en la teoría social sistémica, de Luhmann, con la influencia del pensamiento de Hegel, donde no sólo se niega la vinculación del Derecho Penal a las estructuras lógico-objetivas de la materia de regulación señalada por Welzel, sino en el caso del funcionalismo sistémico de

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ JESCHESCK, Hans-Heinrich y WEINGEND, Thomas, Tratado de..., Ob. cit. p. 644.

¹⁸⁰ JUAN PALOMAR DE MIGUEL, Diccionario para juristas, Ediciones Mayo, México, 1981. p. 915.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Jakobs, se niega todo condicionamiento de los conceptos por datos fácticos, según observa el maestro Cerezo Mir José.¹⁸¹

Según el autor Benavente Chorres Hesbert,¹⁸² el tratamiento que se le ha dado a la omisión es de un corte ontológico, o sea, que la misma (omisión) constituye una realidad prejurídica, un comportamiento real y que a partir de un sustrato ontológico determinar los elementos que fundamentan la responsabilidad del omitente, los cuales son: la relación de causalidad y la posición de garante, y que sin embargo se han podido colegir el fracaso de tal método de estudio, ya que en el mundo del ser la expresión de voluntad dirigida a un fin se cristaliza a través de acciones.

A pesar que se diga que en las omisiones el sujeto objetiviza su voluntad en forma diversa a la acción, a la hora de exponerse cuáles son las formas de exteriorización específicamente omisivas, aparecerán enunciados negativos (no hacer algo determinado, no aplicar la energía no realizar la acción mandada), así origina una especie de “realidad negativa” inexistente e inadecuado como fundamento por la responsabilidad jurídico-penal, esto es, “descripciones como no hacer algo, no son percibidas sensorialmente, ni presenta un entorno empírico, pero que, sin embargo, es habitual hablar que determinado hecho se omitió, porque aquel sujeto que pronuncia tal mandato, lo realiza desde una determinada perspectiva, como los padres de familia como educadores de su hijo, omisión que el mismo sujeto (hijo), omitió estudiar para su examen de matemáticas, porque sus notas así lo revelan, o porque lo vieron jugando todo el día, o porque sufrió un accidente que originó que fuera al hospital de emergencia, etc. Se aprecia que el observador (padre de familia) compara la conducta del sujeto (hijo) la situación en su globalidad, desde una perspectiva o norma (en el sentido de regularidad); ello determina que el sentido omisivo del comportamiento es el de omitir estudiar y no uno de los otros denunciados que se revelarían, en tal situación como afirmaciones carentes de sentido.

En ese orden de ideas, dice Hesbert,¹⁸³ la omisión en el derecho penal sólo podrá ser formulada como enunciado por un tercer observador, cuando esté posicionado desde una determinada perspectiva: *la norma jurídica penal*, es decir, solamente conceptos normativos (extraíbles desde el tipo penal) puede entenderse y dotar de contenido a la omisión (propia e impropia). Este método de estudio se le conoce como normativismo. Así, el normativismo establece la necesidad de que el derecho penal trabaje con conceptos normativos y abandone definitivamente los criterios ontológicos, lo cual encontrará su aplicación dentro de cada una de las categorías del delito.

Sin embargo, este método de trabajo no implica una desconexión con la estructura real de una sociedad determinada, así como del material fáctico que será el objeto a valorar normativamente.

¹⁸¹ CEREZO MIR, José, Ontologismo y Normativismo en el Finalismo de los años cincuenta, en Revista Peruana de Ciencias Penales, No 15, Editorial Idemsa, Lima, Perú, 2004. p.101.

¹⁸² BENAVENTE CHORRES, Hesbert, La imputación objetiva en la omisión impropia o comisión por omisión, Editorial Flores editor, México, 2011. pp. 117 y ss.

¹⁸³ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, La imputación objetiva....., Ob. cit. p. 119.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

De tal manera superadas las corrientes ontológicas de la teoría del delito, aparece la teoría normativista en la que la concepción del derecho penal se normativizan (de donde deriva su nombre) según los fines y funciones que tenga el mismo (derecho penal) dentro de la sociedad, de esta manera, la legitimación del Derecho Penal debe encontrarse dentro de la sociedad cuya identidad normativa busca proteger. El Derecho aparece dentro de la misma sociedad como un sistema que, como todos, busca reducir la complejidad. De ahí que la única forma de seleccionar una de las múltiples posibles descripciones negativas de la intervención de un sujeto en una situación es hacerlo desde una perspectiva: *el tipo penal*.¹⁸⁴

Por su parte, Bacigalupo Zapater Enrique, quien en su primera etapa de investigador en su obra los Delitos impropios de omisión, escrita en 1969, dentro del finalismo de Welzel adoptó el ontologismo para realizar dicho estudio, donde afirmó que la omisión no tiene existencia alguna y que lo único que tiene existencia es la acción efectivamente realizada, sólo hay ontológicamente acciones positivas y que algunas realizan un tipo penal en la medida que están descritas en la ley, como prohibidas, mientras que otras, igualmente positivas, realizan un tipo justamente por no ser las descritas en la ley, como mandadas.¹⁸⁵ Sin embargo, este autor, en sus obras recientes como en Principios de Derecho Penal y su Tratado de Derecho Penal,¹⁸⁶ parte ya no de la estructura de la forma de comportamiento de acción –omisión, sino de estructuras normativas: responsabilidad de la propia organización –responsabilidad institucional donde se aprecia un cambio metodológico, un paso del Ontologismo hacia el Normativismo.

Por otro lado, Silva Sánchez Jesús María, en su obra El delito de omisión, concepto y sistema, presentada en 1985, afirma: la omisión surge en virtud de un juicio de imputación que se produce en el tipo. Mediante dicho juicio se atribuye (imputa) a la conducta del sujeto la no realización de una prestación positiva estimada (ex ante) como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico.¹⁸⁷

Este autor considera que lo decisivo en los tipos de omisión es la obtención de prestaciones positivas de unos individuos a favor de otros con el fin de mejorar o potenciar situaciones jurídicas. Así el concepto de omisión se vincula a la existencia de un contenido material prescriptivo de prestación positiva.

¹⁸⁴ Ibidem. p. 120.

¹⁸⁵ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Los delitos Impropios de omisión, 2ª edición, Editorial Temis, Colombia, año 1983, p. 71.

¹⁸⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Tratado de derecho Penal, T.II, Editorial Ara, Lima Perú, año 2004. p. El autor citado afirma lo siguiente: “si uno admite que la ciencia no tiene puntos de partida demostrables y excluyentes, como lo sostiene Popper y gran parte de la filosofía actual, creo que no hay que escandalizarse por el paso del ontologismo al normativismo. Ambos son puntos de partida legítimos: nadie puede asegurar que partir de la estructura de la forma del comportamiento (acción y omisión) sea más legítimo que partir de las estructuras normativas (responsabilidad por la propia organización y responsabilidad institucional”.

¹⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, El delito de Omisión, Concepto y Sistema, Editorial B. de F., Argentina, 2006. p. 158.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Refiere el autor, ¹⁸⁸ parte de la distinción entre acción y omisión, las cuales no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos. En el plano del ser, sólo hay procesos causales, algunos de los cuales que son capaces de sentido, esto es, interpretables y no meramente explicables, reciben el nombre de acciones. Éstas al ser contempladas desde perspectivas normativas (es decir, a partir de algún sistema de normas), pueden manifestarse como comisiones o como omisiones. Este autor, considera que comisiones y omisiones se distinguen normativamente. Las primeras expresan injerencias en la esfera jurídica de terceros (empeoramiento del estado de los bienes jurídicos ajenos) lesiones de su autonomía. Las segundas expresan la ausencia de una intervención en salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros y por tanto vulneran principios de solidaridad.

Asimismo, Jakobs autor alemán, en su estudio Acción y omisión, correspondiente al funcionalismo sociológico, ¹⁸⁹ considera que en una sociedad tan compleja como la actual el derecho penal no pretende sino ser un medio a través del cual sean posibles las relaciones sociales, y en ese sentido, como sistema regulador de la existencia de personas a quienes se impone como deber principal a cada uno de sus miembros no dañar a otra persona. Dicho deber Jacobs lo denomina relación negativa lleva implícito a su vez una relación positiva, pues significa reconocer al otro como persona.

Asimismo habla de deberes negativos y de deberes positivos, y cuando estos deberes no son observados por el individuo, éstos caen dentro de la reponsabilidad de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional, conceptos éstos que se ahondarán en el tema de comisión por omisión.

2.2.3. Clases de omisión. Propia e impropia o comisión por omisión.

Los delitos de omisión se dividen en dos grupos: los delitos de omisión propia (*delicta omissiva*) y los delitos de omisión impropia (*delicta commissiva per omissionem*), según los planteamientos de varios autores, como lo veremos más adelante.

La distinción entre delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia se remonta a estudios de grandes tratadistas como Luden, quien vio la esencia de los delitos de omisión propia en el hecho de que los mismos consistían únicamente en la infracción de un mandato y no se dirigían a la vulneración de derechos subjetivos ajenos, mientras que los delitos que se cometen por acciones omisivas implicaban la dirección a la lesión de un bien jurídico.

La impropiedad del segundo grupo reside en que el autor del delito no se limita en ellos a una pura insubordinación, sino que, mediante su actividad, causa un resultado que normalmente será producido por un hacer positivo. Los delitos de

¹⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, El delito de Omisión, Concepto y, Ob. cit. 159.

¹⁸⁹ JAKOBS, Günther, Acción y Omisión, Universidad externado de Colombia, cuadernos de conferencia y artículos, núm. 23. Colombia, 1996.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

comisión impropia constituyen, por tanto, “propios delitos de comisión”, según observaciones de algunos autores que se plantearán más adelante.

Los delitos de omisión propia son de mera inactividad y se consideran tipos de omisión pura.

2.2.3.1. Omisión propia.

En estos delitos, el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber jurídico de actuar, es decir, son tipos de simple conducta, o simple inactividad.

2.2.3.1.1. Elementos de la omisión propia.

Desde el siglo pasado, varios autores mexicanos enseñan que los delitos de omisión también contienen ciertos elementos al igual que los delitos de acción, así el maestro Porte Petit Gandaudap Celestino, enseña,¹⁹⁰ que la omisión contiene los siguientes elementos: a) voluntad (dolosa o culposa voluntad de abstenerse), b) inactividad, c) deber jurídico de obrar y d) resultado típico no material.

2.2.3.1.1.1. Voluntad dolosa o culposa. (tradicional).

La voluntad en la omisión consiste en no realizar la acción esperada o exigida, en querer la inactividad o realizarla culposa o dolosamente, esto es, un elemento psicológico, querer la inactividad o llevarlas a cabo en forma dolosa o culposa según Mezger la omisión puede cometerse dolosa o culposamente y consiste en no querer hacer algo determinado, sin embargo, Von Liszt no considera en la omisión voluntad culposa.¹⁹¹

2.2.3.1.1.2. Inactividad.

Inactividad, es la manifestación de la voluntad de no querer hacer algo, violando una norma preceptiva o imperativa. Es decir, en los delitos de inactividad, no se realiza lo que la norma preceptiva establece.

2.2.3.1.1.3. Deber jurídico de obrar.

El deber jurídico de obrar, es un elemento constitutivo de la omisión, Cuello Calón opina que: si el sujeto en cuestión no tenía el deber jurídico de obrar, entonces, no existe omisión ni delito alguno, asimismo, el deber jurídico de obrar debe estar contenida en una norma penal y estar tipificada, pues de otra manera su no realización el no cumplimiento del deber, sería irrelevante penalmente.

2.2.3.1.1.4. Resultado típico.

El Resultado típico en la omisión simple es únicamente típico al existir un mutamiento en el orden jurídico y no material ya que se consuma el delito al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.¹⁹²

¹⁹⁰ Citado por PORTE PETIT GANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la parte , Ob. cit. p. 240.

¹⁹¹ Ibidem. p. 241.

¹⁹² Ibidem. p. 242.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

2.2.3.1.2. Elementos de la omisión propia según la doctrina moderna.

Sin embargo doctrinarios modernos tanto en Europa como en América disienten de lo anterior y consideran como elementos primordiales de la omisión pura o propia, así en el delito de omisión propia, el contenido típico está constituido en la simple infracción de un deber de actuar, esto es, son tipos de simple conducta o simple inactividad. Las peculiaridades del tipo de omisión propia se centran, fundamentalmente, en el tipo objetivo común a las formas dolosas y culposas como enseña el maestro Miguel Ángel Aguilar,¹⁹³ en el cual han de concurrir los elementos siguientes:

2.2.3.1.2.1. Situación típica.

Es aquella descrita en el tipo de la que cabe deducir en el caso concreto el contenido del deber de actuar.

2.2.3.1.2.2. Ausencia de la acción esperada.

Ausencia de la acción esperada, la situación típica viene constituida por una situación de desamparo que sufre una persona que se encuentra en peligro manifiesto y grave, y la ausencia de peligro para quien socorre. La acción esperada por el ordenamiento jurídico consiste en “socorrer”.

2.2.3.1.2.3. Capacidad para realizar esa acción.

El sujeto que percibe la situación típica y que tiene el deber de socorrer, debe estar capacitado para poder cumplir con la acción exigida (capacidad personal de realizar la acción esperada).

2.2.3.1.3. Delitos de omisión propia en el Código Penal Federal,¹⁹⁴ los siguientes:

Quebrantamiento de sanción, artículo 158.- “se impondrán de quince a noventa jornadas de trabajo a favor de la comunidad: fracción I: al reo sometido a vigilancia de la policía que no suministre ésta los informes que se pidan sobre su conducta”; Si el sentenciado lo fuere por delito grave así calificado por ley, la sanción antes citada será de uno a cuatro años de prisión.

Desobediencia y resistencia de particulares, artículo 178.- “al que sin causa legítima, rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días de multa. “

¹⁹³ Ibidem. p. 85.

¹⁹⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de agosto de 1931.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Desobediencia y resistencia de particulares, artículo 179.- “el que sin excusa legal se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración, cuando legalmente se le exija, no será considerado como reo del delito previsto en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa en su caso, para que comparezca a declarar.”

Desobediencia y resistencia de particulares, artículo 182.- “el que debiendo ser examinado en juicio, sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código o por el de Procedimientos Penales, y agotados sus medios de apremio, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar, pagará de 10 a 30 días multa. En caso de reincidencia, se impondrá prisión de uno a seis meses o de 30 a 90 días multa.”

Abuso de autoridad, artículo 215.- “comete el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:

Fracción III: “cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarle o impida la prestación o el curso de una solicitud.”

Fracción IV: “cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de oscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él dentro de los términos establecidos por la ley.”

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

Delitos contra la administración de justicia, artículo 225.-Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos, los siguientes:

Fracción I: “ Conocer de negocios para los que tengan impedimento legal o abstenerse de conocer de los que les corresponda, sin tener impedimento legal para ello’.”

Fracción V: “No cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente, sin causa fundada para ello.”

Fracción VII: “Ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebida.”

Fracción VIII: “Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia.....”

Delitos contra el Estado Civil y la Bigamia. Artículo 277: Se impondrá de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes, III: A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres suponiendo que los padres son otras personas.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Abandono de personas. Artículo 340.- “Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrá de diez a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal.

Se concluye que en los delitos de omisión pura o simple, es el incumplimiento de ciertos mandatos que la norma dispositiva señala para una buena convivencia social, como lo manifiesta el autor chileno Eduardo Novoa Monreal.¹⁹⁵

2.2.3.2. Omisión impropia o comisión por omisión. Concepto.

La omisión impropia o comisión por omisión es la otra forma de cometer el delito en esta modalidad. La acción del evento no solamente se configura al infraccionar una norma dispositiva, como en el caso de la omisión simple, sino también una norma prohibitiva, así resalta como elemento primordial la calidad de garante, aparte de los demás elementos integrantes de la figura, es decir, con la producción de un resultado material.

La característica muy especial de estos delitos, se consideran como los tipos abiertos, donde la propia norma no establece claramente las conductas especiales en que debe realizarse el delito, las penas concretas que han de aplicarse en cada caso, incluso considerarlo preocupante en relación al principio de legalidad, ya que en estos tipos no se describen con exactitud, tanto la conducta como las penas a aplicarse, así como la posición de garante y la equivalencia entre la acción y la omisión; son motivos más que suficientes que animan su investigación y estudio dogmático.

La esencia de la omisión impropia o comisión por omisión 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, es decir, se viola una norma preceptiva y una norma prohibitiva, como lo señalan los maestros mexicanos Pavón Vasconcelos,¹⁹⁶ y Porte Petit.¹⁹⁷

Por su parte Daza Gómez refiere, que a diferencia de lo que sucede en el delito de omisión pura o simple, en el delito de comisión por omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido y de la evitabilidad del mismo, para imputar un resultado al sujeto de la omisión, es preciso además que este sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado, en virtud de determinados deberes

¹⁹⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo, Fundamentos de los delitos....., Ob. cit. p.46.

¹⁹⁶ Ibidem. pp. 200 y 201.

¹⁹⁷ Ibidem. p. 80.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión.
198

Asimismo, Jescheck Hans-Heinrich, ¹⁹⁹ señala “en los delitos de omisión impropia al garante le es impuesto un deber de evitar el resultado, por tanto al garante que infringe dicho deber es responsabilizado penalmente por el resultado típico sobrevenido.”

Por otro lado Ricardo Núñez, ²⁰⁰ autor argentino afirma, que hay omisión comisiva punible siempre que en relación a un efecto prohibido por la ley, la acción de un individuo era esperada como medio de resultado por evitar aquel obligado jurídicamente a realizarla en virtud de una especial norma reguladora del caso (teoría de la acción esperada de Mezger); se dice que los delitos de comisión por omisión infringen al mismo tiempo una norma prohibitiva de la ley penal y una norma preceptiva de cualquier otra ley, y dice el maestro Núñez que en la afirmación totalmente exacta es la de que el autor infringe y no acata al mismo tiempo una norma preceptiva y una norma prohibitiva, asimismo, señala que el deber de actuar tiene carácter jurídico cuando es impuesto por la ley de una manera inmediata, por una obligación especial y por la conducta precedente.

Por su parte el maestro Fletcher, George P., ²⁰¹ catedrático de Derecho Penal en la Universidad Columbia de New York, afirma que “en el caso de la llamada comisión por omisión, el problema es de interpretación legal y el peligro que encierra para el principio de legalidad extender el significado del verbo “matar “ a los casos de “dejar morir “. Problema bastante serio pero que no tiene nada que ver con esta cuestión versus no movimiento. Y dice que hay muchos casos de este tipo que no son matar y, en cambio, algunos casos de no movimiento que sí lo son.

Señala que hay muchos casos en los que el resultado letal de (es causado por) no haber puesto cuidado. La omisión de la madre que no alimenta a su hijo es tratada como un acto afirmativo negligente o intencional, y en general toda la cultura jurídica occidental la incluye en el ámbito del homicidio, siendo completamente irrelevante que la madre permanezca o no inmóvil mientras el niño muere.

Los casos más difíciles son aquellos en los que realmente más que de matar podríamos hablar de dejar morir: una mujer cae enferma y su amante no llama al servicio médico, dejándola morir, a pesar de que pudo haber intervenido y evitado su muerte. La opinión dominante aquí es que la responsabilidad del acompañante depende de si tenía el deber de ayudarla o no. La imposición de tales deberes plantea graves problemas desde el punto de vista del principio de legalidad, porque de hecho, estos deberes en todos los sistemas jurídicos son elaborados jurisprudencialmente. Los códigos penales no contienen todavía (cuando no se había establecido el principio de legalidad) una cláusula que diga

¹⁹⁸ DAZA GOMEZ, Carlos, Teoría general del delito, Editorial Flores, México, 2012,.... p. 261.

¹⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEINGEND, Thomas, Tratado de Derecho, Ob. cit. p. 652.

²⁰⁰ NUNEZ Ricardo, Tratado de derecho penal, T.2. 2ª edición, Editorial Federico Lerner, Argentina, 1987. p. 236.

²⁰¹ FLETCHER, George P., catedrático de Derecho Penal en la Universidad Columbia de New York, Trad. de Francisco Muñoz Conde, Edit. Tirón lo Blanch, Valencia, España, 1997. pp. 82 y 83.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

específicamente en relación con el delito de homicidio o asesinato qué clase de relaciones deben darse para generar un deber cuyo quebrantamiento sirva de base a una acusación por homicidio. El Model Penal Code prevé que la responsabilidad por la comisión de un delito no puede basarse en una omisión..., salvo que la ley imponga el deber de realizar el acto omitido. En el contexto de este Model Penal Code por –Ley—se entiende también el precedente judicial, la ley como principio, no la ley formalmente considerada. Por tanto el castigo de la comisión por omisión plantea serios problemas desde el punto de vista del principio nulla poena sine lege. Principio de legalidad.

En los delitos de comisión por omisión, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalente, desde el punto de vista valorativo, y a incluir por tanto a la descripción típica del comportamiento prohibido, determinados comportamientos omisivos que también contribuyen en la producción del resultado prohibido, como la conducta de la madre que deja morir de hambre a su menor hijo recién nacido, señala el maestro Francisco Muñoz Conde en su obra titulada *Teoría del Delito*.²⁰² La dogmática jurídico-penal, dice el maestro Muñoz Conde,²⁰³ se ha planteado diversos interrogantes, y al tratar de resolverlos se requiere el análisis preciso de las dos corrientes primordiales, que son:

La relación causal entre la omisión y el resultado producido.

El deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión (el garante).

Si el delito de omisión impropia es de resultado, ese resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión, esto es lo que se entiende como causalidad de la omisión. Sin embargo hay criterios que afirman que la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, pues argumentan que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que produce el resultado y que, por consiguiente, falta en la omisión.

Lo que importa en los delitos de comisión por omisión, advierte el maestro Muñoz Conde,²⁰⁴ es la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado y lo que se analiza es que si dicho sujeto hubiera realizado la acción mandada ese resultado no se hubiese producido, entonces es cuando se puede imputar el resultado al sujeto de la omisión.

Hay pensadores que sostienen que en esos supuestos habrá que utilizar los criterios de la teoría de la adecuación, del incremento del riesgo y del fin de la protección de la norma; en otras palabras habrá que analizar si la realización de la acción esperada hubiese previsto evitar la producción del resultado, si su omisión suponía una falta de diligencia, y si incrementaba el riesgo de producción de dicho resultado.

²⁰² Ibidem. p. 33.

²⁰³ Ibidem. p. 34.

²⁰⁴ Ibidem. p. 35.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Así tenemos el Código Penal Federal Mexicano, ²⁰⁵ señala en su artículo 7º segundo párrafo lo siguiente: *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.*

De la misma manera, el Código Penal para el Distrito Federal, ²⁰⁶ amplía los requisitos señalados en el código federal, y establece en su artículo 16 lo siguiente: omisión impropia o comisión por omisión; que en los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

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

Asimismo, dicho código penal señala que 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.

Como se ve, los códigos penales mexicanos señalan las circunstancias especiales que han de comprobarse para poder afirmar con certeza que el sujeto de la omisión, por reunir ciertas características, resulta ser imputable de la omisión, y de estas circunstancias sobresalen el deber jurídico de actuar del sujeto a cargo del bien jurídico tutelado y la importancia de la posición de garante, ya que solamente quien posea esa garantía será a quien finalmente se le impute el resultado producido con su inactividad, así como la referencia de la equivalencia entre la acción y la omisión.

2.2.3.2.1. Elementos de la comisión por omisión u omisión impropia.

Refiere el maestro Porte Petit, ²⁰⁷ los elementos de los delitos de Omisión Impropia o Comisión por omisión, son los siguientes:

²⁰⁵ Vid. *Código Penal Federal*. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.

²⁰⁶ Vid. *Código Penal para el Distrito Federal*. Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002.

²⁰⁷ *Ibidem*. p. 243.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

- a) Una voluntad dolosa o culposa,
- b) Inactividad,
- c) Deber de obrar (una acción esperada),
- d) Resultado típico y material.

2.2.3.2.1.1. Voluntad.

Así como en la acción y en la omisión simple, también en la comisión por omisión u omisión impropia debe haber voluntad libre en la manifestación del comportamiento humano al momento de impedir el resultado material de la acción mandada, y esta manifestación de voluntad puede ser dolosa o culposa, no querer impedir el resultado o por cualquier circunstancia impericia o imprudente también puede realizar la inactividad y en este sentido por no poder evitar el resultado producido caerá en el supuesto de la comisión por omisión siempre y cuando tenga la calidad de garante.²⁰⁸

2.2.3.2.1.2. Inactividad.

En el delito de comisión por omisión u omisión impropio el comportamiento del sujeto activo o el omitente consiste en una inactividad de impedir el resultado producido, siempre y cuando el omitente tenga la calidad de garante para proteger el bien jurídico lesionado o puesta en peligro.

2.2.3.2.1.3. Deber jurídico de actuar.

En la comisión por omisión el omitente ha de tener el deber jurídico de actuar y ese comportamiento consiste en evitar el resultado producido que afecta el bien jurídico protegido, lo anterior como sostiene Novoa Monreal el omitente por su posición de garante implica la necesidad apremiante de resguardar activamente los bienes jurídicos amparados por la norma prohibitiva.²⁰⁹

2.2.3.2.1.4. Resultado material.

En los delitos de comisión por omisión, el resultado material producido es trascendente por la inactividad ejercida por el omitente sobre todo el tener la posición de garante, la delimitación en este aspecto consiste en que el resultado producido solamente incumbe al que tiene el deber jurídico de evitar el resultado.

Se dice que para saber a quién imputar el resultado material producido por la inactividad siempre se ha manejado la teoría de la relación de causalidad, pero muchos autores modernos actualmente refieren que la anterior doctrina ha sido superada y que por tanto la forma novedosa e idónea para saber a quien imputar ese resultado, sea mediante la nueva teoría llamada imputación objetiva que según la doctrina moderna sea necesaria implementar reglas novedosas mediante

²⁰⁸ Ibidem. p. 244.

²⁰⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo, Fundamentos de....., Ob. cit. p. 136.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

las cuales se obtendrá la respuesta para acreditar dicha imputación objetiva en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, el maestro Mir Puig,²¹⁰ señala que para ello los elementos de la omisión propia supra señalados, es necesario complementar para la comisión por omisión u omisión impropia, con los siguientes elementos:

2.2.3.2.1.5. Relación de causalidad hipotética y/o imputación objetiva.

Es necesario que para la acreditación de la inactividad como resultado de la conducta del omitente siempre se ha manejado la teoría de la causalidad, sin embargo se vislumbra una nueva teoría, llamada imputación objetiva que es la doctrina moderna necesaria a implementar reglas novedosas mediante las cuales se obtenga la respuesta necesaria y acreditar la imputación objetiva en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia.

2.2.3.2.2. Elementos de la comisión por omisión según la doctrina moderna.

Es necesario la actualización de los elementos de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, como se observa ya en Europa continental como Alemania, España y en Sudamérica por igual, como lo refiere el maestro Santiago Mir Puig,²¹¹ siendo los siguientes:

2.2.3.2.2.1. La Situación típica.

Es aquella situación descrita en el tipo de la que cabe deducir en el caso concreto del deber de actuar (abstenerse).

2.2.3.2.2.2. Ausencia de acción determinada.

Ausencia de acción determinada es la llamada inactividad. Esta se constituye por una situación de desamparo que sufre una persona que se encuentra en peligro manifiesto y grave.

2.2.3.2.2.3. Capacidad de realizarla.

Es la capacidad que debe tener el omitente o el que tiene la posición de garante de realizar el evento consiste en la evitación del resultado.

2.2.3.2.2.4. Posición de garante.

La posición de garante se da cuando corresponda al sujeto (autor) 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. Esta teoría se halla ampliamente extendida en la doctrina Alemania. Se trata de la teoría de las funciones procedentes de Armin Kaufmann,

²¹⁰ MIR PUIG, Santiago. Comentarios y análisis de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal. II Congreso Internacional de derecho penal. Editorial Ius Poenale. México. 2001. p.143.

²¹¹ Ibidem. p.144.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

que fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico. ²¹²

2.2.3.2.2.5. Producción del resultado.

La producción del resultado es elemento primordial del delito de comisión por omisión u omisión impropia, es de recordar la primordial circunstancia de este delito es por el resultado producido que afecta el mundo externo, por la no evitación del resultado.

2.2.3.2.2.6. Posibilidad de evitarlo.

Dicen los tratadistas que si el omitente o el de la posición de garante no tuviera realmente la posibilidad de evitarlo, no incurriría en delito puesto que podría alegar las circunstancias que no le permitieron la evitación del resultado por tanto esta posibilidad de evitación es un elemento entonces incuestionable y relevante su presencia, según sostiene el maestro Mir Puig. ²¹³

2.2.3.2.3. Análisis dogmático y doctrinal de la comisión por omisión.

1) Desde la época de Franz Von Liszt, ²¹⁴ a finales del siglo XIX, cuando los estudiosos del derecho penal se comenzaron a preocupar por el estudio de la comisión por omisión, así tenemos a Von Liszt, quien dice: la omisión consiste en no impedir voluntariamente, el resultado, y agrega que la manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado.

Se hace notar que la manifestación de voluntad tiene que ser libre sin violencia y determinada, es decir, una objetivación de la voluntad, y señala como ejemplo; que la omisión del grito de alarma de un guardia agarrotado por unos bandidos o acometido por un desmayo, no es una manifestación de voluntad, no es un acto. Y continúa diciendo que el concepto de la omisión supone varias circunstancias que el resultado producido hubiera sido evitado por el autor, que a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste, por consiguiente se da una característica análoga a la causalidad de la acción, si bien no es la causalidad misma, esta analogía se extiende también en la interrupción de la relación de causalidad. La omisión libre e intencional de un individuo responsable, se trata por el legislador, suponer a que hay obligación jurídica de hacer del mismo modo que la existencia de una nueva serie causalidad dependiente. Por el contrario la omisión del resultado (A impide que B salve a C que se está ahogando), se considera causación del mismo por acción positiva, en cuanto a que implica la existencia de una conducta, opuesta a dicho resultado. Bajo ciertas condiciones, el orden jurídico, del mismo modo que la vida misma, equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo (falso delito de omisión).

²¹² Ibidem. p.145.

²¹³ Ibidem. p.146.

²¹⁴ FRANZ VON LISZT, Tratado de derecho....., Ob. cit. pp. 314 y 315.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Von Liszt, ²¹⁵ precisa en esta exposición dos elementos primordiales de la comisión por omisión. Primero habla de la libre voluntad del autor, es decir, al momento de decidir de actuar esta voluntad debe ser libre; del resultado habla que éste debe producirse por alguien que tenía el deber jurídico de actuar o de impedir el resultado se considera que solamente el garante es el que tiene la obligación de impedir el resultado quien finalmente debe ser responsable.

2) En la omisión impropia que produce el resultado Mezger, ²¹⁶ dice: aquí la circunstancia de que no se actúa debe producir un resultado, a la realización de una acción esperada o exigida se debe unir una determinada causación del resultado para el castigo en razón de un hecho consumado, ejemplo: la muerte del niño ocasionado por la madre que lo deja morir de hambre intencionalmente. Mezger dice, que en estos casos es necesario saber cómo y con arreglo a cuáles principios se distinguen en el caso particular, el hecho de comisión y el hecho de omisión o sea de qué manera se reconocen las reglas jurídicas deben ser aplicadas a éste o aquél. Así como en el caso concreto del ejemplo anterior hay una regla universal que la madre del niño debe observar para amamantar a su hijo y que éste no se muera, porque ya producido el resultado de muerte la madre debe sancionarse, por la producción del resultado que originó el no observar la regla o por su inactividad. Asimismo Mezger, en su análisis plantea, cuatro interrogantes y que son: el resultado de la omisión donde se pregunta, cómo es posible que de la nada (como es la opinión mayoritaria de la omisión), produzca algo (un resultado positivo y material en el mundo exterior): el deber jurídico de actuar o evitar el resultado, y en qué casos existe responsabilidad jurídico-penal por el resultado; y, las circunstancias de lugar y tiempo del hecho de omisión.

3) Por su parte Welzel, ²¹⁷ al analizar la comisión por omisión, los delitos impropios de omisión son delitos especiales propios. La autoría en estos delitos, tienen que ser fundadas independientemente junto a la conducta típica, por características especiales de autor; solo el no evitar un resultado típico por parte de una determinada persona con poder para ello, convierte a dicha persona en autor en el sentido de un delito de omisión impropia.

Los delitos de omisión impropia son en este sentido delitos especiales propios. Así en la exposición de Welzel, sobresalen como características de este delito el de la autoría, es decir, el autor de este delito debe ser una persona determinada o sea, el garante, además del poder de hacer efectiva la evitación de la producción del resultado y deber de actuar que debe estar establecida en una norma no penal precisamente, sino de cualquier índole.

4) En el mismo tenor Maurach, ²¹⁸ dice: debido a que en el texto la omisión es concebida como la acción desaparece el problema, en la medida en que la omisión en cuanto no modificación, pudiera producir algo; tal como ha quedado impuesto en otro lugar, la causalidad entre la acción típica y el resultado debe ser

²¹⁵ Ibidem. pp. 316 y 317.

²¹⁶ MEZGER Edmundo, Tratado de derecho....., Ob. cit. pp. 118 a 121.

²¹⁷ WELZEL, HANS, El nuevo sistema del derecho penal....., Ob. cit. pp. 286 y 287.

²¹⁸ MAURACH, Reinhart, Derecho Penal, parte general, T.I. trad., Jorge Bonfil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Argentina, 1994, p. 223.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

enjuiciada valorativamente conforme a la teoría de la imputación objetiva. Así, para los delitos de omisión impropia rige exactamente lo mismo. También aquí es decisivo que la lesión del bien jurídico producida sea valorada como realización del peligro creado por la acción omisiva, esto es el caso cuando, ante la inactividad actuante cabía contar con la producción de la lesión del bien jurídico, no así ante el desarrollo de una determinada inactividad conservadora de lo jurídico. En esta circunstancia es igualmente posible reconocer una imputación indiciaria al “aumento del riesgo”. Si la inactividad actuante aumenta el riesgo (o bien la inactividad actuante lo disminuye) del perjuicio al bien jurídico y aquella se concreta en éste (el padre ebrio omite lanzar a sus hijos en los brazos del personal de salvamento, lo que probablemente les hubiere salvado, debido a lo cual éstos perecen entre las llamas), entonces el resultado será por lo general objetivamente imputable a la acción omisa.

Sin embargo, Maurach dice, ²¹⁹ “que la comprensión del delito de omisión por parte de la ciencia jurídico-penal alemana, se ha visto dificultada por dos razones fundamentales; en primer lugar, debido a la deficiente diferenciación entre la causalidad de la acción de la acción omitida para la producción del resultado y el deber de actuar específico, impuesto por la norma en su forma de mandato; en segundo lugar, en virtud de la moderna teoría del tipo, cuyo trascendente objetivo, la función indiciaria del ilícito, ha sido extendido demasiado categóricamente a los especialmente estructurados delitos de omisión.

5) Por otro lado Jescheck, ²²⁰ autor alemán, quien al hacer un análisis entre la omisión propia y la impropia, razona lo siguiente: el parágrafo 138 del Código Penal alemán, exige a cualquiera el deber de interponer a tiempo una denuncia ante la autoridad donde debe dar aviso al amenazado si tiene conocimiento del proyecto de comisión de un determinado delito grave sin demandar la evitación del hecho (omisión simple), por el contrario, en los delitos de omisión impropio el garante le es impuesto un deber de evitar el resultado. El acaecimiento de éste pertenece al tipo y del garante que infringe dicho deber es responsabilizado penalmente por el resultado. Los delitos de omisión impropia, son por ello el equivalente a los delitos de resultado. Nótese que la característica principal de este planteamiento es el papel del “garante” ya que en este delito solamente se le puede imputar el resultado que cambie la persona de garante, por lo que dicho autor presenta los dos ejemplos siguientes para ilustrar su ponencia. Ejemplo: el funcionario de policía competente para ello que tiene conocimiento fidedigno de la comisión inminente de un delito grave debe evitar el hecho, poniendo incluso en peligro su vida en caso necesario pues de lo contrario sería punible por complicidad en el delito perpetrado. Asimismo, el conductor que ha causado un accidente debe procurar asistencia médica por los accidentados, de no ser así puede responder por un homicidio doloso (BGH7).

Es preciso notar que en los ejemplos anteriores, uno deriva el carácter de garante por la ley, que establece las obligaciones de un policía como funcionario de

²¹⁹ Ibidem. p. 224.

²²⁰ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEINGEND, Thomas, Tratado de..., Ob. cit. pp. 224 y 225.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

seguridad pública, y el otro caso, el carácter de garante, si deriva del actuar precedente del autor del hecho, puesto que con su conducta atropella a un peatón, de donde surge la obligación o el deber jurídico de prestar auxilio al lesionado o accidentado, si con esto es todo, por la conducta anterior del autor, puesto que a él y sólo a él, le incumbe dicho resultado y consecuentemente dicho deber. Por tanto el garante en estos dos supuestos tiene el deber de evitar el resultado, lo que sí es preciso tener en cuenta es que en el párrafo segundo del artículo 7º del código penal federal mexicano, ya se vislumbra el nacimiento y consecuencia de estos delitos de comisión por omisión; sin embargo, como se dice esta tarea es de los tribunales o jurisprudencia establecer cómo proceder y resolver los casos concretos como ya ocurre en Alemania, donde se toman en cuenta las opiniones doctrinales derivados de las teorías de Roxin y Jakobs.

6) En sud-américa tenemos a Enrique Bacigalupo,²²¹ autor argentino, quien en el desarrollo de su investigación respecto de los delitos impropios de omisión, se pregunta: “cómo y de qué manera se determina la adecuación típica de una omisión de “impedir el resultado”. Continúa el autor, que los tipos de comisión, a los que formalmente se ha ligado la omisión impropia, parecerían a primera vista no compaginarse con los elementos de la omisión. Puesto, que en principio están concebidos para captar la realización de conductas activas y, en muchos casos, requieren una determinada relación de causalidad, entre la conducta y el resultado, que hemos negado (dice) para la omisión. Por otra parte, a la omisión de impedir un resultado prohibido, normalmente se ha considerado aplicable la escala penal correspondiente al delito de comisión.

Asimismo, afirma este autor,²²² que la teoría de la omisión impropia busca resolver la cuestión relativa a los presupuestos bajo los cuales una omisión de impedir un resultado cae bajo las prescripciones de un tipo penal de comisión, o bien bajo su escala penal. Bacigalupo, señala²²³ que la pregunta que se hace al inicio de la exposición ha sido contestada de dos maneras básicas: “ a) el delito de omisión impropia es la lesión de una norma prohibitiva, la cual al lado de la producción activa del resultado prevé de una manera secundaria un mandato de acción que se dirige a determinadas personas y cuya infracción es presupuesto de la punibilidad; b) la omisión impropia constituye un tipo penal autónomo regido íntegramente por los principios dogmáticos de la omisión propia, quedando su punibilidad y el bien jurídico protegido como únicos elementos comunes con los delitos de comisión. Así, el mandato y la prohibición se encuentran totalmente separados entre sí, detrás de un tipo de comisión existirá solo una norma prohibitiva; detrás de uno de omisión, solo un mandato de acción será el contenido de la norma.

Continúa diciendo este autor, y señala que el grado de relación del autor con el bien jurídico protegido da como resultado la posición de garante, elemento que equipara la omisión a una acción positiva, y que sobre el particular coincide

²²¹ BACIGALUPO, ENRIQUE, Los delitos impropios.....,Ob. cit. p. 109.

²²² Ibidem. p. 110.

²²³ Ibidem. p. 111.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

totalmente con la opinión de Nagler. Sin embargo, Bacigalupo dice,²²⁴ que en lo que no está de acuerdo con Nagler ni con Armin Kaufmann porque se equivocan y señalan de que: detrás de cualquier tipo penal existe una norma y no simplemente un mandato o una prohibición. Ya que señala nuestro autor, la relación entre una norma y el mandato o la prohibición nos permite afirmar, que el mandato y la prohibición son solo la forma instrumental de llevar a cabo una norma. La norma en sí no prescribe sino de una manera muy general (señala), qué bienes jurídicos deben lesionarse. Esta finalidad de la norma no puede ser contradicha por el tipo penal que, por un lado, cumple una función limitativa y garantizadora frente a la libertad y, por otro, es también instrumento para la realización de la norma. Así, el mandato de acción o la prohibición no tendrán por qué estar excluidos entre sí en los tipos penales en principio.

Nuestro autor concluye,²²⁵ en que la posición de garante consiste en la estrecha relación del sujeto con el bien jurídico: esa estrechez es lo que el sujeto debe conocer actualmente al omitir su acción; en cambio, el deber de actuar emergente de esa estrechez sólo requerirá de la posibilidad de conocimiento, que en definitiva, es la conciencia de la antijuridicidad.

7) Gimbernat Ordeig Enrique,²²⁶ autor español quien en su obra Estudio sobre el delito de omisión, señala que “después de una discusión de más de 100 años, sobre el delito de omisión impropia, acerca de cuándo hay que imputar un resultado típico a un no-hacer exactamente igual que si aquél hubiera sido causado mediante un comportamiento positivo apenas se sabe nada sobre su contenido y alcance. Dice el autor que se dispone de una bibliografía casi inacabable y la cadena de monografías sobre el problema de garante se ha prolongado todavía más, desde 1979 fecha en que Shuneman advertía con numerosos nuevos eslabones, no obstante los resultados de la inmensa laboriosidad de la ciencia alemana, no pueden ser más raquíticos. Y que así todavía nos encontramos en los comienzos y que tal dogmática de los delitos de omisión que equivalen a una comisión, no ha madurado en modo alguno como pudiera parecer a primera vista, sino no ha salido de los pañales, puesto que; “después de intensos esfuerzos de décadas, ni la jurisprudencia ni la doctrina han conseguido alcanzar una solución dogmáticamente satisfactoria sobre la cuestión de cuándo debe ser imputado objetivamente al omitente un resultado injusto realizado mediante omisión,” como señala Sagenstedt, citado por Gimbernat. Pues el eclecticismo ateo con el que se aborda la cuestión del garante, y que al faltar principios firmes y delimitados, el campo de aplicación de la comisión por omisión se extiende cada vez más: la tendencia de mancha de aceite, de la que hablaba Welzel, se ha convertido con el tiempo en una expansión ilimitada de los delitos de omisión. Que la cuestión con lo que se aborda el tema de garante conduce a que se califique la dogmática de los delitos de comisión como un ejemplo de pensamiento típico en la que se diseñan simplemente “ad hoc”, los criterios para la admisión de posiciones de garante, derivado de la ley, contrato, injerencia y estrecha relación vital.

²²⁴ Ibidem. pp. 112 y 113.

²²⁵ Ibidem. p.120.

²²⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Estudio sobre el delito de....., Ob. cit. p. 248.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Que en el caso de la injerencia dice nuestro autor, ²²⁷ donde la doctrina dominante sólo hace surgir un deber de evitación de resultado cuando la acción previa fue conforme a derecho, como en el caso de “leder-spray”, donde el autor señala lo siguiente: “la sentencia del caso “Leders-pray”, ha hecho surgir nuevas dificultades en relación al criterio de la injerencia. Conforme a la jurisprudencia del BGH, del Tribunal Supremo alemán, el deber de retirada del producto vendría fundamentado en que habría que calificar de contraria al deber la introducción en el mercado del spray, ya que, ex post, se puso de manifiesto la nocividad del producto. En cambio la doctrina dominante opina, con razón, que esa contrariedad con el deber debe ser examinada ex ante, por lo que hay que concluir que la entrega de la mercancía por parte del fabricante se realizó conforme al deber; no obstante y según esa doctrina dominante, habría que afirmar una posición de garante derivada de injerencia porque la introducción del producto en el mercado habría constituido a pesar de ser conforme a derecho un comportamiento de riesgo intensificado”. Asimismo, la dogmática de los delitos de comisión por omisión ha arrancado desde siempre (según este autor), dos errores fundamentales: en primer lugar, el error de que el delito de omisión impropio es menos grave que el de acción, una opinión equivocada que incluso se ha plasmado legislativamente, por ejemplo: el párrafo 13 StGB, del código penal alemán, en el que se prevé que la pena de la comisión por omisión puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el párrafo 49 párrafo primero, del mismo ordenamiento legal, en esto habría que averiguar que omisiones punibles eran desvalorativamente equivalentes a los delitos cometidos mediante acción, si se constatan omisiones impropias valoradas como abstenciones que no corresponden con el desvalor del delito de acción, donde no hay que atenuar la pena, sino más bien extraerlas ya que los criterios que califican son falsos, donde se deduce que no son propiamente delitos impropios. El segundo error, consiste en mantener que los tipos de delitos de lesión, que supuestamente solo estarían concebidos para acciones, no sería subsumibles inactividades, de tal manera que el párrafo 13 del StGB, introducido en 1969, habría que entenderlo como una causa de ampliación de la tipicidad: se pregunta, que todas las condenas impuestas por delitos impropios de omisión con anterioridad a dicho año lesionaron el principio de legalidad. Respecto de la causalidad el autor señala que en los años sesenta estuvo vigente la teoría de la *conditio sine qua non*, misma que debería rechazarse, por no tener ya efectividad. Dice el autor, para evitar el recurso indemostrable a relaciones causales que no han tenido lugar, Roxin establece en 1962, según nuestro autor, ²²⁸ su teoría del “aumento del riesgo”, una teoría que renuncia a cualquier especulación hipotética y que hace depender la punibilidad o impunidad del autor de la circunstancia perfectamente demostrable de si el comportamiento antijurídico en comparación conforme a derecho –que ha elevado o no el peligro de producción del resultado y en el mismo año el autor nombrado introduce en la ciencia del derecho penal la teoría del “fin de protección de la norma”, que igualmente prescinde de cualquier

²²⁷ Ibidem p. 252.

²²⁸ Ibidem. p. 259.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

comportamiento alternativo y únicamente se pregunta si el resultado causado pertenece a aquellos cuya producción quería impedir la ley con el establecimiento de la correspondiente norma.

8) Así también Muñoz Conde Francisco, autor español, ²²⁹ señala que en los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, donde la omisión no se menciona expresamente en el tipo que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo que se traduce en resultado material, y el primer problema con que nos encontramos es el de la equivalencia, desde el punto de vista valorativo, la producción del resultado por acción también por omisión; así por ejemplo la madre que deja morir de hambre a su menor hijo por no amamantarlo, donde no siempre hay unanimidad de criterios a la hora de equiparar la omisión a la acción, respecto de un resultado prohibido y que constituye una de las cuestiones más discutidas en la dogmática jurídico-penal, cuál es el fundamento de esta equiparación y cuáles son los límites de la misma. La respuesta a estos interrogantes requiere el examen previo de estas dos cuestiones dice Muñoz Conde: A) la primera la relación causal entre la omisión y el resultado producido; B) el deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión. Lo que importa en este supuesto, es verificar, la posibilidad fáctica que tiene el sujeto de evitar el resultado. Señala el maestro Muñoz Conde, que para ello habrá que utilizar los criterios antes señalados, de la teoría de la adecuación, del incremento del riesgo y del fin de la protección de la norma; así en el ámbito del tipo subjetivo doloso, se requiere que el sujeto tenga conocimiento de la situación típica, de la posibilidad real que tiene de evitar el resultado.

Asimismo, el Maestro Muñoz Conde habla, ²³⁰ de la dificultad que existe a la hora de establecer la posición de garante, en la no mención expresa de los deberes que la fundamentan en el tipo legal del delito comisivo, que solo describe expresamente una acción práctica (hecho que contraviene el principio de legalidad de los delitos), situación superada en el caso de México, por la reforma del artículo 7 del código penal federal de 1994, en su segundo párrafo. Así también nuestro autor, habla de las fuentes que fundamentan la posición de garante, considerando en dos grandes grupos: 1) la fuente protector de un bien jurídico, en donde podremos encontrar a) vinculación natural o familiar, b) comunidad de peligro (en el caso de los deportistas alpinistas), c) aceptación voluntaria de específicos fines protectoras (en el ámbito de la medicina),d) deber de vigilancia de la fuente de peligro, posesión de animales domésticos y explosivos o inflamables; en este grupo se destaca el actuar precedente o injerencia.

9) La Doctora Susana Huerta Tocildo, catedrática de derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid, señala al hablar de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, como tipos sólo parcialmente descritos por la ley, o como tipos que presentan en su totalidad carácter de no escritos, plantea una serie de problemas que de cara a las exigencias propias del principio de

²²⁹ MUNOZ CONDE, Francisco, Teoría general del delito....., Ob. cit. pp. 33 y 34.

²³⁰ Ibidem. pp. 35 y 36.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

legalidad que rige la materia penal, hasta el punto de que se haya llegado a poner en cuestión su compatibilidad con dicho principio, generalmente reconocido incluso a nivel constitucional. Señala que desde antaño H. Mayer denuncia como, a su juicio, los llamados delitos omisivos impropios constituían un ataque directo contra el artículo 103.2 de la Grundgesetz alemana, en el que venía recogido el “ nullum crimen, nulla poena sine lege, “ porque (se decía) el desarrollo de este postulado garantístico conduce a procurar que la punición de tales delitos no contradiga las exigencias derivadas del principio de legalidad, requerir que los elementos del tipo legal estén claro y completamente establecidos por la ley, lo que no sucede en la mencionada categoría delictiva en la que tales elementos están parcialmente indeterminados.

El problema es encontrar la cuestión del principio de legalidad, “nullum crimen, nulla poena sine lege“, la inevitable confrontación de estos delitos con el aspecto material y la problemática general de la equiparación entre el hacer y el omitir.
231

10) En el mismo tópico habla la maestra Olga Islas,²³² señalando que en los delitos de omisión impropia, se trata de una inactividad de resultado material y que incumbe la posición de garante, en donde el legislador relaciona estos hechos no por causalidad, sino por la posición de garante quien tenía la obligación de evitar el resultado, por lo que se atribuye dicho resultado producido, no porque lo haya causado, sino por no haberlo evitado.

11) Otro de los tratadistas renombrados Novoa Monreal Eduardo, maestro chileno quien escribe en su obra fundamentos de los delitos de omisión, y señala,²³³ que la comisión por omisión u omisión impropia nació de la praxis jurídico-penal y ha llegado a levantar tantos espesos e impenetrables tropiezos hasta convertirse en un verdadero tormento de todo penalista. El delito impropio de omisión supone: a) un tipo penal que contemple un resultado lesivo de un bien jurídico; b) un omitente obligado a proteger activamente ese determinado bien jurídico; y c) la no realización por ese omitente de movimiento corporal que habrían permitido impedir la lesión de ese bien jurídico.

Así los tipos penales de comisión por omisión destinados a conceder reforzada protección penal a bienes jurídicos, amparados mediante normas de prohibición, podrían ser realizados no sólo mediante una acción positiva, sino también mediante la abstención, por parte de un sujeto cualificado, de acciones que habrían podido evitar la lesión de dichos bienes.

Sigue diciendo nuestro autor,²³⁴ que la insuficiencia de los tipos penales para recoger ciertas actitudes pasivas de sujetos obligados a impedir algunas lesiones

²³¹ HUERTA TOCILDO, Susana, Comisión por omisión y principio de legalidad, en Revista Mexicana de justicia, V.3, No.2. (Abril --- junio 1987), México, 1987.

²³² ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 5ª edición, Editorial Trillas, México, 2004, pp. 32, 47 y 49.

²³³ NOVOA MONREAL, Eduardo, Fundamentos de los delitos....., Ob. cit. p. 119.

²³⁴ Ibidem. p.120.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

a los bienes jurídicos, vulnerantes de la prohibición de lesionarlos, sumada a una conciencia general de que tales actitudes debían ser sancionadas en forma equivalente o casi equivalente a los delitos de acción correspondientes, lo que llevó a la doctrina y a la jurisprudencia a ocuparse de fundamentar una solución para que ellas pudieran ser reprimidas también penalmente. Así el delito impropio de omisión fue siempre un hecho punible carente de tipicidad expresa.

Pero toda esa fundamentación y toda la complicada elaboración teórica originada a su respecto, dejarían de tener interés alguno si la ley se ocuparía de penar expresamente esas actitudes pasivas en cada caso y de señalar de modo igualmente expreso, a los omitentes que están obligados a actuar en cada uno de ellos. De ocurrir tal cosa todo volvería a restituirse a las ideas básicas esenciales que sólo distinguen estos delitos de acción y de omisión y estos tan peculiares delitos impropios de omisión se convertirían en otros tantos delitos propios de omisión, así todos los problemas derivados de esos delitos se resolverían mediante interpretación de los nuevos preceptos legales y de los claros y sencillos principios generales supletorios.

Respecto de la posición de garante Novoa Monreal dice: ²³⁵ quien asume a la posición de garante se halla en una condición jurídica muy especial: pesa sobre él la necesidad de intervenir activamente y disponer de su parte todo lo que es posible para impedir el resultado prohibido. Él queda convertido en un protector activo, cuya obligación no se satisface con un mínimo, sino que debe llegar al extremo de sus posibilidades, cita las palabras de Sauen, para quien “el garante debe prevenir, ayudar, instruir, defender y proteger ”

Novoa Monreal señala, ²³⁶ del deber jurídico de actuar que solamente pertenece al garante, señalando cierta diferencia entre obligación de actuar y el deber jurídico de actuar, que podrían calificarse de deber de primer grado y deber de segundo grado.

12) Por otro lado tenemos a Bustos Ramírez Juan, maestro chileno, que en su Tratado de derecho penal, estudia los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, advierte, ²³⁷ que los delitos de omisión impropia, son delitos por naturaleza tipos abiertos, es decir, tipos penales que tienen que ser complementados por el juez con los puntos de apoyo que le da la ley. Se trata de tipos en los que la determinación de lo producido sólo es parcial en el tipo y la complementación la hace el juez (precisa Welzel), y también la jurisprudencia. Téngase en cuenta que la jurisprudencia dice, en el ordenamiento jurídico español, no es ni siquiera fuente del derecho conforme al artículo 1.1.CC., sólo tiene una función complementaria de acuerdo con los que señala el artículo 1.6 del mismo orden legal.

²³⁵ Ibidem. p. 137.

²³⁶ Ibidem. p. 139.

²³⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan, Obras completas, Derecho penal, parte general, T.I. Ara Editores, Perú. 2005. p. 988.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

En el derecho español, para dar fundamento legal al castigo de la omisión impropia, se optó por establecer en el artículo 11 del c.p. una cláusula general de remisión a los delitos o faltas que consisten en la producción de un resultado, solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no realización del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivale según el sentido del texto de la ley, a una causación.

Así se equiparará refiere Bustos Ramírez,²³⁸ la omisión de la acción: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) cuando el omitente haya creado una acción de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una omisión o acción precedente.

La construcción de un delito de omisión impropio o conversión de un delito de acción en uno de omisión y como dice Jakobs, aparentemente se hace descargar en las condiciones puramente formales: a) en la infracción de un especial deber jurídico de autor de evitar el resultado; b) en la equivalencia (según el sentido del texto de ley) de ambos comportamientos, producción que se daría si hay una obligación legal o contractual de actuar o una obligación de actuar derivada de un hacer precedente, citado por el maestro Bustos.²³⁹

El maestro chileno señala que en el artículo 11 del Código Penal español,²⁴⁰ hay dos momentos valorativos diferentes el deber de actuar y el de la equivalencia entre ambas formas de comportamiento, que lo expuesto en el artículo 11 del CP, hay una doble exigencia valorativa que exige la omisión impropia y que son: a) el deber jurídico de actuar, y b) el de la equivalencia.

La doctrina dominante señala como punto fundamental el fundamento legal y material al castigo de la omisión, indicando que el sujeto debe ser castigado porque ha omitido una acción a la que estaba jurídicamente obligado, porque ha infringido un deber jurídico de actuar. Asimismo, las diferencias doctrinales surgieron con respecto a las fuentes del deber jurídico de actuar.

El fundamento y eje del delito de omisión impropio dice el maestro Bustos Ramírez,²⁴¹ se apoya en dos puntos esenciales: a) una acción esperada que se omite; b) la causalidad entre la acción omitida y la afectación del bien jurídico. En estos dos supuestos se advierte que la característica especial es la exigencia de la posición de garante, en donde el sujeto activo es el garante que tiene la específica misión de evitar el resultado y sólo a él le incumbe dicha situación, que en el caso de no realizar la acción mandada le será imputable a dicha omisión, de tal manera que los deberes jurídicos de acción o de evitación del resultado es única y exclusiva exigencia del garante.

13) Jakobs Günther, autor alemán al hablar de una norma de transformación en la parte general del ordenamiento punitivo se asocia con el artículo 13.1 del código penal alemán y este autor indica que los delitos de omisión impropios son aquellos que surgen complementando genuinos delitos de comisión a través de una norma general de transformación y complementación, prevista en la parte general del código penal, “la cual indica que la norma de prohibición del delito de comisión ha

²³⁸ Idem.

²³⁹ Ibidem. p. 990.

²⁴⁰ Ibidem. p. 991.

²⁴¹ Ibidem. p. 992.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

de complementarse con la norma prescriptiva de un delito de omisión y que la infracción del mandato ha de aplicársele la sanción correspondiente a la infracción de la norma de prohibición “. Jackobs concluye igual que la mayoría de los tratadistas en afirmar que en los delitos de omisión impropia se infringen tanto la norma prohibitiva como la preceptiva, citado por Javier Solís Rodríguez.²⁴²

14) El maestro Rodolfo Félix Cárdenas, al hacer una reflexión comparada del código penal español y el código penal federal mexicano, respecto de los delitos de omisión impropia dolosos, refiere que²⁴³: se trata de una clasificación tradicional bipartita que como señala Reodríguez Mourillo,²⁴⁴ según la terminología alemana se distinguen entre delitos propios de omisión y delitos impropios de omisión, pero la denominación española se distinguen entre delitos de pura omisión y delitos de comisión por omisión. Y respecto a las soluciones bipartidistas Silva Sánchez sostiene según el autor citado, que están apoyadas en criterios de diversa naturaleza como: 1) la infracción de mandatos o prohibiciones; 2) la tipificación legal o expresa; 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. Al tomar como base un criterio de tipificación legal expresa o no, el criterio de clasificación bipartita se convierte en tripartita, a saber: a) el delito de pura omisión, b) el delito de omisión y resultado y, c) el delito de comisión por omisión.²⁴⁵

En estos delitos advierte Cerezo Mir,²⁴⁶ se caracterizan por contener un mandato de realizar una acción tendente a evitar la producción de un resultado delictivo, que si finalmente se produce se le imputa al omitente que no lo impidió pudiendo hacerlo.

Este tipo de delitos, refieren Bustos/Hormazábal,²⁴⁷ no están directamente tipificados por el legislador, sino que son construidos por el intérprete a partir de tipos de comisión, por ello Welzel,²⁴⁸ asienta en el sentido de que son sólo en parte tipos de formación legal y en parte, de formación judicial, y solo una parte del tipo se encuentra legalmente descrita (la conducta del autor), por lo que corresponde al juzgador completar la otra parte (las características objetivas del autor), esto ha permitido a que estos tipos penales sean conocidos como delitos de tipo abierto.

²⁴² SOLIS RODRIGUEZ, Javier, Análisis dogmático de la estructura de la omisión impropia en la legislación penal mexicana. Editorial Porrúa, México. 2012. pp. 54 y 55.

²⁴³ FELIX CARDENAS, Rodolfo, Los delitos de comisión por omisión u omisión impropia dolosos, una reflexión comparada del código penal español y el código penal federal mexicano, Revista de investigaciones jurídicas número 26, Escuela Libre de derecho, XC Aniversario, año 26, México, 2002. pp. 295.

²⁴⁴ Citado por FELIX CARDENAS, Rodolfo, Los delitos de comisión....., Ob. cit. p. 296.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ Ibidem. p. 297.

²⁴⁷ BUSTOS RAMIREZ /HORMAZBAL,....., Ob. cit. p.

²⁴⁸ WELZEL Hans, Derecho penal alemán,....., Ob. cit. p. 303.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Y precisamente por no estar descritas específicamente había críticas en el sentido de que dicha situación podría permitir una inconstitucionalidad tanto en España como en México, por eso como dice nuestro autor,²⁴⁹ tanto en España como en México la doctrina y la jurisprudencia, se han encargado en el tratamiento de este tipo de delitos, así el nuevo código penal de España de 1995, incorpora una cláusula prevista en la parte general de dicho código, que establece una regulación expresa, bajo qué condiciones se regulaba el delito de comisión por omisión, se trata de una cláusula general de equiparación de la omisión a la acción, en los siguientes términos:

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 de autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Con respecto al código penal federal mexicano nos encontramos con la adición del segundo párrafo del artículo 7º del citado ordenamiento de fecha 10 de enero de 1994,²⁵⁰ consistente en los siguientes términos.

Art. 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, 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.

Otra característica del código penal federal mexicano, a partir de la reforma de 1994, al igual que el código penal español, es que se fundamentan en las teorías formales de las fuentes de posición de garante derivado de la ley, contrato y actuar precedente, teorías ya superadas en la doctrina dominante, como refiere nuestro autor.²⁵¹ sin embargo con la adición del código penal español con la equiparación de la omisión con la acción, y la reforma del código penal federal mexicano, en su artículo 7º con la adición del segundo párrafo, ya que al ser una exigencia del principio nullum crimen nulla poena sine lege, se resuelve la problemática del principio de legalidad.

Para concluir con el análisis dogmático, tenemos al maestro Mir Puig Santiago, quien en el comentario y análisis que hace del nuevo código penal del Distrito Federal (Ciudad de México),²⁵² hace las siguientes observaciones:

Artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal.

“En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo”.

²⁴⁹ Ibidem. p. 304.

²⁵⁰ Véase Reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación, de 10 de enero de 1994.

²⁵¹ Ob. cit. p. 309.

²⁵² MIR PUIG, Santiago, Comentarios y análisis, Ob. cit. p.146.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Obsérvese que en la redacción de este tipo penal, trasciende los tres elementos primordiales:

1º. Son delitos de resultado material; 2º. La atribución de ese resultado típico producido a quien omite impedirlo; 3º. Si éste (el autor), tiene el deber jurídico de evitarlo.

Los requisitos que exige el nuevo precepto legal son además de la existencia de un deber jurídico de evitar el resultado, la posición de garante, la posibilidad de evitar el resultado y la equivalencia de la inactividad a la actuación prohibida en el tipo (artículo 16 del código penal para el distrito federal, en su párrafo segundo).

En el párrafo tercero del artículo citado, amplía la posición de garante indicando que 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.

El maestro Mir Puig afirma,²⁵³ que la nueva regulación del artículo comentado responde el estado de la cuestión de la doctrina de la comisión por omisión. En la delimitación de la posición de garante se abandona correctamente la teoría de las fuentes formales (ley, contrato y actuar precedente), ya superadas hace tiempo en la mejor doctrina, aunque todavía acogida en el artículo 7º del código penal federal mexicano y español de 1995. Se da entrada así a la teoría material de las funciones, que ha ido ganando terreno desde que en 1959 la formuló Armin Kaufmann, así los tres requisitos que exige el segundo párrafo del citado artículo 16, se reflejan la estructura actualmente reconocidas al tipo de comisión por omisión.

Se advierte que el artículo 16 comentado, no se refiere a todos los delitos de omisión, sino sólo a los delitos de comisión por omisión u omisión impropia. Se señala que de la misma manera que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, así los de omisión pueden señalarse con el sólo no hacer algo determinado, o requerir además la no evitación de un resultado. Los primeros son la omisión pura y los segundos equivalentes de resultado, son los llamados de comisión por omisión.

El maestro Mir Puig,²⁵⁴ comenta a que el artículo 16 del código analizado, no se refiere a todos los delitos de comisión por omisión como no evitación de un resultado sino solo a aquellos que no están previstos expresamente como tales y que resultan de la interpretación de tipos en principio imaginados para la causación positiva de un resultado como del de homicidios.

²⁵³ Ibidem, p. 144.

²⁵⁴ Ibídem. p. 145.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Así para que la no evitación del resultado típico pudiera equivaler a una causación por vía positiva, era preciso añadir un requisito no previsto en los tipos legales: la posición de garante del autor respecto del bien jurídico protegido. Señala que el tipo de comisión por omisión muestra la misma estructura que la omisión pura, pero enriquecido con elementos que lo distinguen. Así el tipo objetivo de la omisión pura tiene la siguiente estructura: 1) la situación típica; 2) ausencia de la acción determinada; 3) capacidad de realizarlas. Así el tipo de comisión por omisión tiene la misma estructura pero completada con tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

La posición de garante integra necesariamente la situación típica (1) de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados, a la ausencia de acción determinada, (2) debe referir en ellos la producción de un resultado, y la capacidad de acción, (3) debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado.

Respecto de la posición de garante el autor dice,²⁵⁵ que parte de la teoría de las funciones, ampliamente extendida en Alemania, procedente de Armin Kaufmann, que fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico, que se supera así la anterior doctrina de la teoría formal del deber jurídico, que para deducir la existencia de la posición de garante, atender en su fuentes formales (ley, contrato y proceder precedente).

El artículo 16 del ordenamiento legal citado, responde a ese estado de evolución de la dogmática y acoge el planteamiento de la teoría de las funciones, y determina en su tercer párrafo, los supuestos en que concurre posición de garante como presupuesto de la comisión por omisión. Así el nuevo precepto legal comentado, deja en claro que no basta la existencia de un deber jurídico de actuar para la comisión por omisión, sino que además deben concurrir determinadas situaciones que vinculan efectivamente el omitente con el bien jurídico en peligro o con el peligro del omitente para aquel bien.

El maestro Mir Puig advierte,²⁵⁶ que la formulación del artículo 16 del mencionado código, está más al día que la que introduce el artículo 11 del código penal español de 1995, ya que el código penal español citado sigue tomando como referencia a la teoría formal que declara que la omisión se equipara a la acción, (teoría ya superada).

La posición de garante es el primer elemento que, a falta de causalidad, permite la imputación objetiva del resultado a estas personas, así mientras en los delitos de conducta positiva, no basta la causalidad para la imputación objetiva del resultado, en los delitos de comisión por omisión no es ni siquiera necesaria la causalidad para la imputación objetiva del resultado que en ellos parte de la existencia de posición de garante.

²⁵⁵ MIR PUIG, Santiago, Comentarios y análisis....., Ob. cit. p. 146.

²⁵⁶ Ibidem. p. 147.

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

Indica Mir Puig, ²⁵⁷ el artículo 16 del código analizado, delimita varios supuestos fundamentales de posición de garante en los incisos a, b, y d, al establecer es garante del bien jurídico el que, a) acepta 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, salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo. Esta enumeración recoge en parte los casos mencionados en la doctrina dominante desde que impuso la teoría de las funciones de Armin Kaufmann, así los señalados en los puntos a, b y d) se clasifican dentro de un primer apartado dedicado a la “función de protección del bien jurídico” como generadora de deberes de custodia, mientras que el supuesto de la actuación precedente se incluye en un segundo apartado destinado a la “función de control de una fuente de peligro”, como generadora de deberes de aseguramiento. Sin embargo en ese segundo grupo dice Mir Puig, ²⁵⁸ se especifican otros dos grupos de casos los de función de control de una fuente de peligro que actúa en el propio ámbito y los de función de control de terceras personas.

Concluye nuestro autor, ²⁵⁹ que con lo expuesto anteriormente es suficiente y no hace falta demostrar la presencia de una verdadera relación de causalidad entre la omisión y el resultado. Tras una larga e infructuosa discusión acerca de la posibilidad de tal conexión causal en la omisión, la doctrina penal ha llegado a las conclusiones siguientes:

1º Lo decisivo en la comisión por omisión no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino solo la virtualidad causal de la acción que hubiera podido realizarse para evitarlo (causalidad hipotética), ya que hubiera concurrido en el caso hipotético de que hubiese podido evitar el resultado.

2º. En cualquier caso, resultaba imposible sostener que un resultado positivo pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un sólo no hacer (*ex nihilo nihil fit*).

En los delitos de comisión por omisión, para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad naturalística, sino que basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado.

Lo anterior confirma la necesidad de distinguir entre relación de causalidad (como cuestión naturalística) e imputación objetiva (como cuestión normativa). Hoy se admite generalmente dice nuestro autor, que ni los delitos de acción la relación de causalidad es necesaria pero no suficiente para la impugnación objetiva. Ahora comprobamos dice, que ni siquiera es necesaria para la imputación objetiva en los delitos de omisión.

²⁵⁷ Ibidem. p.149.

²⁵⁸ Ibidem. p.160.

²⁵⁹ Ibidem. p.161.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Nótese, por otra parte que la posición de garante debe considerarse otro presupuesto junto a la posibilidad de evitar el resultado de la imputación objetiva en la comisión por omisión.

Sin embargo el problema es, que no cabe decidir con absoluta seguridad si la acción omitida hubiera o no impedido el resultado; así la doctrina dominante se contenta por ellos, con la constatación de que la realización de la conducta debida hubiera evitado el resultado con una “probabilidad rayana en la seguridad”. Otro sector doctrinal considera necesario y suficiente que la interposición de la acción esperada hubiera supuesto con seguridad un aumento de las posibilidades de evitación del resultado (segura determinación del riesgo, se comenta diciendo que existe ya deber de actuar en cuanto aparece como posible (ex ante) que la intervención evite el resultado, aunque no sea seguro que va a conseguirlo.”

2.2.3.2.4. Delitos de comisión por omisión u omisión impropia.

En el Código Penal Federal, ²⁶⁰ tenemos los delitos de comisión por omisión tipificados los siguientes:

VIOLACION DE CORRESPONDENCIA, Artículo 176: al empleado de telégrafo, estación telefónica o estación inalámbrico que conscientemente dejare de transmitir un mensaje que se entregue con ese objeto, o de comunicar al designatario, el que recibe de otra oficina, si causare daño, se le impondrá de quince días a un año de prisión o de 30 a 180 días multa.

DELITOS COMETIDOS POR LOS SERVIDORES PUBLICOS, artículo 225, son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos, los siguientes: Fracción VII. -Ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño, concedan a alguien una ventaja indebidos”,

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL artículo 229: “a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, o abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

ABANDONO DE PERSONAS artículo 335.- “al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

ABANDONO DE PERSONAS artículo 341.- al que habiendo atropellado a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiera, pudiendo hacerlo se le impondrá de quince a sesenta jornadas de trabajo

²⁶⁰ Vid. Código Penal Federal del 14 de agosto de 1931.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

en favor de la comunidad, independientemente de la pena que proceda por el delito que con el atropellamiento se cometa.

VIOLENCIA FAMILIAR. 343. BIS. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica ó ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones.

Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afin hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima.

A quien comete del delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo se le sujetará a tratamiento psicológico especializado.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz, en que se perseguirá de oficio. ²⁶¹

El maestro Miguel Ángel Aguilar, ²⁶² sostiene y con justa razón de que gracias a la modificación del artículo 7º en su segundo párrafo donde se integró que los delitos de resultado material serán también atribuibles a los que resulten responsables si la producción del resultado es por ley, contrato o conducta precedente, prevaleciendo desde luego el papel de garante. Por lo que los jueces y tribunales se ven obligados a examinar todos los delitos de resultado incluidos en la parte especial y su posible realización en comisión por omisión pudiendo llegar a la sanción de conductas que hasta ahora no habían sido consideradas como merecedoras de pena, señalando como base la siguiente jurisprudencia:

EVASION DE PRESOS, DELITO DE. Quedó acreditado el cuerpo del delito de evasión de presos, cometido por imprudencia por el quejoso, si aunque no está demostrado que hubiera ayudado a los reos de evadirse o apoyado su intento, su falta de reflexión y de cuidado configuró su imprudencia punible. Se trata, pues, de un delito de comisión por omisión, porque no es el hacer activo, sino el omitir, que viola el deber de funcionario y al mismo tiempo la prohibición del artículo 175 del Código Penal, y la culpabilidad surge del deber por especial aceptación, porque el cargo aceptado lleva consigo un deber de vigilancia, y solo la imposibilidad de hecho para cumplir íntegramente la custodia, haría viable la exculpante. El alcaide juega el papel de “garantizador” de la situación y que se le confía; y es idéntica la función de la enfermera que acepta el cuidado de un paciente grave y se duerme u olvida sin ministrarle los medicamentos o atenciones que requiere, lo que ocasiona la muerte de éste; y el resultado es imputable a aquélla. Por lo demás del tipo penal y de la situación de peligro deriva de culpabilidad culposa, puesto que el

²⁶¹ Idem.

²⁶² Ibidem. pp. 89 y 90.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

favorecimiento es comprensivo tanto de la acción como de la omisión; del dolo como de la culpa simple, con previsión o de olvido. La exigibilidad de la conducta al funcionario o empleado, por razón de su cargo, unida a la prueba de la no evitación del curso causal a virtud de la acción esperada, demuestran que el no hacer, el no vigilar, el querer consciente contrario al deber, configuran el signo culposo, ya que la ley no reconoce el crimen culpable. No es solamente el deber de atención, que generalmente fundamenta la culpabilidad culposa, sino un especial deber de cuidado nacido del peligro conocido por el sujeto activo y aceptado como riesgo propio del cargo”.

2.2.3.2.5. Diferencia entre los delitos de omisión pura y los de comisión por omisión.

En opinión del Maestro mexicano Celestino Porte Petit Gandaudap, ²⁶³ la distinción entre los delitos de omisión pura y simple y los de comisión por omisión, es:

- a) Con la simple omisión se viola una norma preceptiva penal; en los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva.
- b) En los delitos de omisión simple existe un resultado típico y en los de comisión por omisión, un resultado típico y material.
- c) En la omisión simple, lo que se sanciona es la omisión, a diferencia de los de comisión por omisión, en los que se sanciona no la omisión en sí, sino el resultado producido por ésta. En otros términos, en los delitos de omisión simple, el delito lo constituye la violación de la norma preceptiva penal; en tanto que en los de comisión por omisión, lo constituye la violación de la norma prohibitiva.
- d) El delito de omisión simple es un delito de mera conducta y el de comisión por omisión es de resultado material.

2.2.2.3.6. Ausencia de conducta.

Ausencia de conducta o de acción.

Como se ha observado en el estudio de este capítulo, si falta la conducta o algún elemento de la misma, ejemplo, la voluntad, el delito no se integra, es decir, si la conducta está ausente evidentemente no habrá delito que perseguir a pesar de las apariencias. Entonces es la ausencia de conducta uno de los elementos impositivos de la formación del delito, por ser la actuación humana positiva o negativa base indispensable del delito como todo problema jurídico.

²⁶³ PORTE PETIT, Celestino, Apuntamientos de la parte general....., Ob. cit. p. 251.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Así al observar el texto original de la fracción I del artículo 15 del código penal, encontramos como la primera causa de exclusión de responsabilidad penal (ahora exclusión del delito), ya que cualquier causa capaz de eliminar la voluntad elemento básico del delito, impide la integración del delito, por lo que en ausencia de la acción u omisión (conducta) nada hay que sancionar.

Por tanto una de las causas impeditivas de la formación del delito es la Vis absoluta, o fuerza física exterior irresistible (proveniente del hombre) a que se refiere la fracción I del artículo 15 del ordenamiento legal aludido.

En el comportamiento humano de esta naturaleza no hay manifestación voluntaria por parte del individuo ya que su actuación ha sido forzado por la fuerza irresistible.

De la misma manera funciona la vis maior, fuerza mayor irresistible (proveniente de la naturaleza) también impeditivo de la formación del delito, y a los movimientos reflejos como son: el sueño, hipnotismo y sonambulismo. En estos supuestos el sujeto realiza la actividad o inactividad como refiere Aguilar López, sin voluntad, pues su conciencia se encuentra en un estado suprimido y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.²⁶⁴

El maestro Miguel Ángel Aguilar López, señala²⁶⁵ que no puede considerarse voluntaria aquella conducta que es consecuencia de la presión ejercida por una fuerza material irresistible ---fuerzas naturales, golpes de animales, o incluso movimientos involuntarios de otras personas, que actúa directamente o al manejar máquinas, que pueden forzar movimientos activos de una persona, como su caída sobre otra o sobre un objeto u otros golpes, incluso desplazamientos de su cuerpo o extremidades pero es mucho más raro que la fuerza física procedente de otras personas y empleada dolosamente al efecto obligue a otro a realizar un movimiento corporal de carácter lesivo, tal y como lo manifiesta la jurisprudencia 883, publicada en la página 563, Tomo II, Parte HO del apéndice de 1995, correspondiente a la Sexta Epoca, bajo el rubro:

“FUERZA FISICA EXTERIOR IRRESISTIBLE, EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE. La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible, requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño”.²⁶⁶

²⁶⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos....., Ob. cit. pp. 155, 156 y 157.

²⁶⁵ Ibidem. p. 40.

²⁶⁶ Semanario Judicial de la Federación, publicada en la p.563, Tomo II, Sexta Época.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

CAPITULO TERCERO.

POSICIÓN DE GARANTE Y TEORÍAS DE LAS FUENTES FORMAL Y FUNCIONAL DEL DEBER JURÍDICO DE ACTUAR EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN.

SUMARIO: 3. 1. Posición de garante. Concepto. 3. 2. Antecedentes de la posición de garante. 3. 3. Teorías de las fuentes de garante. 3. 4. Las fuentes formales de garante según Von Feuerbach. Teoría del deber jurídico. 3. 4. 1. La ley extrapenal. 3. 4. 2. El contrato. 3. 4. 3. El actuar precedente (injerencia). 3.4.3.1. Limitación y alcance de la responsabilidad por injerencia. 3.4.3.2. El rechazo de la injerencia como fuente de posición de garante. 3. 5. Ulteriores posiciones de garante añadiendo a las tradicionales (ley, contrato y actuar precedente). 3.5.1. El dominio de la cosa. 3. 5.2. Los deberes de aseguramiento del tráfico. 3. 5. 3. La responsabilidad por el producto. 3. 5.4. Crítica de las fuentes formales de la posición de garante. 3. 6. Teoría de las funciones como fuente de garantía (de Armin Kaufmann). 3. 6. 1. Función de protección de bienes jurídicos. 3. 6.1. 1. Estrecha relación vital (ámbito familiar). 3. 6. 1. 2. Comunidad de vivienda. 3.6.1.3. Comunidad de peligro. 3. 6. 1. 4. Asunción voluntaria o asunción fáctica (por contrato). 3. 6. 1. 5. Deberes de cuidado y protección que corresponda a los funcionarios en el ámbito de su competencia. 3. 6. 2. Función de vigilancia, fuentes de peligro para bienes jurídicos. 3. 6. 2. 1. Actuar precedente o injerencia. 3. 6. 2. 2. La creación de un riesgo. 3. 6. 2. 3. Responsabilidad por la conducta de terceras personas. 3. 6. 2. 4. Crítica a las fuentes funcionales de la posición de garante. 3. 7. Concepción y postura de Jakobs acerca de las fuentes de posición de garante. 3. 7. 1. Status general. Competencia por organización. 3. 7.1.1. Deberes de aseguramiento. 3.7.1.2. Deberes de salvamento por asunción. 3.7.1.3. Deberes de salvamento por injerencia. 3. 7. 1. 4. La conducta precedente antijurídica. 3.7.1.5. El sometimiento a riesgos especiales. 3.7.1.6. Injerencia y comisión activa. 3. 7. 2. El status especial, la competencia por institución. 3.7.2.1. La relación paterno-filial. 3.7.2.2. El matrimonio. 3.7.2.3. La confianza especial. 3.7. 2.4. La confianza que genera garantía. 3.7.2.5. La confianza que proporciona garantía. 3.7.3. Los deberes genuinamente estatales. 3. 7. 3.1. Relaciones estatales de poder. 3. 7.3.2. Los fines estatales. 3.7.3.2.1. La previsión social elemental. 3.7.3.2.2. La seguridad externa e interna. 3.7.3.2.3. Los principios básicos del Estado de Derecho.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

3.1. Posición de garante. Concepto.

Garante. “ Denomínase así al sujeto que se encuentra directamente vinculado con un deber jurídico de actuar, para impedir la producción de un daño o la puesta en peligro de un bien jurídico. Es lo que algunos denominan “posición de autor”, pues a él incumbe en un momento dado el deber de conservar o tutelar un determinado bien jurídico, lo cual implica una vinculación con éste, de manera que puede decirse que el sujeto es garante de que no se producirán ciertos resultados dañosos o peligrosos. La cuestión de precisar la calidad de garante no es nada sencilla, pues la mera existencia del deber de actuar o la aceptación del deber, por sí mismos, no son suficientes a tal fin”, advierte el maestro Francisco Pavón Vasconcelos.²⁶⁷

Por otro lado, Bacigalupo considera que “deben distinguirse por razones metodológicas, los presupuestos de la posición de garante de los presupuestos del deber de actuar, en la inteligencia de que la citada posición de garante requiere esencialmente que el sujeto esté encargado de la protección o custodia del bien jurídico que aparece lesionado o amenazado de lesión, encargo que puede emanar de la ley, de un contrato explícito o tácitamente, pero lo que determinará fundamentalmente el deber de evitar el resultado, cuya infracción es “adecuada al tipo de un delito de comisión será la estrecha relación del sujeto con el bien jurídico que le impondrá su tarea de defensa frente a cualquier amenaza de lesión. Esta estrechez está dada aquí por la relación social que el omitente guarda con el titular del bien jurídico, no siendo suficiente para determinar tal posición un deber de carácter meramente moral. El propio Bacigalupo señala como presupuesto de la posición de garante, la capacidad para la evitación del resultado, la cual constituye a su vez el límite de dicha posición, y que tiene como requisito la posibilidad física real de evitar el resultado, presupuesto reconocido en forma general por la doctrina, se advierte que nadie puede garantizar la conservación de un bien jurídico más allá de lo que la realidad permita, pero al mismo tiempo se admite que el objeto de la acción y los medios de relizarla no sólo deben existir sino ser disponibles para poder cumplir con la obligación impuesta”, citado por Pavón Vasconcelos.²⁶⁸

3.2. Antecedentes de la posición de garante.²⁶⁹

²⁶⁷ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Diccionario de Derecho Penal, Analítico-Sistemático, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 541.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ En la doctrina los autores que sostienen que en la omisión impropia, el sujeto activo o el omitente, sólo puede ser aquél que tenga el deber jurídico específico de actuar o evitar el resultado, es decir, el garante. Los autores que sostienen la anterior doctrina son: BENAVENTE CHORRES, Hesbert, La imputación objetiva....., Ob. cit. p. 77; WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán,, Ob. cit. pp. 301 y ss; MAURACH, Reinhart, Derecho Penal, parte general....., Ob. cit. p. 222; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEINGEND, Thomas, Tratado de... .., Ob. cit. pp. 854 y

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

El concepto garante, o posición de garante, es un concepto troncal o primordial en la función del delito de omisión impropia o comisión por omisión, muchos autores le atribuyen la acuñación o creación de tal concepto a Binding, otros a Dahm lo cierto es que gracias a Nagler quien introdujo al vocabulario jurídico penal dicha figura jurídica en 1938, como refiere el maestro José Cerezo Mir.²⁷⁰

En los delitos de omisión impropia es necesario que el sujeto omitente tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de un cargo o profesión. Esta obligación especial convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí su nombre con el que suele denominarse doctrinalmente *posición de garante*. Esta denominación de garante como omitente responsable del resultado, se debe porque garantiza frente a la comunidad a la integridad del bien jurídico lesionado o amenazado de un peligro inminente.

La posición de garante como problema situado en el tipo de los delitos de omisión impropia, continúa siendo un factor determinante hacia la expansión de la punición de estos delitos y en consecuencia es necesario su delimitación y restricción.

Benavente Chorres sostiene que la posición de garante siempre ha sido considerado como una figura de valoración normativa en el contexto de la comisión por omisión; sin embargo, al revisar los antecedentes de esta figura y cómo fue insertado en el vocabulario jurídico-penal, se concluye que la misma proviene de un sistema dogmático en una perspectiva ontológica.²⁷¹

Como se observará a continuación, el término calidad de garante o posición de garante, no se conoció en la etapa inicial de la historia del derecho penal, y ya adentrado el siglo XIX, en la ciencia penal alemana, se comenzó a manejar los

ss; BACIGALUPO, Enrique, Los delitos impropios....., Ob. cit. p. 35; el mismo autor, Derecho penal, parte general, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999, pp. 543 y ss; NOVOA MONREAL, Eduardo, Fundamentos de los delitos, Ob. cit. pp. 135 y ss; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Estudios sobre el delito de....., Ob. cit. pp. 129 y 130; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, La problemática de la posición de garante en los Delitos de comisión por omisión, Colombia, 2001, pp. 20 y ss; SANCHEZ VERA-GOMEZ TRELLES Javier, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Universidad externado de Colombia, Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho, Colombia, 1995, pp. 55 y ss; ESTRADA VELEZ, Federico, Derecho Penal, parte general, Editorial Temis, Colombia Bogotá, Colombia, 1996, pp. 93 y ss; CALDERON CEREZO, Ángel y CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, Derecho Penal, parte general T.I, Editorial Bosch, Barcelona, España, 2001, pp. 341 y ss; MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, parte general, Editorial Reppertor, Barcelona, España, 1998, pp. 308 y ss; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, parte general, España, 2000, pp. 277 y ss; POLAINO NAVARRETE, Miguel, Derecho Penal, parte general, T.I, Editorial Bosch, Barcelona, España, 2004, pp. 291 y ss. ..

²⁷⁰ Citado por BENAVENTE CHORRES, Heshbert, La imputación objetiva....., Ob. cit. p. 77. Quien al referirse al estudio del maestro Cerezo Mir señala que: la expresión garante, como omitente responsable del resultado, porque garantiza frente a la comunidad a la integridad del bien jurídico, fue acuñada por Binding en 1926 e introducida definitivamente en el vocabulario jurídico penal por NAGLER en 1938.

²⁷¹ Ibiem. p. 78.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

conceptos del deber jurídico de actuar, aunque no propiamente con el término de calidad o posición de garante; así vemos con el autor Franz Von Liszt, quien trata la cuestión sin manejar el término garante, se refiere con claridad al concepto del deber jurídico que corresponde a una persona (entendiéndose a éste como el omitente obligado a cumplir cierto mandato, o sea el omitente que es el garante para impedir el resultado), pues afirma: “sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo”, y agrega que sólo de la omisión contraria al derecho se sigue las consecuencias jurídicas de la acción.²⁷²

Es necesario notar que Von Liszt, se refiere únicamente a la omisión general u omisión propia, ya que en estos tiempos aún no se conocía la dicotomía de omisión propia frente la omisión impropia o comisión por omisión, pues este concepto se debe a los estudios de Luden; sin embargo, Von Liszt, ya señalaba como fundamento de esta obligación o deber jurídico de actuar al orden jurídico que incluso puede pertenecer al derecho penal, señalando los parágrafos 221, 357, 60 del código penal alemán, hechos que fundamentan ilícitos de omisión propia; refiere al código civil que fundamenta la obligación de los padres de proporcionar alimentos a los hijos menores, y al no cumplirlos produce un resultado; o una obligación contractual de la enfermera con un enfermo; el deber del funcionario público, cuyo incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas. Sin embargo, Liszt señala como fuentes de garantía o deber jurídico de actuar, la ley civil incluso otras ramas del derecho; como el contrato, asimismo considera como tal el actuar precedente del autor que hace aparecer como contrario a lo debido, el hecho de no obrar.²⁷³

Así tenemos a Edmundo Mezger, quien en el tema a estudio ya hablaba de la omisión propia frente la omisión impropia, sin manejar aún el término de garante o posición de garante, sin embargo, refiere que la circunstancia de no actuar debe producir un resultado a la no realización de la acción esperada o exigidas, y señala que el deber de actuar, es un deber de impedir el resultado antijurídico, en el delito de omisión impropia, un deber de actuar. Según la teoría tradicional respecto de la teoría de la fundamentación de las fuentes del deber, indica que éstas devienen de los tres grupos: la ley, la especial aceptación y el actuar precedente, así como se han agregado recientemente las relaciones concretas de la vida; mismas que se tratarán más adelante.²⁷⁴

3.3. Teorías de las fuentes de garante.

Von Feuerbach, indicó que en el delito de omisión, se requiere siempre de la existencia de una particular razón jurídica (fuente), ley, contrato para originar

²⁷² VON LISZT, Franz, Tratado de derecho, Traducción de la 20 edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, T.II. Editorial Reus, Madrid, España, 1927, p. 303.

²⁷³ Ibiem. p. 304.

²⁷⁴ MEZGER, Edmundo, Derecho Penal,....., Ob. cit. pp. 122, 123 y 124.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

vínculos jurídicos en que basar el deber de actuar, sin este fundamento, la omisión no es delictiva.²⁷⁵

La posición de garante que Dahm fundó para la escuela de Kiel, posteriormente desarrollada por Nagler; ésta, debe considerarse como elemento o característica principal en el delito de omisión impropia o comisión por omisión, ya que es la figura que distingue entre la omisión simple frente la omisión impropia, ahí radica su interés muy particular al abordar su estudio en este delito, que incluso muchos lo han llamado como un delito especial por esta característica especial de la posición de garante.

Continuamos con Hans Welzel, quien refiere que en los delitos de omisión impropia, la autoría tiene que ser fundada independientemente junto a la conducta típica por características especiales de autor: sólo el no evitar un resultado típico por parte de una determinada persona con poder para ello, convierte a dicha persona en autor en el sentido de un delito de omisión impropia en este contexto son delitos especiales propios de tal manera que en estos casos, sólo entran en consideración como autores, personas que de antemano están en una relación estrecha al bien jurídico lesionado. El no evitar el resultado típico es típico en el sentido de un delito de omisión impropia sólo para determinadas personas, con poder del hecho que de antemano estén en una relación estrecha de la cual resulta esta persona de “garante” de la integridad del bien jurídico. De esta manera el autor de omisión impropia es sólo aquél que tiene una posición de garante efectiva respecto del bien jurídico y de esta posición no evita el resultado típico, a pesar de poder hacerlo.²⁷⁶

En ese sentido Reinhart Maurach, en su tiempo hablaba ya de la fundamentación de la posición de garante, y consideraba la teoría acerca del elemento especial de autoría de la posición de garante (en general respecto de la autoría y en particular acerca del dominio del hecho), era expuesta de manera formal, en relación con las fuentes especialmente asumidas; así tradicionalmente se distinguen cuatro posiciones de garante cuyas fuentes eran la ley, la libre aceptación (incluidos los contratos), la comunidad de vida y de peligro, y finalmente, el hecho previo (injerencia), y respecto de las cuales bien podían producirse superposiciones e incluso concurrir conjuntamente, remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal. Nótese que Maurach, hablaba de fuentes formales pero también de fuentes materiales, haciendo una mixtura en ambas, toca dos fuentes funcionales como son la comunidad de vida y de peligro, que posteriormente generalizaría Armin Kaufmann y que se abordará más adelante. Sin embargo, el propio autor hablaba que sobre la base de los resultados aportados por la investigación más moderna esta clasificación no podía ser mantenida.

Así nuestro autor al parecer ya presentía que por algunas fallas de la clasificación de las fuentes, conforme algunos críticos, lo llevarían a la deriva y a la necesidad de encontrar otras alternativas más viables con sustento científico más moderno

²⁷⁵ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, La imputación objetiva....., Ob. cit. p. 81.

²⁷⁶ WELZEL, Hans, Derecho Penal. Parte general....., Ob. cit. p.p. 287, 288 y 289.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

como las fuentes materiales funcionales que se expondrán más adelante en el mismo capítulo. ²⁷⁷

Por su parte Hans-Heinrich Jescheck, al tratar el delito de omisión señala la existencia de la dicotomía en esta figura, esta dicotomía se debe a los estudios de Luden, como ya se ha mencionado, el primero que habló de delitos de omisión propia y omisión impropia o comisión por omisión, pero nuestro autor refiere que más bien existe una clasificación tripartita, en los siguientes términos: a) delitos de pura omisión, a cuyo tipo no le pertenece más que una conducta omisiva; b) delitos de omisión y resultado, en cuyo tipo a una conducta omisiva se anuda un determinado resultado; y c) delitos de comisión por omisión u omisión impropia, que surgen cuando la figura legal se limita a prohibir la causación de un determinado resultado con independencia de que el mismo sea efectivo de un hacer positivo o un omitir, señalando que muchos autores como Rodríguez Devesa, prefieren la expresión de comisión por omisión en lugar de omisión impropia; y al hablar de la posición de garante, refiere como fuente principal la ley, pero también habla de la dificultad que existe respecto del principio de legalidad, y que son delitos no previstos exactamente en la ley; sin embargo, en los manuales tradicionales suelen mencionarse únicamente los casos más indiscutibles (la madre que deja de alimentar a su hijo recién nacido que perece por ello, el guardagujas que no mueve las agujas produciendo un accidente). Asimismo refiere, que en los delitos de omisión, la imputación objetiva descansa en la causación del resultado típico. ²⁷⁸

La importancia excepcional que reviste la teoría de la posición de garante dice Bacigalupo, ²⁷⁹ radica precisamente en que inaugura una nueva época en el problema presentado por la omisión impropia. “La comisión por omisión sólo puede ser aceptada si la inactividad en el sentido del tipo se prueba que está equiparada con la actividad según la voluntad de la ley”.

A partir de entonces se inició una larga época de discusión respecto de la equiparación de acción frente a la omisión, se llega a la conclusión, que muchos delitos efectivamente se podrían equiparar entre la acción frente a la omisión; sin embargo hay delitos que solamente se configuran en forma positiva, como los delitos de propia mano o de injuria.

Por tanto se dice que los delitos de acción frente a la omisión, pueden ser equivalentes siempre y cuando hay una característica especial en la comisión por omisión y esta característica se llama posición de garante, en donde debe de haber una relación de deber especial, es decir, que el autor sea convocado o citado para impedir el resultado típico mediante la prueba de una fuerza eficaz contraria. ²⁸⁰

La coexistencia de condiciones impulsivas (positivas) e impeditivas (negativas), reconocida por Nagler, le permite afirmar que ante todo las personas cuya

²⁷⁷ Ibidem. pp. 248 y 249.

²⁷⁸ Cfr. JESCHECK Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal....., Ob. cit. pp. 832, 843 y 854.

²⁷⁹ Ibidem. p. 36.

²⁸⁰ Ibidem. p. 37.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

especial tarea es la defensa de un bien jurídico de los peligros que lo amenazan tienen la función de constituirse en causa impeditiva.²⁸¹

Dice Bacigalupo,²⁸² de esta nueva forma de ver el problema surgió la teoría formal de las fuentes del deber, para la cual una omisión de impedir el resultado se debía considerar equivalente a causarlo cuando impedir el resultado proviene de una ley, un contrato (que es también ley entre las partes) o el peligro de producción del resultado fuera consecuencia de un hecho anterior del omitente (estos últimos casos llamados injerencia).

El origen de esta teoría se encuentra básicamente en Feuerbach, y en la concepción liberal del derecho cuyo punto de partida suponía que “el ciudadano no está originariamente obligado a omitir, razón por la cual un delito de omisión presupone siempre un fundamento jurídico (ley, contrato), mediante el cual se fundamenta la obligación de actuar. Sin éste, no se llega a ser delincuente por omisión. La incorporación de los casos de injerencia es posterior y sólo pudo encontrar un fundamento que permitiera afirmar su equivalencia con la acción mediante la “teoría de la causalidad de la acción ejecutada en lugar de la omitida, de Luden, pues ésta afirmaba que la acción positiva realizada en lugar de la impuesta por el orden jurídico era la causa del resultado (teoría del *aliud agere*).

En la dogmática española es de destacar el punto de vista del maestro Gimbernat Ordeig, quien sostiene que la injerencia es, prácticamente, la única fuente del deber que podría fundamentar la comisión por omisión, de un delito imprudente, citado por Bacigalupo.²⁸³

Por otro lado, Novoa Monreal, argumenta que la gran cuestión de la posición de garante consiste en precisar los casos, alcances y formas en que rige la obligación de actuar.

Es en este aspecto donde se ha desatado según Gossel, un verdadero huracán dentro de la literatura jurídico-penal, de ahí la necesidad de revisar los puntos más apropiados por llegar a una certera visión de conjunto respecto del problema.

El examen de la posición de garante quedó limitado al esclarecimiento de las fuentes en las cuales se fundamentan a la obligación jurídica de actuar con el fin de impedir un resultado prohibido.

Esas fuentes según consenso bastante amplio de la doctrina penal, fueron circunscritas a tres: la ley, la especial aceptación y un hacer precedente.²⁸⁴

Benavente Chorres Hesbert, por su lado refiere, que en lo que respecta a las fuentes de posición de garante el finalismo reprodujo en lo sustancial el modelo

²⁸¹ Idem.

²⁸² BACIGALUPO Enrique, Derecho Penal, parte general, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, p. 543.

²⁸³ Ibidem. p. 544.

²⁸⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo, Fundamentos de los delitos....., Ob.cit. pp. 141 y 142.

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

neokantiano, al exponer que la posición de garante podía surgir de una ley penal, un contrato o un hecho anterior del omitente.

Las fuentes formales (donde deriva el deber jurídico como fundamento de la punición de omisión), se inició con Feuerbach,²⁸⁵ la idea de la existencia de un deber jurídico como fundamento de la posición de garante. Feuerbach, indicó que en el delito de omisión se requiere siempre de la existencia de una particular razón jurídica (la ley, como emanación de la voluntad social, o el contrato como emanación del principio de la autonomía de las partes, para originar vínculos jurídicos) en donde basar el deber jurídico de actuar, sin este fundamento la omisión no es delictiva.

De ahí que al ser valorada la posición de Feuerbach, la doctrina dominante entiende que la misma sitúa el problema de la responsabilidad penal por omisión en el plano normativo y no en el causal.

Sin embargo, el punto central siempre ha sido en encontrar los criterios que determinan las condiciones que permitan afirmar que no impedir un resultado es equivalente a su producción activa; así al principio se pensó que la equivalencia se daba en la esfera de la causalidad; no obstante al descartarse el nexo causal en la omisión, se entendió que sólo las omisiones que implicaran las infracciones de un determinado deber de actuar, deberían ser típicas.²⁸⁶

Así tenemos a Gimbernat Ordeig Enrique, quien afirma que de acuerdo con la doctrina dominante, es criterio unánime que en la omisión impropia, el omitente tiene una posición de garante, un deber jurídico (extrapenal) de actuar que garantiza frente a la sociedad, la integridad del bien jurídico lesionado.

El deber jurídico de actuar fundamentador de una posición de garante sería por consiguiente, un deber extrapenal (por ejemplo de origen civil o administrativo) que seleccionaría de entre todos los ciudadanos a uno o a unos pocos como encargados de vigilar la protección del bien jurídico en cuestión; es decir, *son personas determinadas* que únicamente les incumbe procurar la evitación del resultado.²⁸⁷

3.4. Las fuentes formales de la posición de garante, teoría del deber jurídico según Von Feuerbach.

Es del conocimiento general, que la posición de garante, esto es, la posición que destaca a una o unas personas de entre todas las demás que le hace responsable del bien jurídico-penalmente protegido y que en consecuencia y si no evita su lesión le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, se hace seguir mediante tres fuentes tradicionales siguientes: la ley, el contrato y posteriormente el hacer precedente (ingerencia).²⁸⁸

²⁸⁵ BENAVENTE CHORRES, Hésbert, La imputación objetiva....., Ob. cit. p. 81.

²⁸⁶ Idem.

²⁸⁷ Ibidem. p.p. 129 y 130.

²⁸⁸ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, La omisión impropia....., Ob. cit. p. 131. Tenemos como autores que sostienen como fuente formal la ley, el contrato y el actuar precedente, los siguientes:

3.4.1. La ley (extra-penal).

La idea de que el deber jurídico de actuar transmitiendo ciertas obligaciones se derivan de leyes extrapenales de derecho público, tenemos como ejemplo, deberes funcionariales de vigilancia o de derecho privado por ejemplo deberes familiares de guarda, convierten al omitente en responsable del resultado no impedido, teoría formulada por primera vez por Von Feuerbach.²⁸⁹

En el mismo tenor, según esta tesis: los padres, que no dan de comer al hijo pequeño, permitiendo que muera de enanición, realizan en comisión por omisión, un delito contra la vida; así como al socorrista funcionario en una piscina municipal, se le imputa la muerte si no interviene para impedir el ahogamiento de un usuario del establecimiento. Asimismo, el guarda barreras empleado del ferrocarril, sobre la base de la normativa reguladora de los pasos a nivel, cuando no cumple con su deber de vigilancia se le hace responsable de los resultados típicos causados por la colisión entre el ferrocarril y un vehículo de motor.

En tal situación el resto de los ciudadanos no garantes, que no tienen la obligación especial extra-penal de garantizar la vida de determinadas personas, sino sólo la obligación general jurídico-penal que nos incumbe a todos de socorrer a cualquier ser humano, responderían, si no intervienen únicamente por el delito de omisión propia.²⁹⁰

3.4.2. El contrato.

La idea de que las obligaciones del deber jurídico de actuar también se derivan del contrato, que obliga al sujeto omitente evitar la producción de un resultado, ejemplo: el que celebran los padres con otras personas para que cuide de sus hijos (niñeras), convierten al omitente en responder el resultado no impedido, cometiendo el delito de comisión por omisión. Así la empleada doméstica (por contrato), que omite la alimentación del bebé que tiene a su cargo, realizan en comisión por omisión un delito contra la vida. Asimismo, el empleado contrato en una empresa privada, se le imputa la muerte si no interviene para evitar el ahogamiento de un usuario del establecimiento citado;²⁹¹ para Novoa, pronto se advirtió que no era indispensable un acto jurídico formal y que tampoco podía admitirse que defectos legales de éste pudieran afectar su validez o vigencia,

BACIGALUPO, Enrique, Ob. cit. p.25; NOVOA MONREAL Eduardo, Ob. cit. p.142; BENAVENTE CHORRES, Hesbert,....., Ob. cit. p. 82; NUÑEZ Ricardo, derecho, Ob. cit. p. 240; GIMBERNAT ORDEIG, señala que al hablarse de ley como fuente formal de la posición de garante, debe entenderse en sentido amplio el concepto de ley, como decretos, reglamentos, orden judicial o ministerial e incluso orden municipal.

²⁸⁹ Ibidem. p. 132.

²⁹⁰ Ibidem. p. 133.

²⁹¹ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

excluyendo la garantía si de hecho el encargado de la custodia habría aceptado asumirlas y si los afectados podían confiar en que ella está siendo dispensada.²⁹² Según la teoría de las fuentes formales, la asunción de un deber de actuar puede provenir de un contrato, que obligue al sujeto a vigilar la ejecución de unas obras, o de derecho público como en el caso del funcionario que ha de comprobar si se cumplen las disposiciones relativas a la seguridad en la ejecución de las mismas obras, en tales supuestos, según los defensores de esta teoría es preciso que el sujeto haya efectivamente asumido el puesto de garante a que se obligó, sin embargo el contrato sólo puede ser fuente formal de la posición de garante cuando de la confianza depositada emerja un particular deber de cuidado, vigilancia o protección.²⁹³

Sin embargo, Maurach critica la fuente de contrato, ya que no han logrado imponerse pues conduce a consecuencias imprescindibles, como en los casos de nulidad, anulabilidad, terminación del mismo contrato, en los casos de posición de garante efectivamente asumidas o continuadas como aquéllos en los casos en que el contrato es nulo desde un punto de vista de derecho civil, no obstante el obligado aún no ha asumido la posición de garante. Por ello dice Maurach, en lo sucesivo la aceptación efectiva de un círculo especial de obligaciones vinculadas a la evitación del resultado será considerado como el criterio determinante, con lo cual se da la posibilidad de eliminar aquellas cuestiones civiles no esenciales para el derecho penal.²⁹⁴

3.4.3. El actuar precedente (Injerencia).

La teoría del actuar precedente (injerencia) nace para unos en el primer tercio del siglo XIX, formulada para casos determinados, en cambio otros atribuyen a la teoría formal de las posiciones de garante como la obligación de actuar para impedir un resultado. La incorporación de los casos de injerencia es posterior y sólo pudo encontrar un fundamento que permitiera afirmar su equivalencia con la acción mediante la teoría de la causalidad de la acción ejecutada en lugar de la omitida de Luden, ya que ésta afirmaba que la acción positiva realizada en lugar de la impuesta por el orden jurídico era la causa del resultado (teoría del aliud agere). Para otros la germinación de la injerencia se encuentra en los inicios del siglo XX, a partir de la obra de Stubel en 1828, quien considera que en el caso de que una persona colocase a otra en una situación de riesgo de la que no pudiera esta última salir sin la ayuda de aquélla, surgía para el causante del peligro un deber de actuar en evitación del resultado. Finalmente están quienes atribuyen su origen a Nagler, quien la utilizó en 1938.²⁹⁵

Sin embargo es necesario señalar aunque brevemente cómo se fue desarrollando esta figura, así tenemos la observación de los tratadistas más reconocidos:

²⁹² NOVOA MONREAL Eduardo, Fundamento, Ob. cit. p.142.

²⁹³ Ibidem. p. 83

²⁹⁴ JESCHECK Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal....., Ob. cit. p. 669.

²⁹⁵ Ibidem. p. 84.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

En ese tenor tenemos a Von Liszt quien refiere que: la obligación jurídica de obrar puede resultar: de la acción precedente, que hace aparecer como contrario a lo debido del hecho de no obrar, la obligación de obrar es impuesta al autor como un resultante; señala como ejemplo: el hecho de recoger un niño abandonado, fundamenta la obligación jurídica de cuidarle en adelante, así el que origina un peligro por la velocidad excesiva de su vehículo, tiene la obligación jurídica de evitar los daños que pudiera sobrevenir por su modo de obrar.²⁹⁶

En el mismo sentido Edmundo Mezger, señala la fundamentación del deber por un hacer precedente, mediante el cual se requiere una ulterior intervención; corresponde a este grupo, el deber de poner en libertad a una persona a la que se ha encerrado por equivocación, sin concurrencia de culpabilidad, fundamentando una posición de la libertad con arreglo al & 239. El Tribunal Federal Alemán afirma que existe deber de garante (4,20) al vender bebidas alcohólicas a un automovilista que posteriormente atropella a un peatón y éste muera sin evitar el resultado. Asimismo, asegura que puede surgir un deber de actuar también por una omisión precedente, aquí se exige una cuidadosa ponderación de la situación de peligro y de la situación especial de deber que se deduce de la misma.²⁹⁷

Welzel Hans, sostiene que: “de acuerdo a la práctica judicial imperante, nace una posición de garante por un actuar precedente peligroso (injerencia): Quien con su hacer actico, aunque sea sin culpa ha dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene que impedir la producción del resultado.” Asimismo, plantea varios supuestos como los siguientes:

El jefe que por inadvertencia encierra al empleado al ‘termino del trabajo, tiene que ponerlo en libertad o de otro modo comete detención ilegal por omisión. El agredido que derriba al agresor en defensa legítima, no es garante de impedir consecuencias posteriores de la lesión. Pues el autor del actuar precedente no es el agredido, sino el agresor mismo, que ha colocado al agredido en una situación en que carece de libertad, por la cual éste lo lesionó. Si bien habrá de imponérsele al agredido una obligación de acuerdo al & 330 c.

El principio jurídico sobre la posición de garante por un “actuar precedente empleado por la jurisprudencia actual con seguridad apodística, es todo menos que evidente e inobjetable.²⁹⁸

A la inversa, el punto de vista del actuar precedente es muy limitado: El jefe tiene que liberar al empleado encerrado en un recinto del negocio (tan pronto tenga noticia de ello), también cuando haya sido encerrado inadvertidamente por un tercero. El capitán tiene que alimentar al policía descubierto, a pesar de que no sea su actuar el que haya creado el peligro de muerte por inanición. Los criterios que fundamentan la responsabilidad son evidentemente más diferenciados y complejos. Por sobre todo, depende también de quien es el ámbito de **señorío** (social) en que sobreviene el peligro de un resultado típico.

²⁹⁶ Ibidem. pp. 316 y 317.

²⁹⁷ Mezger, Edmundo, Ob. cit. p .123.

²⁹⁸ Ibidem. pp. 295 y 296.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Welzel Hans, advierte la amplitud e ilimitación de la injerencia, ya que dice el problema de la injerencia sigue siendo aún hoy un problema insoluble; asimismo asevera que se ha recurrido al principio de la confianza para limitar la obligación de la injerencia, que de otro modo no tiene límites.²⁹⁹

Maurach Reinhart, por su parte indica que el principio por el cual toda persona está obligada a evitar lesiones de bien jurídico, cuando su conducta previa haya provocado el peligro de producción de este resultado, “aquel que recurre a elementos hostiles, debe dirigirse de tal manera que no se produzcan infracciones jurídicas” (Nagler), por lo que la injerencia es un hacer activo, si bien son imaginables, casos de pasividad fundante de un peligro, respecto de los cuales deben establecerse exigencias más estrictas, Así sólo reconoce una actividad contraria al deber como acción previa fundante del peligro.³⁰⁰

A continuación tenemos a Jescheck quien refiere que el deber de garante derivado del actuar precedente peligroso descansa sobre la prohibición de lesionar a otro; y dice quien provoca el peligro de que otro sea dañado (injerencia) debe cuidar de que tal riesgo no se materialice en un resultado típico. Sin embargo, el deber de evitar el resultado no surge de la simple causación de un peligro sino que, más bien, la idea de injerencia debe ser restringida por tres vías: en primer lugar, el actuar precedente debe haber provocado el peligro cercano (adecuado) del ocasionamiento del daño; en segundo lugar, la actuación previa debe haber sido contrario a deber (aunque no sea culpable) desde un punto de vista objetivo. Finalmente la contrariedad a deber debe consistir en la infracción de la norma que sirve precisamente para la protección del bien jurídico afectado; rechazable resulta pues, el criterio mantenido por la jurisprudencia (BGH 17, 321) en la que el deber de evitar el falso testimonio en un proceso de divorcio fue basado sobre una relación adulterina del acusado con la testigo; por injerencia es también responsable quien neutraliza una condición protectora existente, quien elimina a otra persona dispuesta la protección quien hace surgir una nueva fuente de peligro que puede consistir en el desencadenamiento de fuerzas naturales o en la no supervisión de las personas a él confiadas.³⁰¹

Así, Miguel Polaino Navarrete, sostiene que una tercera fuente tradicional de la posición de garante resulta ser la *actuación peligrosa precedente*, que se caracteriza por la determinación de la injerencia. Conforme a este criterio el sujeto que mediante una conducta precedente (injerencia) cree un riesgo o peligro para un bien jurídico puede responder de la lesión del mismo bien como si fuera causado la lesión activamente, si es que no evita el resultado producido, y cita como ejemplo: quien cierra con llave la puerta de un cuarto o un edificio sin saber que dentro se encuentra una persona, que después de apercibido de la situación

²⁹⁹ Ibidem. pp. 297 y 298.

³⁰⁰ Maurach, Reinhart....., Ob. cit. p. 260 y 261.

³⁰¹ JESCHECK Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal....., Ob. cit. pp. 673 y 674. Es necesario establecer que este autor, hace las aclaraciones que dentro de las teorías formales ha sido insuficiente razón por la cual este estudio lo hace dentro de las teorías funcionales de garante como lo señala dentro de su obra en páginas 669 y ss.

y requerido para que abra, omite hacerlo incurre en un delito de privación ilegal.
302

Mir Puig, Santiago, señala “pese a constituir el actuar precedente una de las fuentes de la posición de garante reconocida desde más antiguo, es la que suscita mayores dudas. La opinión tradicional entiende que quien ha provocado, por una conducta precedente, una situación de peligro para un bien jurídico, está obligado a evitar que el peligro se convierta en lesión, so pena de considerar que la producción de ésta sería tan achacable al sujeto como su causación positiva.”³⁰³ Ejemplo: quien por conducción imprudente atropella a un peatón y huye del lugar del accidente sin socorrerle, a conciencia de que posiblemente muera, se reputa que ha causado voluntariamente la muerte de la víctima (homicidio doloso), art. 138 CP) en este sentido también al segundo inciso b) del art. 11 del CP.

Parece razonable que quien ha creado un peligro posea un deber especial de evitar su conversión en lesión. Así el No. 3 del art. 195 CP español, castiga con una pena agravada la omisión de socorro si la víctima lo fuere por accidente ocasionado.....por el que omitió el auxilio debido; pero no basta la presencia de un deber, siquiera cualificado de actuar, para poder afirmar que la omisión equivale a la causación positiva, según exige el primer inciso del art. 11 de CP para la comisión por omisión. Como dice Bacigalupo, una cosa es que exista el deber de actuar, y otra muy distinta que su infracción omisiva realice un tipo de comisión; en el ejemplo propuesto, ¿puede decirse que la omisión de socorro al peatón da lugar a un verdadero homicidio doloso?, cabe entender que, siquiera en sentido social amplio, ¿el conductor ha matado dolosamente a la víctima?

La doctrina va advirtiendo que la sola conducta precedente de creación del peligro no es suficiente para fundamentar una posición de garante, es indudable que quien acarrea voluntariamente (dolosamente) el peligro, queda en posición de garante, pero parece ilógico que quien produce el peligro sin dolo ni imprudencia (esto es sin infracción de la norma de cuidado), deba cargar con la lesión dolosa si no impide su producción.³⁰⁴

Una importante corriente doctrinal exige, por tanto, que sea antinormativa la conducta antecedente que provoca el peligro, más si bien se piensa, porque la antinormatividad de la actuación precedente ha de convertir la omisión subsiguiente de equivalente a la lesión positiva. ¿No se trata de una manifestación solapada del tan denostado *versari in re ilícita*, según el cual la ilicitud inicial del acto impregna todas sus consecuencias?

La antinormatividad solo ha de importar en cuanto condicione la posibilidad de imputar al sujeto el peligro creado por su acción. Recuérdese, la posición de garante requiere que por una u otra vía, tenga lugar una creación o aumento de peligro que sea atribuible a su autor, así, el peligro creado por un accidente en la persona de la víctima no es, sin duda, atribuible al causante del accidente si éste

³⁰² POLAINO NAVARRETE, Miguel, Derecho Penal, parte general, T.I, Editorial Bosch, Barcelona, España, 2004, p. 299.

³⁰³ MIR PUIG, Santiago,....., Ob. cit. p. 312.

³⁰⁴ Ibidem. p. 313.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

no pudo o no debió preverlo, que es lo que sucede cuando falta imprudencia. Esta es la razón por la cual, la falta de antinormatividad anterior excluye en este caso la posición de garante. Lo mismo ocurre en otros casos de falta de antijuridicidad en la conducta anterior, pero no en todos.³⁰⁵

Gimbernat Ordeig, Enrique, sostiene que una tercera fuente tradicional de la posición de garante viene constituida por la injerencia (*actuación precedente peligrosa*). Conforme a este principio, el que mediante una conducta precedente (injerencia) crea un riesgo o peligro para un bien jurídico puede responder de la lesión del mismo bien como si fuera causado la lesión activamente, si no evita el resultado producido, y cita como ejemplo: el camionero que después de cargar en su vehículo una pieza cilíndrica de gran peso (hacer precedente) no la calzaba convenientemente (omisión del injerente), deslizándose aquélla y aprisionando así a otra persona que muere, omite el resultado e incurre en un delito de homicidio de comisión por omisión.³⁰⁶

3.4.3.1. Limitación y alcance de la responsabilidad por injerencia.

No todo hacer precedente condicionante después de un resultado típico crea una posición de garante, pues si así fuera acciones completamente alejadas del resultado nos harían responder con suma facilidad de éste, por ejemplo: el minero que extrajo el hierro respondería de un delito contra la vida en comisión por omisión, si luego pudiendo hacerlo, no evitaba el resultado ejecutado con una navaja fabricada con aquel mineral, con lo que se llegaría a una situación parecida a la del *regresum in infinitum* de una teoría causal de la condición llevada hasta las últimas consecuencias'.³⁰⁷

La doctrina dominante establece como primera limitación, que la posición de garante sólo puede provenir de un hacer precedente peligroso en sí para la protección del bien resultado; sin embargo, esa limitación no es suficiente para evitar un desmesurado amplitud de la responsabilidad del garante por el resultado, la dogmática ha ido estableciendo ulteriores requisitos a añadir al hacer precedente peligroso para que éste pueda considerarse creador de una posición de garante y consiguientemente ser un delito de comisión por omisión; sin embargo, no sólo no se ha alcanzado una unidad de criterio sobre esas limitaciones, sino que las opiniones aparecen caóticamente dispersas.³⁰⁸

1. Por lo que respecta a una situación típica pero justificada, constituye un hacer precedente en el sentido de la teoría de la injerencia –por ejemplo: sobre si constituyen un hacer precedente las lesiones causadas en legítima defensa para quien, posteriormente y una vez desaparecida la agresión, permita que el herido muera a consecuencia de esas heridas, se mantienen dos soluciones

³⁰⁵ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal....., Ob. cit. p. 314.

³⁰⁶ Ibidem. p. 138.

³⁰⁷ SANCHEZ TOMAS, José Miguel, Comisión por omisión y omisión de socorro agravada, Editorial Bosch, Barcelona, España, 2005, pp. 32 y 33.

³⁰⁸ Ibidem. p. 139.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

contrapuestas: para unos, quien deja morir a quien previamente ha lesionado justificadamente, responde de un delito contra la vida en comisión por omisión; para otros, sólo de una omisión propia del deber de socorro, parágrafo 13, del código penal español; sin embargo, algunos autores, distinguen dentro de las causas de exclusión de lo injusto y mantienen que en la legítima defensa no, pero que en el estado de necesidad justificante, el hacer precedente sí que fundamenta una posición de garante.

2. En el caso de quien cierra una puerta sin saber ni poder prever que una persona se halla dentro de la habitación, la doctrina dominante estima que en todo caso una detención ilegal en comisión por omisión desde el momento en que consciente de que una persona ha quedado encerrada, no abre la puerta el que previamente la cerró, y todo ello, a pesar de que ese hacer precedente – por no concurrir en el momento de ejecutarlo ni dolo ni imprudencia---no es tampoco, de acuerdo con la correcta doctrina dominante antijurídico.

3. En el caso del conductor que atropella sin dolo a otra persona y se da a la fuga, se establecen las siguientes posiciones:

-Sólo el atropello imprudente, pero no el fortuito, puede servir de base una posición de garante por injerencia, por lo que únicamente en el primer caso responderá de un delito doloso contra la vida en comisión por omisión, si, a pesar de que hubiera podido evitarlo, permite que se muera el accidentado.³⁰⁹

- Ni en el atropello fortuito ni en el imprudente son aptos para fundamentar una posición de garante.

- En el caso del tabernero que sirve alcohol y luego no impide que el cliente embriagado conduzca su automóvil, frente a la antigua jurisprudencia alemana que hacía responsable a aquél, en todo caso, por homicidio imprudente, si el conductor después mata a alguien negligentemente, la moderna doctrina del BGH, con la opinión favorable de la ciencia, ha rectificado, limitando la responsabilidad del hostelero a sólo determinados casos, a saber: a aquéllos en los que el cliente conductor se embriaga hasta el punto de convertirse en inimputable y, en general, cuando en contra de la prohibición establecida en el § 16, párrafo 1, de la ley alemana de Hostelería, se sirven bebidas alcohólicas a una persona ya embriagada.

3.4.3.2. El rechazo de la injerencia como fuente de posición de garante.

Un sector doctrinal minoritario, impulsado principalmente por Schunemann,³¹⁰ niega que el hacer precedente pueda convertir al injerente en garante y con

³⁰⁹ Shonke/Schro/stree, en ZSGH 1997, & 13, n. m.15, señala que la anterior doctrina que consideraba que también el atropello fortuito fundamentaba una posición de garante, la moderna jurisprudencia alemana rectifica la anterior postura.

³¹⁰ Schunemann, citado por Gimbernat, en Ob. Cit. p. 145; en contra del criterio de la injerencia, se han manifestado no sólo Schunemann, sino también autores como Helmut Mayer, Strafrecht, que a pesar de la tradición de este principio (el de la injerencia), es dudosa su aplicación en el

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

ello, en autor o partícipe de un delito de comisión por omisión; ya que una vez que ha tenido lugar el hacer precedente (una vez que ha atropellado al peatón, “el injerente se encuentra frente al ulterior acontecimiento, ontológicamente, igual que cualquier otra persona, por lo que las sucesivas etapas del proceso causal se le pueden imputar a su esfera de dominio sólo sobre la base del acto desencadenante. Cuando el injerente se convierte repentinamente en doloso, ello es un dolo sin dominio y, por consiguiente, una mala voluntad sin hecho. Un dominio requiere un sustrato material sobre el que actúa; y éste no lo puede constituir el mero proceso causal, si no se quiere incurrir en el error de equiparar el dominio (actual) con la posibilidad de evitación (potencial).³¹¹

3.5. Ulteriores posiciones de garante añadiendo a las tradicionales (ley, contrato y hacer precedente).

Las fuentes de la posición de garante se extienden como mancha de aceite, como sostienen muchos doctrinarios, situación que hay que atender por el deber de evitar el resultado, derivado de la ley o del contrato, así también por el requisito de nuevos criterios a añadir a los tradicionalmente existentes y posteriores posibilidades de que una inactividad se convierta en un delito de la comisión por omisión, se supone que pueden dar lugar a una posición de garante los siguientes: estrecha relación vital y relación de comunidad de vivienda.

3.5.1. El dominio de la cosa.

Se debe a Traeger el estudio del dominio de la cosa, y este consiste en que una persona que por curiosidad o para realizar un robo, penetra en una bodega ajena, cerrándose la puerta, que sólo puede ser abierta desde afuera, a consecuencia de un golpe de viento. A pesar de que no existe un hacer precedente porque la puerta se cierra por una fuerza de la naturaleza y no por el propietario de la bodega, no obstante y, sobre la base del criterio del dominio de la cosa. Traeger considera que en este caso concurre un deber de actuar generador de una comisión por omisión; y ello se debe por que sólo aquél en cuya zona de dominio se ha producido una situación de peligro por otras personas, es que puede acabar con esa situación; es decir, el propietario de una zona donde ha ocurrido el evento caído y lesionado de una pierna el intruso, ese propietario, tiene la obligación de actuar para evitar ulteriores consecuencias

caso concreto, pues la persona tiene que correr riesgos todos los días sin que pueda contrarrestar todas las consecuencias más alejadas; así Bacigalupo opina, como se ve la idea de la injerencia no tiene ya prácticamente lugar en el sistema penal Argentino, por lo que la fundamentación de la responsabilidad para una omisión impropia basada en la sola conducta precedente como se admitió en general, en nuestra dogmática no tiene hoy vigencia. La ley no establece en ninguna parte una posición de garante semejante, no permite deducirla con la amplitud que se ha pretendido; Langer, opina, “ hoy más bien me inclino por la opinión de que la posición de garante en virtud del hacer precedente no se podrá mantener desde el punto de vista del principio “ nullum crimen.”

³¹¹ Schunemann, citado por Gimbernat....., Ob. cit. p. 146.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

dañosas.³¹² A pesar de que esta figura decayó por mucho tiempo, los tratadistas como Henkel así como Otto, recuperan la vieja idea de Traeger y le dan continuidad ese pensamiento del deber de actuar en esas circunstancias.³¹³

3.5.2. Los deberes (de aseguramiento) del tráfico.

Posiblemente sea Traeger quien por primera vez, también formula junto al criterio del dominio de la cosa, el principio de que los deberes de aseguramiento del tráfico, generen también una obligación de evitar el resultado y, con ello, una comisión por omisión. Así al estudiar la injerencia Traeger concluye que no toda acción precedente con mayor o menor peligrosidad, o si se ha realizado dolosa o imprudentemente da lugar a un deber de evitar el resultado; por ello, dice nuestro autor, “a la vista de la ilimitada relación de causalidad objetiva de los acontecimientos, significaría, nada menos que un deber general e incondicionado de ayudar al prójimo;” quedaría difuminado la frontera de la responsabilidad si cada uno tuviera que responder por sí misma, de las consecuencias más alejadas de sus acciones.³¹⁴

Pero a la hora de delimitar de los haceres precedentes, cuáles pueden fundamentar y cuáles no, una omisión impropia, se fija en una categoría especial caracterizada por que aunque la acción previa no tiene por qué encerrar ningún peligro para el resultado y aunque se haya realizado sin dolo y sin imprudencia, no obstante, y apesar de que “falta” un precepto legal expreso (téngase en cuenta que Traeger escribe estas líneas en 1913, cuando todavía no existía aún una regulación jurídica de la circulación) genera una obligación de evitar el resultado.³¹⁵

Al igual que con el dominio de la cosa, este criterio permaneció “hiberado” durante décadas, hasta que Welp en su monografía dedica en un amplio apartado a los deberes de aseguramiento del tráfico como fundamentadores de una omisión impropia en los que él ve un argumento más a favor de que también las acciones conforme derecho pueden dar origen a una responsabilidad por injerencia siendo la idea central de este criterio, que quien crea unas fuentes de peligro, por ejemplo una industria, (abriéndola el tráfico), tiene el deber de asegurarla, mientras se mantenga la situación de peligro.

Asimismo, autores como Schunemann, Bahlburg y Pfeleiderer, desarrollan, amplían y estructuran el fundamento de los deberes de aseguramiento del tráfico, señalando además que este fundamento debe ser independiente de la injerencia;

³¹² Gimbernat Ordeig,..... , Ob. cit. p. 160.

³¹³ Ibidem. pp. 162 y 163.

³¹⁴ Ibidem. p. 165.

³¹⁵ Ibidem. p. 166.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Schunemann señala incluso que el criterio del dominio de la cosa debe subsumirse dentro de los deberes de aseguramiento del tráfico.³¹⁶

3.5.3. La responsabilidad por el producto (una especie de injerencia).

En Europa ocurren diversos casos famosos conocidos como casos Lederspray y Contergan en Alemania y la Colza en España, desde el punto de vista de comisión por omisión, comportamientos derivados sobre la base de la posición de garante por un hacer precedente contrario al deber, hechos derivados por la producción, distribución y comercialización de ciertos productos del mercado y que a la postre no fueron retirados a tiempo.³¹⁷

La responsabilidad por el producto consiste en la fabricación, distribución y comercialización de ciertos productos que al principio fue un acto conforme a derecho, y que posteriormente se traduce en imprudencia o doloso-eventual, como en el caso de Leder-spray, en la distribución y comercialización de ansiolíticos sin advertir la peligrosidad de los mismos, los riesgos para mujeres embarazadas, o venta de aceite no apto para consumo humano, en donde en principio esos comportamientos activos son típicos, son delitos de acción, y si sobre la base de la posición de garante, por un hacer precedente, contrario al deber; también se construye una omisión impropia por la no retirada del correspondiente producto del mercado, la no evitación del resultado.

Esta particularidad es la explicación de la polémica que precisamente en relación con la omisión impropia, ha desatado en Alemania el caso Leder-spray, cuyos aspectos fundamentales desde el punto de vista de la comisión por omisión se analizan en los términos siguientes:³¹⁸

El BGH, en su sentencia del 6 de julio de 1990, se ocupa del caso de una empresa que desde hacía bastante tiempo se dedicaba, entre otras actividades, a la fabricación de sprays para el cuidado de artículos de cuero y piel (zapatos, prendas de ante, etcétera), siendo comercializado el producto por dos sociedades filiales de aquella.³¹⁹

Durante ese primer período de tiempo los sprays para el cuero habían llegado a los consumidores sin que hubieran causado daño alguno. Pero que a partir de finales de otoño de 1980, se recibieron noticias en el grupo de empresas en las que se informaba que diversas personas habían sufrido daños en la salud después de utilizar los sprays para el cuero de la referida marca. Esos daños se exteriorizaban, casi siempre, en dificultades respiratorias, tos, náuseas, escalofríos y fiebre. Los afectados tuvieron que solicitar, en muchas ocasiones, asistencia médica, necesitando a menudo tratamiento hospitalario de carácter estacionario, y teniendo que ser ingresados en algunos casos por su estado de peligro para la

³¹⁶ Ibidem. p. 168.

³¹⁷ Ibidem. p. 169.

³¹⁸ Idem. .

³¹⁹ Ibidem. p. 170.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

vida, en unidades de cuidados intensivos. Los diagnósticos daban como resultado, por lo general, la acumulación de líquidos en los pulmones (edemas pulmonares), en la mayoría de los afectados se produjo enseguida una mejoría radical, especialmente después de la administración de preparados de cortisona, que llevó a la total curación.³²⁰

Ante las noticias de los daños personales que estaban causando los sprays hasta entonces considerados inocuos, se llevaron a cabo en la empresa investigaciones internas que no consiguieron poner de manifiesto defecto alguno de fabricación, no obstante lo cual a principios de 1981, se introdujeron algunas modificaciones en la composición del producto. Pero como a pesar de ello, siguieron llegando noticias de ulteriores consumidores que padecían menoscabo en su salud, el 12 de mayo de 1981, tuvo lugar una reunión de crisis de la dirección de la empresa, a la que asistieron el jefe de departamento de química de la firma, quien manifestó que, “de acuerdo con las investigaciones realizadas hasta entonces no existía indicio alguno de propiedades tóxicas, ni de peligrosidad de los sprays, por lo que no existía tampoco motivo alguno para retirar el producto”, propuesta que fue asumida unánimemente por la citada dirección. El producto se siguió comercializando y causando ulteriores daños en la salud nunca la muerte de consumidores, hasta que el 20 de septiembre de 1983, se produce la intervención de la Oficina Federal de Salud que ordena la paralización de las ventas y la retirada de los sprays que se encontraban en el mercado.³²¹

Así, el BGH distingue, como antes lo había hecho ya el tribunal de instancia (la audiencia Provincial de Mainz), por una parte, 10 lesiones dolosas cometidas por acción, en relación con la decena de consumidores que resultaron afectados en su integridad física por sprays que fueron producidos y/o introducidos en el mercado después de la reunión de 12 de mayo de 1981. Por otra parte, condena, en cuatro casos, por lesiones imprudentes en comisiones por omisión causadas por no haber retirado el producto en el mercado cuando se tuvieron las primeras noticias de su nocividad y antes de la reunión del gabinete de crisis de 12 de mayo. Finalmente, y por lo que se refiere a los menoscabos en la integridad física causados por productos no retirados del mercado después de la reunión de mayo –28 casos, el BGH condena por las lesiones ahora ya doloso-eventuales, a la vista de la conciencia que los directivos habían adquirido entretanto de la peligrosidad de los sprays en comisión por omisión.³²²

El BGH distingue, cuatro tramos temporales que merecen calificaciones jurídicas distintas:- Teniendo en cuenta que, en un principio, los sprays para el cuero se habían fabricado de acuerdo con los conocimientos técnicos del momento, sin que nada hiciera prever que podían ser peligrosos para la salud, y que, de hecho durante un período prolongado de tiempo, nadie sufrió quebranto físico por su utilización, las primeras lesiones padecidas por los usuarios al cabo de varios años de comercialización de un producto aparentemente inocuo no

³²⁰ Ibidem. p. 171.

³²¹ Ibidem. p. 172.

³²² Ibidem. p. 173.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

fundamentan condena alguna, dado por el resultado típico debe ser reconducido por ausencia de dolo y de culpa a un caso fortuito.

- El segundo tramo se inicia cuando a la empresa fabricante y a sus dos filiales comercializadoras les llegan las primeras noticias que hacen sospechar que los sprays hasta entonces tenidas por inofensivos estaban causando, según todos los indicios, daños en la salud. La no retirada entonces del producto cuando ya existían datos que señalan que el spray puede ser peligroso, por mucho que se desconozca cuál es la sustancia concreta que provoca las enfermedades constituye para el BGH una imprudencia y, en concreto, y como la conducta consiste en la pasividad de permitir que se siga utilizando el producto, una imprudencia en comisión por omisión por cuatro casos de lesiones.
- El tramo ulterior se inicia después de la reunión de mayo de 1981. La acumulación de indicios de que los sprays para el cuero eran efectivamente peligrosos para la salud y la persistencia en la no retirada del producto, cambia el título de imputación inicialmente imprudente, estimándose que a partir de ese momento las 28 lesiones posteriores deben ser consideradas cometidas, igualmente, de comisión por omisión, pero ahora ya a título doloso (eventual).

- Finalmente, la conducta activa de introducir nuevos sprays en el mercado, después de la reunión de 12 de mayo de 1981, es calificada por el GBH de lesiones dolosas por acción.³²³

Por otro lado Corcoy Bidasolo Mirentxy, profesora de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona España, señala, que la responsabilidad por el producto, siendo un término poco común en el uso y conocimiento dentro del campo de derecho penal, es necesario delimitar en qué casos y en qué forma puede dar lugar a responsabilidad penal al ofrecimiento en el comercio de un objeto de consumo.³²⁴

Cuando se habla de responsabilidad por el producto, nos referimos a la responsabilidad penal que se deriva de la puesta en peligro o lesión de la salud, ya sea pública o individual, así lo ha considerado la doctrina penal europea. Quedan por tanto fuera otros posibles ámbitos de responsabilidad penal que pueden derivarse de la puesta en el mercado de un producto, responsabilidad penal que puede consistir en estafas, maquinaciones por alterar el precio de las cosas, delitos contra la propiedad industrial o por publicidad engañosa, así como otros riesgos derivados de la actividad empresarial que urgen de la propia elaboración del producto, delitos contra la seguridad de los trabajadores y los que surgen de los desechos o residuos propiciando algún delito ecológico.³²⁵

³²³ Ibidem. p. 173.

³²⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Responsabilidad penal derivada del producto, en particular la regulación legal en el Código Pernal Español: Delitos de peligro, en Mir Puig Santiago y Luzón Pena D.M., Coordinadores, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1996, p. 247.

³²⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu.....,Ob. cit. p. 248.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Así pues, la responsabilidad penal por el producto (producto peligroso), se concreta en dos momentos: en el primer momento, cuando el producto peligroso se ofrece en el mercado, se afecta la salud pública y el derecho penal responde a través de los delitos de peligro contra la salud pública; y en el segundo momento, si un producto ya ha sido utilizado y con ello se ha lesionado la salud individual o la vida, a través de los delitos de homicidio o lesiones. En ambos casos la protección penal alcanza tanto a las modalidades de comisión dolosa como imprudentes.³²⁶

Al desarrollar la responsabilidad por el producto en relación con la actividad empresarial se suscitan problemas de autoría, como en todos los delitos cometidos en el seno de personas jurídicas también de la complejidad actual en la elaboración y distribución de un producto, se plantea problemas de prueba de la relación causal y de la imputación del resultado y problemas sobre la existencia de dolo.

Al hablarse de delitos de peligro debe entenderse que existen delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. En los delitos de peligro concreto es necesario que se produzca un resultado que va más allá de la lesión del bien jurídico colectivo: la puesta en peligro de un bien jurídico individual. Lo relevante es, sin embargo, los delitos de peligro, ya sean de peligro concreto o abstracto, tienen en común la lesión del bien jurídico supraindividual, lo que justifica la existencia de los delitos de peligro en general.³²⁷

En los delitos de peligro concreto el resultado de peligro se produce cuando el sujeto que realiza la conducta peligrosa no está en situación de impedir o evitar con exactitud el daño que se tiene por posible peligro concreto perturbación de la existencia de certeza en la evitación de la lesión del bien jurídico individual.

La identidad propia de los delitos de peligro determina que no supongan un mero adelantamiento de la barrera de protección, es decir, delito de peligro no es igual a riesgo típico para la vida o la integridad física tentativa de lesión. Cuando se pone en peligro la salud pública, ya se ha lesionado la seguridad de los ciudadanos, que como se ve es la “ratio legis” del precepto; con la protección de la salud pública el Estado pretende dar a los ciudadanos una seguridad en que los productos que puede acceder no son peligrosos para su salud, por lo que cuando en el mercado se ofrece un producto peligroso, se ha lesionado el principio de confianza que el Estado trataba de garantizar, igual como establece la propia Constitución, un Estado social debe garantizar la seguridad de los ciudadanos; por tanto, el Estado debe proteger, junto a la sanidad, salubridad e higiene, salud pública, la llamada por la doctrina italiana “incolumidad pública” (indemnidad pública), entendida como conjunto de condiciones que garantiza la seguridad de

³²⁶ Ibidem. p. 248.

³²⁷ Ibidem. p. 249.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

la vida, integridad física y salud de todos, es decir, la ausencia de peligro que abarca a las anteriores.³²⁸

En concreto el bien jurídico que se protege en los delitos contra la salud, es la seguridad en el consumo.

Corcoy Bidasolo concluye:³²⁹ que los fundamentos de la necesidad de estos nuevos bienes jurídicos son múltiples y señala tres:

- Seguridad y confianza del ciudadano (consumidores y usuarios) en que los productos -objetos de consumo---que se ofrecen en el mercado cumplen los requisitos legales de incolumidad, es decir, no son adecuados (idóneos) para perturbar la salud humana;
- Prevenir riesgos para la salud de cada uno de esos ciudadanos;
- Posibilitar la intervención del DP cuando no se ha producido lesión de la salud individual pero existe peligro de ello.

Entre los distintos motivos que justifican ese adelantamiento de la intervención penal, la autora refiere a cuatro:

1. Con la exigencia de la responsabilidad penal únicamente por el resultado no se toma en consideración el peligro que ha existido para otras personas y se descuida la protección de la seguridad de los ciudadanos en relación con los productos de consumo y, en consecuencia, se lesiona la confianza de los ciudadanos.

2. La dificultad de prueba de la relación causal y de la imputación objetiva del resultado determina que jurídicamente sea más adecuada castigar por el delito de peligro que castigar por el resultado presumiendo la existencia de imputación objetiva (tal y como se observa en la STS 14-7-1992, que para justificar la ausencia de prueba de la recolección a que se refiere a la STS sobre la COLZA).

3. En el mismo sentido, la dificultad de imputar el resultado a una persona concreta dada la complejidad de la producción y distribución, determina que sea más fácil poder castigar por la competencia en la fabricación del producto.

4. La dificultad de prueba del dolo en este ámbito determina que en muchas ocasiones sólo pueda castigarse la conducta como imprudente y, como bien sabemos, si no se prueba la imputación del resultado, no cabe castigar por tentativa imprudente.

Para Lothar Kuhlen, la responsabilidad penal por el producto, como DP simbólico se justifica, en último término, incluso cuando se configura como delito de peligro abstracto, porque el núcleo del interés de la responsabilidad por el

³²⁸ Ibidem. p. 250.

³²⁹ Ibidem. p. 251.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

producto es la vida y la salud, bienes jurídicos fundamentales para el DP (derecho penal).³³⁰

Por otra parte Lothar Kuhlen sugiere que hay que desarrollar reglas de imputación, que permitan hacer responsable a todo aquél que, por su posición dentro del sistema de fabricación y distribución de bienes, deba asegurar el cumplimiento de las normas de conducta (los estándares de cuidado), que permiten reducir los riesgos derivados del producto. La nueva línea jurisprudencial del BGH y del TS, haciendo frente a casos de daños especialmente graves, ha intentado establecer las líneas rectoras de la responsabilidad penal por el producto, contribuyendo con ello a la concreción de los correspondientes tipos penales en este ámbito;³³¹ son empresas las que fabrican y distribuyen los productos. El fabricante de un producto sólo puede ser castigado cuando es una persona física, sin embargo, son personas las que fabrican y distribuyen productos.

Como la empresa misma no puede ser castigada, la responsabilidad penal por el producto únicamente podrá tomarse en consideración en relación a miembros individuales de la empresa.

Con ello debemos plantearnos cómo tener en cuenta su posición dentro de la organización. Es ésta una cuestión que adquiere también importancia, situación que la nueva jurisprudencia del BGH tomó en cuenta al analizar y resolver dicha situación.³³²

Sigue diciendo Kuhlen, la función del derecho penal moderno consiste en evidenciar una enérgica reacción estatal frente a problemas considerados especialmente alarmantes por la opinión pública. Y dice, que la reacción estatal no soluciona problemas efectivos pero crea esa apariencia al simbolizar la capacidad de acción estatal, contribuyendo así al apaciguamiento de una población que se siente insegura y, con ello, a la legitimación del Estado. Sentencias como las del Tribunal Supremo en el caso Rapsol o la del BGH en el caso de Leder-spray no conducen a una mayor seguridad del producto, sino a calmar a una opinión pública que en casos de daños especialmente graves se siente, como es natural, insegura, sugiriéndosele que el Estado está preparado y es capaz de garantizar la necesaria seguridad del consumidor, a través de una actuación enérgica.³³³

Como este efecto de apaciguamiento se basa en un engaño al ciudadano, no puede servir para legitimar de hecho sin la responsabilidad penal por el producto, ni el derecho penal simbólico en general. El apaciguamiento de la responsabilidad penal por el producto tiene que tener presente y examinar a fondo la cuestión de si

³³⁰ Ibidem. p. 252.

³³¹ Lothar Kuhlen, Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto, Traducción de Carolina Bolea Bardón, revisada por Santiago Mir Puig, en Mir Puig Santiago y Luzón Pena D.M., Coordinadores, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1996, pp. 232 y ss.

³³² Lothar Kuhlen, Cuestiones fundamentales, Ob. cit. p. 235.

³³³ Ibidem. p. 236.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

se mantienen los límites de una imputación justa; así como que queda garantizada una responsabilidad penal con eficacia preventivo-general.³³⁴

Así tenemos al autor Osvaldo Artaza Varela, quien presenta un proyecto y análisis respecto de la preocupación de la responsabilidad penal por el producto, y considera que es necesario evaluar la posibilidad de presentar ciertas bases para un modelo que responda a esta idea de responsabilidad en sentido estricto (responsabilidad merecida por la empresa), y por otra parte evidenciar mediante un análisis crítico de cierta justificación de la RPE (responsabilidad penal de la empresa), la introducción de una serie de criterios para la imposición de responsabilidad que debieran ser considerados incompatibles con la lógica propia de la responsabilidad penal.³³⁵

Este autor considera necesario introducir ciertos fundamentos conceptuales a establecer cómo a través de la introducción de la RPE, se ha pretendido incorporar al derecho penal lógicas muy diversas aquella que la caracteriza y que más bien corresponderían a criterios imposición de responsabilidad jurídica ajenas o extrañas a la forma en como se debiera imponer responsabilidad jurídico-penales. Este autor habla de Molina, quien dice que la responsabilidad puede considerarse de dos formas o sentidos, (en el primer sentido que atendería a la organización de un hecho; y un segundo, aquella dimensión que determina quién debe responder por este hecho.³³⁶

3.5.4. Crítica de las fuentes formales de la posición de garante.

A las fuentes formales de la posición de garante, se les critica porque la mera infracción del deber jurídico de actuar (antijuridicidad formal) derivado de una ley o un contrato no supone automáticamente la contrariedad a derecho de la omisión, si no va acompañada de la afectación de un interés jurídico penalmente protegido (antijuridicidad material). Así el deber legal de alimentar a un hijo no expresa todavía el deber de garantía, que propiamente se fundamenta en la estrecha vinculación personal y de dependencia existente entre el obligado y la persona a su cuidado. Mir Puig precisa, que no puede admitirse seriamente que baste cualquier deber jurídico específico de actuar para afirmar una posición de garante que suponga equiparar la omisión a la acción. De esta manera que tal deber lo tienen los padres para con los hijos menores de 18 años de edad, pero no parece que ello baste cuando el hijo al que no se le alimenta es capaz de valerse por sí mismo y sobrevivir. Entendiéndose que por ello es necesario valorar el contexto que rodean el hecho típico puesto que no es lo mismo, no alimentar a un recién nacido de escasos meses, que definitivamente no puede valerse por sí mismo y sobrevivir, que a un hijo menor de 18 años, pero que ya puede valerse por sí

³³⁴ Ibidem. p. 237.

³³⁵ ARTAZA VARELA, Osvaldo, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal, fundamentos y límites, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013, p. 23.

³³⁶ ARTAZA VARELA, Osvaldo....., Ob. cit. p. 26.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

mismo y sobrevivir circunstancias que definitivamente han de valorarse en el análisis del presente caso; situación antes señalada que se considera como debilidad de esta estructura y su excesiva indeterminación como consecuentemente por su escasa fidelidad al principio de legalidad lo que se evidencia al analizar las fuentes tradicionales de posición de garante.

Además que la teoría formal es demasiado unilateral, conduciendo que la calidad de posición de garante se desligue en su preferencia con el bien jurídico dañado; así al considerar el contrato como fuente de garantía, donde la posición de garante debe vincular con el bien jurídico protegido, y al no cumplirse las reglas del derecho civil incumbe o se transfiere al derecho penal consecuencias derivadas de ello, problemas como, la nulidad, la anulabilidad y terminación de la vigencia del contrato, pero la figura de la posición de garante debe subsistir en los hechos del caso, como en el caso cuando el contrato es válido desde el punto de vista de derecho civil, no obstante lo cual, el obligado aún no ha asumido la posición de garante.

Igualmente ocurre en el actuar precedente como fuente formal de la posición de garante, se duda que ese deber jurídico se puede fundamentar en la interrupción de la acción precedente que no era obligatoria, donde se habla de la presencia del dolo de peligro y dolo de daño; además se critica la diversidad del actuar precedente o injerencia.

Asimismo, esta teoría pone en tela de juicio el principio de legalidad, acentuándose cada día a medida que se avanza en la determinación de cada efecto, llegándose incluso a reconocerse de una cuarta fuente formal, conocida como la convivencia social. Señala que la jurisprudencia sólo interviene en casos muy especiales, entendiendo la debilidad de la fundamentación para establecer criterios generales, alimentando así la inseguridad jurídica.

3.6. Teoría de las funciones como fuente de garantía según Armin Kaufmann.

La fundamentación (no puramente formal), sino material-funcional de las fuentes del deber de garantía adquiere singular relevancia desde el momento en que el elemento posición de garantía es considerado determinante a la hora de proceder a la equiparación punitiva entre la comisión y la omisión.

Se considera a Vogt como el primero en establecer en 1951, un fundamento material de carácter sociológico de las posiciones de garantía, sobre la base de una relación social especialmente estrecha, la cual genera deberes que al ser omitidas originan el mismo grado de desvalor que la acción dirigida contra el ordenamiento social común.³³⁷

³³⁷ BENAVENTE CHORRES, Hesbert....., Ob. cit. p. 89.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

La posición de Bohom, que en 1957, al dividir en dos grandes grupos de la posición de garante, considera el primero (el deber de los padres y cónyuges), se sustenta en la persona que ocupa en la estructura social la cual les permite detentar una serie de privilegios o ventajas que otros no tienen, originando el deber de realizar una serie de actuaciones no exigibles al común de los ciudadanos.³³⁸

El segundo (la injerencia y el contrato), se sustenta de quien crea un peligro o agrava una preexistente situación de riesgo para un bien jurídico ha de procurar que dicho peligro no se concrete en daño.

Se debe a Armin Kaufmann la teoría de las funciones quien en 1959 propuso la división de las posiciones de garantía en función de las tareas que se espera de quien en una de ellas se encuentra colocada. En ese sentido, dedujo que el fundamento está dado por la necesidad de evitar la lesión de determinados bienes jurídicos.³³⁹

De manera que la posición de garante se constituye en una posición de protección o defensa de un bien jurídico. Esta posición es en la actualidad mayoritariamente aceptada por la doctrina alemana, Kaufmann,³⁴⁰ fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico; se supera así la anterior doctrina de la teoría formal del deber jurídico, que para decidir la existencia de posición de garante atendía a sus fuentes formales como la ley, el contrato y el actuar precedente.

3.6.1. Función de protección de bienes jurídicos.

3.6.1.1. Estrecha relación vital (ámbito familiar).

Las fuentes de la posición de garante se extiende como mancha de aceite, como *sostienen muchos doctrinarios, situación que hay que atender por el deber* de evitar el resultado, derivado de la ley o del contrato, así también por el requisito de nuevos criterios a añadir a los tradicionalmente existentes y posteriores posibilidades de que una inactividad se convierta en un delito de la comisión por omisión, se supone que pueden dar lugar a una posición de garante los siguientes: estrecha relación vital y relación de comunidad de vivienda.

Según este criterio, no sólo son garantes los padres respecto de los bienes jurídicos de los hijos, los cónyuges entre sí e incluso como hijos otros parientes cuyo deber de evitar daños a familiares más lejanos no encuentra ya base extrajurídico-penal) alguna sino también otras personas que está recíprocamente

³³⁸ Ibidem. p. 90.

³³⁹ Ibidem. p. 91.

³⁴⁰ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, parte general, Editorial Reppetor, Barcelona España, 2004, p. 306.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

ligadas entre sí por lazos estrechos, pero extrafamiliares, sobre esta base, se entiende la posición de garante a las relaciones existentes entre novios, entre prometidos y entre parejas pre o extramatrimoniales de carácter hetero u homosexuales; a su vez, este criterio de la estrecha relación vital, se entremezcla en ocasiones, con el de la comunidad de vivienda y de ahí se ha de seguir que para que surja la posición de garante, se precisa además de un vínculo interpersonal estrecho, que el garante y el garantizado convivan dentro de una morada común .³⁴¹

De esta manera, la estrecha relación vital no sólo ha servido extender el campo de aplicación de la comisión por omisión, sino emociones y excepcionalmente, también para restringirlo: si lo que fundamenta la posición de garante es la mutua confianza derivada de una relación interpersonal, entonces aquélla puede desaparecer si ésta se encuentra deteriorada, incluso aunque desde un punto de vista jurídico-privado siga vigente la obligación de velar por el otro, sobre la base de estas consideraciones, se niega que el cónyuge que no evita un riesgo para la vida o la salud del otro responde en comisión por omisión de un delito contra la vida o la integridad física si la relación matrimonial se encuentra deteriorada, o si y aquí el criterio de la relación vital se vuelve a entremezclar con el de la comunidad de vivienda viven separados de hecho o de derecho.

3.6.1.2. La comunidad de vivienda, Gimbernat Ordeig.³⁴²

Esta situación de hecho como tal se utiliza a veces (como carácter extensivo), para fundamentar posiciones de garante entre personas que conviven bajo el mismo techo aunque no exista entre ellas una estrecha relación vital (sentimental), pero sí, al menos, algo más que la mera circunstancia de compartir una misma vivienda sin la concurrencia de algún vínculo ulterior, y así, se afirma que existe un deber de garantía recíproco entre empleados del hogar y empleadores, si bien asumiendo a criterios de moral secular ortodoxa, a veces se incluye la posición de garante por comunidad de vivienda cuando se trata, por ejemplo: de la amante del marido que vive con el matrimonio, o de una pareja de homosexuales. Otras veces en cambio, la comunidad de vivienda se emplea como criterio adicional e imprescindible (y por consiguiente restrictivo) para que una relación familiar o sentimental pueda servir de base para una posición de garante.³⁴³

3.6.1.3. Comunidad de peligro.

Maurach, sostiene que la teoría desarrollada por la jurisprudencia y compartida por la doctrina, indican allí donde existan estrechas comunidades de vida o donde surjan, que en forma pasajera, comunidades de peligro, todos los

³⁴¹ Ibidem. p. 153.

³⁴² Ibidem. p. 155.

³⁴³ Ibidem. pp. 157 y ss.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

pertenecientes a tales comunidades se encuentran obligados—en el marco de la relación de confianza recíproca y existente—a la evitación de lesiones imputables de bien jurídico por parte de los demás.

Este principio no solamente ha extendido en forma dudosa la responsabilidad penal de los afectados, sino la estrecha solidaridad incluso a aquellos ámbitos de vida en los cuales la voluntad del legislador manifiesta con claridad que, en otras disciplinas del derecho, no han de surgir semejantes vinculaciones.

Así como el matrimonio, en virtud de la ley también cualquier otra estrecha comunidad de vida dentro o fuera de una morada común puede llegar a fundar una posición de garante con el fin de proteger los bienes jurídicos de la respectiva pareja. Ejemplo: existe una posición de garante fundante del deber de protección, respecto de una comunidad familiar (familia en sentido amplio) que habita un hogar común, incluidas eventuales personas del servicio doméstico, no perteneciente a la familia.³⁴⁴

Jescheck, afirma que además de la fuente de garante relaciones estrechas de comunidad, existe la comunidad de peligro, que se originan en las recíprocas relaciones de dependencia y confianza, se asuman riesgos mayores o no se adopten cualesquiera otras medidas de seguridad, la comunidad de peligro convivencia análoga al matrimonio, relaciones de asistencia.³⁴⁵

Mir Puig, señala: “se alude con esta expresión a la participación voluntaria en una actividad peligrosa en que intervienen varias personas tácitamente obligadas a, en su caso, socorrerse entre sí (por ejemplo: una expedición alpina). En caso de que alguno de los partícipes sufra un accidente relacionado con el riesgo típico de la actividad compartida, se encuentran respecto de él en posición de garante todos los demás (así en la escalada en que participan tres compañeros a un mismo nivel) o que tenga confiada la custodia (ejemplo: el guía de una excursión de turistas inexpertos), la razón es que si en estos casos se asume el peligro que representa la actividad de que se trate, es con la confianza en la posible ayuda de los demás intervinientes (nadie se atrevería a realizar en solitario determinadas excursiones).

Ahora bien, el fundamento último de este grupo de casos puede verse en la asunción voluntaria, siquiera implícita de la función de protección de los demás participantes. De ahí que no surja posición de garante de una comunidad de peligro no elegida voluntariamente.³⁴⁶

Concluimos con Gimbernat Ordeig Enrique, quien refiere que: La doctrina dominante señala que cuando varias personas resuelven conjuntamente llevar a cabo una empresa arriesgada –como un grupo de montañistas que decide escalar una montaña- todas ellas se convierten en garantes de los restantes del equipo, y

³⁴⁴ MAURACH, Reinhart....., Ob. cit. p. 259.

³⁴⁵ JESCHECK, Hans , , Ob. cit. p. 670.

³⁴⁶ MIR PUIG, Santiago,....., Ob. cit. p. 310.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

en esa condición responderán de un delito contra la vida o la integridad física si no auxilian a aquél que se tiene que enfrentar con una situación apurada, así lo sostienen Schuneman, Rudolphi y otros.³⁴⁷

Por tanto, esta comunidad de peligro sólo puede fundamentar una posición de garante cuando se trata de una empresa arriesgada concertada por anticipación y no, cuando el peligro se ha presentado de una manera casual sin ninguna vinculación entre las partes.³⁴⁸

Observamos que la característica especial de esta agrupación, es que sea una empresa arriesgada con concertación anticipada y no un evento que resulte por casualidad.

3.6.1.4. Asunción voluntaria o asunción fáctica.

Mezger sostiene, que la asunción fáctica pertenece los casos de aceptación de un deber en virtud de un negocio jurídico, especialmente sobre la base de un contrato, esta teoría se deriva del contrato (teoría de las fuentes formales ya superadas), y dice dicha aceptación del deber puede fundamentarse también por medio de una conducta concluyente o de una gestión de negocios, sin encargo previo; así el hecho de haber comenzado una operación quirúrgica (un médico) fundamenta dentro de ciertas circunstancias, el deber de continuarla (Sentencia RGStr. 50, 37); asimismo, una obligación puede fundamentar el deber aunque haya vencido el término (RGStr, 17, 260).³⁴⁹

Welzel por su parte considera que la posición de garante puede provenir además por asumirse de hecho la garantía, el caso de aplicación más importante lo constituye el asumir deberes contractuales; en este caso, es decisivo el asumir fáctico de la posición de deber correspondiente al contrato; la posición de garante surge sólo sobre la base de asumir fáctico, y ciertamente sólo cuando comienza la situación de peligro, de cuyo manejo está encargado el garante; como ejemplo expone el conocido caso de la niñera.³⁵⁰

La posición de garante por haber asumido la garantía fácticamente, puede provenir también de cualquier relación contractual, a estos casos pertenecen los servicios médicos de urgencia, etc.³⁵¹

³⁴⁷ Gimbernat Ordeig,....., Ob. cit. p. 159.

³⁴⁸ De esta manera opinan los doctrinarios STRATENWERTH, Günther, Derecho penal, parte general, El hecho punible, Editorial Thomsons Civitas, Barcelona España, p. 394; POLAINO NAVARRETE, Miguel, Derecho penal, parte general, T.I., Editorial Bosch, Barcelona, España, 2004, p. 303; y MIR PUIG, Santiago, Derecho penal, parte general, 5ª ed, Editorial Reppertor, Barcelona, España, 1996, p. 310.

³⁴⁹ Ibidem. 123.

³⁵⁰ Ibidem. p. 294.

³⁵¹ Welzel. Ob. Cit. p. 295. MAURACH, Reinhart,, Ob. cit. pp. 256 y 257. Jescheck,, Ob. cit. p. 671. Cfr. STRATENWERTH, Günther, Derecho penal, parte general I, El hecho punible, Trad., de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Editorial Thomson, Civitas, España, 2005, p. 394.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Mir Puig, opina que la asunción voluntaria de una función de protección (se entiende) por la doctrina hoy dominante, que origina una omisión de garante en quien asume la protección, pero sólo en cuanto lleve al sujeto u objeto protegido a una situación de decisiva dependencia respecto del primero: así cuando por confiarse a otro, que ofrece voluntariamente su protección, alguien se atreve a correr riesgos mayores o deja de tomar precauciones de otra naturaleza.

En realidad, no basta, con la unilateral asunción del riesgo, por lo que un sector de la doctrina cree preferible todavía como se hacía tiempo atrás acudir a la idea de contrato. En este sentido, el segundo inciso, b) del artículo 11 del CP. Declara que se equiparará la omisión de la acción, cuando exista una específica obligación contractual de actuar. Pero la mera existencia formal del contrato no es siempre necesario ni suficiente para dar lugar de hecho a la equivalencia real que requiere el primer inciso del artículo 11. Lo decisivo seguiría siendo una asunción voluntaria del riesgo que aumente éste.³⁵²

Gimbernat, por su parte opina que “existe unanimidad actual en que la presencia o no de una posición de garante dentro del marco del contrato, no depende de la validez de éste, sino de la llamada (*asunción fáctica*) de que se va a velar por un determinado bien jurídico”.

Ello permite por una parte extender la posición de garante a supuestos en los que no se ha creado relación obligacional alguna ejemplo: (la **baby-sitter**) encargada por la madre del cuidado de un recién nacido respondería de la vida y de la salud de éste, aunque el contrato fuera **nulo** porque alguna de las partes era un menor no emancipado o porque prestó su consentimiento bajo violencia o intimidación); y por otra, mantener la permanencia de esa posición de garante igualmente sobre la base de la (*asunción fáctica*) aún después de la extinción temporal del contrato (por consiguiente: (aunque haya sido contratada *sólo hasta las doce de la noche*, y aunque los padres no regresen del espectáculo al que han asistido –hasta las dos de la madrugada, la “**canguero**” seguiría siendo garante hasta esta última hora y, si abandonaba al niño, respondería como si lo hubiera causado por los eventuales daños en su vida o en su salud).³⁵³

Una vez sustituido el criterio del contrato por el de la asunción fáctica éste desarrolla ya sus propios principios internos y lleva, por ello y en algunas ocasiones a restringir,-- en vez de ampliar ---el ámbito de la posición de garante, negándose su presencia en supuestos en los que civilmente está fuera de discusión que existe ya una obligación contractual; y así, si la canguero no comparece a la hora acordada en el domicilio de los padres, de ese incumplimiento sólo podrían derivarse consecuencias jurídico-privadas para aquélla, pero no penales, pues los garantes de los bienes jurídicos del niño, y mientras no se produzca el relevo siguen siendo únicamente los padres y no la

³⁵² Ibiem. p. 311.

³⁵³ Ibidem. p. 151.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

persona que, a pesar de estar obligado a ello, no ha asumido aún fácticamente el cuidado del pequeño.³⁵⁴

3.6.1.5. Deberes de cuidado y protección que corresponda a los funcionarios en el ámbito de su competencia.

En este apartado se encuentra las más variadas obligaciones y los más diversos deberes, siendo cuestión de interpretación comprobar cuáles son los deberes que por su entidad son idóneos para fundamentar la posición de garante y cuáles no.³⁵⁵

Gimbernat Ordeig señala que hay casos en que existe la tipificación legal expresa y casos en que no hay esa tipificación en la omisión impropia de la no evitación de delitos por parte de funcionarios:

- a) Así algunos preceptos del CP español hacen responder expresamente, en comisión por omisión y, en consecuencia, igual y con igual pena, que si hubieran realizado los hechos punibles mediante una acción a determinados funcionarios que no evitan el hecho punible de un tercero. Ello es lo que sucede, por ejemplo, en los artículos 176 “ Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes (*que tipifican torturas cometidas activamente por funcionarios*) a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiendo que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos y 432 “la autoridad o funcionario que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo sustraiga los caudales o efectivos públicos que tengan a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

También la ley penal alemana tipifica en ocasiones explícitamente comisiones por omisión de funcionarios; así en el § 357 StGB “la autoridad que induzca a sus subordinados a cometer un hecho delictivo durante el ejercicio de sus funciones o que los provoque o que permita que suceda el hecho antijurídico de sus subordinados, será castigada con la pena amenazada para ese hecho antijurídico. La misma disposición se aplicará al servidor público al que se le ha transferido la vigilancia o el control sobre los asuntos de servicio de otro servidor público en la medida en que el hecho antijurídico cometido por este último servidor pertenezca los asuntos sometidos a la vigilancia o al control “ .³⁵⁶

Bacigalupo, por su parte expresa, “ En el ámbito de los deberes estatales cabe destacar, como ejemplo los de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que deben impedir prácticas abusivas, arbitrarias o discriminatorias que impliquen violencia física o moral (art.5.2.a, LO2/86) y evitar un daño grave, inmediato e irreparable art. 5.2.e, LO2/86). Asimismo, la ley penitenciaria prevé en el art. 3.4 que “la administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud

³⁵⁴ Ibidem. p. 152.

³⁵⁵ BENVENITE CHORRES, Hesbert, Ob. cit. p. 93.

³⁵⁶ Ibidem. p. 205.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

de los internos". Esta disposición fue utilizada por el Tribunal Constitucional (SSTC 120/90 y 137/90) para justificar la intervención de la administración para interrumpir la huelga de hambre de reclusos, exagerando el alcance de la posición de garante de una manera sumamente discutible.³⁵⁷

b) Comisión por omisión de funcionarios cuando falta una tipificación expresa.

Al margen de tipificaciones expresas de omisiones impropias de los funcionarios en el STGB las principales dudas de si puede imputárseles o no el resultado causado por actividades delictivas de otro se han planteado en relación a omisiones de policías, de funcionarios de prisiones y de bomberos, y, especialmente, de autoridades medioambientales.³⁵⁸

Jescheck afirma,³⁵⁹ un funcionario de policía que no interviene contra un delito que se está cometiendo es, responsable de complicidad.

3.6.2. Función de vigilancia, fuentes de peligro para bienes jurídicos.

3.6.2.1. El actuar precedente o injerencia.

Stratenwerth³⁶⁰ y Novoa Monreal,³⁶¹ señalan casi en los mismos términos respecto de lo que entendemos por actuar precedente (o injerencia) como una conducta previa que realiza el omitente (injerente), creando una lesión y un peligro de lesión, de un bien jurídico, y que si no evita el resultado producido por su actuar precedente, se le imputa el delito de lesión de comisión por omisión.

Finalmente consideramos lo referente a Sánchez Tomás José Miguel, quien dice que hablar de injerencia es sinónimo de hablar de conducta precedente y hablar de conducta precedente en derecho penal implica hablar de la relevancia que tiene crear riesgos y no evitar que desemboquen en resultados lesivos típicos; por eso la doctrina sobre la injerencia, reflexiona sobre las diferentes características y condiciones que deben concurrir en una conducta precedente generadora de un riesgo para un bien jurídico, a los efectos de colocar al sujeto en una posición de garante frente a una eventual lesión de dicho bien jurídico, que lo diferencien o identifiquen con quien no ha contribuido en crear ese riesgo o con quien directamente lesiona ese bien. Se dice que la injerencia nació como criterio de equiparación de las conductas omisiva y activas, y posteriormente se desarrolló como criterio para posibilitar la equiparación casual entre la omisión y la acción, actualmente se discute su pertinencia y alcance para conformarse como fuente formal o material de la posición de garante que fundamente la equivalencia típica estructural entre la responsabilidad en comisión por omisión y la acción.³⁶²

³⁵⁷ BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal Parte General, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 560.

³⁵⁸ Gimbernat Ordeig,Op. Cit. p. 207.

³⁵⁹ Ibidem. p. 208.

³⁶⁰ STRATENWERTH Gunter, Derecho Penal, Ob.cit. pp. 388 y 389.

³⁶¹ NOVOA MONREAL, Eduardo, Fundamentos..... Ob. cit. p. 143.

³⁶² SANCHEZ TOMAS, José Miguel, Comisión por omisión..... Ob. cit. pp. 21 y 22.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

La antinormatividad sólo ha de importar en cuanto condicione la posibilidad de imputar al sujeto el peligro creado por su acción. Recuérdese, la posición de garante requiere que por una u otra vía, tenga lugar una creación o aumento de peligro que sea *atribuible a su autor*, así, el peligro creado por un accidente en la persona de la víctima no es, sin duda, atribuible al causante del accidente si éste no pudo o no debió preverlo, porque se lo encuentra. Esta es la razón por la cual, la falta de antinormatividad anterior excluye en este caso la posición de garante. En tal caso falta la imprudencia, pero también puede faltar ésta en supuestos de riesgo permitido en que el sujeto sea consciente de que crea el peligro, aunque sea lícitamente, de modo que entonces no puede decirse que el sujeto “se encuentra” la situación de riesgo. Lo mismo ocurre en otros casos de justificación de la conducta anterior, en que también hay diferentes supuestos respecto a la posible imputación del riesgo creado al autor. Acaso proceda, pues, distinguir dos grupos de casos.³⁶³

De acuerdo con lo anterior observamos que actualmente casi todos los autores coinciden respecto de la injerencia como lo señala Gimbernat Ordeig, que refiere “quien mediante un hacer precedente (injerencia) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde de esa lesión, igual como si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesto en marcha por aquel hacer precedente.”³⁶⁴

3.6.2.2. La creación de un riesgo.

Otra de las fuentes funcionales es la creación de un riesgo por el propio sujeto activo. El sujeto que en sus actividades o posiciones tiene en sus manos (o asume sin haberlo creado), una fuente de riesgos, asume la posición de evitar los resultados.³⁶⁵ Por ejemplo: la emisión de vertidos contaminantes al titular de una fábrica que no verifica el control de sus instalaciones, asume la responsabilidad de no evitar que se produzca la contaminación por los residuos vertidos, es decir, por el delito de comisión por omisión, tal como si lo hubiera realizado positivamente; a esta fuente se le conoce como ámbito de dominio, es decir, de aquellos deberes de garante que emanan de quien posee el dominio de una fuente de peligro.

Mir Puig advierte que la sólo conducta precedente de creación del peligro no es suficiente para fundamentar una posición de garante, es indudable que quien crea voluntariamente (dolosamente) el peligro, queda en posición de garante; pero parece ilógico que quien produce el peligro sin dolo ni imprudencia (esto es, sin infracción de la norma de conducta), deba cargar con la lesión dolosa si no impide su producción.³⁶⁶ Y señala como ejemplo: “El conductor que circulaba con toda prudencia, atropella a un suicida que se echa de forma imprevista bajo las ruedas

³⁶³ MIR PUIG, Santiago,....., Ob. cit. p. 156.

³⁶⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, La omisión impropia....., Ob. cit. p. 138.

³⁶⁵ BENVENITE CHORRES, Hesbert, , Ob. cit. p. 95.

³⁶⁶ Mir Puig, , Ob. Cit. p. 313.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

de su vehículo, temeroso de las posibles complicaciones, abandona al herido en la carretera. Téngase en cuenta que, si bien la muerte se habrá producido a consecuencia del atropello (o sea, habrá sido causado positivamente por el conductor), el accidente no es atribuible a dolo ni a imprudencia, y la posterior huida voluntaria no puede convertir en dolosa la causación positiva de las lesiones ni, por tanto, de la muerte que de ellas siguió: se trata por lo tanto, de un caso de dolus subsequens, como siempre irrelevante por ser posterior a la conducta positiva.³⁶⁷

Jescheck sostiene por su lado, que el deber de garante por un hacer precedente peligroso, se basa en la prohibición de lesionar a otros (*neminem laede*), quien produce una perturbación del orden social de protección que dirige a la evitación de lesiones del bien jurídico (injerencia) debe cuidar que el peligro por él creado no se convierta en un resultado físico. Sin embargo, para que quede claro que de la sólo creación de un peligro no puede nacer el deber de evitar el resultado, la idea de la injerencia debe restringirse de un triple sentido. En primer lugar, el hacer precedente debe haber ocasionado el peligro próximo (adecuado) de producción de daño. En segundo lugar, el comportamiento previo debe haber sido objetivamente contrario al deber (aunque no sea culpable); y por último, con objeto de excluir infracciones mínimas del deber, la clase de la perturbación debe haber sido lo suficientemente importante como para que, según las convicciones jurídicas de la colectividad, parezca posible jurídico-penalmente al perturbador por no haber evitado el daño. Este último presupuesto sólo concurre cuando el sujeto de la injerencia o bien suprime una relación de protección existente, haciendo imposible la intervención del titular del bien jurídico mismo o de otra persona dispuesta a protegerlo, o bien crea una nueva fuente de peligro, que puede consistir ya en el desencadenamiento de fuerzas de la naturaleza o en la no vigilancia de personas que les están confiadas.

3.6.2.3. Responsabilidad por la conducta de terceras personas.

La responsabilidad por los resultados de delitos cometidos en comisión por omisión por terceras personas.

La posibilidad de configurar la responsabilidad de un resultado típico de comisión por omisión derivado de la inactividad de quien no interviene para impedir un delito de un tercero a quien el omitente por su posición familiar, funcional o empresarial, está obligada a vigilar.³⁶⁸

Si esta figura es aceptada en la práctica (la responsabilidad penal por terceras personas), el problema que generaría será verificar si este delito autónomo cometido por terceras personas, se abre la posibilidad de imputar al omitente por esa inactividad en grado de coautoría, participación o complicidad, en el ejemplo

³⁶⁷ Ibidem. p. 314.

³⁶⁸ Gimbernat Ordeig....., Ob. cit. p. 200.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

de inactividad de bomberos ante un incendio que han sido avisados y que produce daños o incluso la muerte o lesiones de alguna persona.³⁶⁹

Lascuraín,³⁷⁰ otro de los autores que trata este asunto y dice respecto de la injerencia, que a partir de los principios indicados es el de la existencia de deberes de control de los cursos de riesgo que desatan otras personas en nuestro propio ámbito o con nuestra colaboración, y considera como punto de partida de análisis del establecimiento de deberes positivas es el ya subrayado de que su fuente se encuentra en el ejercicio del sujeto de su autonomía, dicho control se le impone al propio sujeto, y no a otro, por la misma razón por la que se asigna a cada sujeto los beneficios al ejercicio de su libertad.

El postulado de la falta de responsabilidad por los hechos de otro, de la ausencia de deberes para controlar a otro, no se opone a la existencia de deberes de garantía en relación con los cursos de riesgo que desatan otros cuando operan de forma no autónoma en nuestro ámbito de organización.³⁷¹

Así, nadie pone en duda que respondemos de los peligros que desatan a otras personas que, por la razón legal o contractual que fuere, actúan en nuestro ámbito y según nuestras instrucciones.

Somos nosotros los que actuamos a través de ellas. Y esta facultad para configurar nuestro mundo a través de otros comportan también la asunción de las desventajas que pueden tener su ejercicio, y entre ellas la titularidad de un deber de garantía respecto de los cursos de riesgo que desate tal colaborador no autónomo. Así, si ordenamos al empleado a nuestro servicio que suelte el perro en el jardín, estamos emplazados a garantizar que el perro no muerda al cartero.³⁷²

3.6.2.4. Crítica a las fuentes funcionales de la posición de garante.

Así como la teoría formal de la posición de garante que generalmente menciona como fuente jurídica esos deberes a la ley, el contrato y el actuar precedente o injerencia; de la misma manera la teoría material de la funciones que fundamenta esa responsabilidad, distingue ese deber del protector que tutelan bienes jurídicos frente a los peligros externos que los amenazan y deberes de garante de vigilancia que tienen como contenido el aseguramiento de una fuente de peligro a favor de todos los bienes jurídicos situados fuera de la fuente de peligro que tampoco fundamentan la responsabilidad y sólo refieren características del contenido de dichos deberes, propiciando por ello sus críticas en atención a los siguientes puntos de vista:

³⁶⁹ Ibidem. p. 201.

³⁷⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía, Editorial Civitas, Madrid, España, pp. 105.

³⁷¹ LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio....., Ob. cit. p. 106.

³⁷² Ibidem. p. 107.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Primero. Si bien es cierto, que las fuentes funcionales permite fundamentar la existencia de una posición de garante en relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico, sin embargo, no precisan con claridad los criterios que hacen surgir esa relación funcional, es decir, no se explica suficiente el origen de las funciones de protección y control o vigilancia, que se atribuye al garante.

Segundo. Se observa que la distinción planteada por esta teoría es muy leve, al considerar que en el cuidado de una fuente de peligro, también es una manera de proteger bienes jurídicos; así, como en la protección de estos bienes, es igualmente una manera de cuidar fuentes de peligro.

Tercero. La indefinición y la ambigüedad se acentúa cuando la posición de garante se ha extendido y diversificado los supuestos con una relación especial de dependencia que se establece entre los titulares del bien jurídico.

Cuarto. Si con la ambigüedad expresada en la posición de garante, la relación especial de dependencia que debe existir entre los titulares del bien jurídico, quedan también protegidos otros bienes jurídicos de menor valor que la vida o la integridad física.

3.7. La opinión y postura de Jakobs, respecto de la posición de garante. ³⁷³

La concepción de Jakobs se conoce como la denominada corriente del funcionalismo sociológico, en el que precisa que en una sociedad como la actual, el derecho penal pretende ser un medio a través del cual sean posibles las relaciones sociales y en ese sentido, como sistema regulador de la existencia de personas que, impone como deber principal a cada uno de sus miembros *no dañar a otra persona*, en esta relación prevalece una intención la relación positiva que significa reconocer a otro como persona. Para Jakobs no es relevante que el delito se ha cometido por violación a un mandato o prohibición, por omisión o comisión, el fundamento de ambos se explica en que el autor no tiene a su cargo un ámbito de organización, y si quiere ser libre dentro de él, debe responder por las consecuencias dañosas que genere; es decir, libertad de organizar contra responsabilidad por las consecuencias. ³⁷⁴

Afirma Jakobs, que la distinción material no es entre comisión y omisión, sino entre responcitado por sabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional; y afirma que respecto a la omisión frente a peligros derivados de objetos, actividades empresariales originan

³⁷³ Citado por BENAVENTE CHORRES, Hesbert....., Ob. cit. p. 131.

³⁷⁴ Ibidem. p. 132.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

deberes de relación y estos deberes son de aseguramiento, deberes de salvación, de injerencia, etc. ³⁷⁵

3.7.1. El Status general: Competencia por organización.

En una sociedad moderna sostiene Jakobs, ³⁷⁶ “se pueden identificar (abarcando tanto la comisión como la omisión), dos fundamentos de responsabilidad penal. Los seres configuran el mundo a ellos externo, hay límites a la libertad de configuración. El primer fundamento de la responsabilidad es la lesión de estos límites generales de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo, tienen un estatus especial, por ejemplo como madre o como hijo mayor o como ciudadano. Y vienen definidos por un haz de derechos y deberes. El segundo es la inobservancia de los límites trazados por ese estatus especial. Ambos fundamentos se pueden reducir a uno sólo: los límites de la libertad de configuración son un producto social. Estos límites designan el ámbito del derecho de configuración; más allá de ellos se encuentra el ámbito del deber de evitar la configuración. Las reglas sobre la configuración del mundo exterior designan el estatus general de cualquier miembro de la sociedad, el rol de todos en contraposición con el rol especial del titular. Éste es el mínimo que es posible imaginar: su contenido consiste en tener que respetar al otro en su derecho y en ser respetado por el otro en el propio derecho. Así se trata de una sola sociedad, sólo que en ella se distingue el general, del especial que en cada caso corresponda.

3.7.1.1. Deberes de aseguramiento.

Conforme a la idea de Jakobs, ³⁷⁷ los seres humanos a cada uno compete, en virtud de su estatus general, es decir, como consecuencia de su derecho de organización, garantizar que en el contacto con una organización ajena la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido. En otras palabras: todos tienen que asegurar su propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido. Si ese estado es inocuo, el aseguramiento se produce sencillamente por el hecho de no modificarlo en un sentido nocivo, es decir, por la omisión de una conducta arriesgada si ese estado es peligroso, el aseguramiento se produce por una reorganización activa, por medio de una acción. La lesión del deber de aseguramiento se produce en primer término, por una acción arriesgada contraria a una prohibición y en el segundo caso, es una omisión contraria a un mandato de actuar lo que lesiona el deber y por tanto, ello conduce al ámbito de delito omisivo.

³⁷⁵ Ibidem. p. 133.

³⁷⁶ JAKOBS, Günther, La Competencia por Organización en el Delito Omisivo, Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión, Estudios de Derecho Penal, Traducción al castellano por: Enrique Peñaranda Ramos, Editorial Civitas, Barcelona, España, 1997, p. 347.

³⁷⁷ JAKOBS, Günther....., Ob. cit. p. 348.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Y por tanto para las infracciones de prohibiciones (el fundamento jurídico de la responsabilidad hay que encontrarlo, por lo que respecta al estatus general que aquí nos interesa de un modo unitario para las infracciones de prohibiciones (delitos de comisión activa) y los de mandato (delitos de omisión), en que, como consecuencia de la libertad de organización, se tiene la obligación de evitar una configuración de la propia organización que exceda del riesgo permitido.³⁷⁸

Puesto que la distinción de comisión y omisión afecta a un aspecto superficial, no se puede establecer en contra de la opinión completamente dominante ninguna diferencia respecto de su calificación como delito y en particular ninguna diferencia cuyo contenido fuese el que para un delito de omisión sería necesaria una posición de garante, mientras que en el delito comisivo a tal posición en nada contribuiría a la responsabilidad.³⁷⁹

Puesto que tanto en el delito comisivo como en el omisivo el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la lesión de las reglas del estatus general y puesto que éste viene determinado por el derecho a configurar libremente la organización dentro del riesgo permitido y por el deber de evitar riesgos que superen ese nivel, se puede efectuar la siguiente formulación: todo titular de un círculo de organización es garante de la evitación de un out-pot aunque exceda del riesgo permitido, solo que por tratarse de un deber que incumbe a cualquiera, no constituye ninguna especialidad y, por cierto, ni en el delito de comisión activa, ni en el de omisión.³⁸⁰

Así, un autor en comisión activa, es en efecto siempre garante por lo que a su propia organización respecta, pero no en relación con procesos que haya que atribuir a otras organizaciones, y un autor por omisión es igualmente siempre garante del out-put de su organización. Ejemplo: una persona mortalmente enferma conectada a un aparato que suple a una función corporal indispensable, como puede ser una máquina de pulmón –corazón, si el médico es garante de esa asistencia, realiza en todo caso el injusto de un homicidio, tanto si desconecta mediante una acción esa máquina, como si omite volver a poner en funcionamiento la máquina que se desconecta por sí misma, pero si el médico no es garante de esa asistencia no se le imputa en ningún caso el homicidio, sin importar a este respecto si se trata de una acción de desconexión o de la comisión de efectuar una nueva conexión.³⁸¹

Lo decisivo no es la clase de conducta realizada, sino la atribución o no atribución del curso del daño a la organización del médico.

“ Hay por tanto, comisiones activas que no conducen a responsabilidad porque falta una posición de garante, el curso dañoso para el que el agente se muestra causal ha de ser remitido a pesar de la causalidad, a una organización ajena y

³⁷⁸ Ibidem. p. 349.

³⁷⁹ Idem.

³⁸⁰ Ibidem. p. 350.

³⁸¹ Idem.

termina siendo definido como propensión de la víctima a como error de terceras personas.”³⁸²

3.7.1. 2. Los deberes de salvamento por asunción.

Los deberes de aseguramiento, no agotan el ámbito de responsabilidad por la propia organización, mas bien afectan tan solo a aquella parte de la misma en la que se trata de la evitación de un out-put peligroso. Pero la evitación de un out-put peligroso, no es la única posibilidad para una organización se mantenga dentro de lo permitido; así pues, se pueden evitar daños disponiendo un out-put peligroso, pero con la reserva de su segura revocación antes de que se produzca el daño; los deberes que derivan de una organización semejante están fuera de discusión, esto es, siempre que al disponer el out-put peligroso se cuide de su revocación: este cuidado es condición para la autorización del out-put. Nos hallamos ante los casos de asunción del dominio del riesgo, en los que según su configuración concreta se hace más o menos patente que no se trata sólo del aseguramiento de la configuración interna de la propia organización, sino en parte, del salvamento de una organización ajena respecto de riesgos que ya se han introducido en esa ajena organización.³⁸³ Sirva de ejemplo lo siguiente: si un fabricante en cuya industria se emplean pelos infectados de animales los hace desinfectar previamente, cumple con su deber de aseguramiento; pero si los entrega a sus trabajadores pelos sin desinfectar con la garantía de velar al final del trabajo por la desinfección corporal de su personal, él ha asumido entonces la eliminación de un riesgo que no pertenece ya a su propio ámbito de organización.³⁸⁴

Cuando el fabricante asume la obligación de velar por una asistencia médica de carácter curativo a los primeros signos de enfermedad de su personal; el deber del fabricante consiste en el salvamento de su personal entonces de una enfermedad que es ya independiente del estado actual de su organización.

3.7.1 3. Los deberes de salvamento por injerencia.

Jakobs plantea el problema de la injerencia con la siguiente pregunta. ¿Existe un deber de actuar positivamente, para poner a salvo una organización ajena por haber creado previamente el riesgo para esta organización y, por tanto, la necesidad de su salvamento?

La respuesta parece ser la siguiente: en el caso de la asunción de un salvamento sucede que con la conducta de asunción se compensa un riesgo

³⁸² Ibidem. p.351.

³⁸³ Ibidem. p. 352.

³⁸⁴ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

generado por este mismo acto, la renuncia de otra clase de protección. Por consiguiente, la cuestión se reduce a establecer si para fundamentar deberes de salvamento se precisa un acto expreso, o concluyente de asunción o si, por el contrario, el derecho puede suplir un acto de esa índole, por una conducta precedente de características aún por determinar.³⁸⁵

Jakobs muestra el siguiente ejemplo: constituye un caso claro de asunción el de que induce a otro de salvamento, a interrumpirlo a mitad del camino que le había llevado hasta el puesto de auxilio, con la observación de que él debía evitar ese esfuerzo y que tendría la intención de dar aviso en su lugar a dicho puesto.

Se cuestiona, ¿qué sucede si se hace tropezar al que efectúa el acto de salvamento, de manera que éste sufre la fractura de una pierna, o si se lo detiene y se le informa erróneamente de que será ya demasiado tarde para prestar el auxilio, de que éste ya había sido prestado o de algo similar?³⁸⁶

Todo lo anterior, es todavía un acto de asunción? El riesgo para el bien que debe ser salvado es siempre el mismo, y también crea siempre el autor, de un modo imputable el fundamento de tal riesgo.

En el marco de la competencia por la configuración del propio ámbito de organización, no es la presentación de uno mismo como promitente de la acción de salvamento lo que crea per se un riesgo para otras personas, una promesa es peligrosa si a ella sigue la renuncia a otra forma de protección y precisamente por esa renuncia, pero esa pérdida de seguridad ha de volverse más arriesgado el mundo, se encuentra de idéntico modo en los casos de injerencia sin asunción; tanto si se hace desistir a alguien de su intento de salvamento con una limpia intención, como si ello ocurre mediante una violencia física (haciéndole tropezar) o psíquica (con engaño); así, el que interrumpe el intento de salvamento organiza de forma imputable un riesgo, por medio de dicha interrupción. Por tanto la solución tiene que ser también la misma: en todos estos casos surge de esta organización peligrosa un deber de salvamento.³⁸⁷

3.7.1.4. La conducta precedente antijurídica.

Para la definición de la conducta precedente en la injerencia, Jakobs³⁸⁸ señala: “se vienen proponiendo desde mucho tiempo atrás las más diferentes soluciones (en la medida en que no se rechace por completo la responsabilidad por injerencia), que abarcan un espectro que va desde la mera adecuación de la conducta precedente hasta el requisito de la antijuridicidad de dicha conducta. Para la decisión de esta cuestión es útil la consideración de que en el caso de los

³⁸⁵ Ibidem. p. 353.

³⁸⁶ Idem.

³⁸⁷ Ibidem. p. 354.

³⁸⁸ Idem.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

deberes de salvamento a diferencia de lo que sucede con los deberes de aseguramiento pueden ser tomados en cuenta varios ámbitos de organización como competentes o, con mayor precisión: al menos dos, el del injerente y el de la víctima. En el caso de deberes de aseguramiento no existe ninguna alternativa en relación con la competencia global de aquél que domina el círculo de organización que ha de ser asegurado; y dice, se puede discutir respecto de estos deberes de aseguramiento, si un out-put del círculo de organización amenaza con convertir en un riesgo que excede de lo permitido; si es el caso, es indudable la competencia. Otra cosa sucede en el caso de los deberes de salvamento: si el out-put se desprende de su fuente, también puede ser competente para su inocuización un sujeto distinto; por tanto, entre los ámbitos de organización concurrentes hay que dilucidar cuál está más obligado a procurar la eliminación de tal riesgo.³⁸⁹

Una especial intensidad no se puede fundamentar en relación con aquél de cuyo círculo de organización sólo han surgido hacia el exterior cursos causales como los que cualquiera puede desencadenar en cada momento sin preocuparse de sus consecuencias: él se encuentra próximo al curso de daño sólo desde un punto de vista naturalista como causante pero no jurídicamente como sujeto competente de la causación.

La adecuación no desempeña a estos efectos ningún papel: hay fuentes de daño completamente adecuados, pero al mismo tiempo socialmente adecuados, por ejemplo: la venta de alcohol a personas responsables; el vendedor no tiene, que intervenir en auxilio cuando el comprador, tras el consumo del alcohol, amenaza con producir daños.³⁹⁰

Todo lo anterior, se puede fundamentar con facilidad esa especial intensidad cuando la conducta precedente crea un riesgo no permitido para el bien puesta en peligro; pues en tal caso la puesta en peligro del bien es la consecuencia no sólo desde el punto de vista naturalista, sino también jurídico del comportamiento precedente. Esto rige incluso cuando tampoco el titular del bien puesta en peligro ha cumplido por su parte aquello que le incumbía, en ese caso, del curso de riesgo tienen que responder ambos, la víctima y el injerente.

Jakobs señala este ejemplo: “si un curioso se encarama a una obra mal asegurada (infringe así lo que le incumbe para su autotutela) y sufre un accidente, el constructor tiene la obligación como garante de salvarlo (la competencia de organización surge del defectuoso aseguramiento), mientras que sólo tendría una obligación general de auxilio, si hubiese asegurado adecuadamente la obra.”³⁹¹

3.7.1.5. El sometimiento a riesgos especiales.

³⁸⁹ Idem.

³⁹⁰ Ibidem. p. 355.

³⁹¹ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Si una conducta precedente no es antijurídica desde esta perspectiva, dicha conducta es entonces conforme a derecho y el curso de daño tan sólo parece estar vinculada en una consideración naturalista, pero no jurídica. Sin embargo, esta perspectiva es errónea. Así lo muestra la simple observación de que puede que una conducta precedente sólo sea conforme a derecho porque trae tras de sí el deber de impedir consecuencias nocivas y que sin este deber subsiguiente la conducta precedente fuera, sin más, socialmente insoportable o insostenible, Jakobs.³⁹²

Nuestro autor expone su teoría mediante el siguiente ejemplo: “quien pasea en aguas poco profundas con un niño pequeño, que aún no se mantiene con seguridad al andar, sólo actúa de un modo conforme a derecho porque ese paseo, en virtud del deber de levantar al niño inmediatamente del agua en caso de caída, no entraña ningún riesgo considerable; sin este deber la conducta equivaldría a un abandono. Por tanto, también tienen que generar un deber de salvamento aquellas conductas de sometimiento a riesgos especiales que sólo pueden ser adecuadas a derecho si existe un deber de salvamento. Se puede hablar en tales casos de una asunción exclusivamente objetiva, calificativo que obedece a que el hecho no depende de una declaración de asunción. Con ello no se agota el ámbito de la conducta precedente conforme a derecho que fundamenta deberes de salvamento. Cuando alguien provoca un riesgo especial (un riesgo mayor que el ineludible en la vida), la víctima puede apelar a que aquél a quien compete la organización de sus ventajas debe organizar preferentemente la eliminación de sus perjuicios, no importa si las posibilidades del salvamento son seguras las que hacen soportable la autorización de la conducta, si son inciertas, sin embargo, se permite el riesgo, tal permiso contiene la prestación de sacrificar la seguridad de los bienes a su interés particular. Al destinatario de este beneficio compete en compensación el salvamento.”³⁹³

El ordenamiento jurídico contiene por regla general, infinidad de indicios para la valoración de un riesgo como riesgo especial. Ejemplo: el caso que más se discute es el del funcionamiento ordenado de un automóvil en el que como consecuencia del peligro inherente a dicho funcionamiento se produce un accidente con una víctima que se comportó correctamente.³⁹⁴

Según la solución que se defiende afirma el autor, existe un deber de salvamento para el titular del vehículo o para el conductor que representa el titular en la organización actual de su funcionamiento y ello es así porque como lo muestra la responsabilidad por puesta en peligro, el funcionamiento de un automóvil ha de ser considerado todavía como un riesgo especial.

El resultado alcanzado un riesgo especial determina deberes de salvamento rige ciertamente sólo si la víctima no ha generado por su parte un riesgo especial,

³⁹² Idem.

³⁹³ JAKOBS, Günther....., Ob. cit. p. 356.

³⁹⁴ Idem.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

y en particular, si no se ha comportado en contra a él mismo le incumbía pues en otro caso falta un sacrificio en el interés particular de otro.

La idea de sometimiento a un riesgo especial, relativo a la fuente donde se originan los deberes, contiene también la clave de la respuesta a la cuestión de en qué causas de justificación tiene que ser minimizado el daño al bien sobre el que se ha intervenido mediante comportamiento de salvamento tras dicha intervención. Así para la legítima defensa, el agresor somete a un riesgo especial al agredido del que éste se libera por medio de la defensa; esta situación compete al atacante, y no se puede fundamentar en su favor un deber de salvamento. Asimismo, quien no lleva al hospital a su agresor, al que ha apuñalado en el curso de la defensa necesaria, responde como cualquiera por una omisión de socorro, pero no como garante, en caso de que abandone a su agresor herido con motivo de la defensa. Más difícil es la situación en el estado de necesidad agresivo, de la asunción exclusivamente objetiva, existe siempre un deber de salvamento, si sólo de este modo se puede mantener la proporcionalidad entre el bien salvado y el bien sacrificado. Así a quien tiene que tomar un jarro de agua del vecino para regar unas valiosas plantas que de otro modo se secarían, no le está permitido dejar abierto el surtidor si el agua que allí mana destruye las plantas del vecino. El deber de salvamento no siempre corresponde de un modo preferente al que interviene en estado de necesidad y concretamente no le corresponde cuando ha gestionado un negocio ajeno y el beneficiario por ello es por sí mismo capaz de evitar el daño. Si se necesitó el agua para combatir un gran incendio, entonces el injerente ha gestionado también un asunto del vecino (que está también obligado a prestar auxilio en caso de catástrofe) y puede confiar a éste la aminoración del daño.³⁹⁵

3.7.1. 6. Injerencia y comisión activa.

Jakobs formula la siguiente observación: “puesto que no hay problemas jurídicos del delito de omisión que no puedan plantearse también en un delito de comisión activa, no sólo es posible entonces que se generen por injerencia mandatos de salvamento, sino también prohibiciones y, en especial, prohibiciones de interrumpir cursos de salvamento ya iniciados “.³⁹⁶

Se trata pues de que a cualquiera le está permitido realizar una conducta socialmente adecuada, aunque perturbe el mantenimiento de un bien puesta en peligro, o a lo sumo, la ejecución de esa conducta sólo está prohibida bajo la amenaza de un castigo por “omisión de socorro”, mientras que a aquél que ha introducido el riesgo en una organización ajena se le prohíbe ejecutar la conducta bajo la amenaza de un castigo por un delito de resultado. Así Jakobs expone este ejemplo: “ si un sujeto atropella a una anciana de modo tan desconsiderado que éste se ve en peligro de caer al suelo, aquél no puede retirar su mano, de la que

³⁹⁵ Ibidem. p. 357.

³⁹⁶ Ibidem. p. 358.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

trata de asirse la anciana; más aún, tendría que tenderle la mano si ella no se hallase ya en esa situación favorable, ambas cosas, tanto el hecho de retirar la mano como el de no ofrecerla, conducen, si el autor falta su deber, a un delito de lesión aunque para un sujeto cualquiera, que no hubiese tomado parte en la creación de esa situación, la obligación mantener su organización en su estado actual o de configurarla de otro modo en favor de quien está a punto de caerse sólo se encuadraría en el ámbito de la omisión de socorro (sobre las prohibiciones generadas en caso de asunción).³⁹⁷

3.7.2. El status especial: Competencia por institución.

Junto a los deberes en virtud de competencia de organización, se encuentran los deberes en virtud de competencia institucional, deberes que no resultan del estatus general de todo ciudadano, sino que afectan tan sólo a personas con un estatus especial, es decir, forman parte de uno especial, como el de los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial o algunos cargos públicos.³⁹⁸

En los deberes en virtud de responsabilidad institucional se trata en estricto sentido, de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que, se ha de configurar en parte, de altruismo.

Con ello los deberes derivados de tales instituciones sólo pueden ser equivalentes a la comisión, si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias. Por tal razón sólo se toman en cuenta las siguientes: la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, así como las relaciones estatales de poder, la función policial, la de velar por la seguridad básica, y la administración de justicia como principio Básico del Estado de Derecho.³⁹⁹

Se trata de aquellas formas de relaciones sociales respecto a las cuales no existe, ninguna alternativa de organización, estas organizaciones básicas están positivizadas al menos incipientemente, por eso, los deberes no se suelen deducir de la institución, sino de la ley, teniendo en cuenta los numerosos deberes legales que no constituyen deberes de garante, supone una interpretación incompleta.⁴⁰⁰

Por tanto, la protección de bienes, representa siempre una de entre las diversas funciones de las instituciones respectivas. El cumplimiento de otras instituciones está por lo general jurídicamente asegurado, aunque no penalmente, ejemplo: en la relación paterno-filial, por medio de la educación pública subsidiaria

³⁹⁷ Idem.

³⁹⁸ Ibidem. p. 362.

³⁹⁹ JAKOBS, Günther, Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Traducción de: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1997, p. 994.

⁴⁰⁰ JAKOBS, Günther, Derecho Penal....., Ob. cit. p. 994.

del niño, o en los deberes estatales, por medio del Derecho disciplinario de los funcionarios.⁴⁰¹

3.7.2.1. Relación paterno –filial.

Jakobs,⁴⁰² sostiene que el deber de guarda de los padres para con los hijos legítimos pasa por ser el prototipo de los deberes de garante, se suele apoyar en la vinculación natural o, personal estrecha y a veces también en la ley. El deber se extiende en la medida en que los padres e hijos configuran un mundo común, que el niño lo abarca todo: los padres deben alimentar y cuidar a sus hijos, si es necesario buscar asistencia médica, así como evitar los peligros para una vida integral, incluidos los peligros de autolesión doloso o imprudente, e incluso los peligros provenientes del otro cónyuge y además cuidar del patrimonio del hijo, ejemplo: si los padres no salvan el cuadro perteniente al niño de que se estropee por la humedad, responde por daños mediante omisión, tiene importancia práctica el deber de cuidar del patrimonio en relación a la administración desleal.

Estos deberes garantizan tan sólo un estándar mínimo de cuidados, ya que jurídico-penalmente no se puede garantizar la dedicación óptima, sino sólo la dedicación cuya negación es evidentemente defectuosa; Jakobs formula el presente ejemplo: “Ni siquiera los padres acomodados, tienen que buscar al único especialista en otro continente para hacer curar a su hijo con mayor importancia práctica: ni siquiera el examen médico preventivo regular de un lactante pertenecerá al estándar mínimo.”⁴⁰³

Los deberes no tienen por qué cumplirse de propia mano, mediante su delegación los padres sólo se ven libres si el que lo asume satisface el estándar mínimo y en esa medida.

Los deberes para el padre, inician al momento de la consumación del nacimiento, ya que en ese instante da comienzo el cuidado del padre jurídicamente asegurado, ya no de la madre; así no existen deberes de garante para evitar la interrupción del embarazo, lícita o antijurídica por parte de la madre.

Los deberes de los padres, concluyen al alcanzar el niño la mayoría de edad, puesto que ya no existe la responsabilidad jurídica por el mundo vital del hijo. Así el padre de un hijo ilegítimo no le afectan estos deberes, ya que de lo único que responde es por el pago de los alimentos. La posición de garante que se afirma entre hermanos en razón de su parentesco, falta por ausencia de comunidad jurídicamente garantizada del mundo vital; tampoco existe posición de garante de

⁴⁰¹ Ibidem. p. 995.

⁴⁰² Idem.

⁴⁰³ Ibidem. p. 995.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

los niños con respecto a sus padres por el mero hecho de que desciendan de ellos.⁴⁰⁴

3.7.2.2. El matrimonio.

Al igual que la relación paterno-filial, los deberes del matrimonio son deberes derivados de una institución que apunta a la configuración conjunta del mundo vital.

En este ámbito, se garantiza tan sólo un estándar mínimo velar por el patrimonio, existente en virtud del matrimonio, no se encuentra dentro del ámbito de los deberes de garante, el cuidado del patrimonio puede asumirse y surgir una relación especial de confianza. Dada la igualdad de derechos de los cónyuges en la configuración del mundo común, el contenido del deber nunca puede ser un comportamiento contrario a la voluntad del otro cónyuge responsable.⁴⁰⁵

No existe el deber de garante consistente en evitar forzosamente las autolesiones dolosas o los delitos del cónyuge responsable. Pero también falta el deber de evitar por medio de la persuasión o convencimiento del otro. Tal comportamiento entrañaría extensión de la vida matrimonial, y la imposibilidad de imponer coactivamente tal comportamiento pertenece a la estructura de la institución.

Ello rige también cuando el cónyuge tras el comportamiento de suicidio, ha perdido la influencia sobre el curso causal hacia la muerte, si de las circunstancias no cabe deducir que ha cambiado de parecer, pues también el deber de garante relativo a ese período de tiempo supondría un deber de extender la vida en común hasta extremos no queridos por el cónyuge, y por eso incompatible con la institución. En tanto que una situación de suicidarse constituye una desgracia porque se deriva de una desgracia psíquica (error, depresión, etc.); y por tanto esta desgracia cabe remediarse evitando el suicidio, ya que el cónyuge está obligado como garante e impedir el resultado.⁴⁰⁶

Por otro lado, restan deberes de evitar aquellos peligros para la vida, la integridad, la libertad, el honor y otros bienes personalísimos, que no han sido queridos responsablemente por el cónyuge; por lo tanto, estos deberes no están sujetos a que se conviva, y la convivencia debe realizarse (debe materializarse dentro de la comunidad matrimonial para que tenga efectos de validez jurídica), y por lo tanto, un déficit material fundamenta la atenuación de la pena.

Los deberes no existen únicamente con respecto a los peligros que sólo se pueden evitar planificadamente mediante el vínculo matrimonial, pues la institución no tiene la función de maximizar bienes, sino fundamentar la comunidad. Ejemplo:

⁴⁰⁴ *Ibidem.* p. 996.

⁴⁰⁵ *Idem.*

⁴⁰⁶ *Ibidem.* p. 997.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Un cónyuge está obligado a auxiliar al otro, si se lo encuentra por casualidad en un estado en que necesita ayuda.

Por último, Jakobs ⁴⁰⁷ considera: “que no existe posición de garante a partir de la promesa de matrimonio, ya que ésta sirve solamente para probar si el vínculo de los prometidos es lo suficientemente fuerte para construir una vida en común, por tanto, el vínculo jurídico no debe ser más fuerte que lo interno (entiéndase lo afectivo que redundaría en la buena relación dentro de la sociedad).”

3.7.2.3. La confianza especial.

Jakobs señala, ⁴⁰⁸ que en el deber de garante que surge en virtud de responsabilidad por organización mediante asunción y que el fundamento de responsabilidad es la causación imputable de un peligro; y que en su ámbito, hay un comportamiento creador de confianza que vincula con intensidad equivalente a la comisión, que incluso si no tiene efectos negativos directos (injerencia) o indirecto (asunción) en la existencia de bienes, que sólo mejora la Institución de bienes.

Esta confianza se dirige a que otras personas, de los contactos sociales, no se comporten contradictoriamente sin motivo plausible; y situaciones que dichas personas reclaman en su favor, también tengan efectos en su contra.

El contenido de la confianza especial no puede ser cualquier auxilio factible, sino sólo el que acarrea previsiblemente un efecto adecuado, aún cuando ya no se encuentre dentro del estándar general.

Si un contrato eficaz se dirige a la realización de una prestación inadecuada, tal eficacia carece de trascendencia jurídico-penal, pues el comportamiento punible no se puede determinar mediante la libertad de contratación, aislándolo de las valoraciones jurídico-sociales.

Los presupuestos de la confianza especial se derivan de: a) creación de una relación de garantía mediante confianza (confianza que genera garantía) o bien, b) cumplimiento de una relación de garantía (confianza que proporciona garantía).

⁴⁰⁹

3.7.2.4. Confianza que genera garantía.

⁴⁰⁷ Ibidem. p. 998.

⁴⁰⁸ Ibidem. p. 999.

⁴⁰⁹ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Quien es objeto de la confianza debe introducirse, por una parte, en una relación que le atribuye la responsabilidad por el aseguramiento de un bien, o el combatir un peligro.⁴¹⁰

Tal es el caso, en primer lugar, cuando el sujeto no sólo promete auxilio sino que además, introduce el bien puesto en peligro contra el que hay que luchar, en su ámbito de organización, definido en cuanto al espacio y al objeto, o asume la dirección de ámbito de organización ajeno en el que están situados el bien o el peligro.

Al igual que en la asunción, el introducirse en una posición de garante puede fundamentar posiciones de garante incluso en ausencia de un contrato eficaz.⁴¹¹

El espectro abarca desde la acogida de personas necesitadas de cuidado para presentárselos en el propio hogar, en un hospital, o en una residencia de ancianos hasta la administración del patrimonio ajeno o la gestión de negocios ajenos.

Dado que el auxilio en la situación de necesidad es el objeto de la confianza especial, el obligado tiene que realizar su promesa antes de la situación de necesidad y ejecutar actos de organización para el supuesto venidero de la situación de necesidad.⁴¹²

En caso de peligros recurrentes del mismo género, durante una fase de necesidad se puede garantizar el auxilio en la próxima fase, ejemplo: un médico se convierte en garante, en virtud de confianza especial, al asumir un caso, pues su promesa se dirige a querer tratar al menos a las personas que él asume, y la actividad de su consulta es una organización para los pacientes futuros, pero al vecino que ha trasladado al hospital a quien ha enfermado repentinamente es a lo sumo garante mediante asunción si, precisamente debido a su disposición, no se han utilizado otras posibilidades eficaces de transporte.

La jurisprudencia alemana ha fundamentado en multitud de ocasiones una posición de garante derivada de la convivencia en la misma vivienda, con la persona en peligro, sin embargo, sólo proporciona fundamento para la responsabilidad mediante confianza especial, cuando se promete el auxilio y se lleva a cabo preparativos para éste. La convivencia per se no constituye una institución elemental jurídicamente garantizada y por eso tampoco fundamento propio de deberes de garantía.⁴¹³

Además surge confianza especial que da lugar a garantía en la unión de ámbitos de organización previa a la situación de necesidad para el auxilio mutuo (comunidad de peligro). Si varias personas realizan una actividad peligrosa habiendo acordado auxilio mutuo en caso de necesidad, también está obligado a

⁴¹⁰ Idem.

⁴¹¹ Ibidem. p. 1000.

⁴¹² Ibidem. p. 1001

⁴¹³ Idem.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

ayudar debido a su participación, aquél participante en la empresa sin el cual ésta, también se habría llevado a cabo. Si la comunidad sirve a fines delictivos, el derecho no garantiza la constancia de los roles. Un supuesto especial de estas comunidades de peligro es la comunidad de vida para la evitación de riesgos vitales, sirve de ejemplo: La simbiosis del proverbio entre el inválido vidente y el invidente que puede andar. La evitación de peligros tiene que ser el contenido, puesto en práctica, de la comunidad, lo que sólo cabe apreciarlo en la asociación de personas que se han afectado por riesgos superiores a las normales de la vida. No decide el carácter íntimo de la comunidad, sino la superación común puesta en práctica de peligros, por este criterio se rige también que el deber en su caso tenga por contenido la asistencia personal o bien sólo procurar el auxilio a terceros.⁴¹⁴

Por último, surge confianza que da lugar a garantía frente al titular de aquellas organizaciones que sustituyen a la protección elemental estatal, en la medida en que la sustitución además se ponga en práctica: bomberos voluntarios, hospitales privados, pero fácticos-públicos, servicio de guardias médicos, no organizados por el derecho público, vigilancia de bañistas en aguas de acceso general.

No existe deber de mantener la organización, de todos modos debe llevarse a cabo desmontando la confianza especial y no interrumpiéndola súbitamente, así pues jurídicamente eficaz sólo es la retirada de la promesa de auxilio antes de la situación de necesidad.⁴¹⁵

3.7.2.5. Confianza que proporciona garantía.

En la confianza que proporciona garantía, existe ya un deber de garantía e importa sólo a que se dirija dentro de la organización, que gestiona la relación de garantía.

Aquí se sitúa la vinculación obligado-organización, la vinculación organización-comportamiento de auxilio ya existe previamente.

Este obligado que se deja integrar en la organización, que se incorpora a la posición del que, según el plan de servicio, es propio del comportamiento de auxilio, ejemplo: En el hospital, por la noche, tiene que estar disponible un médico de guardia como garante, en consecuencia de la actividad de un hospital de tales características (vinculación organización-comportamiento de auxilio); pero quien sea responsable (vinculación obligado-organización) no se rige por quien se haya ocupado previamente de los pacientes, etc., sino por el plan de servicio.

A diferencia de lo que ocurre en el deber de garante por asunción, pero al igual que en el deber de garante derivado de confianza fundamentadora de garantía, no

⁴¹⁴ Ibidem. p. 1002.

⁴¹⁵ Ibidem. p. 1003.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

importa si mediante la entrada en funciones en la posición de anular otra posibilidad de protección, pues las expectativas dirigidas al obligado se rige por su posición, sin tener en cuenta las condiciones aleatorias existentes en el momento de asumir la función. Ejemplo: deber de garante a aquél médico de guardia cuyo precursor no era sino un charlatán no cualificado.

La confianza que proporciona garantía tiene importancia práctica sobre todo en los ámbitos de responsabilidad por organización referida a organizaciones estatales y a la protección estatal elemental y dirige los deberes genuinamente estatales al funcionario competente en concreto a través de la persona responsable en concreto de la organización, que actúa en lugar del Estado. También hay delegaciones al ciudadano, quien se emplea así como funcionario, en la transparencia de cooperación en la búsqueda judicial de la verdad.⁴¹⁶

3. 7. 3. Los deberes genuinamente estatales.

Los deberes genuinamente estatales, son deberes del Estado, como persona jurídica, es un conjunto de deberes que como abanico afectan a las personas físicas que actúan para el Estado, incluso para municipios, a través de confianza especial que proporciona garantía. Por ejemplo: el caso de mantener la salud pública de los reclusos, a la institución penitenciaria, deberes de emprender medidas médicas que incumben al médico de la institución, los deberes de auxilio que incumben al propio personal del Estado, etc.

3. 7. 3. 1. Relaciones estatales de poder.

Afirma Jakobs,⁴¹⁷ el poder de organización sólo da lugar per se, a deberes de garantía en la medida en que la organización empeore las condiciones de existencia del bien.

En relaciones de poder estatal, no hay alternativas de organización para el gobernado y sólo constituye asunto de éste, ajustarse a la relación de poder, ya que de otro modo, no sería viable la organización; ejemplo: si un agricultor autónomo debe cumplir una pena privativa de libertad, es asunto suyo, el cuidar de que queden atendidos sus cultivos, si se echan a perder, no responde el Estado por ello, en tanto que el sometimiento al poder constituya un sacrificio especial, surge para el Estado un deber de resarcimiento, como ocurre sobre todo con arreglo a la ley de resarcimiento por medidas de persecución penal, este deber no es deber de garante sino deber de prestar una indemnización por los daños infligidos a través de comportamiento lícito.

Sólo cuando se trata de efectos que no dependen de la organización de la integridad de los bienes del supeditado, sino que afectan a cualquiera, la relación

⁴¹⁶ Idem.

⁴¹⁷ Ibidem. p. 1004.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

de poder se corresponde con un deber de cuidar como deber de garante, para el auxilio en accidentes ocurridos durante el período del ejercicio del poder y en relaciones de poder más amplias además del deber de alimentar, vestir; estos deberes van más allá de la asistencia estatal elemental y no se limita a medidas que el subordinado organizaría por sí mismo. Así hay que velar porque un recluso esté libre de piojos, con independencia del peligro de contagio, de la asistencia hacia otras personas, aun cuando él en libertad no se los quite.⁴¹⁸

Los límites del deber de asistencia son muy dudosos en algunos casos sobre todo cuando se refieren al tratamiento de defectos ya preexistente, los deberes legales no son en todos los casos deberes de garante.

No existe deber de garante para evitar autolesiones dolosas de una persona responsable sometida a una relación de poder, ni siquiera cuando la sumisión constituye el fundamento de la autolesión. La responsabilidad del que se lesiona no desaparece ya por la privación de libertad, ni siquiera en las personas inocentes detenidas. No obstante existe un deber de salvación que puede fundamentar a partir del poder de organización cuando el sometido al poder cambia de parecer tras un intento peligroso de suicidio, sobre todo cuando con el intento peligroso de suicidio se han consumido los impulsos autoagresivos.⁴¹⁹

3.7.3.2. Los fines estatales.

El Estado se define a través de aquellas prestaciones que ha de llevar a cabo irrenunciablemente: *previsión social elemental, seguridad exterior e interior, y los principios básicos del Estado de Derecho*. Al igual que se garantiza la estructura de las instituciones sociales elementales no estatales, también necesitan garantía las instituciones estatales elementales; de lo contrario, el Estado no tendría estructura alguna, no pudiendo contribuir en nada a realizar el aseguramiento de las expectativas.⁴²⁰

No están garantizadas todas las funciones estatales, ni siquiera todas aquellas con respecto a las cuales existe una pretensión jurídica, sino sólo las irrenunciables.

El hecho de que este marco sea impreciso ciertamente proporciona un motivo para recortar aún más lo irrenunciable, pero no para renunciar en absoluto a la garantía de la prestación de las instituciones estatales; no puede discutirse que el Estado tenga una estructura, sino sólo cuál es ésta en los supuestos límites. Ejemplo: la recaudación de impuestos es irrenunciable sólo fácticamente; el Estado no se define a través de tal función. Luego las autoridades recaudadoras no son garantes por institución.

⁴¹⁸ Idem.

⁴¹⁹ Ibidem. p. 1005.

⁴²⁰ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

El fenómeno del Estado está estructurado, por ello, la garantía de observancia de la norma sólo afecta a aquellas autoridades a cuyo ámbito de competencia corresponde la aplicación de las normas.

El deber general de todo funcionario de contrarrestar de todas las irregularidades y comunicar ante sus superiores las infracciones penales relevantes por el servicio no es un deber de garante, y solamente aquellas autoridades a las que incumbe oficialmente la persecución penal son garantes conforme a la ley. Por tal motivo, no están garantizadas las normas de Derecho de funcionarios y Administrativas generales que en interés de la eficacia general de la administración prescriben la celeridad de los asuntos administrativos o la capacidad laboral.⁴²¹

Junto a los deberes genuinamente estatales, pueden aparecer otros deberes fundamentados institucionalmente o mediante organización.

Así el cuidado del Estado por la seguridad elemental puede dar lugar a un deber derivado de la confianza especial. Aún faltando un deber estatal, no obstante puede que los que actúan por el Estado tengan que responder por otro fundamento de deber como puede ser la confianza especial o deberes por organización. Ejemplo: aún cuando el mantenimiento de la capacidad financiera mediante la recaudación de impuestos y la conservación propiedad estatal no se encuentran entre las funciones estatales indisponibles, los funcionarios de hacienda, como garantes, tienen que hacer valer las deudas tributarias.⁴²²

Por tanto, para hacer valer el cumplimiento de los deberes de garantía por los funcionarios estatales es indispensable considerar los criterios propuestos por Jakobs, en relación con la confianza que proporciona garantía.

3.7.3.2. 1. La previsión social elemental.

La previsión social elemental que el Estado tiene que prestar como garante no abarca toda su actividad, sino sólo el ámbito del cuidado para la protección contra peligros drásticos en los que está excluido el aseguramiento individual, aún cuando se lleven a cabo medidas de aseguramiento colectivas junto a las del Estado. Ejemplo por parte de las organizaciones caritativas, organizaciones profesionales médicas. Se trata de aseguramiento ante catástrofes naturales o grandes incendios, peligros masivos o incluso daños contra el medio ambiente, graves accidentes y enfermedades peligrosos así como de actividades de salvación en caso de que acaezca una calamidad de las descritas. El conductor de la ambulancia municipal debe, como garante, trasladar al hospital a quien ha

⁴²¹ Ibidem. p. 1006.

⁴²² Ibidem. p. 1007.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

sufrido un infarto. El equipo municipal de bomberos debe extinguir incendios como garante.⁴²³

3.7.3.2.2. La seguridad externa y la interna.

La seguridad externa y la interna, constituyen fines primordiales del Estado. Debido a ellas, el hombre no ilustrado limita su libertad para la autodefensa y presta obediencia a las leyes. El Estado de los ciudadanos se define a través de su deber de prestar seguridad. La policía es garante de proteger contra la delincuencia, en tanto persigue fines de rango superior conforme los prescriben las leyes policiales, sin embargo, los ataques triviales no dan motivo para una fundamentación del Estado, como tampoco la criminalidad de bagatela. El ejército es garante de la seguridad externa.⁴²⁴

3.7.3.2.3. Los principios básicos del Estado de Derecho.

Los principios básicos del Estado de Derecho, sólo están garantizados en la medida en que se refieren a la estructura del Estado, a su vez; a través del principio de igualdad y de legalidad de la Administración, estaría garantizada toda la actuación no legislativa del Estado. Se deduce que los superiores deben impedir las infracciones penales de sus subordinados en el ámbito de sus funciones y ello mediante la acertada nivelación de las diversas formas de participación.⁴²⁵

Los principios básicos del Estado de Derecho, únicamente tienen trascendencia práctica en tanto que el propio Estado suscita pretensiones, se trata de la legalidad y de la igualdad en el ámbito del monopolio del poder, o de la intervención, merecen mencionar la sujeción a la ley de los jueces, y demás personas llamadas a decidir o ejecutar, así como el principio de legalidad, tanto en la persecución penal como en el cumplimiento de las penas y la sujeción a la ley en cualquier otro comportamiento de intervención, estos deberes de garante constituyen la contraprestación por la renuncia del autoauxilio ilimitado y por el deber de los ciudadanos de soportar intervenciones legales.⁴²⁶

⁴²³ Idem.

⁴²⁴ Ibidem. p. 1008.

⁴²⁵ Ibidem. p. 1009.

⁴²⁶ Idem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

CAPÍTULO CUARTO.

POSICION DE GARANTE Y TEORIAS FORMAL Y FUNCIONAL DE LAS FUENTES DEL DEBER JURIDICO EN LA COMISION POR OMISION, EL CASO DE MEXICO.

UMARIO: 4. 1. El Código Penal Federal del 14 de agosto de 1931. 4. 1.1. Las fuentes formales que adopta el Código Penal Federal de 1931. 4. 1. 2. La posición de garante derivada de la Ley extra-penal. 4. 1. 3. La posición de garante derivada del contrato. 4. 1. 4. La posición de garante derivada del actuar precedente o injerencia. 4. 2. El Código Penal para el Distrito Federal de 2002. 4. 2. 1. Las fuentes funcionales que adopta el Código Penal para el Distrito Federal. 4. 2. 1. 1. La posición de garante derivada de la aceptación efectiva de custodia. 4. 2. 1. 2. La posición de garante derivada de que voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza. 4. 2. 1. 3. La posición de garante derivada de una actividad precedente, culposa o fortuita, que genera el peligro para el bien jurídico. 4. 2. 1. 4. La posición de garante derivada del que 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. 4. 2. 1. 5. La posición de garante derivada, de la equivalencia de inactividad es en su eficacia equivalente a la actividad prohibida en el tipo (segundo criterio de equivalencia). 4. 2. 1. 6. La posición de garante derivada de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo. 4.3. La posición de garante (primer criterio de equivalencia), derivadas de las teorías formal y funcional del deber jurídico en los códigos penales de la federación. 4. 3.1. Códigos Penales de los Estados de la República adheridos al Código Penal Federal de 1931. 4. 3. 2. Códigos Penales de los Estados de la Federación adheridos al Código Penal para el Distrito Federal de 2002. 4. 3. 3. Códigos Penales de los Estados de la República que regulan la omisión impropia o comisión por omisión sin señalar de donde deriva la fuente del deber jurídico de actuar. 4. 3. 4. Códigos Penales de los Estados de la República que no regulan la omisión impropia o comisión por omisión. 4. 3. 5. Código de justicia militar mexicano de 1933.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

4.1. Código Penal Federal de 1931.

Como es del conocimiento general el Código Penal de 1931,⁴²⁷ con la denominación de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal de 1931, al dar inicio su vigencia no configuraba la omisión impropia o comisión por omisión, dentro de su estructura, que la posición de garante, esto es, la posición que destaca a una o unas personas de entre todas las demás que puedan resultar responsables de un hecho de omisión, siendo una de las críticas más agudas por carecer del principio de legalidad, la práctica de esta figura jurídica respecto de los hechos constitutivos de delito por omisión impropia, y esta situación se subsanó gracias a la reforma del código penal federal de 1994,⁴²⁸ cuando en su artículo séptimo, segundo párrafo, se estableció o se estructuró la omisión impropia o comisión por omisión, en los siguientes términos:

Artículo 7º. (...)

“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 “.*⁴²⁹

Como se observa en la redacción de esta reforma el congreso mexicano adoptó la fuente tradicional formal del deber jurídico de actuar de Von Feuerbach, y que ésta provienen de la ley, el contrato y el actuar precedente.

Esta fuente se basa en las teorías más antiguas del deber jurídico de actuar, mismas que fueron tratados ya en el capítulo anterior del presente trabajo. Sin embargo, porque fueron adoptados por el congreso mexicano, para dar vida y legalidad a la omisión impropia o comisión por omisión ya citada, habremos de exponerlas en las siguientes líneas:

4.1.1. Las fuentes formales que adopta el Código Penal Federal de 1931.

Breve referencia de las fuentes formales del derecho.

⁴²⁷ Diario oficial de la federación, publicado en fecha 14 de agosto de 1931.

⁴²⁸ Diario oficial de la federación, publicado en fecha 10 de enero de 1994.

⁴²⁹ Código Penal Federal de 1931, Compilación Penal Federal y del DF., Editorial Raúl Juárez Carro, S.A. DE C.V., México, D. F., 2010, pp. 147 y 148.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

La fuente es el origen de la ley o derecho. Los órganos como procedimiento que dan origen a la ley o donde emana la ley

. El Estado es la única fuente de derecho, fuente de producción originaria y derivada.

El poder constituyente o legislativo forman el derecho positivo. En la Constitución federal son regulados por los artículos 71 y 72 del mismo ordenamiento legal. Así el proceso legislativo conjunto de actos necesarios en la formación de ley. La ley es la única fuente directa e inmediata de cognición del derecho. Las fuentes indirectas o mediatas son la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho.

El principio de que no hay crimen ni pena sin ley, en latín “Nullum crimen nulla poena sine lege”, se debe a Anselmo Von Feuerbach, principio que actualmente se encuentra consignados en todas las constituciones y códigos penales de estructura libre y democrática, y sólo a partir del nacimiento de la tendencia democrática y liberal encuentra su fundamento dando origen a una serie de principios que en la actualidad se encuentran consignados en todas las constituciones y códigos penales de estructura liberal.

Lo anterior tiene las siguientes afirmaciones: 1. “NO HAY CRIMEN SIN LEY; 2. “NO HAY PENA SIN LEY”, 3. “NO HAY JUICIO SIN LEY”, 4 “NO HAY CONDENA SIN JUICIO”, y 5. “NO HAY CRIMEN, NI PENA, NI JUICIO, NI CONDENA SIN LEY PREVIA”.

Por tanto, si no hay acción ni origen de las fuentes de garantía no hay nada absolutamente.⁴³⁰

4.1.2. El garante derivada de la ley (ley extra-penal).

Como primer fuente de la teoría formal del deber jurídico, se considera la ley (ley extrapenal) que da origen como fuente primordial donde derivan ciertas obligaciones del deber jurídico de actuar a determinadas personas.

La ley, como orden jurídico o disposición legal de derecho público o privado, da vida a ciertas obligaciones o deberes a determinadas personas que cumplen la posición de garante, el deber jurídico para actuar, y si no evitan su lesión se les atribuye ésta igual que si la hubieran causado mediante una acción positiva, en estas disposiciones se señalan que solamente se trata a personas determinadas que deben realizar esas responsabilidades; tenemos como ejemplos: los padres con los hijos menores de 18 años, el esposo con la esposa, los médicos con sus pacientes, la autoridad o funcionarios públicos en relación con determinados servicios a prestar a la comunidad, etc. ⁴³¹

⁴³⁰ PAVON VASCONCELOS, Francisco, DICCIONARIO DE....., Ob.cit. pp. 535 y 536.

⁴³¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, La omisión impropia....., Ob. cit. p. 131. Tenemos como autores que sostienen como fuente formal la ley, los siguientes: BACIGALUPO, Enrique....., Ob. cit. p. 25; NOVOA MONREAL Eduardo....., Ob. cit. p. 142; BENAVENTE CHORRES, Hesbert.....,

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

En el mismo tenor, según esta tesis: los padres, que no dan de comer al hijo pequeño, permitiendo que muera de enanición, realizan en comisión por omisión, un delito contra la vida.⁴³²

En tal situación el resto de los ciudadanos no garantes, que no tienen la obligación especial extra-penal de garantizar la vida de determinadas personas, sino sólo la obligación general jurídico-penal que nos incumbe a todos de socorrer a cualquier ser humano, responderán, si no intervienen, únicamente por el delito de omisión propia.⁴³³

La doctora Gladys Romero, refiere respecto de la posición de garante que en los delitos de omisión impropia ó comisión por omisión, es la obligación del sujeto de evitar la producción del resultado. Esta posición de garantía en el deber de evitación del resultado puede surgir de diversas formas:

-Legal: cuando la ley obliga evitar el resultado entre personas con vínculos familiares de dependencia (Así, el padre es garante respecto de su hijo).

-Contractual: El sujeto se obliga contractualmente a evitar la producción del resultado (enfermero, criado).

-Actuar precedente: Si el sujeto ha creado una fuente de peligro o las circunstancias propicias para la producción de un resultado lesivo, está obligado a evitar su producción final.

Así pues, la "posición de garante" es el presupuesto necesario para que la no evitación del resultado pueda equipararse a su causación activa. En resumen, los delitos de omisión impropia o comisión por omisión son los que la ley penal no recoge expresamente como delitos de forma omisiva, sino que aparecen descritos en su forma activa (matar), y pueden ser realizados de forma omisiva, es decir, cometiendo el delito por omisión (comisión por omisión), teniendo el autor el deber de garante.⁴³⁴

4.1. 3. El contrato.

El contrato es otra de las fuentes formales, del deber jurídico de actuar (tema ya tratado previamente), es necesario su análisis en el caso de México, se deriva de un documento celebrado entre ambas partes, que obliga al sujeto omitente evitar la producción de un resultado, en aras a la protección de un bien jurídico al que se ha comprometido, ejemplo: el que celebran los padres de los niños con

Ob. cit. p. 82; NUÑEZ Ricardo, derecho....., Ob. cit. p. 240; MEZGER, Edmundo....., Ob. cit. p. 122; CARDENAS FELIX, ..., Ob. cit. p. 309; MAURACH, Reinhart, Derecho Penal, parte general,....., Ob. cit. p. 254; OLGA ISLAS....., Ob. cit. p. 40; GIMBERNAT ORDEIG, señala que al hablarse de ley como fuente formal de la posición de garante, debe entenderse en sentido amplio el concepto de ley, como decretos, reglamentos, orden judicial o ministerial e incluso orden municipal.

⁴³² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, La omisión impropia....., Ob. cit. p. 132.

⁴³³ Ibidem. p. 133.

⁴³⁴ ROMERO, Gladys, Casos de Derecho penal, Manual práctico, Editorial Depalma, Argentina, 1999. p.p. 97 y 98.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

otras personas para que cuide de sus hijos (niñeras), convierten al omitente en responder el resultado no impedido, cometiendo así el delito de omisión impropia o comisión por omisión. Así la empleada doméstica (por contrato), que omite la alimentación del bebé que tiene a su cargo, y éste muera, realiza en comisión por omisión un delito contra la vida. Como también el empleado que se contrata en una empresa privada, se le imputa la muerte si no interviene para evitar el ahogamiento de un usuario del establecimiento citado;⁴³⁵ Novoa Monreal, sostiene: pronto se advirtió que no era indispensable un acto jurídico formal y que tampoco podía admitirse que defectos legales de éste pudieran afectar su validez o vigencia, excluyendo la garantía si de hecho el encargado de la custodia habría aceptado asumirlas y si los afectados podían confiar en que ella está siendo dispensada.⁴³⁶

Razones como éstas han orillado a esta figura, las múltiples críticas acerca de su validez, y seguridad jurídica, mismas que propician a verificar y originar otras alternativas para solucionar estas omisiones; como lo veremos más adelante. Conforme esta teoría, es preciso que el sujeto haya efectivamente asumido el puesto de garante a que se obligó, sin embargo el contrato sólo puede ser fuente formal de la posición de garante cuando de la confianza depositada emerja un particular deber de cuidado, vigilancia o protección.⁴³⁷

Maurach critica la fuente de contrato, diciendo que al no lograrse imponer conducen a consecuencias imprescindibles, como en los casos de nulidad, anulabilidad, terminación del mismo contrato, en los casos de posición de garante efectivamente asumidas o continuadas como aquéllos en los casos en que el contrato es nulo desde un punto de vista de derecho civil, no obstante el obligado aún no ha asumido la posición de garante. Por ello dice Maurach, en lo sucesivo la aceptación efectiva de un círculo especial de obligaciones vinculadas a la evitación del resultado será considerado como el criterio determinante, con lo cual es posible eliminar aquellas cuestiones civiles no esenciales para el derecho penal.⁴³⁸

La doctora Gladys Romero, comenta el presente caso:

La enfermera Lidia se queda dormida durante el turno de guardia. El enfermo Jorge muere asfixiado en su habitación por no recibir oxígeno de la botella, que se ha agotado. Nadie contestó las llamadas del timbre de la habitación.

Por tanto, la enfermera Lidia se le imputa el delito de homicidio por omisión impropia, puesto que ella era la única persona que tenía bajo su custodia el cuidado del enfermo Jorge, responsabilidad que había adquirido contractualmente y por su descuido al no evitar el resultado de la muerte del enfermo Jorge resultó imputable por el delito de homicidio en omisión impropia en forma culposa.⁴³⁹

⁴³⁵ Ibidem. p. 132.

⁴³⁶ Ibidem. p.142.

⁴³⁷ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, La imputación objetiva....., Ob. cit. p. 83

⁴³⁸ Ibidem. p. 257.

⁴³⁹ ROMERO, Gladys, Casos de Derecho penal, Manual práctico, Ob. cit. p.105.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

En México, habría que considerar todas estas observaciones de los doctrinarios, de modo que no se incurra en dichas fallas, y si es posible tomar muy en cuenta las nuevas propuestas originadas por la teoría de las funciones como veremos más adelante.

4.1.4. El actuar precedente (Injerencia).

La teoría del actuar precedente (injerencia) nace como la tercera fuente formal tradicional, de las posiciones de garante, como la obligación de actuar para impedir un resultado. Para unos la germinación de la injerencia se encuentra en los inicios del siglo XX, a partir de la obra de Stubel en 1928, quien consideraba que en el caso de que una persona colocase a otra en una situación de riesgo de la que no pudiera esta última salir sin la ayuda de aquélla, surgía para el causante del peligro un deber de actuar en evitación del resultado. Finalmente hay quienes atribuyen su origen a Nagler, quien la utilizó en 1938.⁴⁴⁰

Sin embargo es necesario señalar aunque sea brevemente cómo se fue desarrollando esta figura, así tenemos la observación de los tratadistas más reconocidos:

En ese tenor tenemos a Von Liszt quien refiere que: la obligación jurídica de obrar puede resultar: *la acción precedente*, que hace aparecer como contrario a lo debido del hecho de no obrar, la obligación de obrar es impuesta al autor como un resultante; señala como ejemplo: el hecho de recoger un niño abandonado, fundamenta la obligación jurídica de cuidarle en adelante, así, el que origina un peligro por la velocidad excesiva de su vehículo, tiene la obligación jurídica de evitar los daños que pudiera sobrevenir por su modo de obrar.⁴⁴¹

En el mismo sentido Mezger señala la fundamentación del deber por un hacer precedente, mediante el cual se requiere una ulterior intervención; corresponde a este grupo, el deber de poner en libertad a una persona a la que se ha encerrado por equivocación, sin concurrencia de culpabilidad, se fundamenta así una posición de la libertad con arreglo al parágrafo & 239. El Tribunal Federal Alemán afirma que existe deber de garante (4,20) al vender bebidas alcohólicas a un automovilista que posteriormente atropella a un peatón y éste muera sin evitar el resultado. Asimismo, asegura que puede surgir un deber de actuar también por una omisión precedente, aquí se exige una cuidadosa ponderación de la situación de peligro y de la situación especial del deber que se deduce de la misma.⁴⁴²

Mir Puig, Santiago, por su parte señala “pese a constituir el actuar precedente una de las fuentes de la posición de garante reconocida desde más antiguo, es la que suscita mayores dudas. La opinión tradicional entiende que quien ha provocado, por una conducta precedente, una situación de peligro para un bien

⁴⁴⁰ BENAVENTE CHORRES, Hésbert,....., Ob. cit. p. 84.

⁴⁴¹ Von Liszt, Tratado de Derecho Penal....., Ob. cit. pp. 316 y 317.

⁴⁴² Mezger, Edmundo, Derecho Penal....., Ob. cit...p.123. Autores que opinan en el mismo sentido tenemos a Hans Welzel, Derecho Penal Alemán....., Ob. cit. pp. 297 y 298, Maurach, Reinhart, Derecho Penal, parte general... .., Ob. cit. pp. 260 y 261, y JESCHECK, Tratado de derecho Penal, parte general....., Ob. cit. pp. 671 y 674.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

jurídico, está obligado a evitar que el peligro se convierta en lesión, so pesa de considerar que la producción de ésta sería tan achacable al sujeto como su causación positiva.”⁴⁴³ Ejemplo: “ quien por conducción imprudente atropella a un peatón y huye del lugar del accidente sin socorrerle, a conciencia de que posiblemente muera, se le imputa que ha causado voluntariamente la muerte de la víctima (homicidio doloso), art. 138 CP español en este sentido también al segundo inciso b) del art. 11 del CP español.

Parece razonable que quien ha creado un peligro posea un deber especial de evitar su conversión en lesión. Así el no. 3 del art. 195 CP español, castiga con una pena agravada la omisión de socorro si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido; pero no basta la presencia de un deber, siquiera cualificado, de actuar, para poder afirmar que la omisión equivale a la causación positiva, según exige el primer inciso del art. 11 de CP español para la comisión por omisión; como dice Bacigalupo, una cosa es que exista el deber, y otra muy distinta que su infracción omisiva realice un tipo de comisión; en el ejemplo propuesto, la pregunta es puede decirse ¿ la omisión de socorro al peatón da lugar a un verdadero homicidio doloso?, ¿cabe entender que, siquiera en sentido social amplio, el conductor ha matado dolosamente a la víctima?. El derecho penal español, al parecer así lo considera, esto nos da a entender que tan grave es una omisión como la acción misma.

La doctrina va advirtiendo que la sola conducta precedente de creación del peligro no es suficiente para fundamentar una posición de garante, es indudable que quien acarrea voluntariamente (dolosamente) el peligro, queda en posición de garante, pero parece ilógico que quien produce el peligro sin dolo ni imprudencia (esto es sin infracción de la norma de cuidado), deba cargar con la lesión dolosa si no impide su producción.⁴⁴⁴

Una importante corriente doctrinal exige, por tanto, que sea antinormativa la conducta antecedente que provoca el peligro, más si bien se piensa, ¿por qué la antinormatividad de la actuación precedente ha de convertir la omisión subsiguiente de equivalente a la lesión positiva? ¿No se trata de una manifestación solapada del tan denostado *versari in re ilícita*, según el cual la ilicitud inicial del acto impregna todas sus consecuencias?

La antinormatividad sólo ha de importar en cuanto condicione la posibilidad de imputar al sujeto el peligro creado por su acción. Recuérdese, la posición de garante requiere que por una u otra vía, tenga lugar una creación o aumento de peligro que sea *atribuible a su autor*, así, el peligro creado por un accidente en la persona de la víctima no es, sin duda, atribuible al causante del accidente si éste no pudo o no debió preverlo, Ꞥ la falta de antinormatividad anterior excluye en este caso la posición de garante. En tal caso falta la imprudencia, pero también puede faltar ésta en supuestos de riesgo permitido en que el sujeto sea consciente de que crea el peligro, aunque sea lícitamente, de modo que entonces no puede decirse que el sujeto encuentra

⁴⁴³ Mir Puig, Derecho Penal,Ob.Cit. p. 312.

⁴⁴⁴ Ibidem. p. 313.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

la situación de riesgo. Lo mismo ocurre en otros casos de justificación de la conducta anterior, en que también hay diferentes supuestos respecto a la posible imputación del riesgo creado al autor. Acaso proceda, pues, distinguir dos grupos de casos.⁴⁴⁵

Gimbernat Ordeig, Enrique, sostiene que una tercera fuente tradicional de la posición de garante viene constituida por la injerencia (*actuación precedente peligrosa*). Conforme a este principio, el que mediante una conducta precedente (injerencia) crea un riesgo o peligro para un bien jurídico puede responder de la lesión del mismo bien como si fuera causado la lesión activamente, si no evita el resultado producido, y cita como ejemplo: el camionero que después de cargar en su vehículo una pieza cilíndrica de gran peso (hacer precedente) no la calzaba convenientemente (omisión del injerente), deslizándose aquélla y aprisionando así a otra persona que muere, omite el resultado e incurre en un delito de homicidio de comisión por omisión.⁴⁴⁶

Asimismo, formulamos el presente ejemplo: si unos trabajadores de la Comisión Federal de Electricidad, al estar realizando ciertos reparos de un transformador, sobre una de las calles de la ciudad de México, y por descuido o negligencia no marcan señalamientos y colocan una escalera sobre la banqueta, después pasan unos niños pero uno se tropieza con la escalera que los electricistas habían colocado previamente, al caerse el niño se rompe la cabeza y comienza a desangrarse, los electricistas a pesar de lo anterior no le prestan mayor atención hasta que la gente ya reunida les exige su atención y llaman entonces a la ambulancia, esta ambulancia al llegar al lugar se lleva al niño lesionado, pero al haber perdido mucha sangre al llegar al hospital muere. Los electricistas cometen un delito de homicidio de omisión impropia o comisión por omisión por su actuar precedente.

4.2. El Código Penal para el Distrito Federal de 2002.

Cuando se crea el Código Penal para el Distrito Federal de 2002, el legislador local adopta como fuentes de garantía la teorías de las funciones de Armin Kaufmann quien en 1959 propuso la división de las posiciones de garantía en función de las tareas que se espera de quien en una de ellas se encuentra colocada. De esta manera Kaufmann dedujo que el fundamento está dado por la necesidad de evitar la lesión de determinados bienes jurídicos.⁴⁴⁷

Esta visión distingue entre deberes de garante que desarrollan una función de protección para un bien jurídico determinado (deberes de custodia), y aquellos otros que obligan al garante a la supervisión de una fuente de peligro (deberes de aseguramiento o de dominio) teoría de las funciones.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ Ibidem. p. 314.

⁴⁴⁶ Gimbernat Ordeig,Ob.Cit. p. 138.

⁴⁴⁷ BENAVENTE CHORRES, Hesbert,....., Ob. cit. p. 84.bidem. p. 91.

⁴⁴⁸ Cfr. JESCHECK, Tratado de derecho Penal, parte general Ob. cit. p. 669.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Así en este sentido la posición de garante se constituye en una posición de protección o defensa de un bien jurídico. Esta posición es en la actualidad mayoritariamente aceptada por la doctrina alemana; Kaufmann,⁴⁴⁹ fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico; se supera así la antigua doctrina de la teoría formal del deber jurídico, que para decidir la existencia de posición de garante atendía a sus fuentes formales como la ley, el contrato y el actuar precedente.

El Código Penal para el Distrito Federal de 2002,⁴⁵⁰ (actualmente de la Ciudad de México), establece como garante y señala sus fuentes bajo los siguientes términos:

Artículo 16.- Omisión impropia o comisión por omisión.

En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber 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 por 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.*

Esta enumeración dice Mir Puig,⁴⁵¹ recoge en parte los casos que suelen mencionarse en la doctrina dominante desde que se impuso la teoría de las funciones de Armin Kaufmann. Los incluidos en las letras a), b), y d) se acostumbran a clasificar dentro de un primer apartado dedicado a la “*función de protección de un bien jurídico*”, como generadora de *deberes de custodia*; mientras que el supuesto de la actuación precedente se suele incluir en un

⁴⁴⁹ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal,....., Ob. cit. p. 306.

⁴⁵⁰ El Código Penal para el Distrito Federal de 2002. Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 16 de julio de 2002.

⁴⁵¹ MIR PUIG, Santiago, Comisión por omisión en el Nuevo Código Penal el Distrito Federal, en La Ciencia Penal en el Umbral del siglo XXI, II Congreso Internacional de Derecho Penal, Coordinador, Dr. MOISES MORENO HERNANDEZ, Editorial Ius Poenale, México, 2001, p. 150.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

segundo apartado destinado a la “*función de control de una fuente de peligro*”, como generadora de *deberes de aseguramiento*. Sin embargo, en este segundo grupo se especifican otros dos grupos de casos: los de función de control de una fuente de peligro que actúa en el propio ámbito, y los de función de control de terceras personas. Aunque estos dos grupos de supuestos también pueden reconducirse, en general, al de actividad precedente como, a mi juicio, también los son otros casos mencionados; por el artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal, (actualmente de la Ciudad de México), distinguirlos expresamente contribuye mejor a su delimitación.

4.2.1. Las fuentes funcionales que adopta el Código Penal para el Distrito Federal de 2002.

4. 2. 1. 1. El garante que aceptó efectivamente su custodia. (Asunción voluntaria o asunción fáctica).

Entendiéndose que el contrato desempeñaba un papel muy interesante en el origen del deber jurídico de actuar, de acuerdo a la teoría formal de las fuentes, y que ahora dentro del contenido de la nueva legislación penal del Distrito Federal, en forma directa se acude a la aceptación o asunción efectiva, derivadas de la teoría de las funciones, señalándose que el deber que se genera se circunscribe a la custodia o protección de un bien jurídico en forma directa con el omitente.

Mir Puig, opina que la asunción voluntaria de una función de protección (se entiende) por la doctrina hoy dominante, que origina una posición de garante en quien asume la protección, pero sólo en cuanto lleve al sujeto u objeto protegido a una situación de decisiva dependencia respecto del primero: así cuando por confiarse a otro, que ofrece voluntariamente su protección, alguien se atreve a correr riesgos mayores o deja de tomar precauciones de otra naturaleza.

En realidad, no basta, con la unilateral asunción del riesgo, por lo que un sector de la doctrina cree preferible todavía como se hacía tiempo antaño acudir a la idea de contrato. En este sentido, el segundo inciso b) del artículo 11 del CP español. Declara que se equiparará la omisión de la acción, cuando exista una específica obligación contractual de actuar. Pero la mera existencia formal del contrato no es siempre necesario ni suficiente para dar lugar de hecho a la equivalencia real que requiere el primer inciso del artículo 11 ya señalado. Lo decisivo seguiría siendo una asunción voluntaria del riesgo que aumente éste.⁴⁵²

⁴⁵² MIR PUIG, Santiago, Comisión por omisión en La Ciencia Penal en el Umbral del siglo XXI, II Congreso Internacional de Derecho Penal, Coordinador, Dr. MOISES MORENO HERNANDEZ, Editorial Ius Poenale, México, 2001, p. 152. Cfr. MEZGER,, Ob. cit. p. 123. WELZEL,, Ob. cit. pp. 294 y 295. MAURACH,, Ob. cit. pp. 256 y 257. Cfr. JESCHECK, Ob. cit. p. 671. STRATENWERTH,, Ob. cit. p. 394. GIMBERNAT ORDEIG....., Ob. cit. pp. 151 y 152.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

En este ordenamiento se acude con precisión que la asunción o aceptación ha de ser concreta y efectiva, es decir, que dicha aceptación se haya realizado real y materialmente respecto de la custodia de un bien jurídico.

Así pues tenemos como característica principal en los delitos de omisión impropia o comisión por omisión el hecho de atribuir el resultado típico a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber de evitarlo, sobre todo si es garante del bien jurídico, ya que es la única persona que tiene esa obligación de evitación.

4. 2. 1. 2. El garante que voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza; (Comunidad de peligro).

Maurach, sostiene que la teoría desarrollada por la jurisprudencia y compartida por la doctrina, indican allí donde existan estrechas comunidades de vida o donde surjan, que en forma pasajera, comunidades de peligro, todos los pertenecientes a tales comunidades se encuentran obligados en el marco de la relación de confianza recíproca y existente a la evitación de lesiones imputables de bien jurídico por parte de los demás.

Este principio no solamente ha extendido en forma dudosa la responsabilidad penal de los afectados, sino la estrecha solidaridad incluso a aquellos ámbitos de vida en los cuales la voluntad del legislador manifiesta con claridad que, en otras disciplinas del derecho, no han de surgir semejantes vinculaciones.

Así como el matrimonio, en virtud de la ley también cualquier otra estrecha comunidad de vida dentro o fuera de una morada común puede llegar a fundar una posición de garante con el fin de proteger los bienes jurídicos de la respectiva pareja. Ejemplo: existe una posición de garante fundante del deber de protección, respecto de una comunidad familiar (familia en sentido amplio) que habita un hogar común, incluidas eventuales personas del servicio doméstico, no perteneciente a la familia.⁴⁵³

Por tanto, esta comunidad de peligro sólo puede fundamentar una posición de garante cuando se trata de una empresa arriesgada concertada por anticipación y no, cuando el peligro se ha presentado de una manera casual sin ninguna vinculación entre las partes.⁴⁵⁴

Estos hechos regularmente se presentan en agrupaciones como en el alpinismo, paseos ecoturísticos, y observamos que la característica especial de

⁴⁵³ MAURACH, Reinhart , Ob. cit. p. 259. Opinan en el mismo tenor los autores JESCHECK, Hans , Ob. cit. p. 670. MIR PUIG, Santiago..... , Ob. cit. p. 310. Gimbernat Ordeig... , Ob. cit. p. 159.

⁴⁵⁴ De esta manera opinan los doctrinarios STRATENWERTH, Günther, Derecho penal, parte general, El hecho punible, Editorial Thompons Civitas, Barcelona España, p. 394; POLAINO NAVARRETE, Miguel, Derecho penal, parte general, T.I., Editorial Bosch, Barcelona, España, 2004, p. 303; MIR PUIG, Santiago, Derecho penal, parte general, 5ª ed, Editorial Reppertor, Barcelona, España, 1996, p. 310.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

estas agrupaciones, es que sean de una empresa arriesgada con concertación anticipada y no un evento que resulte por casualidad.

4. 2. 1. 3. Con una actividad precedente culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico.

Stratenwerth ⁴⁵⁵ y Novoa, ⁴⁵⁶ señalan casi en los mismos términos respecto de lo que entendemos por actuar precedente (o injerencia) como una conducta previa que realiza el omitente (injerente), creando una lesión y un peligro de lesión, de un bien jurídico, y que si no evita el resultado producido por su actuar precedente, se le imputa el delito de lesión de comisión por omisión.

Finalmente consideramos lo referente a Sánchez Tomás José Miguel, quien dice que hablar de injerencia es sinónimo de hablar de conducta precedente y hablar de conducta precedente en derecho penal implica hablar de la relevancia que tiene crear riesgos y no evitar que desemboquen en resultados lesivos típicos; por eso la doctrina sobre la injerencia, reflexiona sobre las diferentes características y condiciones que deben concurrir en una conducta precedente generadora de un riesgo para un bien jurídico, a los efectos de colocar al sujeto en una posición de garante frente a una eventual lesión de dicho bien jurídico, que lo diferencien o identifiquen con quien no ha contribuido en crear ese riesgo o con quien directamente lesiona ese bien. Se dice que la injerencia nació como criterio de equiparación de las conductas omisiva y activas, y posteriormente se desarrolló como criterio para posibilitar la equiparación casual entre la omisión y la acción, actualmente se discute su pertinencia y alcance para conformarse como fuente formal o material de la posición de garante que fundamente la equivalencia típica estructural entre la responsabilidad en comisión por omisión y la acción. ⁴⁵⁷

De acuerdo con lo anterior observamos que actualmente casi todos los autores coinciden respecto de la injerencia como lo señala Gimbernat Ordeig, que refiere “quien mediante un hacer precedente (injerencia) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde de esa lesión, igual como si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesto en marcha por aquel hacer precedente.” ⁴⁵⁸

Mir Puig, al hacer un estudio comparativo del artículo 11 del Código Penal Español frente al 16 del Código Penal para el Distrito Federal, señala que durante la vigencia del CP español, un sector importante de la doctrina española consideraba suficiente la primera vía (comisión pura agravada). Se apoya en el hecho de que la ley preveía expresamente, como modalidad agravada, la omisión de socorro de la víctima del propio accidente. Aunque el artículo 195, 3 del actual

⁴⁵⁵ STRATENWERTH Günther, Derecho Penal,.....,Ob.cit. pp. 388 y 389.

⁴⁵⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo, Fundamentos.....,Ob., cit. p. 143.

⁴⁵⁷ SANCHEZ TOMAS, José Miguel, Comisión por omisión.....,Ob.cit. pp. 21 y 22.

⁴⁵⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, La omisión impropia.....,Ob. cit. p. 138.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

CP español mantiene el mismo delito e incluso tiene en cuenta, en sentido aún más agravatorio, la concurrencia de imprudencia respecto al accidente, lo cierto es que el artículo 11 CP español ha venido a afirmar la comisión por omisión “cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”. Esta fórmula no distingue según que la acción u omisión precedente haya creado voluntariamente o no el riesgo. Ni siquiera exige la imprudencia anterior (como tampoco la exige el artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal). Literalmente da a entender que todo actuar precedente genera posición de garante y, en caso de resultado, comisión por omisión. Tampoco prevé la posibilidad de atenuar la pena cuando la injerencia no sea voluntaria. Todo ello, es incorrecto. Ahora bien, también aquí hay que apelar a la necesidad de comprobar que la omisión equivalga efectivamente a la acción según exige el primer inciso del mismo artículo 11 (como lo exige también el artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal). Ello deja abierta la puerta a excluir de la comisión por omisión por lo menos los casos de creación involuntaria y fortuita del riesgo. Puede deducirse como decíamos más arriba respecto del artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal) que si la creación del riesgo no ha sido querida ni imprudente no cabe imputarla al sujeto como suya, de modo que no cabría decir que ha sido “el omitente el que ha creado una ocasión de riesgo” en el sentido del artículo 11 CP español.⁴⁵⁹

En el caso del Código Penal para el Distrito Federal (actualmente de la Ciudad de México), la hipótesis en estudio señala que este actuar precedente puede ser culposa o fortuita, el que crea el peligro del bien jurídico protegido.

Veamos en el caso de la culpa o imprudencia, donde las teorías sobre el particular, han sido abundantes por lo que solamente mencionaremos algunos criterios o teorías con mayor difusión o aceptación:

Las teorías antes referidas son:

Teoría de la previsibilidad;

Teoría de la imprudencia o negligencia;

Teoría de la causalidad eficiente; y

Teoría del error evitable.

La Teoría de la previsibilidad, postulada por Carrara y Brusa; Carrara indica que “siendo la culpa la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho, las mismas constituyen un defecto de la voluntad, pues si bien el hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas (vicio de la inteligencia), ésta se remonta a la voluntad del agente, al no emplear éste la reflexión que le hubiera permitido evitar las consecuencias siniestras. Para Brusa el concepto de la culpa requiere no sólo de la noción de la previsibilidad, dentro de esta teoría, Franz Von Liszt construye una noción puramente formal de la culpa al expresar: “ la culpa es formalmente, la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo

⁴⁵⁹ MIR PUIG, Santiago,... Comisión por omisión....., Ob. cit. p. 157.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

lugar la manifestación de la voluntad, agregando que el resultado es previsible cuando el agente hubiera podido y debido preverle; “ el acto culposo es, por consiguiente, la causación voluntaria o no, impedimento de un resultado no previsto, pero sí previsible “. Por lo tanto Von Liszt advierte que el concepto de culpa requiere:

- 1º. Falta de precaución en la manifestación de la voluntad desprecio del cuidado que el orden jurídico requiere y exige por el estado de las circunstancias;
- 2º. Falta de previsión del agente, cuando le era posible prever el resultado, la cual se presenta como una falta de inteligencia;
- 3º. Falta de sentido o sea la ausencia en el agente, de reconocimiento sobre la significación antisocial del acto a consecuencia de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social. ⁴⁶⁰

Y respecto del caso fortuito, que genera el peligro para el bien jurídico, señalado por el artículo 16, la jurisprudencia señala: caso fortuito excluyente de; la excluyente de caso fortuito se configura legalmente cuando a pesar de que la conducta del agente activo es lícita, cuidadosa y precavida, surge el resultado típico imprevisible por la concurrencia de una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el hecho”. ⁴⁶¹

4. 2. 1. 4. El garante el que 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.

Las fuentes de la posición de garante se extienden como manchas de aceite en el mar, como dirían algunos doctrinarios, situación que hay que atender por el deber de evitar el resultado, derivado ahora de nuevos criterios a añadir a los tradicionalmente existentes y posibilidades de que una inactividad se convierta en un delito de comisión por omisión, se supone que pueden dar lugar a una posición de garante la estrecha relación vital y la asunción efectiva de la posición de custodia o garante que crea deberes.

Mir Puig, opina que la asunción voluntaria de una función de protección (se entiende) por la doctrina hoy dominante, que origina una posición de garante en quien asume la protección, pero sólo en cuanto lleve al sujeto u objeto protegido a una situación de decisiva dependencia respecto del primero: así cuando por confiarse a otro, que ofrece voluntariamente su protección, alguien se atreve a correr riesgos mayores o deja de tomar precauciones de otra naturaleza.

⁴⁶⁰ Citados por PAVON VASCONCELOS, Francisco, Diccionario de Derecho Penal, (analítico y sistemático) Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 270 y 271.

⁴⁶¹ Jurisprudencia, Sexta Época, Segunda parte, Vol. III. p. 40. AD. 3513/56, Clemente López Torres, Unanimidad de 4 votos, Vol. III. A.D. 4050/56, Ricardo López Hernández, Unanimidad de 4 votos, Vol. XXII, p. 27. AD. 918/59, Juvenal Aguilar Anguiano, 5 votos, Vol. XXXIV, p. 13. AD. 7759/59, Luis Castillo López, 5 votos, Vol. LVI, p. 15. AD. 4849/61. Antonio Velázquez Muñoz, Unanimidad de 4 votos, Jurisprudencia no 40, Segunda Parte del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 1985, en la página 109.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

De esta manera, la estrecha relación vital no sólo ha servido extender el campo de aplicación de la comisión por omisión, sino emociones y excepcionalmente, también para restringirlo: si lo que fundamenta la posición de garante es la mutua confianza derivada de una relación interpersonal, entonces aquélla puede desaparecer si ésta se encuentra deteriorada, incluso aunque desde un punto de vista jurídico-privado siga vigente la obligación de velar por el otro, sobre la base de estas consideraciones, se niega que el cónyuge que no evita un riesgo para la vida o la salud del otro responde en comisión por omisión de un delito contra la vida o la integridad física si la relación matrimonial se encuentra deteriorada, o si y aquí el criterio de la relación vital se vuelve a entremezclar con el de la comunidad de vivienda viven separados de hecho o de derecho.

En una estrecha vinculación familiar, dice Mir Puig, se piensa en las relaciones familiares más profundas que comportan una absoluta dependencia existencial de unas personas respecto de otras. Es el caso de la protección que los padres deben a sus hijos recién nacidos y hasta en tanto no puedan valerse por sí mismos. (El Tribunal Supremo español ha admitido la comisión por omisión en la madre que deja morir a su hijo recién nacido). Más allá de estos supuestos resulta más discutible la existencia de verdadera posición de garante (la STS 22 de enero en 2002, ha admitido comisión por omisión en un caso en que los padres permiten, con su conocimiento, que su hijo sea agredido por otro). La doctrina alemana cita, como otro ejemplo, la dependencia en que se encuentran los padres ancianos de sus hijos adultos (STS 27 de octubre 1997: condena por homicidio comisión por omisión en dolo eventual de quien provocó la muerte de su madre por desnutrición).

En todo caso, es preciso señalar que no basta la concurrencia de las expresadas relaciones familiares para que la inactividad pueda constituir comisión por omisión. Es necesario, además, que la situación de absoluta dependencia personal que caracteriza a la posición de garante se produzca en el caso concreto. Por ello, si el recién nacido queda a cargo de personal facultativo, no cometerá necesariamente parricidio por omisión la madre que desatiende a su hijo, aunque luego se demuestre que de otro modo hubiera evitado su muerte. Importa, en particular, destacar la necesidad de concreta y efectiva dependencia personal en los supuestos más discutibles, como el de los padres ancianos, respecto de los cuales acaso se hallen sólo en posición de garante de los hijos que los tengan a su cargo. En estos casos podrían intervenir, también, la idea de la asunción voluntaria del riesgo.⁴⁶²

Más decisivo, pues, que el tipo de relación familiar existente es que concurra una efectiva dependencia absoluta de una persona respecto de otra, asumida por parte de ésta.

⁴⁶² MIR PUIG, Santiago....., Ob. cit. p. 150.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Entendiéndose que la efectiva y concreta posición de custodia ha de ser real y positiva, como plantea la doctrina una asunción efectiva de deberes, tanto en relación con la vida, como en la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo, correspondiente con aquella fuente llamada estrecha relación vital o vinculación natural.

4.2.1.5. La equivalencia de la inactividad con la actividad.

La fracción III, del artículo 16 en estudio prevé: su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es decir, esta inactividad ha de ser equivalente o sinónima a la realizada positivamente en el tipo.

4.2.1.6. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo.

La fracción II, del artículo 16 en estudio prevé: al señalar que de acuerdo a las circunstancias existentes el omitente podía evitarlo, es decir, gran parte de esta situación dependerá de las circunstancias que operen en el momento del hecho.

4. 3. Las fuentes de calidad de garante, derivadas de las teorías formal y funcional del deber jurídico en los códigos penales de la federación.

Como resultado de la investigación y análisis de los códigos penales de los Estados de la República Mexicana que regulan los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, se detectaron que hay cierta variedad en relación con los ordenamientos punitivos, los cuales se agrupan en función de las teorías que respaldan el origen de las fuentes del deber jurídico, que dan legalidad a estas figuras, de manera que se orientan hacia las teorías sustentadas por el código penal federal o al código penal para el distrito federal, como lo veremos más adelante.

4. 3. 1. Códigos penales con filiación al Código Penal Federal de 1931.

Como se advierte son pocos los códigos penales de la República Mexicana que aún se encuentran afiliados al Código Penal Federal, respecto del origen de las fuentes del deber jurídico que le dan sustento a la legalidad de dichos ordenamientos jurídicos, como lo veremos en seguida:

Entidad Federativa	Fecha de publicación del Código Penal	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	Artículo(s)
Estado de México. ⁴⁶³	20/03/2000	20/03/2000	Artículo 7º. Los delitos pueden ser realizados por acción y por omisión.

⁴⁶³ Publicado en el Periódico oficial del Estado de México, de 20 de marzo de 2000.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

			En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se estimará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se acredite que el que omite impedirlo tenía <i>el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su actuar precedente.</i>
Guanajuato. 464	P.O.E. 02/11/2001	02/11/2001	Artículo 9º. ... En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si de acuerdo a las circunstancias podía hacerlo y además tenía el <i>deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.</i>
San Luis Potosí. 465	P.O.E. 20/09/2014	P.O.E. 05/09/2015	Artículo 16. Principio de acto. El delito es la conducta típica, antijurídica y culpable. El delito sólo puede ser realizado por acciones u omisiones dolosas o culposas. En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si de acuerdo a las circunstancias podía hacerlo y además tenía <i>el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.</i>
Sonora. 466	B.O. 24/03/1994	B.O. 20/10/2005	Artículo 5º. Delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable sancionada por las

⁴⁶⁴ Publicado en el Periódico oficial del Estado de Guanajuato, de 2 de noviembre de 2001.

⁴⁶⁵ Publicado en el Periódico oficial del Estado de San Luis Potosí, de 20 de Septiembre de 2014.

⁴⁶⁶ Publicado en el Boletín oficial del Estado de Sonora, de 20 de octubre de 2005.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

			<p>leyes penales.</p> <p>En los delitos de comisión por omisión se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva cuando se determine que el que omitió impedirlo tenía el <i>deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.</i></p>
Yucatán. ⁴⁶⁷	D.O.E. 30/03/2000	30/03/2000	<p>Artículo 6º. En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste, del deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el <i>deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.</i></p>

4. 3. 2. Códigos penales de los Estados de la República con filiación al Código Penal para el Distrito Federa de 2002.

Como lo podemos constatar en la mayoría los códigos penales de la República Mexicana que se encuentran afiliados al código penal para el Distrito Federal, respecto del origen de las fuentes de garante del deber jurídico que le dan sustento de legalidad a estos ordenamientos jurídicos, y que son en total diecisiete código penales, que se afilian a las fuentes funcionales y que son:

Entidad Federativa	Fecha de publicación del Código Penal	Fecha de regulación de los delitos de omision impropia	Artículo (s)
Aguascalientes. ⁴⁶⁸	P.O.20/05/2013	08/06/2015	Artículo 13. La conducta y nexos. Sólo serán considerados

⁴⁶⁷ Publicado en Diario oficial del Estado de Yucatán, de 30 de marzo de 2000.

⁴⁶⁸ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Aguascalientes, de 8 de junio de 2015.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

			<p>inculpados del hecho punible las personas físicas.</p> <p>La conducta penalmente relevante puede ser de acción u omisión en las que medie voluntad.</p> <p>El resultado de afectación o de puesta en peligro concreto será imputado objetivamente a una persona cuando fuere consecuencia de su acción y medios adecuados para producirlo, salvo que hubiesen sobrevenido en virtud de un acontecimiento ajeno a la propia acción.</p> <p>El resultado de afectación o de puesta en peligro concreto, se entenderá imputado objetivamente por omisión, cuando la no evitación de aquel, al infringir un especial deber jurídico de la persona equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a una causación. A tal efecto, se equiparará la acción a la omisión:</p> <p>I. Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar;</p> <p>II. La persona se encuentre en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia; o</p> <p>III. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido por el particular tipo penal, mediante una acción u omisión precedente.</p> <p>La conducta de acción u omisión puede ser de contenido doloso o de contenido culposo.</p>
--	--	--	--

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

			Las conductas dolosas o culposas solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.
Baja California Sur ⁴⁶⁹	P.O.30/11/2014	31/10/2016	<p>Artículo 20. Omisión impropia o comisión por omisión. En los delitos de resultado material, será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:</p> <p>I. Es garante del bien jurídico protegido;</p> <p>II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; o</p> <p>III. Su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal.</p> <p>Es garante del bien jurídico quien:</p> <p>a) Aceptó efectivamente su custodia;</p> <p>b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afrontaba peligros de la naturaleza;</p> <p>c) Con una actividad precedente, imprudente o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico tutelado; o</p> <p>d) Se hallaba en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia.</p>
Campeche. ⁴⁷⁰	P.O.30/06/2012	30/06/2012	<p>Artículo 23. El delito sólo puede ser realizado por acciones o por omisiones dolosas o culposas sancionados por la ley.</p> <p>Cuando el tipo prevea una acción con resultado material o</p>

⁴⁶⁹ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Baja California Sur, el 31 de octubre de 2016.

⁴⁷⁰ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Campeche, de 30 de junio de 2011.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

			<p>una omisión que genere un resultado material, el autor de la actividad o inactividad es también autor de tal resultado sólo cuando éste es en efecto producido por dicha actividad o inactividad. No será autor del resultado si éste sobrevino en virtud de un acontecimiento extraño a su propia actividad.</p> <p>Artículo 25. Quien omite evitar un resultado material descrito en un tipo de acción será considerado autor del mismo, si éste tenía el deber de evitarlo, sólo si:</p> <p>I.-Es garante del bien jurídico, por:</p> <p>a) Aceptar efectivamente su custodia;</p> <p>b) Generar el peligro para el bien jurídico con una actividad precedente imprudencial;</p> <p>c) Hallarse en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o sobre quien se ejerza la tutela.</p> <p>II.-De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo;</p> <p>III.- Su actividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.</p>
Chiapas ⁴⁷¹	P.O.14/03/2007	24/12/2014	<p>Artículo 11.- Formas de Omisión.- Existe omisión propia cuando el tipo penal expresamente contemple la conducta pasiva. Existe omisión impropia o comisión por omisión en los delitos de resultado material cuando éste es atribuible a quien haya omitido impedirlo, siempre y</p>

⁴⁷¹ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Chiapas, de 24 de diciembre de 2014.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

			<p>cuando el resultado fuera evitable y el activo tuviera el deber jurídico de evitarlo.</p> <p>Artículo 12.- Calidad de Garante.- En la omisión impropia se considerará que el activo tenía el deber jurídico de evitar el resultado típico y que por lo tanto le es atribuible dicho resultado si la obligación de evitarlo deriva de:</p> <p>I. Su aceptación voluntaria y efectiva de la custodia del bien jurídico. Las formalidades que otras ramas del derecho exijan para actos contractuales o convencionales serán irrelevantes para efectos penales siempre y cuando se encuentre suficientemente acreditada la aceptación consciente, efectiva, voluntaria y ajena de vicios por parte del sujeto activo de la custodia del bien jurídico penalmente tutelado.</p> <p>II. Su propio actuar precedente generador del riesgo del bien jurídico.</p> <p>III. Su parentesco con el pasivo en línea ascendente o descendente sin limitación, por adopción, colateral hasta el cuarto grado o relación conyugal respecto de la vida, la salud o la integridad corporal.</p> <p>IV. El acuerdo de voluntades, libre y espontáneo, que tenga por objeto la transmisión entre iguales de la custodia del bien jurídico tutelado.</p> <p>(Reforma publicada mediante p.o. núm. 353 3ra. Sección de fecha 09 de febrero de 2012)</p> <p>V. La ley, entendida ésta como el resultado del proceso legislativo, público, general y</p>
--	--	--	--

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

			coercitivo. No se considerarán fuentes suficientes de la calidad de garante los 10 reglamentos, instructivos, circulares, acuerdos o cualquier otro ordenamiento de carácter administrativo.
Chihuahua. ⁴⁷²	P.O. 27/12/2006	27/12/2006	<p>Artículo 16. Omisión impropia o comisión por omisión</p> <p>En los delitos de resultado material, será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:</p> <p>I. Es garante del bien jurídico, por:</p> <p>a) Aceptar efectivamente su custodia;</p> <p>b) Formar parte voluntariamente de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;</p> <p>c) Generar el peligro para el bien jurídico con una actividad precedente imprudencial; o</p> <p>d) Hallarse en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o sobre quien se ejerza la tutela.</p> <p>II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y</p> <p>III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.</p>
Coahuila. ⁴⁷³	P.O. 15/07/2015	P.O. 15/07/2015	<p>Artículo 51. (Imputación del resultado material a omisiones)</p> <p>En los tipos penales de resultado material será admisible la omisión. Para que</p>

⁴⁷² Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Chihuahua, de 27 de diciembre de 2006.

⁴⁷³ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Coahuila, de 15 de julio de 2015.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

			<p>la omisión sea punible respecto a un tipo penal de resultado material, será necesario que el sujeto pueda evitarlo y tenga el deber jurídico de realizar la acción que lo impida.</p> <p>El deber jurídico de actuar en el caso concreto sólo existirá cuando el sujeto sea garante del bien jurídico protegido y haya podido realizar la acción debida. Se considerará garante del bien jurídico a quien:</p> <p>I. (Aceptación de custodia). Acepte efectivamente su custodia y, en su caso, según las provisiones que aceptó tomar;</p> <p>II. (Comunidad ante peligros). Voluntariamente forme parte de una comunidad que afronte peligros de la naturaleza;</p> <p>III. (Actividad precedente). Con una actividad precedente, culposa o fortuita, genere el peligro para el bien jurídico cuyo daño no evite dolosamente, pudiendo hacerlo;</p> <p>IV. (Posición de custodia). Se halle 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; o</p> <p>V. (Peligro de resultado seguro). Se halle en una situación en la que el resultado sea inminente y seguro, advierta su realización y pueda evitarlo sin riesgo para él u otros.</p> <p>Asimismo, se atenderá a lo dispuesto en el artículo anterior y en el párrafo último del artículo 48 de este código, en lo que proceda.</p>
--	--	--	--

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Colima ⁴⁷⁴	P.O.11/10/2014	10/12/2016	<p>Artículo 21. Omisión impropia o comisión por omisión. Quien omite evitar un resultado material descrito en un tipo de acción será considerado autor de éste, si:</p> <p>I. Es garante del bien jurídico protegido; II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y III. Su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal. Es garante del bien jurídico quien:</p> <p>a) Aceptó efectivamente su custodia; b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afrontaba peligros de la naturaleza; c) Con una actividad precedente, imprudente o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico tutelado; 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, de la sociedad o sobre quien se ejerza tutela.</p>
Durango. ⁴⁷⁵	P.O.14/12/2009	05/03/2015	<p>Artículo 15. 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:</p> <p>I. Es garante del bien jurídico, por:</p> <p>a) Aceptar efectivamente su custodia;</p>

⁴⁷⁴ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Colima, de 10 de diciembre de 2016.

⁴⁷⁵ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Durango, de 5 de marzo de 2015.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

			<p>b) Formar parte voluntariamente de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;</p> <p>c) Generar el peligro para el bien jurídico con una actividad precedente imprudencial; o</p> <p>d) Hallarse en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o sobre quien se ejerza la tutela.</p> <p>II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y</p> <p>III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.</p>
Guerrero. ⁴⁷⁶	P.O.01/08/2014	27/02/2016	<p>Artículo 20. Omisión impropia o comisión por omisión</p> <p>En los delitos de resultado material, será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:</p> <p>I. Es garante del bien jurídico protegido;</p> <p>II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, y</p> <p>III. Su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal.</p> <p>Es garante del bien jurídico quien:</p> <p>a) Aceptó efectivamente su custodia;</p> <p>b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afrontaba peligros de la naturaleza;</p> <p>c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico tutelado, o</p>

⁴⁷⁶ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Guerrero, de 27 de febrero de 2016.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

			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.
Hidalgo. ⁴⁷⁷	P.O.10/11/2014	10/11/2014	<p>Artículo 17. En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo, si:</p> <p>I.- Es garante del bien jurídico;</p> <p>II.- De acuerdo con las circunstancias podría evitarlo;</p> <p>III.- Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.</p> <p>Es garante del bien jurídico el que:</p> <p>a) Aceptó efectivamente su custodia;</p> <p>b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;</p> <p>c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o,</p> <p>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.</p>
Morelos. ⁴⁷⁸	P.O. 09/10/1996	09/10/1996	<p>Artículo 14.- El delito puede ser realizado por acción o por omisión.</p> <p>En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite evitarlo, si era garante del deber jurídico; si de acuerdo con las</p>

⁴⁷⁷ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Hidalgo, de 10 de noviembre de 2014.

⁴⁷⁸ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Morelos, de 9 de octubre de 1996.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

			<p>circunstancias, podía evitarlo; y su inactividad permitió la realización de dicho resultado. <i>Es garante del bien jurídico el que: a) aceptó efectivamente su custodia; b) Con una actividad precedente culposa, generó el peligro para el bien jurídico; o c) tenía la custodia legal de otra persona, en forma efectiva y concreta.</i></p>
Nayarit. ⁴⁷⁹	Po.06/09/2014	07/11/015	<p>Artículo 23.- En los delitos de resultado material, será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:</p> <p>I. Es garante del bien jurídico protegido;</p> <p>II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, y</p> <p>III. Su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal.</p> <p>Es garante del bien jurídico quien:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Aceptó efectivamente su custodia; b) Voluntariamente forma parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) Con una culposa o fortuita actividad precedente, generó el peligro para el bien jurídico; o d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

⁴⁷⁹ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Nayarit, de 7 de noviembre de 2015.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

<p>Oaxaca. ⁴⁸⁰</p>	<p>P.O. 09/08/1980</p>	<p>07/05/2015</p>	<p>7º.- Quien omite evitar un resultado material descrito en un tipo de acción, será considerado autor del mismo, sólo 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 concreta 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.</p>
<p>Puebla. ⁴⁸¹</p>	<p>P.O.23/12/1986</p>	<p>04/01/2012</p>	<p>Artículo 23. 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: <input type="checkbox"/> I.- Es garante del bien jurídico; II.- De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; III.- Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Para efectos de este artículo, se entiende por garante del bien jurídico quien:</p>

⁴⁸⁰ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Oaxaca, de 7 de mayo de 2015.

⁴⁸¹ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Puebla, de 4 de enero de 2012.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

			<p>a) Aceptó efectivamente su custodia;</p> <p>b) Voluntariamente forma parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;</p> <p>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.</p> <p>No ordenará la calidad de garante el que se comportó de manera culposa o negligente respecto al bien jurídico. Vigente</p>
Tabasco. ⁴⁸²	P.O. 05/02/1997	21/02/2015	<p>Artículo 9º. El delito puede ser realizado por acción o por omisión. Quien omite evitar un resultado material descrito en un tipo de acción será considerado autor del mismo sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, era garante del bien jurídico y su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es garante del bien jurídico el que: a) Aceptó efectivamente su custodia; b) Voluntariamente forma parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) Con una culposa o fortuita actividad precedente, generó el peligro para el bien jurídico; o d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal</p>

⁴⁸² Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Campeche, de 30 de junio de 2011.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

			de algún miembro de su familia o de su pupilo.
Tamaulipas. ⁴⁸³	17/06/2014	19/05/2016	<p>Artículo 14 Bis. La conducta penalmente relevante puede ser de acción u omisión en las que medie voluntad.</p> <p>El resultado de afectación o de puesta en peligro concreto será imputado objetivamente a una persona cuando fuere consecuencia de su acción y medios adecuados para producirlo, salvo que hubiesen sobrevenido en virtud de un acontecimiento ajeno a la propia acción.</p> <p>El resultado de afectación o de puesta en peligro concreto, se entenderá imputado objetivamente por omisión, cuando la mano evitación de aquél, al infringir un especial deber jurídico de la persona equivalga, según el sentido del texto de la ley, a una causación.</p> <p>A tal efecto, se equipará la acción a la omisión:</p> <p>I. Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar;</p> <p>II. La persona se encuentre en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia; o</p> <p>III. Cuando la persona haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido por el particular tipo penal, mediante una acción u omisión precedente. La conducta de acción u omisión</p>

⁴⁸³ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Tamaulipas, de 19 de mayo de 2016.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

			<p>puede ser de contenido doloso o de contenido culposo.</p> <p>Las conductas dolosas o culposas solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.</p>
Tlaxcala. ⁴⁸⁴	PO.31/05/2013	19/05/2016	<p>Artículo 15. Omisión impropia o comisión por omisión.</p> <p>En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:</p> <p>I. Es garante del bien jurídico, por:</p> <p>a) Aceptar efectivamente su custodia;</p> <p>b) Formar parte voluntariamente de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;</p> <p>c) Generar el peligro para el bien jurídico con una actividad precedente culposa, o</p> <p>d) Hallarse en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o sobre quien se ejerza la tutela.</p> <p>II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, y</p> <p>III. Su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal.</p>

4.3.3. Otros códigos penales de la República Mexicana, que regulan la omisión impropia en su parte general, sin señalar de dónde deriva el deber jurídico de actuar para evitar el resultado.

⁴⁸⁴ Reforma Publicada en el Periódico oficial del Estado de Tlaxcala, de 19 de mayo de 2016.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Del análisis y estudio de la estructura y contenido de los códigos penales de la República Mexicana, se desprende que aún se encuentran algunos de estos ordenamientos jurídicos, que sí regulan la omisión impropia en su parte general, sin embargo, no señalan de dónde derive la garantía del deber jurídico de evitar el resultado; por lo que se advierte que siguen sin cumplir el principio: *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Afortunadamente son sólo siete los ordenamientos jurídicos que se adolecen de ese requisito jurídico, y que son los siguientes:

Entidad Federativa	Fecha de publicación del Código Penal	Fecha de regulación de delitos de omisión impropia	Artículos
Baja California. ⁴⁸⁵	P.O.20/08/1989	20/08/1989	Artículo 12.- Acción y Omisión, y Omisión Impropia.- El delito sólo puede realizarse por acción o por omisión. A nadie se le podrá atribuir un resultado típico si éste no es consecuencia de su acción u omisión. En los delitos de resultado material, también responderá del resultado típico producido quien, <i>teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide.</i>
Michoacán. ⁴⁸⁶	P.O.07/07/1980	21/01/2014	Artículo 10. Nadie podrá ser sancionado por una conducta o hecho, previsto en la ley como delito, si el resultado del que depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión. No impedir el resultado cuando <i>se tiene la obligación jurídica de impedirlo,</i> genera responsabilidad para el agente. Las concausas, sean preexistentes, simultáneas o posteriores, no impiden la atribución del resultado al agente, salvo que excluyan la relación de causalidad por haber

⁴⁸⁵ Publicado en el Periódico oficial del Estado de Baja California, de 20 de septiembre de 1989.

⁴⁸⁶ Publicado en el Periódico oficial del Estado de Michoacán, de 7 de julio de 1980.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

			sido suficientes, por sí mismas, para producir el resultado, en cuyo caso sólo se sancionará a la acción u omisión anterior, cuando constituya delito por sí mismo.
Nuevo León. 487	P.O.26/03/1990	26/03/1990	Artículo 13. El delito puede ser realizado por acción u omisión. Cuando se reprima el hecho en razón del resultado producido, y también responderá quien, <i>teniendo el deber jurídico de evitarlo</i> , no lo impidió habiendo podido hacerlo.
Querétaro. 488	P.O.23/07/1987	23/07/1987	Artículo 11. En los delitos de resultado material por conducta omisiva, responderá quien no lo impida, si podía hacerlo y <i>debía jurídicamente evitarlo</i> .
Quintana Roo. 489	P.O.29/03/1991	29/03/1991	Artículo 12.- El delito puede realizarse por acción o por omisión. Será atribuido el resultado típico producido a quien <i>teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo</i> no lo impida.
Sinaloa. 490	P.O.28/10/1992	28/10/1992	Artículo 12.- A nadie se le podrá atribuir un resultado típico, si éste no es consecuencia de su acción u omisión. Será atribuible el resultado típico producido, a quien <i>teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impida, pudiendo hacerlo</i> .
Veracruz. 491	P.O.07/11/2003	07/11/2003	Artículo 19.-El resultado será atribuido al agente cuando sea consecuencia de una conducta idónea para producirlo, salvo que hubiere sobrevenido en virtud de un acontecimiento

⁴⁸⁷ Publicado en el Periódico oficial del Estado de Nuevo León, de 26 de marzo de 1990.

⁴⁸⁸ Publicado en el Periódico oficial del Estado de Querétaro, de 23 de julio de 1987.

⁴⁸⁹ Publicado en el Periódico oficial del Estado de Quintana Roo, de 29 de marzo de 1991.

⁴⁹⁰ Publicado en el Periódico oficial del Estado de Sinaloa, de 28 de octubre de 1992.

⁴⁹¹ Publicado en el Periódico oficial del Estado de Veracruz, de 7 de noviembre de 2003.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

			extraño a su propia conducta. También responderá del resultado producido quien omita impedirlo <i>teniendo el deber jurídico de evitarlo.</i>
--	--	--	---

4. 3. 4. Los códigos penales de la República Mexicana, que no regulan en su contenido la omisión impropia.

Del estudio y análisis de los códigos penales de la República Mexicana, se corroboró que aún hay ordenamientos jurídicos referidos que no regulan el delito de omisión impropia, y que son los siguientes ordenamientos:

Entidad Federativa	Fecha de publicación del Código Penal	Fecha de regulación de los delitos de omisión impropia	artículo (s) de referencia.
Jalisco. ⁴⁹²	P.O.06/09/2014	01/12/2015	Artículo 5º.-Delito es el acto u omisión que concuerda exactamente con la conducta que, como tal, se menciona expresamente en este Código o en las leyes especiales del Estado.
Zacatecas. ⁴⁹³	P.O. 17/05/1986	01/07/2015	Artículo 5º.-Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Críticas y observaciones de los códigos penales el federal de 1931 y el distrital de 2002 (actualmente de la ciudad de México).

Del estudio y análisis realizado a los ordenamientos jurídicos en cuestión, se desprende que el código penal federal de 1931 (por cierto con dualidad de competencia federal y del orden común), al iniciar su vigencia no contemplaba la calidad de garante, en los delitos conocidos como de comisión por omisión, y por tanto se violaba el principio de "*nullum crimen nulla poena sine lege*"; situación que originó múltiples críticas, y que a la postre y gracias a las reformas penales de 1994; se subsanó lo anterior, al incluirse en el párrafo segundo del artículo 7º del código penal federal, que en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo; cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el

⁴⁹² Publicado en el Periódico oficial del Estado de Jalisco, de 1 de diciembre de n2015.

⁴⁹³ Publicado en el Periódico oficial del Estado de Zacatecas, de 1 de julio de 2015.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

De lo anterior se advierte que el legislador federal al establecer las fuentes de garantía se orientó sobre la teoría formal de las fuentes, teoría considerada según los tratadistas un poco antigua y rebasada.

También de las reformas en comento, se observa que en cuanto a su regulación se adoptó el sistema de *numerus apertus*, consistente en establecer en la parte general del código una clausula especial amplia, aplicable a *todos los delitos de resultado material*, que contiene la parte especial del código penal en estudio.

Es de considerarse que lo más apropiado sería adoptar un sistema diverso como el conocido *numerus clausus* en el cual se incluya una lista cerrada de los delitos que además de su forma de comisión activa, serán susceptibles de ser cometidos mediante una omisión. Y que con el término de resultado material habría que analizar a fondo qué delitos sean de resultado material, considerando que hay delitos que definitivamente solamente se pueden cometer por acción, observando el verbo nuclear que dirige la acción como: amenazar, apoderarse, realizar, etc; y para una mayor seguridad jurídica deben limitarse y eliminarse de dicha lista estos supuestos, y aplicarse así el principio de intervención mínima del derecho punitivo.

También se observa que si bien es cierto que la mayoría de los códigos penales de la República Mexicana se afilian ya al código penal del Distrito Federal, (actualmente de la Ciudad de México) respecto de las fuentes de garantía, adoptando la teoría de las fuentes funcionales consideradas como mas avanzadas dentro de la doctrina dominante, pero también hay varios códigos penales que aún no legislan sobre el particular, como los códigos penales de los estados de Jalisco y Zacatecas, que definitivamente no legislan los delitos de omisión por comisión. Lo trascendente sería que las legislaturas de toda la federación precisen y determinen los delitos que se pueden cometer mediante una acción positiva así como mediante la omisión, unificar criterios en general y se rija bajo el mismo criterio en beneficio de la sociedad mexicana.

4. 3. 5. El código penal de justicia militar de 1933, no regula tampoco en su contenido la omisión impropia.⁴⁹⁴

Del estudio y análisis de los código penales de la República Mexicana, se corroboró que también el código de justicia militar de 1933, tampoco regula el delito de omisión impropia, y que es extraño lo anterior, puesto que el código en mención, es un instrumento de trascendencia nacional pues también legisla el comportamiento de los hombres que se encargan de la seguridad nacional, por lo que es inconcebible su omisión y que ojalá pronto se subsane esta omisión tan grave.

⁴⁹⁴ www.ordenjuridico.gob.mx.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

CAPÍTULO QUINTO.

REQUISITOS PARA LA INTEGRACIÓN DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN U OMISIÓN IMPROPIA DOLOSA Y CULPOSA EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA.

5.1. Código Penal Federal de 1931. 5.1. 1. La estructura del tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia dolosos.⁴⁹⁵ 5.1.1.1. Situación típica. 5.1.1.2. La no realización de una acción tendiente a evitar el resultado. 5.1.1.3. Capacidad de acción o de evitación del resultado. 5.1.1.4. Conocimiento de la situación típica. 5.1.1.5. Conocimiento del modo de evitar el resultado. 5.1.1.6. La posibilidad física, real, de evitarlo. 5.1.1.7. Ostentar la posición de garante (primer criterio de equivalencia). 5.1.1.8. La correspondencia de la omisión a la acción (segundo criterio de equivalencia). 5.1.2. El Tipo subjetivo. Capacidad de conocer y de querer. 5.1.2.1. Dolo. 5.1.2.2. Culpa. 5. 2. Estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes o culposos. 5.2.1. La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos. 5.2.1.1. En el enjuiciamiento de la situación típica. 5.2.1.2. En el planeamiento o ejecución de una acción tendiente a evitar el resultado. 5.2.2. Que la no evitación del resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado debido. 5.2.3. El resultado debe ser de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida. 5.2.4. Debe concurrir los otros elementos comunes en los delitos de comisión por omisión. 5.2.5. El Tipo subjetivo. Capacidad de conocer y de querer. 5.2.5.1. El dolo. 5.2.5.2. La culpa. 5.3. Código Penal para el Distrito Federal de 2002. 5.3.1. Estructura del Tipo objetivo de los delitos dolosos: 5.3.1.1. Situación típica. 5.3.1.2. La no realización de una acción tendiente a evitar el resultado. 5.3.1.3. Capacidad de acción o de evitación del resultado. 5.3.1.4. Conocimiento de la situación típica. 5.3.1.5. Conocimiento del modo de evitar el resultado. 5.3.1.6. La posibilidad física, real, de evitarlo. 5.3.1.7. Ostentar la posición de garante (primer criterio de equivalencia). 5.3.1.8. La correspondencia de la omisión a la acción (segundo criterio de equivalencia). 5.3.2. El Tipo subjetivo. Capacidad de conocer y de querer. 5.3.2.1. Dolo. 5.3.2.2. Culpa. 5. 4. Estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes o culposos. 5.4.1. La inobservancia del cuidado

⁴⁹⁵ SCHONE, Wolfgang, Técnica Jurídica, consejos para la solución de casos en materia penal, Editora Intercontinental, Paraguay, 1998, Estructura y Consejos a los que se adhieren los maestros Dra. Ma. Ángeles Rueda Martín y Santiago Mir Puig, en relación con la integración de los delitos de comisión por omisión, tanto dolosos como culposos.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

objetivamente debido puede darse en distintos momentos. 5.4.1.1. En el enjuiciamiento de la situación típica. 5.4.1.2. En el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado. 5.4.2. Que la no evitación del resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado debido. 5.4.3. El resultado debe ser de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida. 5.4.4. Debe concurrir los otros elementos comunes en los delitos de comisión por omisión. 5.4.5. El tipo subjetivo. Xcapacidad de conocer y de querer. 5.4.5.1. el dolo. 5.4.5.2. La culpa. 5.5. Códigos penales de la República Mexicana, afiliados al Código penal federal de 1931, en delitos dolosos. 5.6. Códigos penales de la República Mexicana, afiliados al Código penal federal de 1931, en delitos culposos o imprudentes. 5.7. Códigos penales de la República Mexicana, afiliados al Código penal del Distrito Federal de 2002, en delitos dolosos. 5.8. Códigos penales de la República Mexicana, afiliados al Código penal del Distrito Federal de 2002, en delitos culposos o imprudentes. 5.9. Códigos penales de la República Mexicana, que sí regulan la omisión sin fundamento legal. 5.10. Códigos penales de la República Mexicana, que no regulan en su contenido la omisión impropia o comisión por omisión. 5.11. Código de Justicia Militar Mexicano de 1933. 5.12. La antijuridicidad. 5.13. La culpabilidad. 5.14. La punibilidad. 5.15. La punición. 5.16. La pena. 5.17. Medición de la pena. 5.18. Consumación. 5.19. La tentativa. 5.20. Autoría. 5.21. Participación.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

5.1. Código Penal Federal de 1931.

5.1.1. Estructura del tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión dolosos, a raíz de la reforma de 1994.

El tipo objetivo

Peculiaridades del tipo objetivo en los delitos dolosos.

El tipo de comisión por omisión, como ya se anotó anteriormente, debe contener la misma estructura que la omisión pura o simple, observándose los siguientes elementos: **a)** La situación típica, **b)** la ausencia de la acción determinada, tendiente a evitar el resultado, y **c)** la capacidad de realizarla, complementando 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.⁴⁹⁶

Para estudiar la comisión por omisión veamos cómo lo estructura el Código Penal Federal de 1931, a raíz de la reforma de 1994.⁴⁹⁷ En la parte general del código penal federal ya reformado en su artículo 7º, segundo párrafo, establece lo siguiente:

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

Con esta disposición normativa trataremos de establecer cómo se integran los requisitos que exige la doctrina dominante en cada uno de los supuestos indispensables para ello.

5.1.1.1. La situación típica

En la situación típica debe concurrir el peligro de producción inminente de un resultado delictivo de los comprendidos en los correspondientes tipos de los delitos de acción (referencia a las posiciones de garante). Observemos lo señalado por los doctrinarios y tenemos lo siguiente:

⁴⁹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. 5ª ed. Reppertor. Barcelona. 1998. p. 305.

⁴⁹⁷ Diario Oficial de la Federación reforma publicada el 10 de enero de 1994.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Welzel señala: la situación típica consiste en la producción de una lesión o de una puesta en peligro de un bien jurídico, es decir, en la producción de un resultado típico en el sentido de un delito de comisión por omisión, o sea la muerte, la lesión corporal, la privación de la libertad, el incendio señalado en los párrafos 223, 239, 306 del código penal alemán. El resultado puede consistir también en una lesión calificada del bien jurídico, ejemplo en resultado más grave del párrafo 224, o en una causación de la muerte llevada a efecto en una forma cruel o de peligro común.⁴⁹⁸

Para Jescheck, la situación que permite deducir en cada caso el concreto contenido del deber de actuar, recibe el nombre de situación típica. El tipo del delito de omisión describe en distinta medida las circunstancias particulares de las cuales surge el deber de actuar. El mismo designa la ruta que ha de alcanzarse mediante la intervención activa, indica el bien jurídico a proteger, menciona en su caso las circunstancias concomitantes y caracteriza expresa o tácitamente la propia acción exigida. En los delitos de omisión pura regulados por la ley, la situación típica se encuentra en gran medida, aunque no siempre de forma completa, regulada por el propio tipo. También en los delitos de omisión impropia (creados fuera de la ley) el contenido del deber de acción se determina la mayoría de las ocasiones según las circunstancias. Para ello resulta determinante la finalidad de la salvaguarda del objeto protegido de la acción frente a la puesta en peligro o lesión típica. Y pone como ejemplo lo siguiente: *si un niño se quema con agua hirviendo, entonces del alcance y grado de la quemadura, de la edad y de la constitución del niño, y del tiempo y lugar del accidente, se deriva lo que tiene que suceder, esto es, si resulta suficiente con aplicarle una pomada para quemaduras, si debe buscarse a un médico o si es necesario su traslado al hospital.*

El supuesto de hecho del que se deriva el contenido concreto del correspondiente deber de acción es la situación típica. En los delitos de omisión regulados legalmente ésta es descrita ampliamente por el tipo mismo, aunque no siempre lo hace de un modo terminante. En la configuración de los delitos omisivos llevada a cabo por una restructuración de los tipos comisivos de conformidad con el § 13, lo que falta debe ser completada de acuerdo con su sentido.

Ejemplo: En la omisión de denuncia de un delito (§ 138) la situación típica consiste en que se ha planeado un determinado delito grave que todavía puede evitarse mediante su denuncia (RG 71, 385 [386]). Aquí la acción ordenada es la interposición a tiempo de aquélla o su comunicación al amenazado, un deber de acción al que está sometido todo el que tenga un conocimiento fidedigno de los hechos. En el maltrato de personas sujetas a la custodia o cuidado del autor (§ 223 b I, tercera forma de conducta 3) existe un peligro para la salud de las personas que dependen del sujeto activo que puede ser evitado mediante el

⁴⁹⁸ WELZEL, Hans, el Derecho penal alemán....., Ob. cit. pp. 290 y 291.

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

cuidado debido. La acción exigida consiste en la prestación de la asistencia necesaria, en función de las circunstancias del caso (alimentación, vestido, alojamiento, asistencia médica) y debe llevarse a cabo por el titular del deber de custodia. En un atentado homicida cometido por la madre y el hijo mayor del marido y a la vez padre, *la situación típica* consiste en el peligro por la vida creado por el plan de la acción, mientras que la acción ordenada es impedir el hecho y los obligados a ello son el resto de los hijos que viven en la casa (BGH 19, 167).⁴⁹⁹

Por su parte el maestro Silva Sánchez, Jesús María, observa lo siguiente y afirma: “existe un acuerdo generalizado en señalar uno de los elementos comunes de las realizaciones típicas omisivas la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico. Ésta constituye un efecto, genéricamente, el factor esencial de los que suele conocerse como situación típica, cuya formación experimenta con todo, ulteriores concreciones en tipos determinados.”⁵⁰⁰

Para ello basta con precisar algo más la noción de situación de peligro, tanto desde una perspectiva cualitativa como cuantitativa. En cuanto a la primera dimensión dice nuestro autor, no ofrecen en general dificultades, en cuanto su integración en el elemento típico que nos ocupa, los peligros de procedencia no humana; tan sólo se trata de examinar tanto por los de origen natural como por los que lo tienen en un acto del hombre, que sucede a propósito de los peligros consentidos por la propia víctima; así es preciso determinar si el suicidio puede constituir una situación de peligro típico, así como de hechos justificados resultando difícil hallar documentación al respecto en la doctrina.

En la segunda dimensión procede la concreción de cuándo nos hallamos ante una medida de peligro suficiente para hacer típicamente requerido la intervención del sujeto, superando de algún modo la ambigüedad ínsita en el concepto de peligro, entendido como probabilidad de lesión de un bien jurídico o al menos como probabilidad de una puesta en peligro concreto (ex post) de él.

Con la expresión de situación de peligro, no es posible aludir la concurrencia real de un peligro efectivo para un bien jurídico, lo que sólo sería constatable con cierta aproximación a través de un juicio ex post; más bien, la situación de peligro, como elemento común de las realizaciones típicas omisivas, sólo puede entenderse en el sentido de apariencia ex ante del referido peligro para un bien jurídico. En otras palabras, la existencia o no del peligro típico se decide en el momento en que el sujeto aún no ha comenzado a actuar y puede optar entre hacerlo en una u otra dirección. Las afirmaciones efectuadas pueden recibir una doble fundamentación. Por una parte las apoya la concepción del injusto que se estima preferible y que, a su vez, deriva de la función preventiva de la pena y de la correspondiente concepción de las normas penales como directivas del

⁴⁹⁹ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal, parte general, Traducción de MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, España, 2002, pp. 662 y 663.

⁵⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, El delito de omisión....., Ob. cit. p. 353.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

comportamiento. Parece evidente que es en el momento en que se va a actuar en el que la norma debe dirigir su conminación al sujeto mandándole a hacerlo o no en determinada dirección. Tal mandato de actuación está en función de la situación en que parezcan --en aquel momento-- los bienes jurídicos merecedores de protección. Es pues, esta situación *ex ante*, es decir, el enjuiciamiento objetivo que de ella haga el hombre medio con los conocimientos especiales del sujeto) el factor ineludiblemente decisivo, dado el carácter de las normas como normas de determinación y no meras normas de valoración *ex post*.⁵⁰¹

El segundo argumento en favor de la consideración de la situación de peligro desde una perspectiva *ex ante* reviste un carácter más específico, deriva concretamente de la pretensión antes declarada de exponer aquí los elementos del concepto de omisión en su condición de clase de las omisiones típicas.⁵⁰²

Por tanto, la situación típica es el conjunto de elementos descriptivos en el tipo penal que enmarcan la exigencia de actuación en los delitos de omisión. En ese sentido, la exigencia de situación típica viene siendo considerada inherente a la responsabilidad por omisión, sea ésta pura o en comisión por omisión.⁵⁰³

El maestro Mir Puig señala los delitos de omisión pura y los delitos de comisión por omisión y, según consideración de la jurisprudencia, para todas pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo del 22 de noviembre de 1999 (RAJ 8 718) del 10 de diciembre de 2001, que establecen que la estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica, b) ausencia de acción determinada que le era exigida, y c) capacidad de realizarla, así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo, asimismo, sobre la caracterización de las situaciones de peligro en general.⁵⁰⁴

Así, en el artículo 195.3 (del Código Español), se señalan los elementos de la situación típica a que daría lugar la conducta precedente del omitente, los cuales serían la existencia de una persona en peligro manifiesto y grave, desamparada, y la existencia de un riesgo para el omitente o un tercero.

En los delitos de comisión por omisión inherente, la situación típica a que daría lugar la conducta precedente aparece descrita de una forma abstracta y genérica: la existencia de una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido.

Por ello, la posible diferencia en función de las situaciones típicas de los aspectos objetivos respectivos de la comisión por omisión inherente y de la omisión del deber de socorro agravada debe limitarse a comprobar que la ocasión de

⁵⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, El delito de omisión, Ob. cit. p. 354.

⁵⁰² Ibidem. p. 355.

⁵⁰³ Citado por SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. *Comisión por omisión, y omisión de socorro agravada*. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 2005. p. 64.

⁵⁰⁴ Ibidem. p. 65.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

riesgo para un bien jurídicamente protegido, situación típica en el artículo 11.b (del Código Penal Español), no abarca la existencia de una persona en peligro manifiesto y grave, desamparada, y la inexistencia de un riesgo para el omitente o un tercero, situación típica en el artículo 195.3.

Así pues, comparando al tenor literal de ambos preceptos, parece que son tres los elementos a comprobar: en primer lugar, si el riesgo señalado en el artículo 11.b abarca el peligro manifiesto y grave, y el desamparo de la víctima señalado en el artículo 195.3 del código penal en comento. En segundo lugar, si la exigencia de que el peligro sea de carácter personal exigido por el artículo 195.3 queda implícito en el riesgo para un bien jurídicamente protegido por el artículo 11. b; y en tercero y último lugar, si la inexistencia de riesgo para el omitente o un tercero, propia de la omisión del deber de socorro, es también predicable de la omisión impropia inerente, según sostiene el especialista José Miguel Sánchez Tomás.⁵⁰⁵ Peligro o riesgo se refieren a la posibilidad de producción de un resultado.

La situación típica debe integrar el peligro inminente de producirse un resultado delictivo de los comprendidos en los tipos de los delitos de acción, sin embargo este resultado debe ser atribuible a un sujeto que omitió o no evitó la producción de dicho resultado, con la característica de que este sujeto no debe ser cualquier persona sino únicamente quien reúna las condiciones de garante; el sujeto del resultado deberá ser únicamente quien tenga esa posición de garante, como bien señala el maestro Juan Bustos Ramírez,⁵⁰⁶ coincidente a la misma idea el maestro Enrique Bacigalupo.⁵⁰⁷

El hecho que permite deducir en cada caso el concreto contenido de deber de actuar recibe el nombre de situación típica, como refiere Armín Kaufmann.⁵⁰⁸ En los delitos de omisión regulados por la ley (omisión propia), la situación típica se encuentra en gran medida, aunque no siempre de forma completa, regulada por el propio tipo, mientras que los delitos de comisión creados fuera de la ley (comisión por omisión), mediante la intervención de los tipos de comisión, lo que falta ha de complementarse con arreglo con su sentido, con intervención del juez y la jurisprudencia.⁵⁰⁹

En tal situación la posición de garante integra necesariamente la situación típica, de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados.

⁵⁰⁵ Idem.

⁵⁰⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal*. Parte General. Obras Completas. Tomo I. Ara Editores. Lima. p. 998.

⁵⁰⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Delitos Impropios**Ob. cit.* p. 124 y ss.

⁵⁰⁸ KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omision*, trad. Joaquín Cuello Contreras, y José Luis, Serrano González de Murillo, Edit. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, España, 2006, pp. 113 y 114.

⁵⁰⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WSEIGEND Thomas, *Tratado de Derecho Penal...*, *Ob. cit.* p. 663.

Así, en la ausencia de la acción determinada debe surgir en ellos la producción de un resultado, y la capacidad de acción debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado, como afirma el maestro Mir Puig.⁵¹⁰

La situación típica ha de integrar la llamada posición de garante por parte del autor, y esto 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; sólo así convierten entonces al autor en garante del bien jurídico correspondiente, como se puntualizó en el capítulo tercero al analizar las fuentes de dicha garantía de posición. Asimismo, se analizará más adelante lo correspondiente a la producción de un resultado y a la capacidad de evitar dicho resultado.

Respecto a los problemas más importantes que analizar y resolver en cuanto al tema de comisión por omisión y la posición de garante, ya el ilustre maestro Edmundo Mezger planteaba en su obra clásica *Derecho Penal*, cuatro de éstos, siendo los siguientes: **a)** Cómo es posible que una omisión produzca un resultado; **b)** cuándo y dentro de cuáles circunstancias existe el deber jurídico de impedir ese resultado; **c)** cuándo existe por ese resultado responsabilidad jurídico-penal, y **d)** averiguar sobre el lugar y el tiempo del hecho de omisión.

Sobre la cuestión, el maestro supra citado refiere cómo es posible que sobre la nada (la omisión) se produzca algo (un resultado positivo en el mundo exterior), razonamiento que con el avance del tiempo la dogmática jurídico-penal ha ido resolviendo.

La situación es que: la omisión jurídico penal no es un simple “no hacer”, sino un “no hacer algo”, por lo que ya desde entonces se creía que la omisión es causal respecto de un resultado determinado, si ese “algo”, hubiese impedido este resultado, por lo que existe un paralelismo entre la causalidad del hacer activo y la causalidad de la omisión. No puede ser suprimido algo que se ha hecho sin que con ello desaparezca el resultado; asimismo, no puede ser añadido in mente algo que ha sido omitido, sin que con ello se impida el resultado. En ambos casos, este algo es causal respecto del resultado y un proceso intelectual hipotético, y él solo conduce al juicio que concluye y afirma la causalidad. Así entonces, la estructura lógica de la representación de la causalidad es, en ambos casos, exactamente la misma, conforme sostiene el maestro Edmundo Mezger.⁵¹¹

La norma penal aludida habla: “...en los delitos de resultado material.....”

Estos delitos de resultado material, son los que protegen los bienes jurídicos de mayor rango o valoración, como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la propiedad, no quiere decir esto, que los de mayor rango, sean solamente los señalados anteriormente, sino que habrán otros que merezcan un análisis y valoración profunda y que puedan considerarse como tales.

⁵¹⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*....., Ob. cit. p. 305.

⁵¹¹ MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal*., Ob. cit. pp. 120 y 121.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

5.1.1.2. La no realización de una acción indicada tendiente a evitar el resultado.

En los delitos de comisión por omisión la parte fundamental de este hecho será lo que finalmente sea atribuible al sujeto del resultado material, consistente en la no realización de una acción tendiente a evitar el resultado. Cuando en los delitos de omisión propia se sanciona quien no realizó la conducta mandada, en los de comisión por omisión será responsable y se sancionará como tal, quien no evitó el resultado, entrando en juego el papel de garante, porque no todos pueden cometer el delito de comisión por omisión sino únicamente quien reúna o quienes reúnan los requisitos de garante, o más bien quien está obligado a procurar la protección de un bien jurídico.

Von Liszt refiere: la manifestación de voluntad consiste en no ejecución voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado (que fuera realizable) y que la manera de obrar del autor esté libre de toda violencia y determinada por representaciones, es decir, reclama una objetivización de la voluntad y pone como ejemplo: “la omisión del grito de alarma (no realiza el grito) ante un guardia agarrotado por unos bandidos o acometido de un desmayo, no es una manifestación de voluntad, no es un acto. Dice Liszt, el concepto de la omisión supone: que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto, que, a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste. Por consiguiente, en este concepto se da una característica análoga a la causalidad de la acción, si bien no es la causalidad misma.⁵¹²

Mezger sostiene, el deber de actuar, es el deber de impedir el resultado antijurídico, es en el delito impropio de omisión, un deber de actuar. Establecer cuando éste existe, es un problema de amplios alcances y, a veces, no fácil de contestar.⁵¹³

Por otro lado Welzel dice: la no ejecución de una acción, con tendencia a evitar el resultado, falta esta exigencia del tipo formulada en forma negativa, cuando el garante se ha esforzado seriamente en impedir la producción del resultado (actuar con tendencia a evitar el resultado). Así en el delito de omisión impropia se ve que el comportamiento del garante es la no ejecución de una acción que pueda evitar el resultado, en eso consiste su conducta para concurrir en un delito de omisión impropia o comisión por omisión.⁵¹⁴

En los delitos de resultado material, como en los de comisión por omisión, se habla de un resultado y éste sucede únicamente si no se realiza la acción para evitar dicho resultado. Este resultado debe ser también objetivamente imputable al omitente, así en los delitos de comisión, la imputación objetiva requiere que el

⁵¹² VON LISZT, Franz Ob. cit. pp. 314 y 315.

⁵¹³ MEZGER, Edmundo, Tratado de derecho penal..... Ob. cit. p. 122.

⁵¹⁴ WELZEL, Hans, El derecho penal alemán..... Ob. cit. p. 291.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

autor haya causado el resultado, y si por el contrario, el resultado típico únicamente deja de evitarse, se suscita la cuestión de las condiciones bajo las cuales debe tener vigor la imputación objetiva, en otras palabras, existe una causalidad de la omisión. La respuesta es que desde hace mucho tiempo la ciencia jurídica penal se ha esforzado en demostrar que también en la omisión concurre una “causa efficientis”, una fuerza real que produce un efecto; como afirma Luden quien, según referencia de Jescheck,⁵¹⁵ vio el momento causal en que el omitente desarrolla durante el tiempo en que hubiera debido evitar el resultado otra actividad, y ésta es entonces la única causa del resultado criminal.

Así, en el caso del padre de un niño judío en España, que no evitó la muerte de su hijo, aun cuando días antes los médicos tratantes le habían informado que su hijo, al padecer una enfermedad crónica, se estaba desangrando y que había un riesgo inminente de que muriera, y que los médicos tratantes no conocían otra solución que la transfusión sanguínea, circunstancia que el padre no aceptó por ideas religiosas, por practicar el judaísmo, en el que no se permite la transfusión sanguínea en la familia. Advirtiéndole los médicos tratantes el peligro inminente de que muriera su hijo, este hecho fue meditado y analizado durante varios días por parte del padre del menor, hasta el grado de dar una explicación acerca de los motivos que le impedían aceptar la sugerencia de los médicos. Así corrió el riesgo y finalmente el momento fatal llegó y murió su hijo; esto sería la causalidad de no evitar el resultado, por lo tanto, se acredita la imputación objetiva de la no evitación del resultado en su posición de garante, siendo padre del menor que finalmente falleció. En este ejemplo planteado, observamos las hipótesis y llegamos a la conclusión, como lo sostiene el maestro Jesecheck en su obra referida;⁵¹⁶ “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”.

El papel más importante como lo establecen los artículos 16 y 7 los códigos penales mexicanos del Distrito Federal y federal respectivamente, es el de garante, pues sólo quien reúne esa posición incurre en delito de comisión por omisión al no evitar la producción del resultado del bien jurídico protegido por la ley.

La norma en estudio señala: “al que omita impedirlo.”

En los delitos de comisión por omisión la parte fundamental de este hecho será lo que finalmente sea atribuible al sujeto del resultado material, consistente en la no realización o evitación del resultado (la omisión). Cuando en los delitos de omisión propia se sanciona quien no realizó la conducta mandada, en los de comisión por omisión será responsable y se sancionará como tal, quien no evitó el resultado, entrando en juego el papel de garante, porque no todos pueden cometer el delito de comisión por omisión sino únicamente quien reúna o quienes

⁵¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de, Ob. cit. p. 664.

⁵¹⁶ Ídem.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

reúnan los requisitos de garante, quien está obligado a procurar la protección de un bien jurídico.

Como ya se analizó con mayor amplitud; en los delitos de resultado material, como en los de comisión por omisión, se habla de un resultado y éste sucede únicamente si no se realiza la acción para evitar dicho resultado. Este resultado debe ser también objetivamente imputable al omitente, así en los delitos de comisión, la imputación objetiva requiere que el autor haya causado el resultado, y si por el contrario, el resultado típico únicamente deja de evitarse, se suscita la cuestión de las condiciones bajo las cuales debe tener vigor la imputación objetiva, en otras palabras, existe una causalidad de la omisión.

5.1.1.3. La capacidad de acción o evitación del resultado.

Según Jescheck,⁵¹⁷ La Capacidad de acción o de evitar el resultado, es la posibilidad de que alguien que tiene que pensar en plena posesión de todos los conocimientos y capacidades del hombre medio puede llevar a cabo la acción ordenada, es algo que, en el marco de la teoría de la acción, pertenece ya con conocimiento de la omisión como un comportamiento humano de trascendencia social. Sin embargo, la cuestión de la tipicidad de la omisión debe estar referida qué sujeto que como autor de la omisión se tiene en cuenta en el caso concreto, pues sólo la omisión de una acción que precisamente hubiera sido posible en ese supuesto puede poseer la cualidad del injusto. De este modo la capacidad individual de acción pertenece al tipo del delito omisivo que, sin embargo, sólo resulta afirmable cuando el autor hubiera podido emplear los recursos idóneos para ello. Se presupone además, que el autor le habría sido posible hacer lo necesario de una forma sensata.

Ejemplo: Posee capacidad de acción el tomador del seguro acusado por un incendio omisivo (& 306 núm 2) al que le habría resultado “sencillo” impedir el hecho de su mujer (RG 64, 273 276). Por el contrario, no puede ser castigado un funcionario de justicia por un encubrimiento personal cometido omisivamente en acto de servicio (&258 a), si estaba sobrecargado de trabajo; por encima de los límites de su capacidad de rendimiento, circunstancia ésta que le impedía despachar adecuadamente el trabajo atrasado (BGH 15, 18-22). Hay que negar la capacidad de acción cuando el autor sólo habría podido sustituir el resultado amenazante, por otro que es igualmente grave: salto por una ventana en lugar de la muerte por abrasamiento.⁵¹⁸

Mientras que la exigencia de la capacidad individual de acción se halla reconocida generalmente en cuanto tal, la cuestión de bajo qué presupuestos puede admitirse dicha capacidad, resulta discutida.

⁵¹⁷ JESCHECK, Hans Tratado de derecho penal.....,Ob. cit. pp. 664 y 665.

⁵¹⁸ Ibidem. p. 645.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Sigue diciendo nuestro autor, que hay quienes apoyan el juicio sobre la posibilidad de actuar sobre un punto de vista exclusivamente objetivo, por otro lado, prescindiendo de la posibilidad física de actuar, hay quien exige el conocimiento de la finalidad de la acción como “base cognoscitiva”; también existen; posturas que se fundamentan sobre la capacidad de culpabilidad del omitente y finalmente, no faltan quienes consideran la aptitud para motivarse libremente como una condición previa de la capacidad de acción.

La capacidad de evitar el resultado conlleva el análisis de diversos conceptos; así, la posición de garante depende de diversos presupuestos sin los cuales queda excluida, como dice el maestro Bacigalupo.⁵¹⁹

La capacidad para evitar el resultado actúa como presupuesto y a la vez como límite de la posición de garante, continúa diciendo el maestro Bacigalupo; se puede ser garante sólo en la medida en que se está en las condiciones de evitar el resultado y, a su vez, se es garante hasta el límite de esta posibilidad.

Esta capacidad a que nos referimos obviamente corresponde al garante del evento ilícito, como lo veremos más adelante.

La capacidad para evitar el resultado actúa como presupuesto y a la vez como límite de la posición de garante, así pues se puede ser garante sólo en la medida en que se está en las condiciones de evitar el resultado y, a su vez ser garante hasta el límite de esta posibilidad. Esta capacidad debe entenderse física y real para que el omitente sea imputable del resultado.

Obsérvese que el código penal federal en estudio, no señala expresamente dicho elemento, por lo que se entiende que dicha capacidad debe estar implícita al momento de ocurrir los hechos en el omitente o garante para hacer efectiva su participación, y resultar atribuible dicha imputación.

5.1.1.4. Conocimiento de la situación típica.

La exigencia de presupuestos intelectuales se refiere al conocimiento que debe tener el autor de determinadas circunstancias, esto es, de la posibilidad cierta de producirse una lesión del bien jurídico.

La capacidad de acción o para la evitación del resultado presupone la concurrencia en particular de los siguientes elementos: el conocimiento de la situación típica, de la inminente producción del resultado delictivo; y el conocimiento del modo de evitar el resultado.

El conocimiento de la situación típica, es decir, de la inminente producción del resultado. Es suficiente contar con la producción del resultado; el tener que conocer no basta.

⁵¹⁹ BACIGALUPO, Enrique, delitos impropios , Ob. cit. p. 149.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

La posibilidad de reconocer la vía para evitar el resultado (capacidad de planeamiento para evitar el resultado), el que no actúa tiene que poder reconocer la vía y los medios para salvar el bien jurídico amenazado, señala Welzel.⁵²⁰

Jescheck⁵²¹ continúa diciendo que, la capacidad de acción requiere, en primer lugar, que el omitente conozca la situación típica. también debe requerirse que concurren los presupuestos externos (proximidad especial, medios de auxilio apropiados), para la realización de la acción y que pueda disponerse de las fuerzas propias necesarias (fuerzas físicas, conocimientos técnicos, facultades intelectuales).

Además el omitente debe representarse la acción exigida como meta posible de su voluntad o, por lo menos; podérsela representar aplicando el cuidado debido. Ambos extremos deben contemplarse con arreglo a un baremo objetivo: importa pues si un espectador inteligente hubiera conseguido, mediante el examen de la situación típica “ex ante”, representarse la acción exigida como meta voluntaria y a considerar suficientes las posibilidades externas.

El conocimiento de la situación típica, implica conocer la inminente producción del resultado, aunque es suficiente contar con la producción del resultado, pero es necesario tener su conocimiento.

No se encuentra previsto en la norma penal federal, el conocimiento de la situación típica que debe poseer el garante al momento de la comisión del hecho, por tanto es una laguna que propicia inseguridad jurídica tanto para la víctima como al propio omitente, al no precisarse normativamente dicho requisito.

5.1.1.5. Conocimiento del modo de evitar del resultado.

La posibilidad de reconocer la vía idónea para evitar el resultado, como ya se analizó, consiste en la capacidad de planeamiento para evitar el resultado el que no actúa tiene que poder reconocer la vía y los medios para salvar el bien jurídico amenazado.

Esta capacidad le incumbe al omitente, y el código penal federal, tampoco observa como característica especial, sino que queda implícito en la capacidad en general que ostenta el garante.

5.1.1.6. Posibilidad física y real de evitarlo.

⁵²⁰ WELZEL, Hans, El derecho penal alemán....., Ob. cit. p. 291.

⁵²¹ JECHECK, Hans, Tratado de derecho penal....., Ob. cit. p. 664.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Cuando Von Liszt habla de la manifestación de voluntad consiste en no ejecución voluntariamente de un movimiento corporal que debiera haberse realizado (y que fuera realizable) ya suponía de esa posibilidad o de esa capacidad física y real del omitente, puesto que sin este elemento no se le puede imputar a nadie el no haber logrado la evitación del resultado, lo que indica de enorme trascendencia de este elemento.⁵²²

Por otro lado Welzel dice al respecto,⁵²³ hay que emitir un juicio causal hipotético sobre si la respectiva persona podría haber evitado el resultado con su actividad, ya que este juicio no se refiere a una realidad, sino **sólo a una posibilidad**, sólo puede rendir a lo más valores de probabilidad, la no evitación del resultado junto a otros presupuestos, sólo puede equipararse la producción del resultado cuando se pueda producir con un grado de una probabilidad a que prácticamente limita con la certeza, que el resultado se habría evitado con la ejecución de la acción omitida. Luego la no evitación del resultado por una omisión existe sólo cuando la ejecución de la omisión habría evitado el resultado en un grado de probabilidad que limita con la certeza. La praxis utiliza al respecto la siguiente fórmula causal eurística: la persona que ha omitido no ha evitado el resultado cuando la acción omitida no puede ser agregada mentalmente sin que el resultado desaparezca". El autor de omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, *sino por no haberlo evitado*. La única pregunta legítima dentro del marco de los delitos de omisión se refiere a si la ejecución de la acción omitida habría evitado el resultado.

La posibilidad física, real de evitar el resultado, debe ser una circunstancia tal que permita que el garante, a pesar de tener una obligación de evitar dicho resultado, cuente con esa posibilidad física y real para actuar de tal manera, ya que sin esas posibilidades física y reales no podría imputársele el resultado de la lesión del bien jurídico a que está obligado a proteger, es decir, estas circunstancias deben ser eficaces para que pueda hablarse de una probabilidad para evitar el resultado y, en caso contrario, no le sería imputable objetivamente al garante la no evitación del resultado.

Supongamos el caso de un vigilante de bañistas que de pronto observa que un menor que está a su cargo, un menor un poco gordo, se cae y se está ahogando en la piscina. Este sujeto intenta salvar al menor sin lograrlo, primero porque dicho menor se encuentra muy pesado y porque el vigilante es de poca estatura y muy delgado, al parecer sin mayores fuerzas físicas. No logra evitar el resultado, a simple vista será imposible imputársele dicho resultado, puesto que no tuvo las posibilidades reales ni físicas para impedir o evitar dicho resultado.

La posibilidad física y real de evitar el resultado, como ya se analizó en el capítulo anterior, debe ser una circunstancia que permita que el garante, a pesar

⁵²² VON LISZT, Franz, Derecho penal....., Ob. cit. p. 315.

⁵²³ Welzel, Hans, El derecho penal alemán....., Ob. cit. p. 292.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

de tener una obligación de evitar el resultado, cuente con esa posibilidad física y real para actuar de tal manera, ya que sin esa posibilidad, no podría cumplir con su cometido y tampoco podría imputársele el resultado de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico a que se obligó a proteger, es decir, estas circunstancias deben ser eficaces para que pueda hablarse de una probabilidad para evitar el resultado y, en caso contrario, no le sería imputable objetivamente el garante la no evitación del resultado.

Esta característica tampoco la señala el código penal federal, y se entiende que esto va implícito en las circunstancias que debe afrontar el garante, es decir, son las circunstancias con que debe contar el garante al momento de intervenir en el hecho, para que pueda ser imputable su comportamiento.

5.1.1.7. Ostentar la posición de garante (primer criterio de equivalencia).

La norma en estudio señala: ... “...al que omita impedirlo, *si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente...*”.

Como ya se analizó previamente en esta investigación, y según planteamiento de varios autores ya referidos, 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 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 “. Así se dice que la doctrina jurídica y la jurisprudencia han elaborado un trabajo de siglos, en las diversas clases de posiciones de garante. Hoy día es del conocimiento general que el deber de garante se deriva de la ley, el reglamento y actuar precedente (criterio de la teoría formal).

Una posición de garante puede estar reconocida directamente en un precepto jurídico, así, sobre todo, en las instituciones jurídicas del matrimonio, de la familia, de la patria potestad, de la paternidad, etc. De ellas se desprenden deberes jurídicos de garante en sentido estricto; a ellos pertenece sobre todo los deberes del derecho de familia, de paternidad, etc.

En México, el Doctor Enrique Díaz Aranda, señala “el comportamiento del omitente no es el de cualquier persona, sino debe ser el de una persona que tenga una calidad específica, que tenga la obligación de velar, proteger y evitar que el bien jurídico sea lesionado, es decir, debe tener la llamada posición de garante. La posición de garante sólo puede existir cuando normativamente haya una fuente que la sustente. Los criterios doctrinales del garante aceptados reconocen como fuente del deber de garante la ley, el contrato, el actuar

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

precedente y la pertenencia a determinadas instituciones que deben evitar peligros; surgiendo así el cumplimiento del principio de legalidad.⁵²⁴

Sigue diciendo nuestro autor, “ que el deber de garante no implica un deber general de protección del bien jurídico tutelado, el omitente no se obliga a proteger el bien jurídico de cualquier peligro, sino de específicos peligros que puedan dañarlo o lesionarlo. Por ejemplo: un guardaespaldas debe de proteger la vida de quien lo contrata, pero no por cualquier circunstancia que pueda generar peligro o lesione la vida, como pudiera ser un paro cardíaco o cáncer, sino por el ataque de terceras personas (sicarios) que atente contra el protegido; en el mismo sentido la enfermera protege la vida del paciente pero sólo por los peligros específicos derivados de los cuidados para la enfermedad por la cual fue contratada. Asimismo, el autor señala la existencia de dos elementos más indispensables para atribuir un resultado decisivo del omitente: la posibilidad de salvamento y el conocimiento del peligro en que se encuentra el bien jurídico tutelado.⁵²⁵

5.1.1.8. La correspondencia de la omisión a la acción.(segundo criterio de equivalencia).

La imputación objetiva del resultado típico en los delitos de omisión impropia, se basa según análisis ya realizado, que en lugar de la causación del resultado por un hacer positivo, tiene lugar la no evitación del mismo (omisión) en contra de un deber de garante, es decir, junto a los puros delitos de causación como el homicidio, lesiones, daños, el incendio imprudente; existen sin embargo, delitos de omisión en los que no es típica la producción del resultado por sí sola, sino también el que tenga lugar de una determinada forma, comisión por omisión.

Como plantea el § 13 del código penal alemán requiere como segundo criterio de equivalencia, que la omisión corresponda a la realización del tipo legal mediante un hacer. Ahora bien, lo injusto específico de la acción que encierra el no impedir el resultado en los delitos llamados de omisión únicamente puede corresponder al hacer positivo si el resultado se ha realizado en la forma exigida por el tipo, es decir, mediante engaño, coacción, procuramiento de ocasión, empleo de un instrumento peligroso, o de un modo equivalente.⁵²⁶

Una problemática especial presenta los delitos llamados de comisión por omisión o de omisión impropia. Como se advierte en ellos, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que 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, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados

⁵²⁴ DIAZ-ARANDA, Enrique, Imputación de muerte por omisión, Lineamientos generales de la imputación por omisión, Ensayos ADATA UFD (E) USB 2017. pp. 5 y 6.

⁵²⁵ DIAZ-ARANDA, Enrique, Imputación de muerte por omisión,.....Ob. cit. 2017. p. 7.

⁵²⁶ JECHECK, Hans, Tratado de derecho penal....., Ob. cit. p. 665.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

comportamientos omisivos que también constituyen a la producción del resultado prohibido.

De esta suerte, nadie duda en incluir en la acción típica de homicidio el comportamiento de la madre que deja morir de hambre al recién nacido, el de la enfermera que no conecta el suero al cuerpo del enfermo; en todos estos casos se puede decir que la omisión equivale a la acción y, por consiguiente, también constituye una acción de matar el dejar morir a una persona en estas circunstancias. Esta cláusula de la equiparación valorativa o cláusula de equivalencia entre acción y omisión es, por consiguiente, como se reconoce en el artículo 11 (del Código Penal Español), el punto de partida para imputar un determinado resultado a un simple no hacer y que, sin embargo, no siempre hay unanimidad a la hora de equiparar la omisión a la acción respecto de un resultado prohibido y por lo tanto sigue siendo una de las cuestiones más discutidas en la Dogmática jurídico-penal descubrir el fundamento de esta equivalencia y los límites de la misma.

Como se advierte en la redacción del código penal en estudio, el legislador federal mexicano para no mantener vigente la crítica de los doctrinarios, en el sentido de que esta figura jurídica (la comisión por omisión), incurría el principio de legalidad, al no precisar expresamente en una ley, los supuestos de la misma y sobre todo el origen del deber jurídico en especial, misma situación que se subsanó con la reforma del código penal en estudio, en 1994, al agregar en su segundo párrafo este principio tal como la tenemos en la actualidad, donde reza: "... en los delitos de resultado material, ...también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo..." (Omisión), naciendo así el principio de legalidad; sin embargo, en dicha reforma quedó descubierta la parte conducente respecto de *la equiparación o correspondencia de la omisión a la acción*, base fundamental para manejar la omisión en relación con la acción.

Por tanto sigue latente esa laguna, y es necesaria subsanarla a efecto de estar en realidad apegado al principio de legalidad.

5.1.2. El tipo subjetivo. (Capacidad de conocer y querer).

5.1. 2.1. Dolo. Las reglas que se desarrollaron en los delitos de comisión relativas al dolo, pueden ser aplicadas directamente a los delitos de omisión. Sin embargo, estos requieren una adaptación al hecho de que está ausente un hacer positivo portador de una voluntad de actuación. Y así, en primer lugar, en los delitos de omisión el tipo objetivo y, con ello, el propio objeto del dolo, está estructurado de un modo diverso al de los delitos de comisión; y en segundo lugar, también en parte la propia estructura del dolo debe determinarse de una forma distinta.

1. Al tipo objetivo de los delitos de omisión pertenecen la situación típica, la ausencia de la acción preceptiva y la capacidad individual de acción en la situación concreta. Asimismo, en los delitos de omisión impropia se añaden el

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

resultado típico y la probabilidad rayana en la certeza de su evitabilidad. Durante mucho tiempo fue dudosa la cuestión de si, además, en el tipo objetivo del delito omisivo habría que contar también con el deber de garante, así ocurría anteriormente en relación con los delitos de omisión impropia. Sin embargo, hay que decir que al tipo del delito de omisión impropia sólo pertenecen los elementos de la posición de garante, pero no el deber de acción mismo que se deriva de aquélla; dicho deber, al igual que sucede con la obligación de abstenerse en los delitos de comisión, es una parte integrante de la antijuridicidad.

2. En los delitos comisivos el contenido del dolo es el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal. En aquéllos, el querer reside en la dirección del hacer positivo con lo que, como mínimo, el autor se conforma con la realización del tipo legal; por su parte, el conocimiento reside en que el autor ha considerado seriamente el cumplimiento del tipo legal. La cuestión reside en si en la omisión existe una relación comparable del autor con el tipo objetivo.

a) Puede suceder que el autor de la omisión, a la vista de la situación típica y con conciencia de su capacidad de acción, adopte la resolución de permanecer inactivo.

b) No siempre es demostrable una auténtica resolución dirigida a abandonar el curso de las cosas a la vista de su desarrollo peligroso. Ello sucede especialmente cuando la situación típica no experimenta ninguna agravación dramática, sino que se desarrolla paulatinamente y, en consecuencia, el autor de la omisión no puede esforzarse en adoptar una resolución.

En tales casos, difícilmente puede hablarse de una resolución a permanecer inactivo como decisión de la voluntad. En ellos, más bien, el dolo se agota en el conocimiento de la situación típica y en la conciencia de la propia capacidad de acción deja de estar presente una intervención de la voluntad en la omisión y, en consecuencia, tampoco es posible la intención como modalidad del dolo. En estos supuestos es suficiente con que el omitente, como mínimo, se mueva dentro de los límites de la conciencia de aquello que sucede, de lo que debió y también de lo que pudo hacer.

5.1.2.2. La culpa.

El aspecto subjetivo respecto de la culpa se abordará en su oportunidad cuando se trate de delitos culposos de omisión, observaré algunos elementos primordiales en su estructura del delito imprudente de comisión por omisión.

5.2. La estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes.

La estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes o culposas.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Dentro de los elementos del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes hay que estudiar los siguientes elementos: Dolo y Culpa, además principios de los *numerus clausus* (arts. 18 y 19 del C.P.).

En los delitos imprudentes o culposos de comisión por omisión no se evita la producción del resultado delictivo por infringir el cuidado objetivamente debido.

5.2.1. La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos:

En el enjuiciamiento de la situación típica y en el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

5.2.1.1. En el enjuiciamiento de la situación típica.

La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos:

En el enjuiciamiento de la situación típica. Si el sujeto no conoce la producción inminente del resultado delictivo por no haber observado el cuidado objetivamente debido.

Ejemplo: Tenemos los ejemplos clásicos: el bañista que arroja un flotador al niño que se ahoga en lugar de lanzarse él mismo al agua; el amigo atiende por sí mismo al intoxicado por somníferos sin avisar a ningún médico; así en los delitos de comisión impropia la imprudencia puede referir a la inminente producción del resultado típico (la madre que deja sin cuidados a un recién nacido de 24 horas, no piensa que ello puede producirse daños a su salud).

En los delitos de omisión impropia legalmente regulados para los que basta la imprudencia la puesta en peligro del tráfico rodado por la ausencia de señalización de vehículos detenidos o estacionados y la falta de control jerárquico.

Los delitos de omisión impropia no regulados en la ley; pueden cometerse por imprudencias siempre que el correspondiente tipo de comisión considere suficiente la culpa.

La estructura de la imprudencia es en los delitos de omisión en principio, la misma que en los delitos de comisión, sin embargo, existen distintas posibilidades de imprudencia.

5.2.1.2. En el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos: así también en el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

5.2.2. Que la no evitación del resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado debido.

Al producirse el resultado en este evento, esta evitación de dicho resultado debe ser consecuencia de la inobservancia del cuidado debido, es decir, el garante está obligado actuar en este hecho y su actuación consiste en evitar el resultado del daño al bien jurídico que debe proteger, por tal situación al no observar dicho cuidado se produce el resultado precisamente debido.

5.2.3. El resultado debe ser de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

El niño que se ahoga, hecho o resultado que el bañista o vigilante trataba de evitar, al arrojar un flotador al niño en problema en lugar de lanzarse él mismo al agua y salvar al niño; la madre que deja sin cuidados a un recién nacido de 24 horas sin pensar que ello puede producir y ocasionar la muerte, y no hace nada para evitar el resultado, son hechos o resultados que la norma en cuestión trataba de evitar.

5.2.4. Debe concurrir los otros elementos comunes en los delitos de comisión por omisión.

Estos elementos primordiales pueden ser la posición de garante, sin el cual el omitente no se le puede responsabilizar por una conducta omisiva, la capacidad de culpa).

5.2.5. Tipo subjetivo, capacidad de conocer y de querer.

5.2.5.1. Dolo (ya tratado líneas arriba).

5.2.5.2. La Culpa.

Para los delitos de omisión impropia debe añadirse la especialidad de que en los hechos imprudentes, en parte, coincide el deber de garante y el deber objetivo de cuidado (crf. Supra, & 55 I), aunque deben diferenciarse conceptualmente para que pueda medirse correctamente el alcance que les corresponde.

Ejemplos: El constructor tiene, para asegurar el tráfico (apertura de una fuente de peligro al abrir una zanja de obras), el deber de adoptar las usuales precauciones de cierre, pero aquí termina también su deber de cuidado. Por otra parte, el garante tampoco puede hacer menos de lo que le impone su deber de cuidado. Quien por ejemplo, abre un ferrocarril de montaña para esquiadores, en caso de una helada extrema debe cerrar a tiempo las zonas de partida (BGH BJW1973, 379).

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Finalmente, ⁵²⁷ la imprudencia también puede referirse aquí la posición de garante.

Ejemplo: La maestra que ve desde el aula cómo juegan peligrosamente a trepar unos niños, uno de los cuales sufriría un accidente mortal, actúa imprudentemente si no comprueba si se trata de niños de su propia escuela a los que debería prohibir el juego.

Welzel, sostiene que en los delitos de omisión impropia también puede presentarse la falta de cuidado que fundamenta la culpa, bajo los mismos presupuestos que en los delitos de omisión culposos &27 b), a saber:

a. En el planeamiento o en la ejecución de la acción para impedir el resultado: el bañero lanza el salvavidas muy lejos o no se percata que debería lanzarse él al agua, para poder intervenir eficazmente; en este punto coinciden con Welzel, los maestros Dra. Ma.Ángeles Rueda Martín y Santiago Mir Puig.

b. Al enjuiciar la situación típica: el bañero no presta atención y no oye el grito de ayuda, u oye el llamado, pero no cuenta con la producción del resultado, por ejemplo, porque cree que la persona que no sabe nadar puede ayudarse a sí misma en aguas no profundas.

Por el contrario, no cabe considerar culpa cuando el omitente no ha reconocido su posición de garante; ejemplo: si un padre omite salvar a un niño que es llevado por las olas, sin darse cuenta que es su hijo, sólo lesiona el deber de socorro de acuerdo al & 330 c), pero no el deber de garante de acuerdo a los && 211, 222 (tiene sentido una norma de salvar a un niño que se ahoga, pero no una de prestar atención respecto a si el niño es su propio hijo). Véase supra, & 1315. Sobre la relación entre el deber de garante y el deber objetivo de cuidado (coincidencia de ambos). ⁵²⁸

Zaffaroni, ⁵²⁹ sostiene al respecto que hay instancias en que puede surgir la culpa al deber de cuidado y señala los siguientes puntos:

- 1 En la apreciación de la situación típica (el policía que oye gritos pidiendo socorro y, faltando al deber de cuidado, cree superficialmente que es una broma);
- 2 Falta de cuidado al ejecutar el mandato (el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina en lugar de agua);

⁵²⁷ Idem.

⁵²⁸ WELZEL, Hans, Derecho penal....., Ob. cit. pp. 306 y 307.

⁵²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, TENORIO TAGLE, Fernando, SLOKAR, Alejandro, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Porrúa, México, 2013, p. 557.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

- 3 Falta de cuidado al apreciar la posibilidad física de ejecución (el que supone que no podrá salvar al niño porque con superficialidad juzga que el agua es profunda); y
- 4 Falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante (el médico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche).

Mir Puig Santiago, por su lado señala respecto de los delitos de comisión por omisión culposos y dice:

Si el segundo momento de la estructura típica de todo delito de omisión es la ausencia de la acción debida, a ella cabe seguir en los de comisión por omisión la producción de un resultado.

Por ello, mientras que los delitos de omisión pura en que basta la ausencia de la acción son tipos de mera actividad, los de comisión por omisión son tipos de resultado, importa sin embargo, subrayar que no toda omisión jurídico-penal a la que se sigue un resultado constituye comisión por omisión, sino que además es precisa la concurrencia de la posición de garante (A) y la capacidad de evitar el resultado (C) en el autor. De lo contrario, pese a la presencia del resultado, cabrá a lo sumo si así lo permite la ley penal apreciar un delito de omisión pura.⁵³⁰

Jakobs, por un lado dice: el tipo del delito imprudente de omisión se distingue del doloso simplemente en que, en lugar del juicio de que la realización del tipo objetivo es al menos no improbable (dolo), se sitúa la cognocibilidad individual de que la realización del tipo objetivo no es improbable. Cognocibilidad quiere decir: si el autor hubiera juzgado sobre la realización del tipo, no habría concluido que era improbable. El que el autor tenga una ocasión, entendido de modo psicologizante, para juzgar es tan diferente como en la situación correspondiente del delito de comisión (supra 9/5). Si el autor juzga y no llega a la conclusión de que sea inminente la realización del tipo, falta la imprudencia, si el autor no puede ejemplo: como consecuencia de su estado de alteración motivarse de modo dominante a juzgar la situación, pero si lo hubiese hecho habría percibido la realización del tipo, se da imprudencia; el comportamiento del autor, no obstante puede quedar exculpado por inexigibilidad (infra 29/100).

La imprudencia puede referirse a todos los elementos del tipo objetivo; no hay elementos que tengan que ser conocidos como mínimo. Objeto de la imprudencia pueden, ser: la inminencia del resultado, la configuración de la vida óptima, dependiendo de la situación, en orden a evitar el resultado (lo cual abarca también la suposición errónea de la aptitud óptima de la vía elegida y de su ejecución) y los presupuestos de la posición de garante.⁵³¹

⁵³⁰ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal....., Ob. cit. p. 317.

⁵³¹ JAKOBS, Günther, Derecho penal, Fundamentos y teoría....., Ob. cit. pp. 1018 y 1019.
(Se dice que estos presupuestos de posibles de omisión imprudente no presentan una estructura común. De estructura divergente sería el caso de intento insuficiente de evitar el resultado, en el que el autor se da cuenta de lo dudoso de que vaya a alcanzar su objetivo, pero no percibe otra vía mejor, si bien podría haberla percibido. Aquí no sería definible la imprudencia

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

En México, el artículo 9º del Código penal federal,⁵³² establece lo siguiente:

“ Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales “.

5.3. Código Penal para el Distrito Federal de 2002.

5.3.1. Estructura del tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia dolosos.

Peculiaridades del tipo objetivo en los delitos dolosos.

El tipo de comisión por omisión, como ya se anotó anteriormente, debe contener la misma estructura que la omisión pura o simple, observándose los siguientes elementos: a) La situación típica, b) la ausencia de la acción determinada, y c) la capacidad de realizarla, complementando 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.⁵³³

El Código Penal para el Distrito Federal, de 2002.⁵³⁴

Estudia y estructura el delito de comisión por omisión en su artículo 16 de dicho ordenamiento legal y así tenemos:

*Artículo 16 (omisión impropia o comisión por omisión) del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice:*⁵³⁵

“ 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 impedirlo; 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;

como cognocibilidad del tipo objetivo. Dado que el autor, en este caso, a pesar de no conocer su capacidad abstracta para eliminar (o disminuir) el riesgo restante, si podría haberla conocido, le falta toda peculiaridad a esta “estructura”.

⁵³² Código Penal Federal, Publicado en el Diario oficial de la Federación, el 14 de agosto de 1931.

⁵³³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal....., Ob. cit.* p. 305.

⁵³⁴ Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002.

⁵³⁵ Art. 16 del Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial, 16 de julio 2002.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

- 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.

Obsérvese que en la redacción del artículo 16, trasciende los tres elementos primordiales:

1º. Son delitos de resultado material; 2º. La atribución de ese resultado típico producido a quien omite impedirlo; 3º. Si éste (el autor), tiene el deber jurídico de evitarlo.

Los requisitos que exige el nuevo precepto legal son: además de la existencia de un deber jurídico de evitar el resultado, la posición de garante, la posibilidad de evitar el resultado y la equivalencia de la inactividad a la actuación prohibida en el tipo (artículo 16 del código penal para el distrito federal, en su párrafo segundo).

En el párrafo tercero del artículo citado, amplía la posición de garante indicando que es garante del bien jurídico el sujeto que reúna los requisitos mencionados arriba.

Con esta disposición normativa trataremos de establecer cómo se integran los requisitos que exige la doctrina dominante en cada uno de los supuestos indispensables para ello.⁵³⁶

5.3.1.1. La situación típica

En la situación típica debe concurrir tal como ya se planteó en el capítulo anterior, la producción del peligro inminente de una lesión o de una puesta en peligro de un bien jurídico, es decir, la producción de un resultado típico de un delito de comisión por omisión, como puede ser la muerte, la lesión corporal, la privación de la libertad, el incendio, así como todas las circunstancias particulares que se presentan en el contexto del evento, las características que reúne la posición de garante, ya referido.

La norma dice: *“En los delitos de resultado material”*.

Se habla en primer término de los delitos de resultado material, (como ya se estableció previamente). De delitos de comisión por omisión, con mejor redacción técnica, aunque muchos de los delitos que se encuentran en la parte especial del código penal en estudio, no todos pueden ser de producción material, pues para ello, será necesario hacer un análisis profundo en cada uno de ellos, puesto que muchos de esos delitos son de resultado solamente típicos, sin afectar el mundo

⁵³⁶ MIR PUIG, Santiago, Comentarios al Código Penal para el Distrito Federal, La Ciencia Penal en el umbral del siglo XXI, II Congreso Interamericano de Derecho Penal, Coordinador Dr. Moisés Moreno Hernández, Editorial Ius Poenale, México, 2001, p.123.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

exterior, como la portación de arma de fuego, delitos sexuales o delitos de propia mano, etc.

Continúa” que será atribuible el resultado típico producido”

Como observamos se habla de la atribuibilidad, entendiéndose como tal la imputación que se formula al omitente, al que omitió impedirlo o sea el que no evitó la producción del evento concurrido.

5.3.1.2. La no realización de una acción tendiente a evitar el resultado.

...” a quien omite impedirlo...”

En los delitos de comisión por omisión la parte fundamental de este hecho será lo que finalmente sea atribuible al sujeto del resultado material, consistente en la no realización de una acción tendiente a evitar el resultado. Así como en los delitos de omisión propia se sanciona quien no realizó la conducta mandada; en los de comisión por omisión será responsable y se sancionará como tal, quien no evitó el resultado, entrando en juego el papel de garante, ya que no todos pueden cometer el delito de comisión por omisión sino únicamente quien reúna o quienes reúnan los requisitos de garante, y está obligado a procurar la protección de un bien jurídico.

Como ya se analizó con mayor amplitud; en los delitos de resultado material, como en los de comisión por omisión, se habla de un resultado y éste sucede únicamente si no se realiza la acción para evitar dicho resultado. Este resultado debe ser también objetivamente imputable al omitente, así en los delitos de comisión, la imputación objetiva requiere que el autor haya causado el resultado, y si por el contrario, el resultado típico únicamente deja de evitarse, se suscita la cuestión de las condiciones bajo las cuales debe tener vigor la imputación objetiva, en otras palabras, existe una causalidad de la omisión.

Nuestro código penal en estudio señala,” que será atribuible el resultado típico producido, al que omitió impedirlo”.

5.3.1.3. La capacidad de acción o evitación del resultado.

La capacidad para evitar el resultado actúa como presupuesto y a la vez como límite de la posición de garante, como ya se afirmó en el capítulo anterior, así pues se puede ser garante sólo en la medida en que se está en las condiciones de evitar el resultado y, a su vez ser garante hasta el límite de esta posibilidad. Esta capacidad debe entenderse física y real para que el omitente sea imputable del resultado.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Obsérvese que el código penal en estudio, ⁵³⁷ señala dicho elemento, *en su fracción II, es cuando establece que ...” de acuerdo con las circunstancias podía impedirlo*; entendiéndose que dicha capacidad debe estar presente al momento de ocurrir los hechos en el omitente o garante para que pueda atribuírsele dicha imputación. “

5.3.1.4. Conocimiento de la situación típica.

La capacidad de acción o evitación del resultado presupone la concurrencia en particular de los siguientes elementos: el conocimiento de la situación típica, de la inminente producción del resultado delictivo; y el conocimiento del modo de evitar el resultado.

Obsérvese que el conocimiento de la situación típica, implica conocer la inminente producción del resultado, aunque es suficiente contar con la producción del resultado, pero es necesario tener su conocimiento.

El conocimiento de la situación típica, no se encuentra previsto en la norma penal en estudio, por tanto puede ser una laguna que propicia inseguridad jurídica tanto para la víctima como al propio omitente, al no precisarse normativamente dicho requisito.

5.3.1.5. Conocimiento del modo de evitar del resultado.

La posibilidad de conocer la vía para evitar el resultado, como ya se ha dicho previamente, consiste en la capacidad de planeamiento para evitar el resultado el que no actúa tiene que poder reconocer la vía y los medios para salvar el bien jurídico amenazado.

Esta capacidad le incumbe al omitente, y el código penal en estudio, no observa como característica especial, sino que queda como laguna en la legislación penal en comento propiciando oscuridad e injusticia al no agotar los extremos necesarios para ello.

5.3.1.6. Posibilidad física y real de evitarlo.

La posibilidad física y real de evitar el resultado, como ya se analizó anteriormente, debe ser una circunstancia que permita que el garante, a pesar de tener una obligación de evitar el resultado, cuente con esa posibilidad física y real para actuar de tal manera, ya que sin esa posibilidad, no podría cumplir con su cometido y tampoco podría imputársele el resultado de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico a que se obligó a proteger, es decir, estas circunstancias deben ser eficaces para que pueda hablarse de una probabilidad para evitar el

⁵³⁷ Art. 16 del Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial, 16 de julio 2002.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

resultado y, en caso contrario, no le sería imputable objetivamente al garante la no evitación del resultado.

Esta característica la contempla el artículo 16 en análisis, en su fracción II, al señalar “de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo”, es decir, son las circunstancias con que debe contar el garante al momento de intervenir en el hecho, para que pueda ser imputable su comportamiento.

5.3.1.7. Ostentar la posición de garante (primer criterio de equivalencia).

Señala la norma en estudio, será atribuible ... “ al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si 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 haya 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...”

Comenta el Doctor Marco Antonio Díaz de León que el injusto debe surgir de un deber jurídico determinado que específicamente vincule al sujeto activo con el bien jurídico tutelado, mismo que se conoce como posición de garante, como el caso del salvavidas, en la playa o en la piscina que dándose cuenta de que un bañista se está ahogando, deje éste que se ahogue sin rescatarlo.⁵³⁸

Como ya se analizó en su oportunidad, y según planteamiento de varios autores ya referidos, 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 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 “. Así se dice que la doctrina jurídica y la jurisprudencia han elaborado un trabajo de siglos, en las diversas clases de posición de garante. Hoy día es del conocimiento general que el deber de garante se deriva de la ley, el contrato y actuar precedente; además 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 haya 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...”.

Una posición de garante puede estar reconocida directamente en un precepto jurídico, así, sobre todo, en las instituciones jurídicas del matrimonio, de la familia, de la patria potestad, de la paternidad, etc. De ellas se desprenden deberes jurídicos de garante en sentido estricto; a ellos pertenece sobre todo los deberes del derecho de familia, de paternidad, etc.

⁵³⁸ DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Nuevo Código Penal para el Distrito Federal de 2002, con comentarios, Editorial Porrúa, México, Tomos I y II, 2004, pp. 41 y 42.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

La posición de un padre de familia en su calidad de garante (Rafael Rebollo) ⁵³⁹

Se declara probado que el día 8 de junio de 2007, los médicos detectaron que el menor N. se encontraba en una situación de alto riesgo hemorrágico prescribiendo para neutralizarla una transfusión de seis centímetros cúbicos de plaquetas, manifestando entonces los padres del menor que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre y que, en consecuencia, se oponían a la misma, siendo informados por los médicos que no conocían ningún otro tratamiento alternativo.

Se declara como cierto que a las cinco horas del día 9 de junio del mismo año, el juzgado de guardia autoriza la práctica de la transfusión para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida del niño, como así sucedía, y cuando los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, el menor la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente pues podía precipitar una hemorragia cerebral, desistiendo de su realización, sin que consiguieran convencer al menor para que la consintiera por lo que pidieron a los acusados que trataran de convencer al niño, los cuales no accedieron a ello.

Se declara como cierto que tras esta situación, los médicos autorizaron el alta médica que anteriormente habían solicitado los padres, que llevaron al hijo a su casa en donde permaneció hasta el día 12 del mismo mes, fecha en la que trasladaron al niño al Hospital Universitario Materno-infantil de la ciudad de la residencia, donde le fue diagnosticado un síndrome de pancetopenia grave, considerándose urgente nuevamente la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia y proceder a continuación a realizar las pruebas diagnósticas pertinentes para determinar las causas de la pancetopenia; los acusados y el menor, nuevamente, manifestaron que sus convicciones religiosas les impedía aceptar una transfusión, firmando ambos acusados un escrito en dicho sentido.

Así también que los padres, desde el Hospital del Val D'Hebrón, trasladaron al niño al Hospital General de la ciudad, donde los médicos reiteraron nuevamente la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión que fue nuevamente rechazada por los acusados y por su hijo, regresando a su domicilio particular, como el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica que requería con urgencia hemoderivados, el juzgado de instrucción de la ciudad dispuso autorizar la transfusión sanguínea siendo trasladado al Hospital Miguel Servet, al que llegó el menor hacia las 23:30 horas del día 14 de junio con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral falleciendo a las 21:30 horas del día 15 de junio del presente año.

⁵³⁹ REBOLLO VARGAS, Rafael, CASOS PRACTICOS DE DERECHO PENAL, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España, 2007.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

El resultado del comportamiento de los padres del menor fue un delito de homicidio por omisión impropia o comisión por omisión, en forma dolosa, puesto que conocían la situación típica, es decir, la inminente producción del resultado, así como la vía idónea para evitar el resultado, de que el menor pudiera fallecer por el peligro que corría su vida, y la urgente necesidad de una transfusión sanguínea como único recurso para salvarle la vida, aún así los padres se opusieron a la práctica de dicho tratamiento y fallece así el menor. Por lo que dicho resultado es objetivamente imputable a los padres del menor fallecido.

Sin embargo; recientemente se reconoce las fuentes funcionales que han modernizado y rebasado las anteriores fuentes formales, y así se sostiene que una de las fuentes modernas son en que el omitente aceptó efectivamente su custodia; superando las bases contractuales, así opina nuestro Supremo Tribunal.

Este criterio sostiene el Tribunal Colegiado de Circuito, en la tesis aislada: no I.6º. P.47 P (10ª), página mil seiscientos cincuenta y seis, Tomo: II, Abril de 2014, sostenida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal, del Primer Circuito, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, ⁵⁴⁰y visible en la página 1656, bajo el siguiente rubro y texto:

“ROBO. CUANDO UN CUSTODIO DE TRANSPORTE DE VALORES, CON LA CALIDAD DE GARANTE, PARTICIPA EN DICHO DELITO EN LA FORMA DE COMISIÓN POR OMISIÓN IMPROPIA, CON DOLO EVENTUAL Y EN GRADO DE AUXILIADOR, NO SE ACTUALIZA LA CALIFICATIVA APROVECHANDO UNA RELACIÓN DE TRABAJO” (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

Cuando en el delito de robo se aprecie que el enjuiciado con calidad de garante (custodio de transporte de valores), sin haber planeado o ejecutado conductas “activas” junto con los sujetos activos, tendientes al apoderamiento del bien robado, y sin tener dominio funcional del hecho ilícito (característica de la coautoría), omitió cumplir con las medidas de seguridad que le instruyó la empresa donde labora, como cerrar desde su interior la puerta trasera del camión, lo que permitió a otros sujetos apoderarse de las bolsas con dinero a través de esa zona y, posterior al robo, sin causa justificada, omitió activar la señal de alarma que, como medida de seguridad, fue instalada en dicho vehículo, debe atribuírsele responsabilidad penal en calidad de cómplice-auxiliador, en términos del artículo 22, fracción V, del Código Penal para el Distrito Federal, ya que su inactividad fue, en su eficacia, el medio “auxiliador” necesario para el apoderamiento que sanciona el delito de robo, bajo la figura del dolo eventual, que prevé como posible el resultado típico, acepta su realización por otros sujetos activos, ya que su rol omisivo fue un aporte trascendental para la comisión del delito, al omitir interrumpir el apoderamiento ilícito mediante la interposición de la conducta derivada de su calidad de garante, consistente en cerrar la compuerta trasera del camión de valores (comisión por omisión impropia), acepta así el nexo causal entre la

⁵⁴⁰ Semanario Judicial de la Federación, abril de 2014.

conducta de los otros sujetos activos y el resultado típico, al no activar ni realizar las otras medidas de seguridad que la empresa estableció para evitar el robo; de ahí que no se actualice para el sujeto activo garante, la calificativa prevista en el artículo 223, fracción III, del referido código punitivo, que prevé el aumento de las penas previstas para el tipo básico de robo, cuando se cometa “aprovechando alguna relación de trabajo”, ya que éste no aprovechó su relación de trabajo para cometer el robo, sino que su responsabilidad penal deriva de omitir impedirlo, cuando tenía el deber jurídico de evitarlo, sin que en su psique existiera el ánimo de dominio del dinero robado o la intención de aprovechar su relación laboral para que los otros sujetos activos lo ejecutaran.

El mismo criterio sostiene el Tribunal Colegiado de Circuito, en la tesis aislada: nos I.6º. P.46 P (10ª), página mil seiscientos cincuenta y cinco, Tomo: II, Abril de 2014, sostenida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal, del Primer Circuito, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,⁵⁴¹ y visible en la página 1655, bajo el siguiente rubro y texto:

ROBO A TRANSPORTE DE VALORES. CUESTIONES QUE EL JUEZ DEBE PONDERAR PARA SANCIONAR A UN CUSTODIO QUE PARTICIPÓ EN DICHO DELITO EN LA FORMA DE COMISIÓN POR OMISIÓN IMPROPIA, CUANDO TIENE LA CALIDAD DE GARANTE DEL BIEN JURÍDICO Y OMITIÓ IMPEDIRLO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

La forma de comisión del delito “comisión por omisión”, permite sancionar a quien omite impedir un delito de resultado material -como por ejemplo el robo-, como sucede si el sujeto activo tiene la calidad de garante adquirida por la aceptación de custodiar el bien jurídico a su cuidado y con ello, el deber jurídico de evitarlo. Ahora bien, tratándose del robo a un transporte de valores, para estimar que un custodio es responsable penalmente de conformidad con el artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal, el Juez debe ponderar si de acuerdo a las circunstancias del hecho ilícito, podía evitarlo (fracción II) y, verificar si su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo (fracción III). Esto es, tendrá que analizarse si el imputado tuvo la posibilidad física-intelectual de realizar la conducta que interfiriera la cadena causal en la dinámica del delito, para evitar el resultado y, si esa conducta que interfiere la cadena causal, deriva de sus deberes en calidad de garante, que surgen de la ley, de un contrato, o por el comportamiento precedente del imputado, como lo es la obligación del garante, es decir, un custodio, de cerrar desde el interior del camión de valores, el cerrojo de la puerta trasera que implantó la empresa de transporte como medida de seguridad, así como activar la señal de alarma correspondiente, una vez iniciada la ejecución del robo. Por tanto, el Juez, al ponderar los hechos, debe verificar si en el caso de la interposición o ejecución de la conducta debida, hubiese desaparecido el resultado (doctrinalmente llamado juicio de evitación) y, por otra parte, si la omisión de impedir el resultado, es equivalente a una realización del tipo legal mediante un hacer; en tal virtud, en la forma de comisión

⁵⁴¹ Semanario Judicial de la Federación, abril de 2014.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

por omisión, el juzgador, al analizar el elemento subjetivo del delito (dolo o culpa), previsto en el artículo 18 del citado código, además, debe atender a si el activo del delito tenía conocimiento de la posición de garante al ocurrir el hecho ilícito, como la previsión del curso causal de la dinámica del delito, para así discernir si tuvo la posibilidad de representarse la realización de la conducta ilícita y la acción que pudo evitar.

Otras de las fuentes primordiales que derivan la posición de garante es una actividad precedente, culposa o fortuita, que genera peligro para el bien jurídico protegido.

Concluimos que el actuar precedente (injerencia) como una conducta previa que realiza el omitente (injerente), creando una lesión y un peligro de lesión, de un bien jurídico protegido, y que si no evita el resultado producido por su actuar precedente, se le imputa el delito de lesión de comisión por omisión. Así lo sostiene el Tribunal Colegiado de Circuito, en la tesis aislada: nos I.6º. P.68 p. (10ª), página dos mil ciento ochenta y tres, Tomo: III, agosto de 2015, sostenida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal, del Primer Circuito, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, ⁵⁴²y visible en la página 2 183 , bajo el siguiente rubro y texto:

“HOMICIDIO COMETIDO CON MOTIVO DEL ATAQUE DE UNA MASCOTA. CUANDO EL SUJETO ACTIVO (DUEÑO O CUIDADOR), EN CALIDAD DE GARANTE DERIVADA DE SU ACTIVIDAD PRECEDENTE, GENERÓ EL PELIGRO QUE PRIVÓ DE LA VIDA A LA VÍCTIMA, SE ACTUALIZA LA FORMA DE COMISIÓN CULPOSA POR OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).”

Conforme al párrafo segundo, inciso c) y fracción I del artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal, en delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo, por ser garante del bien jurídico, que por una actividad precedente “culposa o fortuita”, generó el peligro para el bien jurídico. Luego, por una actividad precedente que genera peligro para el bien jurídico tutelado por la norma penal, debe entenderse la existencia de antecedentes fácticos ocurridos previo a la comisión del delito, conocidos por el sujeto activo, cuyas circunstancias de tiempo, modo y lugar pusieron en riesgo un bien jurídicamente protegido y, por tanto, le imponían la necesidad de actuar para protegerlo, es decir, para impedir que se produjera un resultado típico y, si no lo hizo, no obstante que estuvo en posibilidad de realizar la acción necesaria para ello (juicio de evitación), tendrá la calidad de garante. Así, conforme a esta hipótesis normativa, si el sujeto activo, como dueño o cuidador de unos perros que alberga en el patio de su domicilio, tiene conocimiento de que éstos, a través del zaguán del inmueble logran asomarse y morder a los transeúntes, poniendo en riesgo su integridad física (actividad precedente) y, derivado de esa omisión, uno de los caninos logra morder a una

⁵⁴² Semanario Judicial de la Federación, agosto de 2015.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

víctima (menor de edad) e introducirla al domicilio, causando lesiones que la privan de la vida, esta situación fáctica se subsume al delito de homicidio culposo, si del análisis de la actividad precedente no obran datos que permitan concluir que en el sujeto activo existía el animus necandi, esto es, la cognición, volición y ánimo de que sus perros privaran de la vida a una persona o previera como posible esta situación y la aceptara; pues si existe en el sujeto activo ese ánimo, se estará en presencia de un delito doloso, pero con una calidad de garante diversa a la hipótesis prevista en el inciso c) del indicado artículo 16, párrafo segundo, que excluye por ministerio de ley, esta forma de comisión dolosa; de ahí que en el caso se actualice la forma de comisión culposa por omisión impropia o comisión por omisión.

Asimismo, sostiene el Tribunal Colegiado de Circuito, en la tesis aislada: nos I.9º. P.72 p (10ª), página mil novecientos cinco, Tomo: III, Enero de 2015, sostenida por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 30 de Enero de 2015, ⁵⁴³ y visible en la página 1 905, bajo el siguiente rubro y texto:

“IMPUTACIÓN OBJETIVA. CASO EN EL QUE SE ATRIBUYEN LAS LESIONES OCASIONADAS A UNA PERSONA POR LA CAÍDA DE UN ANUNCIO ESPECTACULAR, QUE PUSIERON EN PELIGRO SU VIDA (DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN), AL APODERADO LEGAL DE LA PERSONA MORAL QUE FIRMÓ EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CORRESPONDIENTE, EN VIRTUD DEL RIESGO CREADO BAJO SU POSICIÓN DE GARANTE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).”

De conformidad con el artículo 16, fracción I, inciso c), del Código Penal para el Distrito Federal, en los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si como en el caso es garante del bien jurídico en razón de que con una actividad precedente culposa generó el peligro para el bien jurídico. Luego, si el activo, en virtud de un contrato de arrendamiento, instaló un “espectacular” en un lugar no apto, sin supervisión ni mantenimiento y sin cumplir los requisitos administrativos para ello, al no contar con la licencia correspondiente, el cual se desprendió por una ráfaga de viento y con ello ocasionó a la ofendida lesiones que pusieron en peligro la vida por dejarle incapacidad parcial permanente por enajenación mental. Este resultado es objetivamente imputable a quien como apoderado legal de la empresa signó el contrato respectivo para la colocación que se realizó bajo su cuidado y vigilancia, con lo que tenía el carácter de garante respecto de los riesgos y resultados lesivos que generó el producto colocado, bajo su cuidado y vigilancia, al incumplir los deberes de cuidado que le eran objetivamente exigibles observar.

En México, el Doctor Enrique Díaz Aranda, señala “el comportamiento del omitente no es el de cualquier persona, sino debe ser el de una persona que

⁵⁴³ Semanario Judicial de la Federación, del 30nde enero de 2015.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

tenga una calidad específica, que tenga la obligación de velar, proteger y evitar que el bien jurídico sea lesionado, es decir, debe tener la llamada posición de garante. La posición de garante sólo puede existir cuando normativamente haya una fuente que la sustente. Los criterios doctrinales del garante aceptados reconocen como fuente del deber de garante la ley, el contrato, el actuar precedente y la pertenencia a determinadas instituciones que deben evitar peligros; surgiendo así el cumplimiento del principio de legalidad.⁵⁴⁴

Sigue diciendo nuestro autor, “ que el deber de garante no implica un deber general de protección del bien jurídico tutelado, el omitente no se obliga a proteger el bien jurídico de cualquier peligro, sino de específicos peligros que puedan ponerlo en peligro o lesionarlo. Por ejemplo: un guardaespaldas debe de proteger la vida de quien lo contrata, pero no por cualquier circunstancia que pueda generar peligro o lesione la vida, como pudiera ser un paro cardiaco o cáncer, sino por el ataque de terceras personas (sicarios) que atente contra la vida del protegido; en el mismo sentido la enfermera protege la vida del paciente pero sólo por los peligros específicos derivados de los cuidados para la enfermedad por lo cual fue contratada. Asimismo, el autor señala la existencia de dos elementos más indispensables para atribuir un resultado decisivo del omitente: la posibilidad de salvamento y el conocimiento del peligro (ya anotados supralíneas) en que se encuentra el bien jurídico tutelado.⁵⁴⁵

5.3.1.8. La correspondencia de la omisión a la acción. (Segundo criterio de equivalencia).

La doctrina dominante señala que la omisión debe ser correspondiente a la acción. Así nuestro código penal en análisis plantea en su fracción III, esa equivalencia y establece:

*III..... “Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.....”. Art. 16.*⁵⁴⁶

La imputación objetiva del resultado típico en los delitos de omisión impropia, se basa según análisis ya realizado, en que en lugar de la causación del resultado por un hacer positivo tiene lugar la no evitación del mismo (omisión) en contra de un deber de garante, es decir, junto a los puros delitos de causación como el homicidio, lesiones, daños, el incendio imprudente; existen sin embargo, delitos de omisión en los que no es típica la producción del resultado por sí sola, sino también el que tenga lugar de una determinada forma, comisión por omisión.

El párrafo & 13 del código penal alemán requiere como segundo criterio de equivalencia, que la omisión corresponda a la realización del tipo legal mediante un hacer. Ahora bien, lo injusto específico de la acción que encierra el no impedir

⁵⁴⁴ DIAZ-ARANDA, Enrique, Imputación de muerte por omisión,....., Ob. cit. pp. 5 y 6.

⁵⁴⁵ DIAZ-ARANDA, Enrique, Imputación de muerte por omisión,.....Ob. cit. p. 7.

⁵⁴⁶ Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 16 de julio de 2002.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

el resultado en los delitos llamados de omisión únicamente puede corresponder al hacer positivo si el resultado se ha realizado en la forma exigida por el tipo, es decir, mediante engaño, coacción, procuramiento de ocasión, empleo de un instrumento peligroso, o de un modo equivalente.

Una problemática especial presenta los delitos llamados de comisión por omisión o de omisión impropia. Como se advierte en ellos, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que 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, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos que también constituyen a la producción del resultado prohibido.

De esta suerte, nadie duda en incluir en la acción típica de homicidio el comportamiento de la madre que deja morir de hambre al recién nacido, el de la enfermera que no conecta el suero al cuerpo del enfermo; en todos estos casos se puede decir que la omisión equivale a la acción y, por consiguiente, también constituye una acción de matar el dejar morir a una persona en estas circunstancias. Esta cláusula de la equiparación valorativa o cláusula de equivalencia entre acción y omisión es, por consiguiente, como se reconoce en el artículo 11 (del Código Penal Español), el punto de partida para imputar un determinado resultado a un simple no hacer y que, sin embargo, no siempre hay unanimidad a la hora de equiparar la omisión a la acción respecto de un resultado prohibido y por lo tanto sigue siendo una de las cuestiones más discutidas en la Dogmática jurídico-penal descubrir el fundamento de esta equivalencia y los límites de la misma.

Como se observa en la redacción del código penal en estudio, el legislador local sí consideró necesario establecer una cláusula de equivalencia o de correspondencia de omisión a la acción, como ya se observa en la fracción III, del artículo 16 del ordenamiento legal en estudio, allanando esa inseguridad jurídica, que existía antaño para beneplácito de la sociedad mexicana.

5. 3.2. El tipo subjetivo.

Como ya se ha analizado anteriormente, el derecho penal se refiere por lo general a la conducta externa (objetiva y física); sin embargo, el derecho penal puede referirse también a la conducta interna (subjetiva y psíquica). La convivencia externa de las personas es siempre, al fin y al cabo, solamente la expresión de la actitud interna y psíquica de ellas. Tampoco el derecho puede pasar por alto este aspecto; si el derecho no quiere ser y no debe ser, fundamentalmente una “ordenación de los sentimientos” puede y debe incluir en sus apreciaciones también lo psíquico como origen de la conducta externa. De ahí que aun el injusto y muy especialmente el injusto jurídico-penal contengan elementos subjetivos del injusto. Capacidad de conocer y de querer.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

5.3.2.1. El dolo en los delitos de omisión.

Las reglas que se desarrollaron en los delitos de comisión relativas al dolo, pueden ser aplicadas directamente a los delitos de omisión. Sin embargo, estos requieren una adaptación al hecho de que está ausente un hacer positivo portador de una voluntad de actuación. Y así, en primer lugar, en los delitos de omisión el tipo objetivo y, con ello, el propio objeto del dolo, está estructurado de un modo diverso al de los delitos de comisión; y en segundo lugar, también en parte la propia estructura del dolo debe determinarse de una forma distinta.

1. Al tipo objetivo de los delitos de omisión pertenecen la situación típica, la ausencia de la acción preceptiva y la capacidad individual de acción en la situación concreta. Asimismo, en los delitos de omisión impropia se añaden el resultado típico y la probabilidad rayana en la certeza de su evitabilidad. Durante mucho tiempo fue dudosa la cuestión de si, además, en el tipo objetivo del delito omisivo habría que contar también con el deber de garante, así ocurría anteriormente en relación con los delitos de omisión impropia. Sin embargo, hay que decir que al tipo del delito de omisión impropia sólo pertenecen los elementos de la posición de garante, pero no el deber de acción mismo que se deriva de aquélla; dicho deber, al igual que sucede con la obligación de abstenerse en los delitos de comisión, es una parte integrante de la antijuridicidad.

2. En los delitos comisivos el contenido del dolo es el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal. En aquéllos, el querer reside en la dirección del hacer positivo con lo que, como mínimo, el autor se conforma con la realización del tipo legal; por su parte, el conocimiento reside en que el autor ha considerado seriamente el cumplimiento del tipo legal. La cuestión reside en si en la omisión existe una relación comparable del autor con el tipo objetivo.

a) Puede suceder que el autor de la omisión, a la vista de la situación típica y con conciencia de su capacidad de acción, adopte la resolución de permanecer inactivo.

b) No siempre es demostrable una auténtica resolución dirigida a abandonar el curso de las cosas a la vista de su desarrollo peligroso. Ello sucede especialmente cuando la situación típica no experimenta ninguna agravación dramática, sino que se desarrolla paulatinamente y, en consecuencia, el autor de la omisión no puede esforzarse en adoptar una resolución.

En tales casos, difícilmente puede hablarse de una resolución a permanecer inactivo como decisión de la voluntad. En ellos, más bien, el dolo se agota en el conocimiento de la situación típica y en la conciencia de la propia capacidad de acción deja de estar presente una intervención de la voluntad en la omisión y, en consecuencia, tampoco es posible la intención como modalidad del dolo. En estos supuestos es suficiente con que el omitente, como mínimo, se mueva dentro de

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

los límites de la conciencia de aquello que sucede, de lo que debió y también de lo que pudo hacer;

Este criterio sostiene el Tribunal Colegiado de Circuito, en la tesis: 1.2º. P.48 P (1118), página mil ciento dieciocho, Tomo: XIV, octubre de 2001, sostenida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal, del Primer Circuito, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, y visible en la página 1118, bajo el siguiente rubro y texto:

DOLO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE UN DELITO. PARA QUE EXISTA ES NECESARIA LA DECISIÓN DEL AUTOR DE PERMANECER INACTIVO.

Para que exista dolo en un delito por omisión, el autor tiene que, por una parte, conocer por lo menos la posibilidad de una intervención que impida la producción del resultado y, por otra, tener la disposición de asumir la lesión del bien jurídico como consecuencia del propio comportamiento; de otra manera faltarían los elementos característicos del dolo, es decir, conocimiento y voluntad. En este sentido, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, cuando no está probado en autos la decisión por parte del ahora quejoso (voluntad) de dejar que las cosas sigan su curso a la vista de una evolución peligrosa, verbigracia, dejar todos los días las averiguaciones previas que tiene a su cargo en la oficina, en condiciones que denoten la probabilidad de su pérdida por no haber un lugar especial donde puedan guardarse. En tal supuesto, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, a lo sumo es posible deducir que el quejoso produjo un resultado típico que previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, porque al no representarse al borde de la conciencia la acción ordenada, resulta evidente la falta de decisión.⁵⁴⁷

5.3.2.2. La culpa.

El aspecto subjetivo respecto de la culpa se abordará en su oportunidad cuando se trate de delitos culposos de omisión, observaré algunos elementos primordiales en su estructura del delito imprudente de comisión por omisión.

5.4. Estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes o culposos. (CPDF).

La estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes o culposos.

⁵⁴⁷ Semanario Judicial de la Federación, octubre de 2001.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Dentro de los elementos del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes hay que estudiar los siguientes elementos: Dolo y Culpa, además principios de los *numerus clausus* (arts. 18 y 19 del C.P.).⁵⁴⁸

En los delitos imprudentes o culposos de comisión por omisión no se evita la producción del resultado delictivo por infringir el cuidado objetivamente debido.

5.4.1. La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos: En el enjuiciamiento de la situación típica y en el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

5.4.1.1. En el enjuiciamiento de la situación típica.

La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos:

En el enjuiciamiento de la situación típica. Si el sujeto no conoce la producción inminente del resultado delictivo por no haber observado el cuidado objetivamente debido.

Ejemplo: Tenemos los ejemplos clásicos: el bañista que arroja un flotador al niño que se ahoga en lugar de lanzarse él mismo al agua; el amigo atiende por sí mismo al intoxicado por somníferos sin avisar a ningún médico; así en los delitos de comisión impropia la imprudencia puede referir a la inminente producción del resultado típico (la madre que deja sin cuidados a un recién nacido de 24 horas, no piensa que ello puede producirse daños a su salud.

En los delitos de omisión impropia legalmente regulados para los que basta la imprudencia la puesta en peligro del tráfico rodado por la ausencia de señalización de vehículos detenidos o estacionados y la falta de control jerárquico.

Los delitos de omisión impropia no regulados en la ley; pueden cometerse por imprudencias siempre que el correspondiente tipo de comisión considere suficiente la culpa.

La estructura de la imprudencia es en los delitos de omisión en principio, la misma que en los delitos de comisión, mas sin embargo, existen distintas posibilidades de imprudencia.

5.4.1.2. En el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

⁵⁴⁸ Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del D. F. 16 de julio de 2002.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos: así también en el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

5.4.2. Que la no evitación del resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado debido.

Al producirse el resultado en este evento, esta evitación de dicho resultado debe ser consecuencia de la inobservancia del cuidado debido, es decir, el garante está obligado actuar en este hecho y su actuación consiste en evitar el resultado del daño al bien jurídico que debe proteger, por tal situación al no observar dicho cuidado se produce el resultado precisamente debido.

5.4.3. El resultado debe ser de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

El niño que se ahoga, hecho o resultado que el bañista o vigilante trataba de evitar, al arrojar un flotador al niño en problema en lugar de lanzarse él mismo al agua y salvar al niño; la madre que deja sin cuidados a un recién nacido de 24 horas sin pensar que ello puede producir y ocasionar la muerte, y no hace nada para evitar el resultado, son hechos o resultados que la norma en cuestión trataba de evitar.

5.4.4. Debe concurrir los otros elementos comunes en los delitos de comisión por omisión.

Estos elementos primordiales pueden ser la posición de garante, sin el cual el omitente no se le puede responsabilizar por una conducta omisiva, la capacidad de acción o evitación del resultado.

5.4.5. El tipo subjetivo. Capacidad de conocer y de querer.

5.4.5.1. El dolo, (ya analizado en los delitos dolosos).

5.4.5.2. La Culpa.

Como es del conocimiento general, la culpa o delito culposo, se efectúa cuando hay imprudencia, falta de cuidado, o falta de pericia.

En la culpa son los actos humanos los que conducen al terreno de lo culposo, es decir, a ser imprudente o negligente u obrar con impericia o con violación de reglamento, y su referencia a la mente del autor es directa, como refiere Ferreira Delgado, Francisco.⁵⁴⁹

Para los delitos de omisión impropia debe añadirse la especialidad de que en los hechos imprudentes, en parte, coincide el deber de garante y el deber

⁵⁴⁹ Citado por Daza Gómez, Carlos, Teoría General, Ob. cit. p. 281.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

objetivo de cuidado, aunque deben diferenciarse conceptualmente para que pueda medirse correctamente el alcance que les corresponde.

Ejemplos: El constructor tiene, para asegurar el tráfico (apertura de una fuente de peligro al abrir una zanja de obras), el deber de adoptar las usuales precauciones de cierre, pero aquí termina también su deber de cuidado. Por otra parte, el garante tampoco puede hacer menos de lo que le impone su deber de cuidado. Quien por ejemplo, abre un ferrocarril de montaña para esquiadores, en caso de una helada extrema debe cerrar a tiempo las zonas de partida.

Finalmente, la imprudencia también puede referirse aquí la posición de garante.

Ejemplo: La maestra que ve desde el aula cómo juegan peligrosamente a trepar unos niños, uno de los cuales sufriría un accidente mortal, actúa imprudentemente si no comprueba si se trata de niños de su propia escuela a los que debería prohibir el juego.

Welzel, sostiene que en los delitos de omisión impropia también puede presentarse la falta de cuidado que fundamenta la culpa, bajo los mismos presupuestos que en los delitos de omisión culposos, a saber:

- a) En el planeamiento o en la ejecución de la acción para impedir el resultado: el bañero lanza el salvavidas muy lejos o no se percató que debería lanzarse él al agua, para poder intervenir eficazmente.
- b) Al enjuiciar la situación típica: el bañero no presta atención y no oye el grito de ayuda, u oye el llamado, pero no cuenta con la producción del resultado, por ejemplo, porque cree que la persona que no sabe nadar puede ayudarse a sí misma en aguas no profundas.

Por el contrario, no cabe considerar culpa cuando el omitente no ha reconocido su posición de garante; ejemplo: si un padre omite salvar a un niño que es llevado por las olas, sin darse cuenta que es su propio hijo, sólo lesiona el deber de socorro, pero no el deber de garante, es decir, una norma de salvar a un niño que se ahoga, pero no una de prestar atención respecto a si el niño es su propio hijo. Coincidencia sobre la relación entre el deber de garante y el deber objetivo de cuidado.

Zaffaroni,⁵⁵⁰ sostiene al respecto que hay instancias en que puede surgir la culpa al deber de cuidado y señala los siguientes puntos:

- 1 En la apreciación de la situación típica (el policía que oye gritos pidiendo socorro y, faltando al deber de cuidado, cree superficialmente que es una broma);
- 2 Falta de cuidado al ejecutar el mandato (el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina en lugar de agua);

⁵⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, TENORIO TAGLE, Fernando, Ob. cit. p. 557.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

- 3 Falta de cuidado al apreciar la posibilidad física de ejecución (el que supone que no podrá salvar al niño porque con superficialidad juzga que el agua es profunda); y
- 4 Falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante (el médico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche). La hipótesis b, lleva una tipicidad culposa activa.

Mir Puig Santiago, por su lado señala respecto de los delitos de comisión por omisión culposos y dice:

Si el segundo momento de la estructura típica de todo delito de omisión es la ausencia de la acción debida, a ella cabe seguir en los de comisión por omisión la producción de un resultado.

Por ello, mientras que los delitos de omisión pura en que basta la ausencia de la acción son tipos de mera actividad, los de comisión por omisión son tipos de resultado, importa sin embargo, subrayar que no toda omisión jurídico penal a la que se sigue un resultado constituye comisión por omisión, sino que además es precisa la concurrencia de la posición de garante (A) y la capacidad de evitar el resultado (C) en el autor. De lo contrario, pese a la presencia del resultado, cabrá a lo sumo si así lo permite la ley penal apreciar un delito de omisión pura.⁵⁵¹

Jakobs, por su parte dice: el tipo del delito imprudente de omisión se distingue del doloso simplemente en que, en lugar del juicio de que la realización del tipo objetivo es al menos no improbable (dolo), se sitúa la cognocibilidad individual de que la realización del tipo objetivo no es improbable. Cognocibilidad quiere decir: si el autor hubiera juzgado sobre la realización del tipo, no habría concluido que era improbable. El que el autor tenga una ocasión, entendido de modo psicologizante, para juzgar es tan diferente como en la situación correspondiente del delito de comisión (supra 9/5). Si el autor juzga y no llega a la conclusión de que sea inminente la realización del tipo, falta la imprudencia, si el autor no puede por ejemplo: como consecuencia de su estado de alteración motivarse de modo dominante a juzgar la situación, pero si lo hubiese hecho habría percibido la realización del tipo, se da imprudencia; el comportamiento del autor, no obstante puede quedar exculpado por inexigibilidad (infra 29/100).

La imprudencia puede referirse a todos los elementos del tipo objetivo; no hay elementos que tengan que ser conocidos como mínimo. Objeto de la imprudencia pueden, ser: la inminencia del resultado, la configuración de la vía óptima, dependiendo de la situación, en orden a evitar el resultado (lo cual abarca también la suposición errónea de la aptitud óptima de la vía elegida y de su ejecución) y los presupuestos de la posición de garante.⁵⁵²

⁵⁵¹ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal....., Ob. cit. p. 317.

⁵⁵² JAKOBS, Gunther, Derecho penal, Fundamentos y teoría....., Ob. cit. pp. 1018 y 1019.

(Se dice que estos presupuestos de posibles de omisión imprudente no presentan una estructura común. De estructura divergente sería el caso de intento insuficiente de evitar el

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

En la Ciudad de México, el artículo 18º del Código penal en estudio, ⁵⁵³ establece lo siguiente:

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que objetivamente era necesario observar”.

En el artículo 19 del Código penal en análisis establece el principio de *numerus clausus* para la punibilidad de los delitos culposos). Los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.

5. 5. Los Códigos penales de los Estados de la República Mexicana, afiliados al Código Penal Federal, (delitos dolosos).

Los códigos penales de los estados de la República Mexicana, afiliados al código penal federal, en cuanto a su estructura y fuentes de garantía solamente quedan cinco y son los siguientes: Estado de México, establece en su artículo 7º, Guanajuato, señala en su artículo 9º, San Luis Potosí, establece en su artículo 16, Sonora lo hace en su artículo 5º y Yucatán en su artículo 6º, por supuesto se guían por las fuentes formales de Von Feuerbach, ⁵⁵⁴ como se observa en el cuadro siguiente:

Num.	Entidad Federativa	Requisitos de integración	Fuente derivada del artículo
1	Estado de México	a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia). b) Ausencia de la acción debida. c) Producción del resultado material.	Artículo 7º. a) <i>“si tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su actuar precedente.”</i> b) <i>“también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo.”</i> c) <i>“En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico</i>

resultado, en el que el autor se da cuenta de lo dudoso de que vaya a alcanzar su objetivo, pero no percibe otra vía mejor, si bien podría haberla percibido. Aquí no sería definible la imprudencia como cognocibilidad del tipo objetivo. Dado que el autor, en este caso, a pesar de no conocer su capacidad abstracta para eliminar (o disminuir) el riesgo restante, si podría haberla conocido, le falta toda peculiaridad a esta “estructura”.

⁵⁵³ Código Penal Federal, Publicado en el Diario oficial de la Federación, el 14 de agosto de 1931.

⁵⁵⁴ Cfr. www.ordenjuridico.gob.mx.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

			producido”
2	Guanajuato	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p>	<p><i>Artículo 9º.</i></p> <p>a) <i>”el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su actuar precedente.”</i></p> <p>b) <i>”también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo.</i></p> <p>c) <i>” En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido”.</i></p>
3	San Luis Potosí	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Capacidad de Acción y posibilidad de evitarlo.</p>	<p><i>Artículo 16.</i></p> <p>a) <i>”si tenía el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su actuar precedente.”</i></p> <p>b) <i>”a quien omite impedirlo.”</i></p> <p>c) <i>”En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido.”</i></p> <p>d) <i>Si de acuerdo a las circunstancias podía hacerlo y además tenía el deber jurídico de evitarlo.</i></p>
4	Sonora	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p>	<p><i>Artículo 5º.</i></p> <p>a) <i>”que el que omitió impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.”</i></p> <p>b) <i>”que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva”.</i></p> <p>c) <i>”se considerará que el resultado es producto de la omisión de impedirlo”.</i></p>
5	Yucatán	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la</p>	<p><i>Artículo 6º.</i></p> <p>A) <i>”Al que omite impedirlo, si éste, tenía el deber jurídico de evitarlo derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”.</i></p>

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

		acción debida. c) Producción del resultado material.	b) “el resultado es consecuencia de una conducta omisiva.” c)” También será atribuible el resultado típico producido el que omite impedirlo”.
--	--	---	--

5.5.1. Estructura del tipo objetivo ee los delitos dolosos,afiliados al Código Penal Federal.

Peculiaridades del tipo objetivo en los delitos dolosos.

El tipo de comisión por omisión, como ya se anotó en el capítulo anterior, debe contener la misma estructura que la omisión pura o simple, observándose los siguientes elementos: a) La situación típica, b) la ausencia de la acción determinada, y c) la capacidad de realizarla, complementando 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.⁵⁵⁵

Para estudiar la comisión por omisión veamos cómo lo estructura el Código Penal Federal de 1931, a partir de la reforma de 1994.

En la parte general del código penal federal reformado en su artículo 7º, segundo párrafo, establece las características de la figura a estudio, y de esa misma manera los códigos penales arriba señalados

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

Los códigos penales arriba mencionados por afiliarse al federal, se integran con los requisitos que marca la norma federal y exige la doctrina dominante en cada uno de los supuestos indispensables para ello.

5.5.1.1. La situación típica

En la situación típica debe concurrir tal como ya se planteó previamente, la producción del peligro inminente de una lesión o de una puesta en peligro de un bien jurídico, es decir, la producción de un resultado típico de un delito de comisión por omisión, o sea la muerte, la lesión corporal, la privación de la libertad, el incendio, así como todas las circunstancias particulares que se presentan en el contexto del evento, las características que reúne la posición de

⁵⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*.....,Ob. cit. p. 305.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

garante, como lo señalan los maestros Welzel,⁵⁵⁶ Jescheck,⁵⁵⁷ Silva Sánchez,⁵⁵⁸ Mir Puig,⁵⁵⁹ Sánchez Tomás⁵⁶⁰ y otros.

Los códigos señalados al igual que el federal hablan en primer término de “los delitos de resultado material”.

Es decir, no mencionan como delitos de comisión por omisión, sino solamente de resultado material.

Es menester señalar que los delitos de resultado material, son los que protegen los bienes jurídicos de mayor rango o valoración, como la vida, la integridad corporal, la libertad y la propiedad, no quiere decir esto, que los de mayor rango, sean solamente los señalados anteriormente, sino que habrán otros que merezcan un análisis y valoración profunda y que puedan considerarse como tales.

Asimismo, muchos delitos que se encuentran en la parte especial del código penal federal, así como en los estatales no todos pueden ser de producción material, ya que para ello, será necesario hacer un análisis profundo en cada uno de ellos, puesto que muchos de esos delitos son de resultado solamente típicos, sin afectar el mundo exterior, como la portación de arma, delitos de propia mano, etc.

Continúa la descripción de la norma aludida señalando, que también será atribuible el resultado típico producido, al que omita impedirlo.

Como se observa se habla de la atribuibilidad, entendiéndose como tal la imputación que se le formula a alguien, al que omitió impedirlo o sea el que no evitó la producción del evento concurrido.

5.5.1.2 La no realización de una acción tendiente a evitar el resultado.

En los delitos de comisión por omisión la parte fundamental de este hecho será lo que finalmente sea atribuible al sujeto del resultado material, consistente en la no realización de una acción tendiente a evitar el resultado. Cuando en los delitos de omisión propia se sanciona quien no realizó la conducta mandada, en los de comisión por omisión será responsable y se sancionará como tal, quien no evitó el resultado, entrando en juego el papel de garante, porque no todos pueden cometer el delito de comisión por omisión sino únicamente quien reúna o quienes reúnan los requisitos de garante, que están obligados a procurar la protección de un bien jurídico.

⁵⁵⁶ WELZEL, Hans, Derecho penal alemán Ob. cit. pp.290 y 291.

⁵⁵⁷ JESCHECK, Hans Heinrich, tratado de derecho penal..... Ob. cit. pp. 848 y 849.

⁵⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, El delito de omisión..... Ob. cit. p. 353.

⁵⁵⁹ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal..... Ob. cit. p. 305.

⁵⁶⁰ SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, Comisión por omisión..... Ob. cit. p. 65.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Como ya se analizó con mayor amplitud; en los delitos de resultado material, como en los de comisión por omisión, se habla de un resultado y éste sucede únicamente si no se realiza la acción para evitar dicho resultado. Este resultado debe ser también objetivamente imputable al omitente, así en los delitos de comisión, la imputación objetiva requiere que el autor haya causado el resultado, y si por el contrario, el resultado típico únicamente deja de evitarse, se suscita la cuestión de las condiciones bajo las cuales debe tener vigor la imputación objetiva, en otras palabras, existe una causalidad de la omisión.

Nuestros códigos penales en análisis señalan “que también será atribuible el resultado típico producido, al que omitió impedirlo”.

5.5.1.3. La capacidad de acción o evitación del resultado.

La capacidad para evitar el resultado actúa como presupuesto y a la vez como límite de la posición de garante, como ya se afirmó anteriormente, así pues se puede ser garante sólo en la medida en que se está en las condiciones de evitar el resultado y, a su vez ser garante hasta el límite de esta posibilidad. Esta capacidad debe entenderse física y real para que el omitente sea imputable del resultado.

Obsérvese que los códigos penales en estudio, no señalan expresamente dicho elemento, por lo que se entiende que dicha capacidad debe estar presente al momento de ocurrir los hechos en el omitente o garante para hacer efectiva su participación, y asimismo resultar atribuible dicha imputación.

5.5.1.4. Conocimiento de la situación típica.

La capacidad de acción o evitación del resultado presupone la concurrencia en particular de los siguientes elementos: el conocimiento de la situación típica, de la inminente producción del resultado delictivo; y el conocimiento del modo de evitar el resultado.

El conocimiento de la situación típica, implica conocer la inminente producción del resultado, aunque es suficiente contar con la producción del resultado, pero es necesario tener su conocimiento.

El conocimiento de la situación típica, no se encuentra previsto en las normas de referencia, por tanto es una laguna que propicia inseguridad jurídica tanto para la víctima como al propio omitente, al no precisarse normativamente dicho requisito.

5.5.1.5. Conocimiento del modo de evitar del resultado.

La posibilidad de reconocer la vía para evitar el resultado, como ya se analizó previamente, consiste en la capacidad de planeamiento para evitar el resultado el

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

que no actúa tiene que poder reconocer la vía y los medios para salvar el bien jurídico amenazado.

Esta capacidad le incumbe al omitente, y los códigos penales en análisis, no observan como característica especial, sino que queda como laguna en las legislaciones de referencia propiciando mayor injusticia al no agotar los extremos necesarios para ello.

5.5.1.6. Posibilidad física y real de evitarlo.

La posibilidad física y real de evitar el resultado, como ya se analizó en su oportunidad, debe ser una circunstancia que permita que el garante, a pesar de tener una obligación de evitar el resultado, cuente con esa posibilidad física y real para actuar de tal manera, ya que sin esa posibilidad, no podría cumplir con su cometido y tampoco podría imputársele el resultado de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico a que se obligó a proteger, es decir, estas circunstancias deben ser eficaces para que pueda hablarse de una probabilidad para evitar el resultado y, en caso contrario, no le sería imputable objetivamente el garante la no evitación del resultado.

Esta característica tampoco la señalan los códigos penales citados, y se entiende que esto va implícito en las circunstancias que debe afrontar el garante, es decir, son las circunstancias con que debe contar el garante al momento de intervenir en el hecho, para que pueda ser imputable su comportamiento.

5. 5.1.7. Ostentar la posición de garante (primer criterio de equivalencia).

El resultado típico el que se analiza, señala la norma que será atribuible “al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo”

Como ya se analizó previamente en esta investigación, y según planteamiento de varios autores ya referidos, 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 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 “. Así se dice que la doctrina jurídica y la jurisprudencia han elaborado un trabajo de siglos, en las diversas clases de posición de garante. Hoy día es del conocimiento general que el deber de garante se deriva de la ley, el reglamento y actuar precedente.

Una posición de garante puede estar reconocida directamente en un precepto jurídico, así, sobre todo, en las instituciones jurídicas del matrimonio, de la familia, de la patria potestad, de la paternidad, etc. De ellas se desprenden deberes jurídicos de garante en sentido estricto; a ellos pertenece sobre todo los deberes del derecho de familia, de paternidad, etc.

5.5.1.8. La correspondencia de la omisión a la acción.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

La imputación objetiva del resultado típico en los delitos de omisión impropia, se basa según análisis ya realizado en el capítulo anterior, en que en lugar de la causación del resultado por un hacer positivo tiene lugar la no evitación del mismo (omisión) en contra de un deber de garante, es decir, junto a los puros delitos de causación como el homicidio, lesiones, daños, el incendio imprudente; existen sin embargo, delitos de omisión en los que no es típica la producción del resultado por sí sola, sino también el que tenga lugar de una determinada forma, comisión por omisión.

Como plantea el § 13 del código penal alemán requiere como segundo criterio de equivalencia, que la omisión corresponda a la realización del tipo legal mediante un hacer. Ahora bien, lo injusto específico de la acción que encierra el no impedir el resultado en los delitos llamados de omisión únicamente puede corresponder al hacer positivo si el resultado se ha realizado en la forma exigida por el tipo, es decir, mediante engaño, coacción, procuramiento de ocasión, empleo de un instrumento peligroso, o de un modo equivalente.

Una problemática especial presenta los delitos llamados de comisión por omisión o de omisión impropia. Como se advierte en ellos, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que 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, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos que también constituyen a la producción del resultado prohibido.

De esta suerte, nadie duda en incluir en la acción típica de homicidio el comportamiento de la madre que deja morir de hambre al recién nacido, el de la enfermera que no conecta el suero al cuerpo del enfermo; en todos estos casos se puede decir que la omisión equivale a la acción y, por consiguiente, también constituye una acción de matar el dejar morir a una persona en estas circunstancias. Esta cláusula de la equiparación valorativa o cláusula de equivalencia entre acción y omisión es, por consiguiente, como se reconoce en el artículo 11 (del Código Penal Español), el punto de partida para imputar un determinado resultado a un simple no hacer y que, sin embargo, no siempre hay unanimidad a la hora de equiparar la omisión a la acción respecto de un resultado prohibido y por lo tanto sigue siendo una de las cuestiones más discutidas en la Dogmática jurídico-penal descubrir el fundamento de esta equivalencia y los límites de la misma.

Como se advierte en la redacción de los códigos penales en estudio, en razón de la crítica de los doctrinarios mexicanos, en el sentido de que esta figura jurídica (la comisión por omisión), incurría el principio de legalidad, al no precisarse expresamente en una ley, los supuestos de la misma y sobre todo el origen del deber jurídico en especial, misma situación que ya se subsanó con las reformas del código penal federal en 1994, al agregar en su segundo párrafo este principio

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

tal como la tenemos en la actualidad, donde reza: "... en los delitos de resultado material, ...también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo..." (Omisión), nace de esta manera el principio de legalidad, y los códigos penales en estudio se subsanan al afiliarse al código penal federal. Asimismo, con la publicación del Código Penal para el Distrito Federal, quedó cubierta la parte conducente respecto de la "equiparación o correspondencia de la omisión a la acción" base fundamental para manejar la omisión en relación con la acción. Por tanto los códigos penales en análisis, gozan de esa novedad y estamos en realidad apegados al principio de legalidad.

5.5.2. El tipo subjetivo.

Como ya se ha analizado el capítulo anterior, que el derecho penal se refiere por lo general a la conducta externa (objetiva y física); sin embargo, el derecho penal puede referirse también a la conducta interna (subjetiva y psíquica). La convivencia externa de las personas es siempre, al fin y al cabo, solamente la expresión de la actitud interna y psíquica de ellas. Tampoco el derecho puede pasar por alto este aspecto; si el derecho no quiere ser y no debe ser, fundamentalmente una "ordenación de los sentimientos" puede y debe incluir en sus apreciaciones también lo psíquico como origen de la conducta externa. De ahí que aun el injusto y muy especialmente el injusto jurídico-penal contenga elementos subjetivos del injusto". Capacidad de conocer y de querer.

5.5.2.1. El dolo en los delitos de omisión.

Los casos "clásicos" de tales elementos subjetivo del injusto en la fundamentación del injusto se ponen de manifiesto en el derecho en vigor, en las tres formas siguientes:

1. En los llamados delitos de intención. El hecho de quitarle a otro una cosa mueble que le pertenece, es un hurto, con arreglo al & 422, si sólo se realiza con la "intención" subjetiva de apropiarse antijurídicamente de la misma. Pertenece a estos delitos especialmente aquellos casos que se ha dado en llamar "delitos mutilados de dos actos", en los que el autor hace algo como medio de un actuar posterior, como ocurre, por ejemplo, cuando se falsifica el dinero "a fin de usarlo como genuino" & 146, o "los delitos de resultado cortado", en los que el autor hace algo para que se produzcan consecuencias posteriores; el caso, por ejemplo, del que suministra veneno "a fin de perjudicar la salud de otro" & 229.

2. En los llamados delitos de tendencia, donde la acción aparece como expresión de una tendencia subjetiva del autor y cae bajo la sanción de la ley en donde esta tendencia existe. No toda palpación de los órganos genitales (el caso por ejemplo: de que la misma sea efectuada con finalidades de diagnóstico médico) es una "acción impúdica" en el sentido del & 176, n, 3; lo es solamente si ella tiende a excitar o satisfacer el instinto sexual.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

3. En los llamados delitos de expresión, la acción se pone de manifiesto como expresión de un proceso o estado interno y psíquico del autor. Si no se compara el suceso externo con su aspecto psíquico, no se puede juzgar terminalmente acerca de la antijuridicidad y de la tipicidad; si se trata, por ejemplo, de establecer si el autor ha prestado una declaración verídica o falsa sobre su intención al realizar un negocio jurídico & & 153 y sigts. ⁵⁶¹

Welzel, ⁵⁶² por su parte al hablar del tipo subjetivo de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, refiere las características propias del autor, y señala como tales la: posición de garante del omitente respecto del bien jurídico lesionado (la parte extralegal del tipo que debe elaborar el juez).

Dentro de las circunstancias de la omisión, encontramos las características de la situación típica, la no ejecución de una acción y el poder final del hecho para el cumplimiento del mandato, en este último supuesto, el que no actúa omite la acción ordenada por el mandato sólo cuando tenía el poder para la ejecución. Para ello es necesario:

- a) El conocimiento de la situación típica: es suficiente el contar con su existencia, el mero tener que conocer no basta;
- b) De acuerdo a la concepción tradicional, aunque raramente tratado y aún más raramente revisada, es necesario el conocimiento (la conciencia) del omitente de su poder de hecho para la ejecución de la acción omitida (el llamado dolo de omisión en analogía al dolo de hecho). En este supuesto, sería necesario no solo la conciencia del poder del hecho, sino además, una decisión de omitir.

Por ello ha de bastar, que habiendo conocimiento de la situación de la cual se desprende el deber de actuar, al omitente le haya sido reconocible el camino para la realización de la acción mandada (capacidad de planeamiento). Por ejemplo, tiene que poder reconocer cómo puede efectuar una denuncia oportuna o prestar una ayuda eficaz.

c) La posibilidad real-física de llevar a efecto la acción mandada. El que no ha actuado tiene que poder tomar efectivamente el camino, que le es reconocible, para alcanzar el fin fijado por el mandato; el plan de acción proyectado tiene que ser realizable.⁵⁶³

La posición de garante comprende los elementos decisivos de autor, que convierte al que omite evitar el resultado típico en un autor de omisión, esta posición de garante es una especial y estrecha relación vital con el bien jurídico a proteger, asimismo, el garante o el omitente ha de reunir una serie de circunstancias que solamente a él le corresponden por su carácter de garante y la serie de posibilidades que debe ostentar para ello, como su capacidad física y

⁵⁶¹ MEZGER, Edmundo, Derecho Penal....., Ob. cit. pp. 136 y 137.

⁵⁶² WELZEL, Hans, Derecho penal alemán....., Ob. cit. p. 282.

⁵⁶³ WELZEL, Hans, Derecho penal alemán....., Ob. cit. pp. 290 y 291.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

real, el conocimiento de la situación típica y la inminente producción de peligro que debe enfrentar para salvar el bien jurídico indicado.

El tipo subjetivo en los delitos de comisión por omisión requiere precisamente que el sujeto de la posición de garante conozca, para que sea atribuible el resultado de la acción, la situación típica todas estas circunstancias en que se ve involucrado, el conocimiento del significado antijurídico del hecho, y la posibilidad de poder evitarlo o el cómo poder evitarlo.

Para ello es indispensable analizar brevemente las circunstancias de la responsabilidad y esto obliga estudiar las figuras de la antijuridicidad, imputabilidad y finalmente la culpabilidad del sujeto de la posición de garante.

Kaufmann afirma, la idea de que resulta inconcebible una voluntad de realización dirigida a omitir es aplicable también para la omisión impropia. Así pues, hay que referirse a las reflexiones tanto ontológicas como dogmáticas con respecto a esta cuestión.⁵⁶⁴

También la situación política-criminal fuerza en el delito de omisión impropia al igual que en el de omisión propia a romper con la doctrina tradicional del dolo de omitir. E. Schmidt propone: “si todo error sobre la cuestión de qué hay que hacer para cumplir el deber de garante beneficia al autor en el sentido de que no puede apreciarse completamente doloso y que la punibilidad sólo es posible cuando, por casualidad, también esté conminada con pena la realización imprudente del tipo, ello puede desembocar en un privilegio, eventualmente muy poco soportable, de aquel que previsoramente ni siquiera reflexiona, o sea, que es completamente indiferente o desconsiderado. Esta posición se refiere, primordialmente, a aquellos supuestos críticos en los que el garante se ha dado cuenta de la lesión de bien jurídico que amenaza producirse y de las circunstancias fundamentadoras de su posición de garante, pero no cae en la cuenta de la concreta acción de salvación, en la posibilidad de intervenir.”⁵⁶⁵

Tampoco en el delito de omisión impropia cabe hablar de decisión de omitir, de voluntad de omitir, o de omisión consciente; más bien, en el aspecto subjetivo se requiere el conocimiento de la situación típica, es decir, la representación de la lesión del bien jurídico que amenaza producirse y de las circunstancias fundamentales de la posición de garante; por lo demás, basta la cognoscibilidad de la vía de salvación para admitir un delito omisivo cuasi doloso en aquel que no interviene en absoluto. Si el garante no se ha dado cuenta de la posibilidad de salvación que le era cognoscible, pero al menos ha buscado medios de salvación o emprendido una vía de salvación inadecuada, sólo cabe plantearse la imprudencia. No se trata de si el omitente ha tomado una decisión de omitir- ello sólo cabría a plantearse en un sentido totalmente distinto al del delito comisivo-, sino de si el garante capaz de acción ha adoptado (y puesto en práctica), o no,

⁵⁶⁴ KAUFMANN, Armin, Dogmática de los delitos,....., Ob. cit. p. 313.

⁵⁶⁵ Citado por KAUFMANN, Armin, Dogmática de los delitos....., Ob. cit. p. 314.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

una decisión de actuar para evitar el resultado. De no haberlo hecho, se da una omisión impropia cuasi dolosa.⁵⁶⁶

El tipo subjetivo debe estudiarse conforme al artículo 18 del Código Penal Mexicano.

Dolo y culpa, que hablan del conocimiento y querer, que debe sustentar el sujeto omisivo, y conforme las observaciones planteadas por el maestro Wolfgang Schone, en su obra titulada *Técnica Jurídica, Consejos para la resolución de casos en materia penal*.⁵⁶⁷

5.5.2.2. El aspecto subjetivo respecto de la culpa se abordará en su oportunidad cuando se trate de delitos culposos de omisión, observaré algunos elementos primordiales en su estructura del delito imprudente de comisión por omisión.

5. 6. Estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes o culposos.

La estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes o culposa.

Dentro de los elementos del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes hay que estudiar los siguientes elementos: Dolo y Culpa, además principios de los *numerus clausus* (arts. 8º y 9º del C.P.F).⁵⁶⁸

En los delitos imprudentes o culposos de comisión por omisión no se evita la producción del resultado delictivo por infringir el cuidado objetivamente debido.

5.6.1. La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos: En el enjuiciamiento de la situación típica y en el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

5.6.1.1. En el enjuiciamiento de la situación típica.

La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos:

En el enjuiciamiento de la situación típica. Si el sujeto no conoce la producción inminente del resultado delictivo por no haber observado el cuidado objetivamente debido.

⁵⁶⁶ KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos*....., Ob. cit. p. 315.

⁵⁶⁷ SCHONE, Wolfgang. *Técnica jurídica, Consejos para la resolución de casos en materia penal*. Editorial Intercontinental. Paraguay. 1998. pp. 39 y ss.

⁵⁶⁸ Código Penal Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de agosto de 1931.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Ejemplo: Tenemos los ejemplos clásicos: el bañista que arroja un flotador al niño que se ahoga en lugar de lanzarse él mismo al agua; el amigo atiende por sí mismo al intoxicado por somníferos sin avisar a ningún médico; así en los delitos de comisión impropia la imprudencia puede referir a la inminente producción del resultado típico (la madre que deja sin cuidados a un recién nacido de 24 horas, no piensa que ello puede producirse daños a su salud.

En los delitos de omisión impropia legalmente regulados para los que basta la imprudencia la puesta en peligro del tráfico rodado por la ausencia de señalización de vehículos detenidos o estacionados y la falta de control jerárquico.

Los delitos de omisión impropia no regulados en la ley; pueden cometerse por imprudencias siempre que el correspondiente tipo de comisión considere suficiente la culpa.

La estructura de la imprudencia es en los delitos de omisión en principio, la misma que en los delitos de comisión, sin embargo, existen distintas posibilidades de imprudencia.

5.6.1.2. En el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos: así también en el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

Para los delitos de omisión impropia debe añadirse la especialidad de que en los hechos imprudentes, en parte, coincide el deber de garante y el deber objetivo de cuidado, aunque deben diferenciarse conceptualmente para que pueda medirse correctamente el alcance que les corresponde.

Ejemplos: El constructor tiene, para asegurar el tráfico (apertura de una fuente de peligro al abrir una zanja de obras), el deber de adoptar las usuales precauciones de cierre, pero aquí termina también su deber de cuidado. Por otra parte, el garante tampoco puede hacer menos de lo que le impone su deber de cuidado. Quien por ejemplo, abre un ferrocarril de montaña para esquiadores, en caso de una helada extrema debe cerrar a tiempo las zonas de partida.

5.6.2. Que la no evitación del resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado debido.

Al producirse el resultado en este evento, esta evitación de dicho resultado debe ser consecuencia de la inobservancia del cuidado debido, es decir, el garante está obligado actuar en este hecho y su actuación consiste en evitar el resultado del daño al bien jurídico que debe proteger, por tal situación al no observar dicho cuidado se produce el resultado precisamente debido.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

5.6.3. El resultado debe ser de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

El niño que se ahoga, hecho o resultado que el bañista o vigilante trataba de evitar, al arrojar un flotador al niño en problema en lugar de lanzarse él mismo al agua y salvar al niño; la madre que deja sin cuidados a un recién nacido de 24 horas sin pensar que ello puede producir y ocasionar la muerte, y no hace nada para evitar el resultado, son hechos o resultados que la norma en cuestión trataba de evitar.

5.6.4. Debe concurrir los otros elementos comunes en los delitos de comisión por omisión.

Estos elementos primordiales pueden ser la posición de garante, sin el cual el omitente no se le puede responsabilizar por una conducta omisiva, la capacidad de acción o evitación del resultado.

5.6.5. El Tipo subjetivo. Capacidad de conocer y de querer. (Culpa).

5.6.5.1. El dolo. (Ya tratado líneas arriba).

5.6.5.2. La Culpa.

Como es del conocimiento general, la culpa o delito culposo, se efectúa cuando hay imprudencia, falta de cuidado, o falta de pericia.

En la culpa son los actos humanos los que conducen al terreno de lo culposo, es decir, a ser imprudente o negligente u obrar con impericia o con violación de reglamento, y su referencia a la mente del autor es directa, como refiere Ferreira Delgado, Francisco.⁵⁶⁹

Finalmente, la imprudencia también puede referirse aquí la posición de garante. Ejemplo: La maestra que ve desde el aula cómo juegan peligrosamente a trepar unos niños, uno de los cuales sufriría un accidente mortal, actúa imprudentemente si no comprueba si se trata de niños de su propia escuela a los que debería prohibir el juego.

Welzel, sostiene que en los delitos de omisión impropia también puede presentarse la falta de cuidado que fundamenta la culpa, bajo los mismos presupuestos que en los delitos de omisión culposos, a saber:

- 1) En el planeamiento o en la ejecución de la acción para impedir el resultado: el bañero lanza el salvavidas muy lejos o no se percata que debería lanzarse él al agua, para poder intervenir eficazmente.
- 2) Al enjuiciar la situación típica: el bañero no presta atención y no oye el grito de ayuda, u oye el llamado, pero no cuenta con la producción del

⁵⁶⁹ Citado por Daza Gómez, Carlos, Teoría GeneralOb. cit. p. 281.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

resultado, por ejemplo, porque cree que la persona que no sabe nadar puede ayudarse a sí misma en aguas no profundas.

Por el contrario, no cabe considerar culpa cuando el omitente no ha reconocido su posición de garante; ejemplo: si un padre omite salvar a un niño que es llevado por las olas, sin darse cuenta que es su propio hijo, sólo lesiona el deber de socorro, pero no el deber de garante, es decir, una norma de salvar a un niño que se ahoga, pero no una de prestar atención respecto a si el niño es su propio hijo. Coincidencia sobre la relación entre el deber de garante y el deber objetivo de cuidado.

Zaffaroni,⁵⁷⁰ sostiene al respecto que hay instancias en que puede surgir la culpa al deber de cuidado y señala los siguientes puntos:

- 1) En la apreciación de la situación típica (el policía que oye gritos pidiendo socorro y, faltando al deber de cuidado, cree superficialmente que es una broma);
- 2) Falta de cuidado al ejecutar el mandato (el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina en lugar de agua);
- 3) Falta de cuidado al apreciar la posibilidad física de ejecución (el que supone que no podrá salvar al niño porque con superficialidad juzga que el agua es profunda); y
- 4) Falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante (el médico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche).

Mir Puig Santiago, por su lado señala respecto de los delitos de comisión por omisión culposos y dice:

Si el segundo momento de la estructura típica de todo delito de omisión es la ausencia de la acción debida, a ella cabe seguir en los de comisión por omisión la producción de un resultado.

Por ello, mientras que los delitos de omisión pura en que basta la ausencia de la acción son tipos de mera actividad, los de comisión por omisión son tipos de resultado, importa sin embargo, subrayar que no toda omisión jurídico-penal a la que se sigue un resultado constituye comisión por omisión, sino que además es precisa la concurrencia de la posición de garante (A) y la capacidad de evitar el resultado (C) en el autor. De lo contrario, pese a la presencia del resultado, cabrá a lo sumo si así lo permite la ley penal apreciar un delito de omisión pura.⁵⁷¹

Jakobs, por su parte dice: el tipo del delito imprudente de omisión se distingue del doloso simplemente en que, en lugar del juicio de que la realización del tipo objetivo es al menos no improbable (dolo), se sitúa la cognocibilidad individual de que la realización del tipo objetivo no es improbable. Cognocibilidad quiere decir:

⁵⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, TENORIO TAGLE, Fernando, SLOKAR, Alejandro,Ob. cit. p. 557.

⁵⁷¹ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal....., Ob. cit. p. 317.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

si el autor hubiera juzgado sobre la realización del tipo, no habría concluido que era improbable. El que el autor tenga una ocasión, entendido de modo psicologizante, para juzgar es tan diferente como en la situación correspondiente del delito de comisión (supra 9/5). Si el autor juzga y no llega a la conclusión de que sea inminente la realización del tipo, falta la imprudencia, si el autor no puede por ejemplo: como consecuencia de su estado de alteración motivarse de modo dominante a juzgar la situación, pero si lo hubiese hecho habría percibido la realización del tipo, se da imprudencia; el comportamiento del autor, no obstante puede quedar exculpado por inexigibilidad (infra 29/100).

La imprudencia puede referirse a todos los elementos del tipo objetivo; no hay elementos que tengan que ser conocidos como mínimo. Objeto de la imprudencia pueden, ser: la inminencia del resultado, la configuración de la vía óptima, dependiendo de la situación, en orden a evitar el resultado (lo cual abarca también la suposición errónea de la aptitud óptima de la vía elegida y de su ejecución y los presupuestos de la posición de garante.⁵⁷²

En México, el artículo 9º del Código Penal Federal,⁵⁷³ establece en su segundo párrafo lo siguiente:

“ Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales “. Y así sucesivamente con los demás códigos penales en estudio.

5.7. Códigos penales de los Estados de la Federación, con filiación al Código Penal del Distrito Federal de 2002,⁵⁷⁴ (actualmente de la Ciudad de México).

Como lo podemos constatar en la mayoría de los códigos penales de la República Mexicana que se encuentran afiliados al código penal para el Distrito Federal, respecto del origen de las fuentes de garante del deber jurídico que le dan sustento de legalidad a estos ordenamientos jurídicos, y que son en total diecisiete código penales, que se afilian a las fuentes funcionales siendo los siguientes: código penal del Estado de Aguascalientes, en su artículo 13; código penal del Estado de Baja California, en su artículo 20; código penal del Estado de Campeche, en sus artículos 23 y 25; código penal del Estado de Chiapas, en sus

⁵⁷² JAKOBS, Günther, Derecho penal, Fundamentos y teoría....., Ob. cit. pp. 1018 y 1019.

(Se dice que estos presupuestos de posibles de omisión imprudente no presentan una estructura común. De estructura divergente sería el caso de intento insuficiente de evitar el resultado, en el que el autor se da cuenta de lo dudoso de que vaya a alcanzar su objetivo, pero no percibe otra vía mejor, si bien podría haberla percibido. Aquí no sería definible la imprudencia como cognoscibilidad del tipo objetivo. Dado que el autor, en este caso, a pesar de no conocer su capacidad abstracta para eliminar (o disminuir) el riesgo restante, si podría haberla conocido, le falta toda peculiaridad a esta “estructura”.

⁵⁷³ Código Penal Federal, Publicado en el Diario oficial de la Federación, el 14 de agosto de 1931.

⁵⁷⁴ Cfr. www.ordenjuridico.gob.mx.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

artículos 11 y 12; código penal del Estado de Chihuahua, en su artículo 16; código penal del Estado de Coahuila, en su artículo 51; código penal del Estado de Colima en su artículo 21; código penal del Estado de Durango, en su artículo 15; código penal del Estado de Guerrero, en su artículo 20; código penal del Estado de Hidalgo, en su artículo 17; código penal del Estado de Morelos, en su artículo 14; código penal del Estado de Nayarit, en su artículo 23; código penal del Estado de Oaxaca, en su artículo 7º; código penal del Estado de Puebla, en su artículo 23; código penal del Estado de Tabasco, en su artículo 20; código penal del Estado de Tabasco, en su artículo 9; código penal del Estado de Tamaulipas, en su artículo 14 bis; código penal del Estado de Tlaxcala, en su artículo 15; como se observa en el cuadro siguiente: ⁵⁷⁵

Núm.	Entidad Federativa	Requisitos de integración	Fuente derivada del artículo
1	Aguascalientes	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia)</p>	<p>Artículo 13. ...</p> <p>... I. Cuando exista obligación legal o contractual de actuar; La persona se encuentre en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia; o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien.</p> <p>....cuando la no evitación de aquel, se produzca el resultado.</p> <p>....al infringir un especial deber jurídico de la persona equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a una causación.</p> <p>....A tal efecto, se equiparará la acción a la omisión:</p>
2	Baja California	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p>	<p>Artículo 20. ...</p> <p>Será atribuible a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:</p> <p>Es garante del bien jurídico protegido;</p> <p>De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; o</p>

⁵⁷⁵ Cfr. www.ordenjuridico.gob.mx.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

		<p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>...Es garante del bien jurídico quien:</p> <p>a) Aceptó efectivamente su custodia;</p> <p>b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afrontaba peligros de la naturaleza;</p> <p>c) Con una actividad precedente, imprudente o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico tutelado; o</p> <p>d) Se hallaba en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia.</p> <p>.... a quien omite impedirlo,...</p> <p>...su inactividad es equivalente a la actividad</p>
3	Campeche	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>Artículos 23 y 25.</p> <p>Cuando el tipo prevea una acción o una omisión con resultado material, el autor es también autor de tal resultado por dicha actividad o inactividad. ..</p> <p>...</p> <p>...Quien omite evitar un resultado material será considerado autor del mismo, si éste tenía el deber de evitarlo, sólo si:</p> <p>...Es garante por:</p> <p>..a) Aceptar efectivamente su custodia;</p> <p>b) Generar el peligro con una actividad precedente imprudencial;</p> <p>c) Hallarse en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o sobre quien se ejerza la tutela.</p> <p>...-De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo;</p>

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

		Su actividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad.
4	Chiapas	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>Artículos 11 y 12.</p> <p>...en los delitos de resultado material es atribuible a quien haya omitido impedirlo, siempre y cuando el resultado fuera evitable y el activo tuviera el deber jurídico de evitarlo....</p> <p>...el activo tenía el deber jurídico de evitar el resultado, si la obligación deriva de:</p> <p>I. Su aceptación voluntaria y efectiva de la custodia del bien jurídico.</p> <p>II. Su propio actuar precedente.</p> <p>III. Su parentesco con el pasivo en línea ascendente o descendente sin limitación, por adopción, colateral hasta el cuarto grado o relación conyugal respecto de la vida, la salud o la integridad corporal.</p> <p>IV. El acuerdo de voluntades, libre y espontáneo, de la custodia del bien jurídico tutelado.</p>
5	Chihuahua	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de</p>	<p>Artículo 16. ...</p> <p>a) Si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si: Es garante del bien jurídico, por:</p> <p>a) Aceptar efectivamente su custodia, b) Formar parte voluntariamente de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;</p> <p>c) Generar el peligro para el bien jurídico con una actividad precedente imprudencial; o d) Hallarse en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad</p>

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

		equivalencia).	corporal de algún miembro de su familia o sobre quien se ejerza la tutela, o de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y b) será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo. c) en los delitos de resultado material..., ...d) Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.
6	Coahuila	a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia). b) Ausencia de la acción debida. c) Producción del resultado material. d) Equivalencia de acción a la omisión. (Segundo criterio de equivalencia).	Artículo 51. ... a) ...será necesario que el sujeto pueda evitarlo y tenga el deber jurídico de evitarlo si es garante, a quien:-- Acepte efectivamente su custodia, Voluntariamente forme parte de una comunidad que afronte peligros de la naturaleza; con una actividad precedente, culposa o fortuita, Se halle 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; o Se halle en una situación en la que el resultado sea inminente y seguro, advierta su realización y pueda evitarlo sin riesgo para él u otros. b)..... será necesario que el sujeto omita evitar el resultado.... c) En los tipos penales de resultado material....
7	Colima	a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia). b) Ausencia de la acción debida.	Artículo 21.... a) Es garante del bien jurídico quien: -) Aceptó efectivamente su custodia; -) Voluntariamente formaba parte de una comunidad;

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

		<p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>-) Con una actividad precedente, imprudente o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico tutelado; o</p> <p>-) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia, de la sociedad o sobre quien se ejerza tutela.</p> <p>b) quien omite evitar un resultado material....,</p> <p>c) delitos de resultado material;</p> <p>y</p> <p>d) Su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal.</p>
8	Durango	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>Artículo 15. ...</p> <p>Si:</p> <p>a) Es garante del bien jurídico, por:-</p> <p>Aceptar efectivamente su custodia;</p> <p>Formar parte voluntariamente de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;</p> <p>Generar el peligro para el bien jurídico con una actividad precedente imprudencial; o</p> <p>-Hallarse en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o sobre quien se ejerza la tutela.</p> <p>-De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y</p> <p>b) a quien omite impedirlo.</p> <p>c) será atribuible el resultado típico producido,</p> <p>d). Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.</p>
9	Guerrero		Artículo 20.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

		<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>a) si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si es garante del bien jurídico protegido; si:</p> <ul style="list-style-type: none"> -) Aceptó efectivamente su custodia; -) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afrontaba peligros; -) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico tutelado, o -) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia. <p>b) a quien omite impedirlo,</p> <p>c) Será atribuible el resultado típico material producido.</p> <p>d) Su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal.</p>
10	Hidalgo	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>Artículo 17.</p> <p>a) si este tenía el deber jurídico de evitarlo, si:- es garante del bien jurídico y;</p> <ul style="list-style-type: none"> --) Aceptó efectivamente su custodia; -) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza; -) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o, -) 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. <p>b)... a quien omite impedirlo....</p> <p>c) será atribuible el resultado típico producido.</p> <p>d) Su inactividad es, en su</p>

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

			eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.
11	Morelos	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>Artículo 14.</p> <p>a), si este tenía el deber jurídico de evitarlo, si es garante del bien jurídico --) Aceptó efectivamente su custodia; -) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza; -) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o, -) 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. b)... a quien omite impedirlo.... c) será atribuible el resultado típico producido. d) tenía la custodia legal de otra persona, en forma efectiva y concreta.</p>
12	Nayarit	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>Artículo 23.</p> <p>a) a quien omite impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo, si es garante y, -de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, --) Aceptó efectivamente su custodia; -) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza; -) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o, -) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad</p>

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

			<p>corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo. b)... a quien omite impedirlo.... c) será atribuible el resultado típico producido. d) su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal.</p>
13	Oaxaca	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>Artículo 7º.</p> <p>a) a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si es garante,-de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, --) Aceptó efectivamente su custodia; -) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza; -) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o, -) 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. b)... a quien omite impedirlo.... c) será atribuible el resultado típico producido. d) su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal.</p>
14	Puebla	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p>	<p>Artículo 23.</p> <p>a) a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si es garante,-de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, -) Aceptó efectivamente su custodia; -) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la</p>

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

		<p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>naturaleza;</p> <p>-) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o,</p> <p>-) 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.</p> <p>b)... a quien omite impedirlo....</p> <p>c) será atribuible el resultado típico producido.</p> <p>d) su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal.</p>
15	Tabasco	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>Artículo 9º.</p> <p>a) a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si es garante,-de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo.</p> <p>--) Aceptó efectivamente su custodia;</p> <p>-) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;</p> <p>-) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o,</p> <p>-) 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.</p> <p>b)... a quien omite impedirlo....</p> <p>c) será atribuible el resultado típico producido.</p> <p>d) su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal.</p>
16	Tamaulipas	<p>a) Posición de garante (primer criterio de</p>	<p>Artículo 14 Bis.</p> <p>a) el resultado de afectación o puesta en peligro se entenderá</p>

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

		<p>equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>imputado a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, cuando la no evitación de aquél al infringir un especial deber jurídico de la persona, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a una causación.</p> <p>-cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.</p> <p>-la persona se encuentre en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud, o integridad corporal de algún miembro de su familia, o</p> <p>-cuando la persona haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido por el particular tipo penal mediante un actuar precedente.</p> <p>b) a quien omite impedirlo.</p> <p>c) será atribuible el resultado típico producido.</p> <p>d) a tal efecto se equiparará la acción a la omisión.</p>
17	Tlaxcala	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p> <p>d) Equivalencia de acción a la omisión.</p> <p>(Segundo criterio de equivalencia).</p>	<p>Artículo 15.</p> <p>a) a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si es garante,-de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo,</p> <p>--) Aceptó efectivamente su custodia;</p> <p>-) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;</p> <p>-) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o,</p> <p>-) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia</p>

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

			de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo. b)... a quien omite impedirlo.... c) será atribuible el resultado típico producido. d) su inactividad es equivalente a la actividad prohibida en el tipo penal.
--	--	--	--

5.7.1. Estructura del tipo objetivo del los delitos dolosos.

Peculiaridades del tipo objetivo en los delitos dolosos.

El tipo de comisión por omisión, como ya se anotó en el capítulo anterior, debe contener la misma estructura que la omisión pura o simple, observándose los siguientes elementos: a) La situación típica, b) la ausencia de la acción determinada, y c) la capacidad de realizarla, complementando 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.⁵⁷⁶

El Código Penal para el Distrito Federal, de 2002.⁵⁷⁷

Así como el Código Penal para el Distrito Federal, estudia y estructura el delito de comisión por omisión en su artículo 16 del ordenamiento legal referido, así tenemos que los códigos penales en estudio estructuran en sus diferentes articulados como lo establece el artículo 16 del *Código Penal para el Distrito Federal*.

Y señalan en sus respectivos artículos:

“ 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 impedirlo; y*
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.*

Es garante del bien jurídico el que:

- 1 Aceptó efectivamente su custodia;
- 2 Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;

⁵⁷⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*.Ob. cit. p. 305.

⁵⁷⁷ Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 16 de julio de 2002.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

- 3 Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- 4 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.

Obsérvese que en la redacción de este tipo penal, trasciende los tres elementos primordiales:

1º. Son delitos de resultado material; 2º. La atribución de ese resultado típico producido a quien omite impedirlo; 3º. Si éste (el autor), tiene el deber jurídico de evitarlo.

Los requisitos que exige el nuevo precepto legal son: además de la existencia de un deber jurídico de evitar el resultado, la posición de garante, la posibilidad de evitar el resultado y la equivalencia de la inactividad a la actuación prohibida en el tipo (artículo 16 del código penal para el distrito federal, en su párrafo segundo). En el párrafo tercero del artículo citado, amplía la posición de garante indicando que es garante del bien jurídico el sujeto que reúna los requisitos mencionados arriba.

Con esta disposición normativa trataremos de establecer cómo se integran los requisitos que exige la doctrina dominante en cada uno de los supuestos indispensables para ello.

Asimismo, los códigos penales estatales de referencia estructuran el delito en estudio en sus correspondientes articulados, como se observa en el cuadro arriba presentado, tratando de equiparar la estructura del Código Penal del Distrito Federal de 2002, para su estudio correspondiente y tenemos:

5.7.1.1. La situación típica

En la situación típica debe concurrir tal como ya se planteó anteriormente, la producción del peligro inminente de una lesión o de una puesta en peligro de un bien jurídico, es decir, la producción de un resultado típico de un delito de comisión por omisión, como puede ser la muerte, la lesión corporal, la privación de la libertad, el incendio, así como todas las circunstancias particulares que se presentan en el contexto del evento, las características que reúne la posición de garante, ya referido.

La norma dice: *“En los delitos de resultado material”*:

La norma penal en comento habla en primer término de los delitos de resultado material. (como ya se estableció previamente) habla de delitos de comisión por omisión, con mejor redacción técnica, aunque muchos de los delitos que se encuentran en la parte especial del código penal en estudio, no todos pueden ser de producción material, pues para ello, será necesario hacer un análisis profundo

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

en cada uno de ellos, puesto que muchos de esos delitos son de resultado solamente típicos, sin afectar el mundo exterior, como la portación de arma de fuego, delitos sexuales o delitos de propia mano, etc.

Continúa la norma "que será atribuible el resultado típico producido"

Como observamos se habla de la atribuibilidad, se entiende como tal la imputación que se formula al omitente, al que omitió impedirlo o sea el que no evitó la producción del evento concurrido.

5.7.1.2. La no realización de una acción tendiente a evitar el resultado.

"A quien omite impedirlo"

En los delitos de comisión por omisión la parte fundamental de este hecho será lo que finalmente sea atribuible al sujeto del resultado material, consistente en la no realización de una acción tendiente a evitar el resultado. Así como en los delitos de omisión propia se sanciona quien no realizó la conducta mandada; en los de comisión por omisión será responsable y se sancionará como tal, quien no evitó el resultado, entrando en juego el papel de garante, ya que no todos pueden cometer el delito de comisión por omisión sino únicamente quien reúna o quienes reúnan los requisitos de garante, y está obligado a procurar la protección de un bien jurídico.

Como ya se analizó con mayor amplitud; en los delitos de resultado material, como en los de comisión por omisión, se habla de un resultado y éste sucede únicamente si no se realiza la acción para evitar dicho resultado. Este resultado debe ser también objetivamente imputable al omitente, así en los delitos de comisión, la imputación objetiva requiere que el autor haya causado el resultado, y si por el contrario, el resultado típico únicamente deja de evitarse, se suscita la cuestión de las condiciones bajo las cuales debe tener vigor la imputación objetiva, en otras palabras, existe una causalidad de la omisión. Nuestro código penal en estudio señala "que será atribuible el resultado típico producido, al que omitió impedirlo".

5.7.1.3. La capacidad de acción o evitación del resultado.

La capacidad para evitar el resultado actúa como presupuesto y a la vez como límite de la posición de garante, así pues se puede ser garante sólo en la medida en que se está en las condiciones de evitar el resultado y, a su vez ser garante hasta el límite de esta posibilidad. Esta capacidad debe entenderse física y real para que el omitente sea imputable del resultado.

Obsérvese que en la mayoría de los códigos penales en estudio, señalan dicho elemento, *en su redacción cuando establecen que* : ... *de acuerdo con las circunstancias podía impedirlo*; entendiéndose que dicha capacidad debe estar

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

presente al momento de ocurrir los hechos en el omitente o garante para que pueda atribuírsele dicha imputación.

5.7.1.4. Conocimiento de la situación típica.

La capacidad de acción o evitación del resultado presupone la concurrencia en particular de los siguientes elementos: el conocimiento de la situación típica, de la inminente producción del resultado delictivo; y el conocimiento del modo de evitar el resultado.

El conocimiento de la situación típica, implica conocer la inminente producción del resultado, aunque es suficiente contar con la producción del resultado, pero es necesario tener su conocimiento.

El conocimiento de la situación típica, no se encuentra previsto en la norma penal en estudio, por tanto puede ser una laguna que propicia inseguridad jurídica tanto para la víctima como al propio omitente, al no precisarse normativamente dicho requisito.

5.7.1.5. Conocimiento del modo de evitar del resultado.

La posibilidad de conocer la vía para evitar el resultado, como ya se ha dicho previamente, consiste en la capacidad de planeamiento para evitar el resultado el que no actúa tiene que poder reconocer la vía y los medios para salvar el bien jurídico amenazado.

Esta capacidad le incumbe al omitente, y los códigos penales en estudio, no observan como característica especial, sino que queda como laguna en la legislación penal correspondiente propiciando oscuridad e injusticia al no agotar los extremos necesarios para ello.

5.7.1.6. Posibilidad física y real de evitarlo.

La posibilidad física y real de evitar el resultado, como ya se analizó anteriormente, debe ser una circunstancia que permita que el garante, a pesar de tener una obligación de evitar el resultado, cuente con esa posibilidad física y real para actuar de tal manera, ya que sin esa posibilidad, no podría cumplir con su cometido y tampoco podría imputársele el resultado de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico a que se obligó a proteger, es decir, estas circunstancias deben ser eficaces para que pueda hablarse de una probabilidad para evitar el resultado y, en caso contrario, no le sería imputable objetivamente al garante la no evitación del resultado.

Esta característica tampoco la señalan expresamente los códigos penales en análisis, sin embargo, debe entenderse que lo anterior va implícito en las circunstancias que debe afrontar el garante, es decir, son las circunstancias con que debe contar el garante al momento de intervenir en el hecho, para que pueda ser imputable su comportamiento.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

5.7.1.7. Ostentar la posición de garante (primer criterio de equivalencia).

Señala la norma será atribuible “..... al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si 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 haya 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 ...”

Como ya se analizó en su oportunidad en esta investigación, y según planteamiento de varios autores ya referidos, 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 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 “. Así se dice que la doctrina jurídica y la jurisprudencia han elaborado un trabajo de siglos, las diversas clases de posición de garante. Hoy día es del conocimiento general que el deber de garante se deriva de la ley, el contrato y actuar precedente.

Una posición de garante puede estar reconocida directamente en un precepto jurídico, así, sobre todo, en las instituciones jurídicas del matrimonio, de la familia, de la patria potestad, de la paternidad, etc. De ellas se desprenden deberes jurídicos de garante en sentido estricto; a ellos pertenece sobre todo los deberes del derecho de familia, de paternidad, etc.

5.7.1.8. La correspondencia de la omisión a la acción. (Segundo criterio de equivalencia).

La doctrina dominante señala que la omisión debe ser correspondiente a la acción. Así los códigos penales en análisis plantean en su redacción, esa equivalencia y establecen:

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

De esta manera cada uno de los códigos penales de referencia plantean cómo en su articulado presentanG esta observación.

La imputación objetiva del resultado típico en los delitos de omisión impropia, se basa según análisis ya realizado, en que en lugar de la causación del resultado por un hacer positivo tiene lugar la no evitación del mismo (omisión) en contra de un deber de garante, es decir, junto a los puros delitos de causación como el homicidio, lesiones, daños, el incendio imprudente; existen sin embargo, delitos de

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

omisión en los que no es típica la producción del resultado por sí sola, sino también el que tenga lugar de una determinada forma, comisión por omisión.

El parágrafo & 13 del código penal alemán requiere como segundo criterio de equivalencia, que la omisión corresponda a la realización del tipo legal mediante un hacer. Ahora bien, lo injusto específico de la acción que encierra el no impedir el resultado en los delitos llamados de omisión únicamente puede corresponder al hacer positivo si el resultado se ha realizado en la forma exigida por el tipo, es decir, mediante engaño, coacción, procuramiento de ocasión, empleo de un instrumento peligroso, o de un modo equivalente.

Una problemática especial presenta los delitos llamados de comisión por omisión o de omisión impropia. Como se advierte en ellos, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que 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, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos que también constituyen a la producción del resultado prohibido.

De esta suerte, nadie duda en incluir en la acción típica de homicidio el comportamiento de la madre que deja morir de hambre al recién nacido, el de la enfermera que no conecta el suero al cuerpo del enfermo; en todos estos casos se puede decir que la omisión equivale a la acción y, por consiguiente, también constituye una acción de matar el dejar morir a una persona en estas circunstancias. Esta cláusula de la equiparación valorativa o cláusula de equivalencia entre acción y omisión es, por consiguiente, como se reconoce en el artículo 11 (del Código Penal Español), el punto de partida para imputar un determinado resultado a un simple no hacer y que, sin embargo, no siempre hay unanimidad a la hora de equiparar la omisión a la acción respecto de un resultado prohibido y por lo tanto sigue siendo una de las cuestiones más discutidas en la Dogmática jurídico-penal descubrir el fundamento de esta equivalencia y los límites de la misma.

Como se observa en la redacción de los Códigos penales en estudio, el legislador local de cada Estado, sí consideró necesario establecer una cláusula de equivalencia o de correspondencia de omisión a la acción, como ya se anotó en la redacción del ordenamiento en estudio, allGanando esa inseguridad jurídica, que existía antaño para beneplácito de la sociedad mexicana. De la misma manera cada uno de los códigos en análisis, observa esta novedad por estar afiliados al Código Penal para el Distrito Federal.

5.7.2. El tipo subjetivo.

Como ya se ha analizado, el derecho penal se refiere por lo general a la conducta externa (objetiva y física); sin embargo, el derecho penal puede referirse también a la conducta interna (subjetiva y psíquica). La convivencia externa de las

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

personas es siempre, al fin y al cabo, solamente la expresión de la actitud interna y psíquica de ellas. Tampoco el derecho puede pasar por alto este aspecto; si el derecho no quiere ser y no debe ser, fundamentalmente una “ordenación de los sentimientos” puede y debe incluir en sus apreciaciones también lo psíquico como origen de la conducta externa. De ahí que aun el injusto y muy especialmente el injusto jurídico-penal contengan elementos subjetivos del injusto. Capacidad de conocer y de querer.

5.7.2.1. El dolo en los delitos de omisión.

Las reglas que se desarrollaron en los delitos de comisión relativas al dolo, pueden ser aplicadas directamente a los delitos de omisión. Sin embargo, estos requieren una adaptación al hecho de que está ausente un hacer positivo portador de una voluntad de actuación. Y así, en primer lugar, en los delitos de omisión el tipo objetivo y, con ello, el propio objeto del dolo, está estructurado de un nodo diverso al de los delitos de comisión; y en segundo lugar, también en parte la propia estructura del dolo debe determinarse de una forma distinta.

1. Al tipo objetivo de los delitos de omisión pertenecen la situación típica, la ausencia de la acción preceptiva y la capacidad individual de acción en la situación concreta. Asimismo, en los delitos de omisión impropia se añaden el resultado típico y la probabilidad rayana en la certeza de su evitabilidad. Durante mucho tiempo fue dudosa la cuestión de si, además, en el tipo objetivo del delito omisivo habría que contar también con el deber de garante, así ocurría anteriormente en relación con los delitos de omisión impropia. Sin embargo, hay que decir que al tipo del delito de omisión impropia sólo pertenecen los elementos de la posición de garante, pero no el deber de acción mismo que se deriva de aquélla; dicho deber, al igual que sucede con la obligación de abstenerse en los delitos de comisión, es una parte integrante de la antijuridicidad.

2. En los delitos comisivos el contenido del dolo es el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal. En aquéllos, el querer reside en la dirección del hacer positivo con lo que, como mínimo, el autor se conforma con la realización del tipo legal; por su parte, el conocimiento reside en que el autor ha considerado seriamente el cumplimiento del tipo legal. La cuestión reside en si en la omisión existe una relación comparable del autor con el tipo objetivo.

a) Puede suceder que el autor de la omisión, a la vista de la situación típica y con conciencia de su capacidad de acción, adopte la resolución de permanecer inactivo.

b) No siempre es demostrable una auténtica resolución dirigida a abandonar el curso de las cosas a la vista de su desarrollo peligroso. Ello sucede especialmente cuando la situación típica no experimenta ninguna agravación dramática, sino que se desarrolla paulatinamente y, en consecuencia, el autor de la omisión no puede esforzarse en adoptar una resolución.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

En tales casos, difícilmente puede hablarse de una resolución a permanecer inactivo como decisión de la voluntad. En ellos, más bien, el dolo se agota en el conocimiento de la situación típica y en la conciencia de la propia capacidad de acción deja de estar presente una intervención de la voluntad en la omisión y, en consecuencia, tampoco es posible la intención como modalidad del dolo. En estos supuestos es suficiente con que el omitente, como mínimo, se mueva dentro de los límites de la conciencia de aquello que sucede, de lo que debió y también de lo que pudo hacer.

5.7.2.2. La culpa.

El aspecto subjetivo respecto de la culpa se abordará en su oportunidad cuando se trate de delitos culposos de omisión, observaré algunos elementos primordiales en su estructura del delito imprudente de comisión por omisión.

5.8. Códigos penales de la República Mexicana Estructura con filiación al Código penal del Distrito Federal de 2002 en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes o culposos. (Código penal de la Ciudad de México, antes del Distrito Federal).

La estructura del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes o culposos.

Dentro de los elementos del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes hay que estudiar los siguientes elementos: Dolo y Culpa, además principios de los *numerus clausus*.⁵⁷⁸

En los delitos imprudentes o culposos de comisión por omisión no se evita la producción del resultado delictivo por infringir el cuidado objetivamente debido.

5.8.1. La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos: En el enjuiciamiento de la situación típica y en el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

5.8.1.1. En el enjuiciamiento de la situación típica.

La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos:

En el enjuiciamiento de la situación típica. Si el sujeto no conoce la producción inminente del resultado delictivo por no haber observado el cuidado objetivamente debido.

⁵⁷⁸ Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del D. F. 16 de julio de 2002.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Ejemplo: El bañista que arroja un flotador al niño que se ahoga en lugar de lanzarse él mismo al agua; el amigo atiende por sí mismo al intoxicado por somníferos sin avisar a ningún médico; así en los delitos de comisión impropia la imprudencia puede referir a la inminente producción del resultado típico (la madre que deja sin cuidados a un recién nacido de 24 horas, no piensa que ello puede producirse daños a su salud).

En los delitos de omisión impropia legalmente regulados para los que basta la imprudencia la puesta en peligro del tráfico rodado por la ausencia de señalización de vehículos detenidos o estacionados y la falta de control jerárquico. Los delitos de omisión impropia no regulados en la ley; pueden cometerse por imprudencias siempre que el correspondiente tipo de comisión considere suficiente la culpa.

La estructura de la imprudencia es en los delitos de omisión en principio, la misma que en los delitos de comisión, mas sin embargo, existen distintas posibilidades de imprudencia.

5.8.1.2. En el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos: así también en el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado.

5.8.2. Que la no evitación del resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado debido.

Al producirse el resultado en este evento, esta evitación de dicho resultado debe ser consecuencia de la inobservancia del cuidado debido, es decir, el garante está obligado actuar en este hecho y su actuación consiste en evitar el resultado del daño al bien jurídico que debe proteger, por tal situación al no observar dicho cuidado se produce el resultado precisamente debido.

5.8.3. El resultado debe ser de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

El niño que se ahoga, hecho o resultado que el bañista o vigilante trataba de evitar, al arrojar un flotador al niño en problema en lugar de lanzarse él mismo al agua y salvar al niño; la madre que deja sin cuidados a un recién nacido de 24 horas sin pensar que ello puede producir y ocasionar la muerte, y no hace nada para evitar el resultado, son hechos o resultados que la norma en cuestión trataba de evitar.

5.8.4. Debe concurrir los otros elementos comunes en los delitos de comisión por omisión.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Estos elementos primordiales pueden ser la posición de garante, sin el cual el omitente no se le puede responsabilizar por una conducta omisiva, la capacidad de acción o evitación del resultado.

5.8.5. El tipo subjetivo. Capacidad de conocer y de querer. (Culpa).

5.8.5.1. El dolo (ya analizado en los delitos dolosos).

5.8.5.2. La Culpa.

Como es del conocimiento general, la culpa o delito culposo, se efectúa cuando hay imprudencia, falta de cuidado, o falta de pericia.

En la culpa son los actos humanos los que conducen al terreno de lo culposo, es decir, a ser imprudente o negligente u obrar con impericia o con violación de reglamento, y su referencia a la mente del autor es directa, como refiere Ferreira Delgado, Francisco.⁵⁷⁹

Para los delitos de omisión impropia debe añadirse la especialidad de que en los hechos imprudentes, en parte, coincide el deber de garante y el deber objetivo de cuidado, aunque deben diferenciarse conceptualmente para que pueda medirse correctamente el alcance que les corresponde.

Ejemplos: El constructor tiene, para asegurar el tráfico (apertura de una fuente de peligro al abrir una zanja de obras), el deber de adoptar las usuales precauciones de cierre, pero aquí termina también su deber de cuidado. Por otra parte, el garante tampoco puede hacer menos de lo que le impone su deber de cuidado. Quien por ejemplo, abre un ferrocarril de montaña para esquiadores, en caso de una helada extrema debe cerrar a tiempo las zonas de partida.

Finalmente, la imprudencia también puede referirse aquí la posición de garante.

Ejemplo: La maestra que ve desde el aula cómo juegan peligrosamente a trepar unos niños, uno de los cuales sufriría un accidente mortal, actúa imprudentemente si no comprueba si se trata de niños de su propia escuela a los que debería prohibir el juego.

Welzel, sostiene que en los delitos de omisión impropia también puede presentarse la falta de cuidado que fundamenta la culpa, bajo los mismos presupuestos que en los delitos de omisión culposos, a saber:

- a) En el planeamiento o en la ejecución de la acción para impedir el resultado: el bañero lanza el salvavidas muy lejos o no se percata que debería lanzarse él al agua, para poder intervenir eficazmente.
- b) Al enjuiciar la situación típica: el bañero no presta atención y no oye el grito de ayuda, u oye el llamado, pero no cuenta con la producción del resultado, por ejemplo, porque cree que la persona que no sabe nadar puede ayudarse a sí misma en aguas no profundas.

⁵⁷⁹ Citado por Daza Gómez, Carlos, Teoría GeneralOb. cit. p. 281.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Por el contrario, no cabe considerar culpa cuando el omitente no ha reconocido su posición de garante; ejemplo: si un padre omite salvar a un niño que es llevado por las olas, sin darse cuenta que es su propio hijo, sólo lesiona el deber de socorro, pero no el deber de garante, es decir, una norma de salvar a un niño que se ahoga, pero no una de prestar atención respecto a si el niño es su propio hijo. Coincidencia sobre la relación entre el deber de garante y el deber objetivo de cuidado.

Zaffaroni,⁵⁸⁰ sostiene al respecto que hay instancias en que puede surgir la culpa al deber de cuidado y señala los siguientes puntos:

- a) En la apreciación de la situación típica (el policía que oye gritos pidiendo socorro y, faltando al deber de cuidado, cree superficialmente que es una broma);
- b) Falta de cuidado al ejecutar el mandato (el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina en lugar de agua);
- c) Falta de cuidado al apreciar la posibilidad física de ejecución (el que supone que no podrá salvar al niño porque con superficialidad juzga que el agua es profunda); y
- d) Falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante (el médico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche).

Mir Puig Santiago, por su lado señala respecto de los delitos de comisión por omisión culposos y dice:

Si el segundo momento de la estructura típica de todo delito de omisión es la ausencia de la acción debida, a ella cabe seguir en los de comisión por omisión la producción de un resultado.

Por ello, mientras que los delitos de omisión pura en que basta la ausencia de la acción son tipos de mera actividad, los de comisión por omisión son tipos de resultado, importa sin embargo, subrayar que no toda omisión jurídico-penal a la que se sigue un resultado constituye comisión por omisión, sino que además es precisa la concurrencia de la posición de garante (A) y la capacidad de evitar el resultado (C) en el autor. De lo contrario, pese a la presencia del resultado, cabrá a lo sumo ---si así lo permite la ley penal--- apreciar un delito de omisión pura.⁵⁸¹

Jakobs, por su parte dice: el tipo del delito imprudente de omisión se distingue del doloso simplemente en que, en lugar del juicio de que la realización del tipo objetivo es al menos no improbable (dolo), se sitúa la cognocibilidad individual de que la realización del tipo objetivo no es improbable. Cognocibilidad quiere decir: si el autor hubiera juzgado sobre la realización del tipo, no habría concluido que era improbable. El que el autor tenga una ocasión, entendido de modo

⁵⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, TENORIO TAGLE, Fernando, SLOKAR, Alejandro, ManualOb. cit. p. 557.

⁵⁸¹ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal....., Ob. cit. p. 317.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

psicologizante, para juzgar es tan diferente como en la situación correspondiente del delito de comisión (supra 9/5). Si el autor juzga y no llega a la conclusión de que sea inminente la realización del tipo, falta la imprudencia, si el autor no puede por ejemplo: como consecuencia de su estado de alteración motivarse de modo dominante a juzgar la situación, pero si lo hubiese hecho habría percibido la realización del tipo, se da imprudencia; el comportamiento del autor, no obstante puede quedar exculpado por inexigibilidad (infra 29/100).

La imprudencia puede referirse a todos los elementos del tipo objetivo; no hay elementos que tengan que ser conocidos como mínimo. Objeto de la imprudencia pueden, ser: la inminencia del resultado, la configuración de la vía óptima, dependiendo de la situación, en orden a evitar el resultado (lo cual abarca también la suposición errónea de la aptitud óptima de la vía elegida y de su ejecución) y los presupuestos de la posición de garante. ⁵⁸²

Así como en el artículo 18º del Código Penal del Distrito Federal, ⁵⁸³ establece la culpa, de esta manera los códigos penales en estudio, establecen en su articulado correspondiente la culpa:

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que objetivamente era necesario observar“.

5.9. Los códigos penales de la república mexicana, que legislan la omisión sin señalar fundamento legal alguno. ⁵⁸⁴

Del análisis y estudio de la estructura y contenido de los códigos penales de la República Mexicana, se desprende que aún se encuentran algunos de estos ordenamientos jurídicos, que sí regulan la omisión impropia en su parte general, sin embargo, no señalan de dónde derive la garantía del deber jurídico de evitar el resultado; por lo que se advierte que siguen sin cumplir el principio: Nullum crimen, nulla poena, sine lege. Afortunadamente son solamente siete los ordenamientos jurídicos que se encuentra en esa situación, y que son los siguientes:

Núm	Entidad Federativa	Requisitos de integración	de	Artículo que regula la omisión sin señalar la fuente de procedencia.
-----	--------------------	---------------------------	----	--

⁵⁸² JAKOBS, Günther, Derecho penal, Fundamentos y teoría....., Ob. cit. pp. 1018 y 1019.

(Se dice que estos presupuestos de posibles de omisión imprudente no presentan una estructura común. De estructura divergente sería el caso de intento insuficiente de evitar el resultado, en el que el autor se da cuenta de lo dudoso de que vaya a alcanzar su objetivo, pero no percibe otra vía mejor, si bien podría haberla percibido. Aquí no sería definible la imprudencia como cognoscibilidad del tipo objetivo. Dado que el autor, en este caso, a pesar de no conocer su capacidad abstracta para eliminar (o disminuir) el riesgo restante, si podría haberla conocido, le falta toda peculiaridad a esta “estructura“.

⁵⁸³ Código Penal Federal, Publicado en el Diario oficial de la Federación, el 14 de agosto de 1931.

⁵⁸⁴ Cfr. www.ordenjuridico.gob.mx.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

1	Baja California	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p>	<p>Artículo 12.-</p> <p>"En los delitos de resultado material" "también responderá del resultado típico producido"</p> <p>"Quien, <i>teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide.....</i>".</p>
2	Michoacán	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p>	<p>Artículo 10....a) no impedir el resultado cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo...,</p> <p>e) o impedir el resultado.</p>
3	Nuevo León	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p>	<p>Artículo 13.</p> <p>....Cuando se reprima el hecho en razón del resultado producido.....</p> <p>..... también responderá quien, <i>teniendo el deber jurídico de evitarlo,.....</i></p> <p>..... no lo impidió habiendo podido hacerlo.</p>
4	Querétaro	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la acción debida.</p> <p>c) Producción del resultado material.</p>	<p>Artículo 11.....</p> <p>..... En los delitos de resultado material por conducta omisiva.....</p> <p>..... Responderá quien no lo impida,.....</p> <p>..... si podía hacerlo y <i>debía jurídicamente evitarlo.</i></p>
5	Quintana Roo	<p>a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia).</p> <p>b) Ausencia de la</p>	<p>Artículo 12.....</p> <p>.....Será atribuido el resultado típico producido.....</p> <p>..... A quien <i>teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo</i> no lo</p>

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

		acción debida. c) Producción del resultado material.	impida.....
6	Sinaloa	a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia). b) Ausencia de la acción debida. c) Producción del resultado material. d) Capacidad de acción y posibilidad de evitar el resultado.	Artículo 12..... Será atribuible el resultado típico producido,..... A quien <i>teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impida, pudiendo hacerlo.</i>
7	Veracruz	a) Posición de garante (primer criterio de equivalencia). b) Ausencia de la acción debida. c) Producción del resultado material.	Artículo 19. El resultado será atribuido al agente cuando sea consecuencia de una conducta idónea para producirlo,salvo que hubiere sobrevenido en virtud de un acontecimiento extraño a su propia conducta.También responderá del resultado quien omita impedirlo <i>teniendo el deber jurídico de evitarlo.</i>

5.10. Los códigos penales de la República Mexicana, que no regulan en su contenido la omisión impropia o comisión por omisión, son dos del Estado de Jalisco y del Estado de Zacatecas, arriba presentados en el cuadro correspondiente.

5.10.1. El del Estado de Jalisco señala en numeral 5º: Delito es el acto u omisión que concuerda exactamente con la conducta que, como tal, se menciona expresamente en este Código o en las leyes especiales del Estado.

5.10.2. Por su parte el del estado de Zacatecas, en el mismo numeral 5º se observa lo siguiente; delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Como se observa en estos dos órganos jurídicos estatales no se legisla la comisión por omisión u omisión propia, que dada la naturaleza de su contenido no se encuentra prevista la protección de sus ciudadanos que puedan resultar

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

afectados por un hecho de peligro inminente y que todo gobernante debe prestar a su población, para su seguridad.

5.11. El Código penal de justicia militar mexicano de 1933.

El Código penal de Justicia Militar Mexicano de 1933,⁵⁸⁵ no legisla respecto del delito de comisión por omisión, así observamos en su estructura, en el Libro Segundo del mismo ordenamiento, relativo los delitos, faltas, delincuentes y penas.

En su artículo 99, señala: todo delito del orden militar produce responsabilidad criminal, esto es, sujeta a una pena al que lo comete aunque sólo haya obrado con imprudencia y no con dañada intención.

Por su parte, lo correspondiente a la clasificación de los delitos señala:

Artículo 101. Los delitos del orden militar pueden ser:

- I. Intencionales,
- II. No intencionales o de imprudencia.

Es intencional el que se comete con el ánimo de causar daño o de violar la ley. Es de imprudencia el que se comete por imprudencia, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado y que causa igual daño que un delito intencional. (Reforma del 13 de junio de 1914).

Obsérvese que para nada considera el código en estudio la figura de comisión por omisión, cuando a todas luces se advierte la necesidad de dicha figura como sucede en la mayoría de los códigos penales vigentes, por lo que esta laguna es de trascendencia nacional que si se trata de homologar todos los códigos penales de un país, es necesario que la justicia militar así lo considere también.

5 12. La antijuridicidad o injusto.

Un hecho se dice antijurídico o jurídicamente ilícito, cuando es contrario al derecho. Este calificativo de contrariedad al derecho se llama antijuridicidad o ilicitud jurídica y expresa precisamente la relación de contradicción entre un hecho y el derecho.⁵⁸⁶

El delito es un hecho contrario a una norma jurídico-penal; entendiéndose al delito en sus tres elementos: hecho, antijuridicidad y culpabilidad (Tratado en principi di diritto penale, por el mismo autor).

⁵⁸⁵ Diario Oficial de la Federación, publicado en 31 de agosto de 1933.

⁵⁸⁶ PETROCELLI, Biagio, La antijuridicidad, prólogo de Ricardo Franco Guzmán, Trad. JOSE L. PEREZ HERNANDEZ, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963. p. 11.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

La antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el derecho; el hecho jurídico, en cambio, es el objeto del calificativo jurídico llamado antijuridicidad.⁵⁸⁷

Se repite con insistencia que el concepto de antijuridicidad es fruto de una formulación muy reciente, desconocida hasta hace algunos años en la doctrina italiana, la cual habría permanecido ligada a la bipartición tradicional del delito en elemento objetivo y en elemento subjetivo, desatendiendo la antijuridicidad.

La afirmación se ha rectificado como hemos ya tenido oportunidad de observar (en la obra ya citada) la necesidad del tercer elemento fue claramente advertida por el maestro Carrara, cuando decía: que el delito “ es un ente jurídico que tiene necesidad para existir de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, el conjunto de los cuales constituye su unidad pero lo que completa su ser es la contradicción de aquellos elementos con la ley jurídica (programa del derecho criminal), no hacía mas que colocar junto al elemento subjetivo, el tercer elemento de la antijuridicidad.

En conclusión el hecho antijurídico se denomina en otros términos hecho ilícito, acto ilícito o simplemente ilícito o injusto.⁵⁸⁸

Mezger,⁵⁸⁹ señala: una acción es punible sólo si es antijurídica, la antijuridicidad o como se acostumbra decir en la actualidad, el injusto, es el presupuesto imprescindible de todo hecho punible. Así, antes, el término más usado era “antijuridicidad“, que significa, sencillamente, que el delito constituye una violación del derecho, o sea que “contradice el derecho”. Hoy en virtud de la aversión que se tiene a conceptos rigurosos y cierta predilección por expresiones más vagas, se prefiere emplear, la palabra injusto (literalmente: no derecho: “Unrecht”), que determina el concepto precisamente, con menor exactitud que la otra. De todos modos emplearemos ambas expresiones (antijuridicidad e injusto) como sinónimos.

Para Welzel la antijuridicidad es la contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico.⁵⁹⁰ Este autor utiliza la palabra totalidad, pues el hecho típico quebranta una norma prohibitiva, pero que puede suceder que otra norma permita la realización de la conducta típica en determinadas circunstancias tales como la legítima defensa, es decir, una causa de justificación puede alterar la relación tipicidad-antijuridicidad, haciendo que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado sea justa por ser la acción adecuada a derecho.

Sainz Cantero señala que la antijuridicidad puede ofrecer además de un concepto material otro formal; en el primero, es antijuridicidad toda conducta que

⁵⁸⁷ PETROCELLI, Biagio, La antijuridicidad....., Ob. cit. p. 12.

⁵⁸⁸ Ibidem. p. 13.

⁵⁸⁹ MEZGER, Edmundo, Derecho penal....., Ob. cit. p.133.

⁵⁹⁰ WELZEL, Hans, El nuevo sistema del....., Ob. cit. p. 78.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

lesiona o pone en peligro un bien jurídico; en cuanto al formal es antijurídica la conducta típica que no encuentra amparo en una causa de justificación;⁵⁹¹ por su parte Maurach, sostiene: lo que tradicionalmente se designa como teoría de la antijuridicidad es, en realidad gracias a la moderna teoría del tipo, lo opuesto a un tratamiento de los motivos y de la cognoscibilidad del carácter injusto de una conducta declarada punible: citado por Carlos Daza.⁵⁹²

A criterio del maestro Aguilar López,⁵⁹³ los conceptos sistemáticos penales de la antijuridicidad y del injusto, se distinguen, principalmente, en que el primero: significa la contradicción con el derecho en cuanto que la conducta humana suponga un comportamiento contrario a las normas jurídicas, si no concurre una causa de licitud que excluya la antijuridicidad. Por tanto no toda conducta típica, es antijurídica, pues debe comprobarse que no concurre causa de licitud. Y por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor. Por lo que en el concepto del injusto se reúnen las tres categorías delictivas: acción, tipicidad y antijuridicidad.

La antijuridicidad, como figura de estudio dentro del campo de derecho penal, se ha considerado como algo no propio o adecuado a derecho, el injusto o desvalor a los principios de toda normatividad jurídica. Se dice que es un juicio de valor en forma externa fuera del individuo y a la luz de la observancia general. En otras palabras, en materia penal es considerado que lo jurídico es adecuado a derecho, y antijurídico lo contrario a lo establecido en las normas jurídicas; por eso, cuando hablamos de la conducta de un individuo, lo consideramos antijurídica si no está conforme a la ley y al derecho. Pero la propia ley nos aclara todas esas circunstancias que pudieran surgir como fundamento de lo antijurídico. Así, tenemos conceptos como la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, que justifican lo antijurídico y dejan la conducta humana, todas apegadas a la ley, por lo que solamente cuando estas conductas no tienen justificación es cuando las consideramos antijurídicas. Así tenemos que toda conducta es antijurídica si no cuenta con una causa de justificación, establecida por la propia ley; ya que la propia ley nos aclara todas esas circunstancias que pudieran surgir como fundamento de lo antijurídico. Así, tenemos conceptos como la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, que justifican precisamente lo antijurídico y dejan la conducta humana, todas apegadas a la ley, por lo que solamente cuando estas conductas no tienen justificación es cuando las consideramos antijurídicas.

5.12.1. Causas de justificación.

⁵⁹¹ SÁINZ CANTERO, José A. Lecciones de derecho penal....., Ob. cit. p. 559.

⁵⁹² DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría General....., Ob. cit. pp. 111 y 112.

⁵⁹³ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, El delito y la Responsabilidad....., Ob. cit. pp. 296 y 297.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Así, la legítima defensa, como una de las causas de justificación, la tenemos descrita en la fracción IV del Artículo 15 del Código Penal Federal,⁵⁹⁴ y IV del artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal⁵⁹⁵ y se presenta cuando “se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor”.

También tenemos el estado de necesidad, como otra de las formas de justificación del delito; éste se observa en la fracción V del artículo 15 del Código Penal Federal,⁵⁹⁶ y fracción V del 29 del Código penal del Distrito Federal,⁵⁹⁷ y se presenta cuando “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 sujeto, al lesionar otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo”.

Otra de las causas de justificación del delito son los llamados cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, como se observa en la fracción VI del artículo 15 Código penal federal,⁵⁹⁸ y fracción VI del Artículo 29 del *Código Penal del Distrito Federal*.⁵⁹⁹ Se presentan cuando “la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo”.

En los delitos de omisión impropia observa Welzel,⁶⁰⁰ también el cumplimiento de la tipicidad indica la antijuridicidad. La posición de garante es una característica de autor del tipo; BGH. 16 158. El deber de garante, que debe diferenciarse de la posición de garante, se da en forma concluyente cuando está firme el cumplimiento del tipo (y no concurren causales de justificación).

La antijuridicidad del no cumplimiento de un deber de garante puede ser excluida, al ser contrarrestada por un deber jurídico de mayor o igual valor (o sea, en el caso de colisión suprallegal de deberes Cfr. RG. 61 254) o por la concurrencia de otras causales de justificación (legítima defensa, consentimiento).

5.13. La culpabilidad.

Concepto etimológico. Culpabilidad (de culpable) calidad de culpable.

⁵⁹⁴ Código penal federal, Diario oficial de la federación, del 14 de Agosto de 1931.

⁵⁹⁵ *Código Penal del Distrito Federal*. Publicado en la Gaceta Oficial del D.F. el 16 de julio de 2002.

⁵⁹⁶ Código penal federal, diario oficial de la federación, 14 de agosto de 1931.

⁵⁹⁷ *Código penal del distrito federal*. publicado en la gaceta oficial del D.F. el 16 de julio de 2002.

⁵⁹⁸ Código penal federal, diario oficial de la federación, 14 de agosto de 1931.

⁵⁹⁹ *Código Penal del Distrito Federal*. Publicado en la Gaceta Oficial del D.F. el 16 de julio de 2002.

⁶⁰⁰ WELZEL, Hans , Derecho penal alemán,....., Ob. cit. p. 283.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Posibilidad de imputar a alguien un delito, penal o civil. Hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad penal o civil. Culpable (de latín – culpabilis). Se aplica a aquél a quien se puede echar la culpa. Se dice del delincuente responsable de un delito o falta.⁶⁰¹

Culpabilidad de acuerdo a la teoría psicologista, es el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior; tanto el dolo como la culpa son formas de vinculación admitidas por la ley siendo la imputabilidad presupuesto de aquélla. Pavón Vasconcelos.⁶⁰²

Por su parte Villalobos,⁶⁰³ señala que: culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, esto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo o reservarlo.

Igualmente Jiménez de Asúa,⁶⁰⁴ señala que: culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

La concepción normativa se funda dice Jiménez de Asúa,⁶⁰⁵ en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad es, un juicio al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia; y señala los fundamentos de la teoría normativa de la culpabilidad, los siguientes aspectos fundamentales en esta teoría:

- a) La culpabilidad es un juicio de referencia, por versar sobre el hecho psicológico.
- b) La culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente.
- c) La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.
- d) La culpabilidad tiene como fundamentos, en consecuencia, la reprochabilidad y la exigibilidad.

Córdoba Roda, por su parte habla del aspecto material de culpabilidad como un juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal; es decir, en atención a que realizó una conducta prevista como delito pese a que estaba en situación de actuar de modo distinto. La culpabilidad aparece

⁶⁰¹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para Juristas, Ob. cit. p. 357.

⁶⁰² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual de derecho penal..... Ob. cit. p. 364.

⁶⁰³ VILLALOBOS, Ignacio, derecho penal mexicano..... Ob. cit. p. 272.

⁶⁰⁴ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, La ley y el delito..... Ob. cit. p. 352.

⁶⁰⁵ Citado por ROMAN QUIROZ, Verónica, La culpabilidad y la complejidad de su comprobación, Editorial Porrúa, México, 2000, pp. 78 y 79.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

pues, como un juicio de reproche cuyo presupuesto es el poder del sujeto de adaptar su conducta a las normas del Derecho.⁶⁰⁶

Welzel⁶⁰⁷ señala que culpabilidad es reprochabilidad –desvalor que quien comete el acto de voluntad es un acto culpable. La libertad de voluntad y la capacidad de imputación, la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad.

La culpabilidad fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. Él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este “poder en lugar de ello” del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica. La teoría de la culpabilidad tiene que exponer los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica; Welzel.

La culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto “culpabilidad de voluntad”, sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad.⁶⁰⁸

Reinhart Frank,⁶⁰⁹ inició la teoría normativa de la culpabilidad (después de que fracasara la teoría psicologista de culpabilidad), y éste señala como elemento independiente de la culpabilidad junto al dolo y la culpa la motivación por la definición de la culpabilidad como reprochabilidad; en esta teoría se trata de inquirir por la esencia de la reprochabilidad.

Se plantean dos elementos de la reprochabilidad:

1 Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la imputabilidad “).

2 Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto.

⁶⁰⁶ CORDOBA RODA, Juan, Culpabilidad y Pena, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1977, p. 23.

⁶⁰⁷ WELZEL, Hans, Derecho penal alemán....., Ob. cit. p.197.

⁶⁰⁸ Idem.

⁶⁰⁹ Citado por WELZEL, Hans, Derecho penal alemán....., Ob. cit. pp. 198, 199 y 201.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Por su parte Roxin,⁶¹⁰ habla acerca de la culpabilidad material, y dice que los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina “culpabilidad”. Los intentos de separar y oponer las categorías sistemáticas injusto y culpabilidad han resultado inconsistentes todos ellos. Así ha resultado de exámenes efectuados, las palabras de conceptos como lo objetivo y lo subjetivo, el deber y el poder, lo general y lo individual, el desvalor de la acción y el desvalor de la actitud interna, sólo abarcan fragmentos parciales de la problemática y no pueden comprender la totalidad de los fenómenos que se deben incluir sistemáticamente en estas categorías. Conforme al fin que se pretende será seguir la terminología de Welzel y del Tribunal Superior Federal, según la cual en el ámbito de derecho penal “culpabilidad” sólo puede significar que el autor ha actuado ilícitamente, aunque se habría podido comportar lícitamente. Según la concepción que defendemos dice Roxin, podemos dejar de lado la cuestión de si es posible la culpabilidad en ese sentido; ya que aunque en el caso concreto se parte de la posibilidad del poder actuar de otro modo, conforme a la concepción que a continuación intentaré fundamentar más detenidamente, siempre se podrá contestar negativamente a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar. Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación. Por ello dice, ya no hablaré a continuación de culpabilidad, sino de responsabilidad.

Al resumir Roxin,⁶¹¹ afirma lo siguiente: el injusto (tipo y antijuridicidad) decide sobre el problema de si a la luz del derecho penal una conducta es o no es “ajustada a las reglas”; en cambio la categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto. Pues bien, el legislador –al igual que el juez que interpreta su voluntad –sólo puede deducir esa respuesta de los postulados de la teoría del fin de la pena, pues desde el punto de vista de una teoría racional de la imposición de la pena no puede haber otra base distinta para la decisión.

Santiago Mir Puig⁶¹² por su parte, habla de imputación personal en lugar de culpabilidad, señalando que para él es más preciso ese término que la misma culpabilidad, y así lo viene manejando en su obra, señalando que la expresión imputación personal tiene la ventaja de que deja más claro que en esta segunda parte de la teoría del delito se trata sólo de atribuir (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor: no se castiga una culpabilidad del sujeto, sino sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico, lo único lo que el derecho desea prevenir (si puede), sea imputable penalmente a su autor.

⁶¹⁰ ROXIN, Claus, Culpabilidad y prevención en derecho penal, trad. de MUÑOZ CONDE, Francisco, Editorial Reus, Madrid España, 1981, pp. 70 y ss.

⁶¹¹ ROXIN, Claus, Culpabilidad y prevención en derecho penal....., Ob. cit. p. 72.

⁶¹² MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal,....., Ob. cit. p. 539 y ss. MIR PUIG, advierte la imputación personal no añade al injusto penal ningún objeto específico de desvalor que contribuya a fundar la pena, como pretende la teoría de la actitud interna propuesto por muchos autores renombrados.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Y habla de las condiciones de la imputación personal del injusto penal, y dice que el hecho penalmente antijurídico pueda ser imputado personalmente a su autor, es preciso que pueda afirmarse que el hecho constituye además, la infracción personal de una norma primaria que dirija concretamente al sujeto su imperativo (norma de determinación). Ello requiere la capacidad personal de evitar el hecho, que normalmente se dará, pero que excepcionalmente puede faltar en algunas personas. Cuando falte esa capacidad, el desvalor objetivo del hecho antijurídico no irá seguido de su desvalor personal. Por otra parte la afirmación de la infracción de una norma imperativa no sólo requiere la completa imputación personal del hecho antijurídico, sino también la imputación de su carácter antijurídico. Para que ésta última sea posible, es necesario que el sujeto pueda conocer la antijuridicidad del hecho. Sólo tiene sentido prohibir el hecho antijurídico a quien puede conocer su antijuridicidad.⁶¹³

En el mismo sentido el maestro Miguel Ángel Aguilar López,⁶¹⁴ sostiene que la culpabilidad consiste precisamente en el reproche que se formula al autor del hecho injusto por haberlo realizado, cuando conforme a las circunstancias particulares del caso concreto, podría haberse motivado por cumplir la norma. En consecuencia, la responsabilidad supone una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a Derecho. Asimismo, los presupuestos, las premisas o elementos de la culpabilidad en el finalismo son:

- a) La imputabilidad, entendida como capacidad de conocimiento y capacidad de motivación, que es el presupuesto existencial de la reprochabilidad.
- b) Cognocibilidad de la específica ilicitud del hecho humano, del alcance y la relevancia jurídico-penal de la conducta.
- c) No concurrencia de alguna causa de exigibilidad de otra conducta, como el estado de necesidad disculpante o exculpante, cuando se sacrifican bienes de igual valía, ante la imposibilidad de salvarlos todos; según Welzel.⁶¹⁵

Por lo tanto, una de las figuras más trascendentes en el ámbito penal es la culpabilidad y ésta solamente se presenta cuando en el comportamiento del sujeto de la acción u omisión puede estar presente el dolo en sus diversas formas y solamente así puede hablarse de la conducta dolosamente culpable.

Lo que deseamos destacar dice el maestro Sergio Vela Treviño,⁶¹⁶ es que no basta una vinculación hecho-voluntad para determinar la culpabilidad, sino que siempre es menester por parte del juez la formulación del juicio relativo a la culpabilidad, atendiendo al contenido de las normas para obtener de ahí tanto la gravedad del reproche, como la forma de la culpabilidad y el fundamento de la exigibilidad; lo que es exigible y se omite, es reprochable; pero siendo la exigibilidad eminentemente normativo, también lo será el reproche y como de

⁶¹³ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, Ob. cit. p. 547.

⁶¹⁴ AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel, El delito y la Ob. cit. p.348.

⁶¹⁵ Citado por AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel, El delito y la Ob. cit. p. 349.

⁶¹⁶ VELA TREVIÑO, Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad, Editorial Trillas, México, 1986, p. 207.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

ambos se obtiene la culpabilidad, ésta es normativa debe quedar claro dice el maestro, que la afiliación al normativismo que firmemente sustentamos no excluye al psicologismo, sino que le agrega los elementos normativos a la imprescindible vinculación hecho-voluntad, que es esencial para el psicologismo. Insistimos pues, en que nuestro concepto de la culpabilidad y el que creemos funciona en el sistema penal mexicano sigue siendo psicológico, pero con la adición de la exigibilidad y la reprochabilidad, que lo convierten, en consecuencia, en un concepto normativo de la culpabilidad.

Al referirnos del delito de comisión por omisión, tenemos que, existe dolo en la comisión por omisión, como lo sostiene el maestro Hans-Heinrich Jescheck quien, junto con el maestro Zaffaroni,⁶¹⁷ tocan el tema en cuestión. El primero refiere en este particular punto de vista que el sujeto de la posición de garantía, al no evitar el resultado de la omisión, conoce el peligro inminente y aún así quiere y acepta el resultado; al no evitar lo que precisamente está obligado a hacer, proteger el bien jurídico que tiene a su cargo mediante la ley, en forma contractual o por un actuar precedente.

Sin embargo, el maestro Bacigalupo,⁶¹⁸ sostiene la teoría de que la gravedad de la culpabilidad de una comisión por omisión es menor que la de la realización activa del delito; lo anterior tiene una incidencia en la graduación de la pena.

Cuando se habla de la problemática acerca de la equivalencia de la omisión a la acción más bien parecería la equivalencia o diferencia de la culpabilidad o gravedad de la misma, pues mientras se aplican sanciones graves al resultado de un delito de acción, en su forma de comisión por omisión, el mismo delito se sanciona con menor pena; no hay una uniformidad de criterio para llegar a esas conclusiones.

Para hablar acerca de la culpabilidad del sujeto de posición de garante es necesario averiguar o comprobar si no tuvo a su alcance algunas de las causas de inculpabilidad, para así considerarlo penalmente responsable de la producción del resultado; esto es la no evitación de dicho resultado.

Welzel señala,⁶¹⁹ si el omitente conoce la relación de vida que lo une al bien jurídico, o sea, su posición de garante, de ello surge objetivamente su deber de impedir el resultado. Creer el omitente, a pesar de su conocimiento de la posición de garante, no tener ningún deber de impedir el resultado, se encuentra en un error de mandato (error de prohibición), BGH. 16 155.

El tribunal del Reich, establecía su jurisprudencia de manera predominante, de acuerdo a estos principios fundamentales: sabe el autor de la omisión que él es el padre (legítimo o ilegítimo) del niño que está por morir de frío, entonces conoce su posición de garante; su error sobre el deber de impedir el resultado que nace

⁶¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal*. Parte General. Porrúa, México. 2001.p. 55.

⁶¹⁸ BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*....., Ob. cit. pp. 154 y 155.

⁶¹⁹ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*....., Ob. cit. pp. 304 y 305.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

de ello, es error de prohibición. RG. 66 71; el mismo principio fundamental sirvió de base a las sentencias, RG. 64 316; 69 321; 72 374. También en estos casos rige lo mismo que en los delitos especiales propios, en los cuales del mismo modo es suficiente que el autor conozca su relación con la víctima de donde se desprende su deber de evitar el resultado, aquí se desprende en un error de prohibición, el autor que realiza actos lácivos con el pupilo, piensa que sólo tiene deberes de índole patrimonial respecto de él; RG. 58 61 (curador); RG. 53 191, (profesor de música); 67 390 (maestro de Ballet); 62 33 (maestro).

Asimismo, si el omitente contraviene un deber de impedir el resultado, porque su cumplimiento sólo habría sido posible mediante el sacrificio de un interés personal en sí mismo de menor valor, no procede la reprochabilidad de la lesión del deber, no sólo en las circunstancias del & 54 (luego, cuando el obligado o un pariente estuviera en peligro para su vida por su integridad corporal), sino más allá aún, en todos los casos en los cuales el sacrificio de intereses legítimos no le es exigible al obligado.

5.14. La punibilidad.

Punibilidad, calidad de castigo. Situación en que se encuentra quien, por haber incurrido en una infracción delictiva, se hace acreedor a un castigo.⁶²⁰

Punibilidad es la conminación de privación o restricción de bienes del valor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.⁶²¹

Los dos elementos integrantes de la norma jurídico-penal son el Tipo y la Punibilidad.

Por lo tanto la punibilidad tiene las mismas características que el tipo: generalidad por que se dirige a todos los individuos; abstracción, pues no se refiere a un caso concreto, sino a todos los que acontezcan durante la vigencia de la norma; y permanencia, dado que subsiste, se aplique o no, en tanto subsista la norma.

Para Pavón Vasconcelos, punibilidad es lo castigable, lo susceptible de castigo. Penalmente: “la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social “. ⁶²²

⁶²⁰ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para....., Ob. cit. p. 1109.

⁶²¹ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, y Ramírez, Elpidio, Contenido de las normas penales, Conferencia, 28 de julio de 1978, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1978. p. 81.

⁶²² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Diccionario de derecho....., Ob. cit. p. 852.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Por otro lado Jiménez de Asúa, precisa que lo característico del delito es ser punible; la punibilidad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.⁶²³

El maestro Miguel Ángel Aguilar señala que: el legislador al tipificar las conductas ilícitas también determina la sanción que corresponderá a quienes adecúen su conducta a la descripción típica. Se establece un margen de punibilidad, limitado con parámetros de mínimo a máximo que concede al juzgador de un arbitrio (judicial) para determinar el punto preciso de la sanción que corresponde al autor de un delito, ya que no establece, para efectos de fijar la condena, una equidistancia entre la pena media y máxima o entre mínima y media; menos aún, puntos intermedios entre éstos, por lo que es preciso individualizar la pena conforme a las exigencias de cada caso y, en estricta observancia a las garantías de legalidad y estricta aplicación de la ley conforme a los artículos 14 y 16 constitucionales.⁶²⁴

5.14.1. La Punición.

Punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito; realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad;⁶²⁵

No hay que perder de vista que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21 párrafo tercero establece: “la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial” .⁶²⁶

Mir Puig, dice, se entiende por “determinación de la pena “la fijación de la pena que corresponda al delito. Ello afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señala. En un sentido amplio se incluye también en la determinación de la pena la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o por medidas de seguridad.⁶²⁷

Asimismo, ha existido distintos procedimientos posibles de determinación de la pena, entre ellos un legalismo extremo confiaría por completo a la ley la fijación de la pena de cada delito concreto. Un sistema de libre arbitrio judicial; podría llegar, por el contrario a ceder totalmente al juez dicha misión, no limitando legalmente ni la clase ni la medida de la pena a imponer. Las legislaciones actuales de nuestro ámbito de cultura no acogen ni uno ni otro extremo, sino que combinan, por distintas vías y en diferente medida, una cierta dosis de legalismo y un determinado margen de arbitrio judicial.

⁶²³ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, La ley y , Ob. cit. p. 453.

⁶²⁴ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, El delito y la..... , Ob. cit. p. 386.

⁶²⁵ DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis, Contenido de las normas penales, Conferencia, 28 de julio de 1978, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1978. p. 101.

⁶²⁶ Reforma de la Constitución Federal, Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de junio de 2008.

⁶²⁷ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal..... , Ob. cit. p. 744.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

En relación con lo anterior este fue el sistema de compromiso entre el legalismo y el arbitrio judicial que prosperó en las legislaciones posteriores: la ley fija un marco penal, con unos límites máximo y mínimo, dentro del cual corresponde al juez determinar la pena concreta.⁶²⁸

Mir Puig, señala tres formas de determinación de la pena: Determinación legal; Determinación judicial, y Determinación penitenciaria o administrativa de la pena. En el esquema descrito la determinación de la pena posee un momento legal y otro judicial; lo anterior debe añadirse la intervención de la administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad; de ahí que se le haya generalizado la trilogía que propuso Saleilles cuando distinguió entre “individualización legal” “individualización judicial” e “individualización administrativa” mejor conocida como “penitenciaria”, porque la ejecución de la pena ha de ser regulada legalmente o controlada judicialmente. Sin embargo, el término “individualización” no incluye todos los aspectos de la “determinación” de la pena.⁶²⁹

La individualización apunta a la adaptación al caso concreto. Tal adaptación puede hallarse regulada, en parte, por la propia ley, y de ahí nace el concepto de individualización legal; pero la determinación legal de la pena exige algo previo a dicha individualización: requiere la propia fijación del marco penal típico.

La mayor o menor importancia relativa de cada una de las tres fases es viable según las concepciones doctrinales y en las diferentes legislaciones.

Cuando se ponga el acento en el legalismo se aumentará el peso de la determinación legal, mientras que ganarán terreno las fases de determinación judicial y penitenciaria cuando se insista de la necesidad de adaptar la pena al caso concreto. El compromiso entre legalismo y arbitrio judicial que se alcanzó en el siglo pasado partió de la determinación legal como límite fundamental de garantía.⁶³⁰

En la estructura del delito casi siempre se establece la penalidad del delito cometido o la disposición de las medidas de seguridad que habrán de aplicarse a todo sujeto que incurra en la comisión de cada delito. Y una de las circunstancias que hay que comprobar o acreditar es la de la excusa absolutoria y condiciones objetivas de punibilidad al sujeto de la posición de garante, es decir, comprobar cualquier circunstancia que pueda presentarse para la excusa absolutoria y/o condiciones objetivas de punibilidad, que son precisamente el aspecto negativo para la imposición de las penas.

El maestro Bacigalupo señala como uno de los problemas el señalamiento de la punibilidad. En primera instancia se dice que hay un hueco enorme al respecto y

⁶²⁸ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal,....., Ob. cit. p. 745.

⁶²⁹ Citado por MIR PUIG, Santiago, Derecho penal,....., Ob. cit. p. 746.

⁶³⁰ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal....., Ob. cit. p. 747.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

consecuentemente, por ser tipos abiertos, no están precisados concretamente los tipos por lo que tampoco se establecen las penas concretas. Sigue diciendo el maestro que los delitos especiales encierran en sí una limitación de la punibilidad a determinados sujetos y que toda extensión al sujeto no calificado de la autoría de esos delitos se hará a expensas de esa limitación y en consecuencia del principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*, en que las conductas no aparecen descritas ni las penas señaladas a aplicarse que serán cubiertas por el legislador. Esto simplemente conlleva un gran problema porque los motivos de política criminal son insuficientes para determinar otra solución.⁶³¹

5.14.2. La pena.

La pena es la real privación o restricción real de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la responsabilidad.⁶³²

Como es obvio la pena es un tema de gran trascendencia en el campo jurídico penal, por lo que no solamente debe interesarnos respecto de los fines y sentido de la pena sino incluso los límites que debe contener la sanción penal.

Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de la libertad a uno de sus miembros o intervenga de otro modo, en su actividad o en su vida en su existencia social. Hablamos de la legitimación y los límites de la fuerza estatal, del origen de *Ius Puniendi*. A esta respuesta Roxin, plantea tres teorías.⁶³³

La teoría de la retribución, teoría de la prevención especial y teoría de la prevención general.

La teoría de la retribución se basa en la creencia de que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objetivo de alcanzar la justicia. La intervención del Estado restablece el derecho lesionado; de lo que se trate en rigor es fundamentar la necesidad de la pena. La teoría de la retribución no la fundamenta: la presupone, estima que su significado estriba en la compensación de la culpabilidad; mas no explica por qué toda culpabilidad tenga que retirarse con una pena, presupone la libertad de la voluntad.

La teoría de la prevención especial –sustentada en el positivismo italiano y desarrollada en Alemania por Franz von Liszt no quiere retribuir el hecho pasado, sino prevenir nuevos delitos del autor, corrigiendo al corregible,

⁶³¹ BACIGALUPO, Enrique, Delitos improprios de omisión, Ob. cit. pp. 184 y ss.

⁶³² DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis, Contenido de las normas Ob. cit. p. 110.

⁶³³ ROXIN CLAUS, Problemas básicos del derecho penal, Trad., de Diego Manuel Luzón Peña, Edit. Reus, Madrid, España, 1976, pp. 11 y 12.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

intimidando al intimidable o haciendo inofensivo al privarlo de la libertad al que no es corregible ni intimidable. La teoría de la prevención especial, conduce a una consecuencia inocultable: con independencia de que seamos culpables o no de un delito, todos podemos ser corregibles, o, al menos se nos puede inhibir y si ello se hace sin tomar en cuenta la culpabilidad, para los fines correccionistas propugnados, se abre la posibilidad de la pena ilimitada temporalmente. No puede soslayarse una segunda objeción: si no existe peligro de que el delito se repita, por grave que sea, ningún sentido tiene la pena.⁶³⁴

La teoría de la prevención general no considera que el fin de la pena sea retributivo correctivo o asegurativo, sino que su objetivo radica en los efectos intimidatorios sobre la generalidad; por un lado si de lo que se trata es intimidar a todos, nada impide el establecimiento de sanciones lo más grave posible; por otro lado no se ha atendido al dato empírico de que en numerosos delincuentes no se ha podido comprobar el efecto intimidante de la pena. Como justificar que se castigue a un individuo no en consideración a un individuo no en consideración a sí mismo, sino en consideración a otro por el contrario un orden jurídico que no se considere al hombre objeto utilizable, hace emerger la necesidad de que no se le instrumentalice de esa manera.⁶³⁵

5.15. La medición de la pena o medida de seguridad.

Para Mir Puig,⁶³⁶ la determinación judicial de la pena, consiste en que una vez asignada el marco penal concreto que corresponde al delito ó delitos en caso de concurso, el juez dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco. Es la fase de la “determinación judicial de la pena en sentido estricto “. En la medición de la pena deberán tenerse en cuenta los factores que desempeñan un papel en la individualización de la pena y de la medida de seguridad, contemplados en el artículo 70 y siguientes del Código Penal para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial el 16 de julio de 2002,⁶³⁷ y 51 del Código Penal Federal de 1931, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.⁶³⁸

La medición de la pena es, a mi parecer, uno de los factores importantes en el tema de comisión por omisión, partiendo de que en la estructura del delito de comisión por omisión, para comenzar, no están específicamente definidos o tipificados conforme al principio de legalidad; si no está descrita en una ley concreta cuando se está en presencia de un delito concreto y mucho menos descrita la pena que ha de aplicarse al sujeto del resultado, es donde se complican los análisis y estudio de dichos delitos.

⁶³⁴ ROXIN CLAUS, Problemas básicos del derecho penal....., Ob. cit. p. 16.

⁶³⁵ ROXIN CLAUS, Problemas básicos del derecho penal....., Ob. cit. p. 19.

⁶³⁶ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal,....., Ob. cit. p. 747.

⁶³⁷ Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial el 16 de julio de 2002.

⁶³⁸ Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Así, el artículo 70 del Código Penal para el Distrito Federal, ⁶³⁹ en estudio señala como regla general “que dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y los tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente en los términos del artículo 72 del código penal aludido”; y artículo 51 y 52 del Código Penal Federal de 1931, ⁶⁴⁰

Así pues, el artículo 72 del Código penal del Distrito Federal, ⁶⁴¹ y 52 del Código penal federal, ⁶⁴² señalan los criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad; así, el juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta.

- I La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla.
- II La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado.
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado.
- IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido.
- V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres.
- VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas especiales en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito.
- VII. Las circunstancias del activo y pasivo, antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido.
- VIII. Las demás circunstancias especiales del agente que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma. Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de las víctimas y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.

⁶³⁹ Código Penal para el Distrito Federal....., Ob. cit. pp. 125 y ss.

⁶⁴⁰ Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.

⁶⁴¹ Código Penal para el Distrito Federal....., Ob. cit. pp. 125 y ss.

563. Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Sin embargo, persiste el peligro o el riesgo, pues mientras la ley señala por un lado que se aplicarán las penas concretas y descritas, por otro lado hay problemas cuando se señalan la aplicación de sanciones que, al no estar descritas concretamente, se antojan análogas, pues surgen de leyes especiales, no precisas, por lo que se corre el riesgo de caer en excesos o arbitrariedades al momento de la impartición de justicia.

5.16. La consumación.

Para Castellanos Tena, se llama consumación la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal.⁶⁴³

Consumación. El delito se ha consumado cuando produciéndose el resultado o agotándose la conducta, se verifica la lesión del bien jurídico; hay consumación en tanto el hecho ilícito querido se produce mediante la integración de sus elementos esenciales.⁶⁴⁴

Según Betiol la consumación del delito supone en el hecho realizado por el autor, todos los requisitos señalados en la tipicidad abstracta, lo que precisa una consumación perfecta entre ésta y la tipicidad concreta. A lo cual se suma la lesión del bien jurídico. Se puede llamar consumado el delito “cuando en concreto se han realizado todos los elementos constitutivos y se ha verificado la lesión efectiva o potencial del interés protegido.”⁶⁴⁵

El concepto consumación expresa Rodríguez Devesa,⁶⁴⁶ son determinantes las características penales, como la producción del resultado si se trata de un delito material; la realización de la actividad corporal, si es de simple actividad; el incumplimiento del deber de actuar, si es de omisión propia; si se precisa una condición objetiva de penalidad, la consumación se da hasta que se verifica dicha condición, pues el concepto de la consumación es de índole formal.

La característica principal que distingue a la consumación formal de la consumación material, es el agotamiento o terminación del delito en la que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que además, consigue satisfacer la intención que perseguía.⁶⁴⁷

En el Código Penal Federal, se establece diferentes formas y momentos de la consumación, así tenemos en el artículo 7º tercer párrafo:

Fracción I, que el delito es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

⁶⁴³ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales Ob. cit. p. 286.

⁶⁴⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Diccionario..... Ob. cit. p. 142.

⁶⁴⁵ Citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Diccionario..... Ob. cit. p. 242.

⁶⁴⁶ Ibidem.

⁶⁴⁷ AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel, El delito y la..... Ob. cit. pp. 212 y 213.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

Fracción II, permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y

Fracción III, continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal. En este supuesto se entiende que la consumación del delito o delitos será cuando el autor realiza la última conducta o el último delito de esa pluralidad de delitos o conductas.⁶⁴⁸

En los mismos términos y condiciones establece el artículo 17 del Código Penal para el Distrito Federal, respecto de la consumación del delito.⁶⁴⁹

5.17. La tentativa.

En la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate.⁶⁵⁰

Según el maestro Sebastián Soler, la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa; para Jiménez de Asúa, la tentativa es la ejecución incompleta de un delito.⁶⁵¹

Muñoz Conde dice: “ Cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debiera producir el delito, por causas o accidente que no sea su propia y voluntario desistimiento” es la tentativa.⁶⁵²

El Código Penal Federal⁶⁵³ en su artículo 12 legisla la tentativa punible en los siguientes términos:

“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 “.

En los mismos términos se expresa el Código Penal para el Distrito Federal,⁶⁵⁴ en su artículo 20, sólo agregando la última parte donde se habla del riesgo o peligro del bien jurídico tutelado.

⁶⁴⁸ Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.

⁶⁴⁹ Código Penal para el Distrito Federal....., Ob. cit. pp. 10 y 11.

⁶⁵⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales , Ob. cit. p. 287.

⁶⁵¹ Citados por CASTELLANOS TENA, Fernando, , Ob. cit. p. 287.

⁶⁵² MUNOZ CONDE, Francisco, Derecho penal , Ob, cit, p. 70.

⁶⁵³ Código Penal Federal, , Ob. cit. p.148.

⁶⁵⁴ Código Penal para el Distrito Federal....., Ob. cit. p. 11.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Artículo 20. “ 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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado “.

5.18. Autoría.

Son formas de realización del delito la autoría y participación.

Autoría.

Autor es el anónimo “quien” con el que comienzan la mayoría de las descripciones de los delitos. El legislador parte aquí del presupuesto de que es autor quien realiza en su propia persona la totalidad de los elementos del tipo; como lo sostiene Jescheck.⁶⁵⁵

Según esto el código penal describe al autor único con la siguiente disposición: “será castigado como autor quien comete el hecho por sí mismo “. & 25 I. del código penal alemán.

Sin embargo, la mayoría de las veces la persona no actúa sola, sino que lo hace en colaboración con otras. Esto sucede también en la comisión de delitos. El Ordenamiento jurídico se sitúa con ello ante el problema de la intervención de varios en una acción punible.

Jeschedck, habla de la autoría inmediata y dice:

Por tanto autor es en primer lugar, quien en su propia persona realiza todos los elementos del tipo de la acción punible.

El concepto de autoría, sin embargo, no está limitado a la autoría única inmediata, sino que también se extiende al caso en el que el autor se sirve de otro como “instrumento “.

Para Bacigalupo, el autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras los que toman parte sin dominar el hecho, son partícipes. Dominio del hecho significa tener todo bajo control y estar en posibilidades de decidir si se consuma el delito o no. Quien tiene esta postura puede denominarse autor; de lo contrario si sólo colaboró se le denominará partícipe.⁶⁵⁶

Jescheck, habla también de la autoría mediata. Por lo tanto, como autor también es castigado “quien comete el delito por medio de otro “. (& 25 I, segundo supuesto) (Autoría mediata).

También habla de la coautoría en los siguientes términos.

Además existe la posibilidad de que varias personas concertadas entre sí intervengan en el hecho a título de autor (coautoría). De acuerdo con ello, el &

⁶⁵⁵JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho Penal....., Ob. cit. 2002. p. 692.

⁶⁵⁶ BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la Teoría....., Ob, cit. p. 95.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

25 Il determina lo siguiente: “si varios cometen el delito conjuntamente, cada uno de ellos será castigado como autor “. ⁶⁵⁷

Bacigalupo refiere que coautor es el que tiene juntamente con otro u otros el codominio del hecho. ⁶⁵⁸

Cerzero Mir, por su parte sostiene coautores serán todos los que, mediando entre ellos un acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho, realizan algún elemento del tipo. Todo el que realice algún elemento del tipo será coautor, aunque no tenga el dominio del hecho. ⁶⁵⁹

Muñoz Conde habla de la clase de autoría y menciona autoría directa o individual, autoría mediata, e incluso de coautoría. ⁶⁶⁰

Autor directo es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho típico. Esta forma de autoría expresamente enunciada en el artículo 28 (del Código Penal español), quienes realizan el hecho por sí solos. Es la que sirve como punta de referencia a la descripción que del sujeto activo se hace cada tipo delictivo de la parte especial. (“El que matare a otro”, “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación”).

La autoría mediata, es aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien la realiza.

5.19. Coautoría.

Coautoría es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran conscientemente y voluntariamente.

5.20. Participación.

Mientras que el autor realiza la acción típica por sí mismo, conjuntamente con otras personas o por medio de otro, el **inductor** y el **cómplice** guardan extramuros del tipo. Están comprendidos por disposiciones penales especiales:

Inductor es “quien dolosamente ha determinado a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso (& 26), y cómplice quien dolosamente ha prestado ayuda a otro para la comisión de un hecho antijurídico doloso (& 27). ⁶⁶¹

⁶⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho Penal....., Ob. cit. 2002. p. 693

⁶⁵⁸ BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la Teoría....., Ob, cit. p. 96.

⁶⁵⁹ Citado por DAZA GOMEZ, Carlos, Teoría del delito....., Ob. cit. p. 297.

⁶⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes,.....Ob.cit. p. 498.

⁶⁶¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho Penal....., Ob. cit. 2002. p. 693.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

Autoría y Participación.

5.20 El código penal federal mexicano ⁶⁶² por su parte legisla la autoría y participación en su artículo 13 en los siguientes términos, con el título de personas responsables de los delitos.

Son responsables del delito quienes:

Art. 13. Son autores o partícipes de delito:

Autoría.

I. Autoría material Los que lo realicen por sí. (Autor directo o inmediato).

II. Coautor. Los que lo realicen conjuntamente, con otro u otros. (Hay acuerdo previo o concomitante).

III. Autor mediato Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro, como instrumento.

- a) El instrumentado está en error de tipo o prohibición.
- b) El instrumentado actúa coaccionado por el autor.
- c) El instrumentado no tiene capacidad de determinación.
- d) Instrumentado dominado por grupos o aparatos organizados de poder.

Participación.

(Requiere de un autor).

IV. Instigador o inductor. Los que determinen dolosamente al autor a cometerlo;

V. Cómplice. Los que dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; no tiene dominio del hecho. Con punibilidad $\frac{3}{4}$ partes de la pena. Art.81.

VI. Auxiliador Los que con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito. Con punibilidad $\frac{3}{4}$ partes de la pena. Art.81.

Planeador o preparador. Quien únicamente intervenga en la planeación o preparación del delito; es partícipe intelectual; ya que no domina el hecho.

De la misma manera el artículo 14 del código de referencia, estudia el delito emergente en los siguientes términos:

Si varias personas toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete algún delito distinto sin previo acuerdo con los otros, de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los siguientes requisitos:

⁶⁶² Código Penal Federal de 1931, Ob. cit. p.148.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

- I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal.
- II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados.
- III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y
- IV. Que no hayan estado presentes en su ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

En los mismos términos se establece por el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 22.⁶⁶³ Autoría y participación.

Formas de autoría y participación.

Los responsables del delito son quienes:

- I. Lo realicen por sí; (autor directo o inmediato).
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores; (coautoría).
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento; (autor mediato).
- IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo; (instigador o inductor).
- V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión y (cómplice).
- VI. Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito; (auxiliador necesario).

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito; así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código.

Artículo 26 del Código penal citado estudia la autoría indeterminada.

Cuando varios sujetos intervengan en la comisión de un delito y no pueda precisarse el daño que cada quien produjo, para su punibilidad se estará a lo previsto en el artículo 82 del Código penal citado.

Pluralidad de sujetos en la conducta.

Que no exista acuerdo previo.

Que se haya causado un daño.

Intervención dolosa.

Que cualquiera de las intervenciones sea causante o co-causante del daño.

Imposibilidad de probar quien o quienes causaron el daño.

⁶⁶³ Código Penal para el Distrito Federal de 2002....., Ob. cit. p. 11.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Desde las primeras agrupaciones humanas el hombre siempre consideró a aquella conducta o comportamiento que infringía la buena convivencia humana, contrario a derecho y a las buenas costumbres por lo que advirtió que ese mal debía retribuirse con una pena, para que esa convivencia pudiera permanecer estable y en paz. Nace así el delito con el mal comportamiento del hombre y una consecuencia como pena, sin saber qué estructuras o elementos pudieran integrarlo. Con las primeras definiciones del delito, se formulan estructuras de diversa índole llevando a cabo descripciones que fueron acumulando elementos unos y otros, e iniciando así las descripciones típicas, que fueron desarrollándose conforme se consideraron procedentes y oportunas.

SEGUNDA. Con la aparición de grandes pensadores y filósofos dieron por sentado el nacimiento de períodos importantes como el humanismo del derecho penal, la era científica, períodos y etapas que dieron origen a la sistematización de la doctrina y la formación de la dogmática jurídico- penal, con la concepción del delito en acción típica, antijurídica y culpable.

TERCERA.- En el desarrollo de la dogmática jurídica penal, cada uno de los autores connotados fue aportando y colaborando con sus conocimientos o descubrimientos en cada uno de los elementos del delito formando así la estructura y edificación con lo que contamos actualmente en la ciencia jurídico-penal.

CUARTA.- Con el transcurrir de los tiempos los grandes pensadores han contribuido en el desarrollo de diversos sistemas que han manejado el delito de acuerdo a su concepción y vigencia, y gracias al desarrollo de la ciencia jurídica, ésta cambia conforme avanza la sociedad, y mejora así las diversas corrientes jurídicas que vinculan a la sociedad en su modernidad.

QUINTA,- Se considera que el delito como comportamiento humano sólo puede realizarse mediante acción u omisión, es decir, mediante la conducta en strictu sensu o lato sensu, esto es en sentido positivo y/o negativo.

SEXTA.- La acción como comportamiento positivo o un hacer, y la omisión como comportamiento pasivo, o un no hacer nada. Es de tomarse en cuenta que cuando nace esa concepción bitómica, la omisión no abarcaba lo que es hoy la omisión impropia, y esto ha servido o permitido una severa confusión no solamente de lectores y estudiantes sino de doctrinarios y especialistas en la materia, y esta problemática según los propios tratadistas se ha mantenido alrededor de 100 años, y sólo porque la figura de omisión impropia apareció

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

posteriormente con sus elementos específicos y trascendentales, que no deben permitir más confusiones entre la omisión pura o propia y la omisión impropia.

SEPTIMA.- La omisión impropia es un delito que posee una figura especial como la posición de garante que deriva de las fuentes del deber jurídico, llamadas fuentes formales y fuentes materialmente funcionales, estas últimas por ser más recientes se han extendido en toda Europa continental y en casi toda sudamérica, incluyendo a México, que no debe quedar rezagado de este desarrollo científico de la dogmática jurídico-penal.

OCTAVA.- En el estudio de las fuentes del deber jurídico, sobresale el análisis de la posición de garante, la inactividad del omitente como base del delito a estudio, las fuentes en que derivan esa obligación, es de notarse, ya que primero fueron las fuentes formales y después funcionales o materiales según el avance de la ciencia jurídico-penal.

NOVENA.- En el estudio del delito de comisión por omisión u omisión impropia sobresale la característica especial de este delito que no se encuentra descrito totalmente en los tipos penales, sino solamente partes esenciales del mismo, y la mayor parte ha de construirse por el juez o la jurisprudencia, lo que hace aun más difícil su estructura y análisis, por lo que gran parte de ello debe ser de construcción judicial, es decir, les corresponde integrar el contenido los jueces y la jurisprudencia.

DECIMA.- A mi juicio les corresponde gran parte construir el delito o hecho en investigación a la policía ministerial junto con el fiscal o ministerio público aportar todos los indicios necesarios para que el juez pueda integrar y construir el hecho ilícito en cuestión, al aplicarse las penas que pudieran corresponder conforme la equivalencia que se produzca o se acredite.

UNDECIMA.- Lo anterior no debe ser excusa para que los hechos materia de la investigación queden impunes sin conclusión ni resolución, sino que debe realizarse una investigación adecuada con metodología eficaz y procedimientos afines de tal manera que estos hechos ya no queden impunes y la justicia sea ágil y eficaz en persecución de los autores y responsables de estos ilícitos.

DUODECIMA.- Es de tomarse en consideración que el delito a estudio y análisis debe hacerse en forma normativa en razón de que el delito es una violación a la norma jurídica, y con ello debe buscarse con elementos más precisos y concisos que conduzcan a la verdad histórica de los hechos y con ello resolver dichos ilícitos con mayor certeza jurídica.

DECIMOTERCERA.- Al comenzar a estudiar el delito de omisión impropia, me encontré con que existe la omisión propia y la impropia o comisión por omisión. Así observo que la distinción entre ambos, se remonta a estudios de antaño de grandes tratadistas como Luden, quien vio la esencia de los delitos de omisión propia en el hecho de que los mismos consistían únicamente en la infracción de

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

un mandato y no se dirigían a la vulneración de derechos subjetivos ajenos, estos delitos que se cometen por acciones omisivas solamente se dirigen a la lesión de un bien jurídico; mientras que los de omisión impropia se realizan mediante una inactividad, donde se infraccionan dos normas, una dispositiva y una prohibitiva, la ley dispone un mandato un hacer positivo, y esa disposición produce un resultado prohibido por la ley, es cuando el omitente al no evitar el resultado produce un resultado que normalmente es producido por un hacer positivo. La omisión impropia o comisión por omisión es la otra forma de cometer el delito en esta modalidad. La acción del evento no solamente se configura al infraccionar una norma dispositiva, como en el caso de la omisión simple, sino también una norma prohibitiva, ya que resalta como elemento primordial la calidad de garante, aparte de los demás elementos integrantes de la figura, es decir, con la producción de un resultado material.

DECIMOCUARTA.- La característica especial de estos delitos, se consideran como tipos abiertos, donde la propia norma no establece claramente las conductas especiales en que debe realizarse el delito, las penas concretas que han de aplicarse en cada caso, incluso considerarlo preocupante en relación al principio de legalidad, ya que en estos tipos no se describen con exactitud, tanto la conducta como las penas a aplicarse, son motivos más que suficientes que animan su investigación y estudio dogmático. Así pues la esencia de la omisión impropia o comisión por omisión 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, es decir, se viola una norma preceptiva y una norma prohibitiva.

DECIMOQUINTA.- Hay autores que señalan que a diferencia de lo que sucede en el delito de omisión pura o simple, en el delito de comisión por omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido y de la evitabilidad del mismo, para imputar un resultado al sujeto de la omisión, es preciso además que este sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado, y esto no quiere decir, que tenga solamente la posición de garante en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben, sino que tenga conocimiento de la situación típica y tenga posibilidad de efectuar ese cumplimiento.

DECIMOSEXTA.- Al analizar los códigos penales de México, se advierte con que la mayoría de los delitos de comisión por omisión, no están tipificados completamente, sino sólo una parte de la conducta y que la otra, como se sostiene, es tarea de los jueces incluso de la doctrina o la jurisprudencia, complementar la integración de dicho delito como sucede en Europa y sudamérica, por tanto al no tener todos los elementos descritos en una ley, se complica la situación, ya que es necesario que lo que describen dichas leyes se interpreten con amplitud y eficacia con el objeto de configurar, estructurar y acreditar los hechos constitutivos de delitos de comisión por omisión. Y es que en estos delitos gran parte de la integración debe ser de los jueces, la doctrina y la jurisprudencia.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

DECIMOSEPTIMA.- En razón de lo anterior, es necesario que no solamente los jueces y magistrados profundicen su análisis a modo de aplicar la ley y resolver los conflictos latentes, sino que debe iniciarse la tarea con los ministerios públicos investigadores, quienes se encargan de recabar pruebas e indicios para formular la imputación en estos hechos y que ahí parta la actuación de los jueces, puesto que sin estos elementos los jueces no pueden invadir la esfera de actuación de la autoridad investigadora, por eso considero que el papel primordial del ministerio público es investigar a fondo a efecto de tener mayores elementos e indicios del delito para ofrecer a los jueces y que estos puedan calificar y resolver con certeza jurídica los casos en que intervienen, además es necesario que los abogados postulantes, deben ahondar su investigación y participación, afortunadamente esto último, ya se establece en el nuevo sistema de justicia penal que gracias a las últimas reformas constitucionales, y al nuevo código nacional de procedimientos penales, el abogado coadyuvante ya tiene la oportunidad de proporcionar al ministerio público las pruebas y testimonios que considere procedentes a efecto de fortalecer la investigación y así proporcionar a los jueces mayores elementos e indicios para la solución de los casos concretos.

DECIMOCTAVA.- Otro de los puntos medulares del análisis consiste en la posición de garante, estudio derivado de diversas doctrinas como la teoría formal, la teoría funcional de Feuerbach y Kaufmann respectivamente, donde se analizan estas teorías hasta establecer las más funcionales e idóneas, por supuesto con sus respectivas críticas, en atención al avance de la dogmática jurídica-penal. Y que la doctrina mexicana, ha adoptado esas teorías en la aplicación del derecho positivo mexicano.

DECIMONOVENA.- Sin embargo, la figura de la posición de garante, plantea diferentes aspectos en su estudio, para saber cómo, cuándo, y quién debe imputarse ese papel, analizando sus alternativas, es decir, qué requisitos son necesarios para ello, la capacidad del omitente, la posibilidad real de poder evitar el resultado: además ese deber del garante debe ser específico, y no genérico, es decir, especificar en qué consiste la obligación de protección o garantía.

VIGESIMA.- Otro elemento primordial del análisis del delito a estudio es el concepto de equivalencia de la acción a la omisión, y esto es indispensable que la propia ley así lo determine como en el caso del Código penal del Distrito Federal, que con ello demuestra que está en la vanguardia del avance de la dogmática jurídico-penal, al señalar en qué consiste la equivalencia de la omisión a la acción.

VIGESIMAPRIMERA.- Así tenemos que el concepto de garante o posición de garante, es un concepto troncal o medular en la función del delito de omisión impropia o comisión por omisión, muchos autores le atribuyen este término a Nagler quien introduce al vocabulario jurídico penal dicha figura. Se observa que en los delitos de omisión impropia es necesario que el sujeto omitente tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

un cargo o profesión. Esta obligación especial convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí su nombre con el que suele denominarse doctrinalmente posición de garante. Esta denominación de garante como omitente responsable del resultado, se debe porque garantiza frente a la comunidad a la integridad del bien jurídico lesionado o amenazado de un peligro inminente. Así la posición de garante como problema situado en el tipo de los delitos de omisión impropia, continúa siendo un factor determinante hacia la expansión de la punición de estos delitos y por tanto es necesario su delimitación y restricción.

Se dice que la posición de garante siempre ha sido considerado como una figura de valoración normativa en el contexto de la comisión por omisión; sin embargo, al revisar los antecedentes de esta figura y cómo fue insertado en el vocabulario jurídico-penal, se concluye que la misma proviene de un sistema dogmático en una perspectiva ontológica.

VIGESIMASEGUNDA.- Las fuentes formales de la posición de garante, teoría del deber jurídico se deben a Feuerbach.

Es del conocimiento general, que la posición de garante, esto es, la posición que destaca a una o unas personas de entre todas las demás que le hace responsable del bien jurídico-penalmente protegido y que en consecuencia y si no evita su lesión le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, se hace seguir mediante las tres fuentes tradicionales: la ley, el contrato y el hacer precedente o injerencia. La idea de que el deber jurídico de actuar transmite ciertas obligaciones se derivan de leyes extrapenales de derecho público, tenemos como ejemplo, deberes funcionariales de vigilancia o de derecho privado deberes familiares de guarda, convierten al omitente en responsable del resultado no impedido.

VIGESIMA TERCERA.- Sin embargo se observan diversas críticas de las fuentes formales de la posición de garante. Así a las fuentes formales de la posición de garante, se les critica porque la mera infracción del deber jurídico de actuar (antijuridicidad formal) derivado de una ley o un contrato no supone automáticamente la contrariedad a derecho de la omisión, si no va acompañada de la afectación de un interés jurídico penalmente protegido. Así el deber legal de alimentar a un hijo no expresa todavía el deber de garantía, que propiamente se fundamenta en la estrecha vinculación personal y de dependencia existente entre el obligado y la persona a su cuidado. Algunos autores señalan que no puede admitirse seriamente que baste cualquier deber jurídico específico de actuar para afirmar una posición de garante que suponga equiparar la omisión a la acción. Como este deber lo tienen los padres para con los hijos menores de 18 años de edad, no parece que ello baste cuando el hijo al que no se le alimenta es capaz de valerse por sí mismo y sobrevivir. Sin embargo habrá que valorar el contexto que rodean el hecho típico, puesto que no es lo mismo, no alimentar a un recién nacido de escasos meses, que a un hijo menor de 18 años, pero que ya puede valerse por sí mismo y sobrevivir circunstancias que definitivamente han de valorarse en el análisis del presente caso; situación ésta que se considera como

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

debilidad de esta estructura y su excesiva indeterminación por su escasa fidelidad al principio de legalidad lo que se evidencia al analizar las fuentes tradicionales de posición de garante.

VIGECIMOCUARTA.- Que la teoría formal es demasiado unilateral, y la calidad de posición de garante se deslignie en su preferencia con el bien jurídico dañado; así como el contrato como fuente de garantía, donde la posición de garante debe vincular con el bien jurídico protegido, y al no cumplirse las reglas del derecho civil se transfiere al derecho penal produciendo consecuencias derivadas de ello, como la nulidad, la anulabilidad y terminación de la vigencia del contrato, y la figura de la posición de garante subsiste en los hechos del caso, como cuando el contrato es válido desde el punto de vista de derecho civil, no obstante el obligado aún no ha asumido la posición de garante. Igualmente ocurre en el actuar precedente como fuente formal de la posición de garante, hay duda que ese deber jurídico se puede fundamentar en la interrupción de la acción precedente, se habla de la presencia del dolo de peligro y dolo de daño; además se critica la diversidad del actuar precedente o injerencia.

Además, esta teoría pone en tela de juicio el principio de legalidad, y que cada día a medida que se avanza en la determinación de cada efecto, es así que incluso se reconoce ya una cuarta fuente formal, conocida como la convivencia social. Se señala que la jurisprudencia sólo interviene en casos muy especiales, entendiendo la debilidad de la fundamentación para establecer criterios generales, alimentando así la inseguridad jurídica.

VIGESIMAQUINTA.- Con la teoría de las fuentes funciones de Armin Kaufmann. La fundamentación ya no puramente formal, sino material-funcional de las fuentes del deber de garantía donde adquiere singular relevancia desde el momento en que el elemento posición de garantía se considera determinante a la hora de proceder a la equiparación punitiva entre la comisión y la omisión. La teoría de las funciones que propuso la división de las posiciones de garantía en función de las tareas que se espera de quien en una de ellas se encuentra colocada. En ese sentido, dedujo que el fundamento está dado por la necesidad de evitar la lesión de determinados bienes jurídicos. Con lo anterior la posición de garante se constituye en una posición de protección o defensa de un bien jurídico. Esta posición es en la actualidad mayoritariamente aceptada por la doctrina alemana, y se fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico; se supera así la anterior doctrina de la teoría formal del deber jurídico, que para decidir la existencia de posición de garante atendía a sus fuentes formales como la ley, el contrato y el actuar precedente.

VIGESIMASEXTA. Al igual que la teoría anterior surgen críticas a las fuentes funcionales de la posición de garante.

A. Si bien es cierto, que las fuentes funcionales permiten fundamentar la existencia de una posición de garante en relación funcional materialmente

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

existente entre el sujeto y el bien jurídico; sin embargo, no precisan con claridad los criterios que hacen surgir esa relación funcional, es decir, no se explica suficiente el origen de las funciones de protección y control o vigilancia, que se atribuye al garante.

B. Se observa que la distinción planteada por esta teoría es muy leve, al considerar que en el cuidado de una fuente de peligro, también es una manera de proteger bienes jurídicos; así, como en la protección de estos bienes, es igualmente una manera de cuidar fuentes de peligro.

C. La indefinición y la ambigüedad se acentúa cuando la posición de garante se ha extendido y diversificado los supuestos con una relación especial de dependencia que se establece entre los titulares del bien jurídico.

D. Si con la ambigüedad expresada en la posición de garante, la relación especial de dependencia que debe existir entre los titulares del bien jurídico, quedan también protegidos.

VIGESIMASEPTIMA.- La opinión y postura de Jakobs, respecto de la posición de garante. La concepción de Jakobs conocida como el funcionalismo sociológico, en el que precisa que en una sociedad como la actual, el derecho penal pretende ser un medio a través del cual sean posibles las relaciones sociales y en ese sentido, como sistema regulador de la existencia de personas que es, impone como deber principal a cada uno de sus miembros *no dañar a otra persona*, en esta relación prevalece una intención la relación positiva que significa reconocer a otro como persona. No es relevante que el delito se ha cometido por violación a un mandato o prohibición, por omisión o por comisión, el fundamento de ambos se explica en que el autor no tiene a su cargo un ámbito de organización, y si quiere ser libre dentro de él, debe responder por las consecuencias dañosas que genere; libertad de organizar contra responsabilidad por las consecuencias. Que la distinción material no es entre comisión y omisión, sino entre responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional; y respecto a la omisión frente a peligros derivados de objetos, actividades empresariales originan deberes de relación y estos deberes son de aseguramiento, deberes de salvación, de injerencia, etc.

VIGESIMAOCTAVA.- En el caso de México, primero se adoptó el sistema formal de garantía de Feuerbach como en el Código Penal Federal de 1931, y posteriormente se adopta las fuentes funcionales de garantía de Armin Kaufmann, como en el Código penal para el Distrito Federal de 2002 (actualmente de la Ciudad de México), y así los Códigos penales de los Estados de la Federación han adoptado al Código Penal Federal de 1931, y otros al Código penal para el Distrito Federal de 2002 (actualmente de la Ciudad de México); haciéndose notar que el último Código penal citado, se afilia a las fuentes más recientes en la mayoría de los países.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

VIGESIMANOVENA.- Para el estudio de la omisión impropia o comisión por omisión, en los delitos dolosos, es sigue la estructura más avanzada de la dogmática jurídico-penal, es así como se analiza desde el tipo objetivo de la omisión, como el tipo subjetivo y demás elementos primordiales de la misma.

Se observa que las peculiaridades del tipo objetivo de comisión por omisión, contiene la misma estructura que la omisión pura, con los siguientes elementos: a) La situación típica, b) la ausencia de la acción determinada, y c) la capacidad de realizarla, y complementada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para su integración: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo.

TRIGESIMA.- En el análisis de la situación típica donde concurre el peligro de producción inminente de un resultado delictivo de los comprendidos en los correspondientes tipos de los delitos de acción en este supuesto de omisión. El Tipo objetivo contiene la situación típica, la no realización o ausencia de la acción de evitación, la capacidad que debe tener el omitente para evitar el resultado, el conocimiento de la situación típica, conocimiento del modo de evitar el resultado, la posibilidad física, real, de evitarlo, además como elemento primordial ostentar la posición de garante, debe existir la correspondencia de la acción a la omisión, además el Tipo subjetivo que contiene la capacidad de conocer y de querer, dolo y culpa.

Asimismo, en la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes. La inobservancia del cuidado objetivamente debido puede darse en distintos momentos, en el enjuiciamiento de la situación típica, en el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado, y que la no evitación del resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado debido, que el resultado debe ser de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida. Además deben concurrir los otros elementos comunes en los delitos de comisión por omisión. El tipo subjetivo. Contiene la capacidad de conocer y de querer, la culpa. También se analizan los otros elementos de todo delito.

TRIGESIMAPRIMERA.- Para el caso de México al estudiar la omisión impropia o comisión por omisión, en los delitos dolosos, se seguirá la estructura de la dogmática jurídico-penal, de la doctrina dominante, es así como se analiza desde el tipo objetivo de la omisión, como el tipo subjetivo y demás elementos primordiales de dicha figura. Se observan las peculiaridades del tipo objetivo de comisión por omisión, se presentan la misma estructura que la omisión pura, con los siguientes elementos: a) La situación típica, b) la ausencia de la acción determinada, y c) la capacidad de realizarla, y complementada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para su integración: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo. Se tratará de configurar el análisis de la situación típica al concurrir el peligro de producción inminente de

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

un resultado delictivo de los comprendidos en los correspondientes tipos de los delitos de acción en este supuesto de omisión.

Lo anterior con los elementos con que cuenta los códigos penales Federal y Distrital, así como los contenidos de los códigos de los estados de la federación. Así también en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia imprudentes.

La inobservancia del cuidado objetivamente debido, en el enjuiciamiento de la situación típica, en el planeamiento o ejecución de una acción tendente a evitar el resultado, y que la no evitación del resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado debido, que el resultado debe ser de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida. Además se analizará los elementos comunes en los delitos de comisión por omisión.

TRIGESIMASEGUNDA.- Al analizar los códigos penales de México, se advierte que existe gran diversidad en relación al origen de las fuentes del deber jurídico, ya que en 2012, eran **nueve** códigos penales que seguían la orientación del código penal federal, **siete** al código penal para el distrito Federal de 2002 y **nueve** códigos penales que legislan la omisión impropia sin señalar el origen de las fuentes del deber jurídico de actuar; mientras que en el año en curso, son **cinco** códigos penales que aún siguen la orientación del código penal federal, **diecisiete** códigos penales que siguen la orientación al código del distrito federal, quedando **siete** códigos penales sin señalar el origen de su procedencia, mientras que en **dos** estados no legislan la omisión impropia, dejando en total inadvertencia de la falta legislativa de esta figura jurídica.

TRIGESIMATERCERA.- De los estudios realizados a los códigos mencionados se advierte la necesidad urgente de unificar los códigos penales de la República Mexicana, en uno sólo tal como se ha hecho con el Código Nacional de Procedimientos Penales, ya que sería mejor estructurar uno sólo en lugar de legislar cada código penal de cada Estado, pues si bien es cierto que toda la sociedad mexicana posee la misma cultura, costumbre e idiosincrasia es dable reunir y conjuntar todas esas circunstancias para poder legislar a nivel nacional con un sólo Código Penal.

TRIGESIMACUARTA.- Muchos países tienen solamente un código penal a nivel nacional y eso les facilita estructurar mejor, analizar adecuadamente los tipos penales necesarios para resolver los conflictos existentes y metodológicamente ser más congruentes con las doctrinas, teorías y sistemas más acordes con la dogmática jurídico-penal dominante y no lidiar como en el caso de México, con 32 códigos penales en la misma sociedad mexicana, que a decir verdad, unos códigos penales se afilian con el código penal federal, otros al del Distrito Federal (actualmente Ciudad de México), unos más legislan la comisión por omisión sin señalar la fuente donde deriva el deber jurídico de actuar, mientras que otros, ni siquiera legislan la comisión por omisión, se advierte así la diversidad en cuanto a su contenido.

Atentamente.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, El delito y la responsabilidad penal, Teoría, jurisprudencia y práctica, Editorial Porrúa, México, 2008.
- AMUCHATEGUI REQUENA I., Griselda. Derecho Penal, 3ª ed., Editorial Oxford University Pres, México, 2005, 3ª reimpresión 2007, Colección Textos Jurídicos Universitarios.
- ANDRADE CASTRO, Jasón Alexander, La posición de garante en virtud de una comunidad de peligro, Universidad Externado de Colombia, Colombia, Bogotá, 2012.
- ARTAZA VARELA, Osvaldo, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013.
- ARROYO DE ANDA, Guillermo, Reformas al Código Penal para el Distrito Federal, en el Ciclo de mesas redondas, La importancia y perspectivas de las Reformas Penales, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1994, México.
- BACIGALUPO, Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1983.
- *Delitos Impropios de Omisión*, 3ª ed., Editorial Dykinson, S. L., España, 2005.
- Derecho Penal. Parte General. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.
- BECCARIA, César Bonesano Marqués de, Tratado de los delitos y de las penas, Editorial Porrúa, México, 1982.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert, La imputación objetiva en la omisión impropia o comisión por omisión, Flores Editor y Distribuidor, México, 2011.
- BOTTKE, Wilfried, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos de dirección, en Santiago Mir Puig y Diego Luzón Peña (compiladores), Trad. Luis Gracia Martín, España, Editorial J. M. Bosch, 1996.
- BUNSTER, Álvaro y TORIO LOPEZ ANGEL, Límites político-criminales del delito de comisión por omisión, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año 19, no 56, (Mayo-Agosto 1986), México.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, La imputación objetiva, En Teorías actuales en el Derecho Penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- Obras completas, Tomos I y II, ARA Ediciones, Lima, Perú, 2005.
- Imputación objetiva y bienes jurídicos, Ciencia penal en el umbral del siglo XXI, II Congreso Internacional de derecho penal, Editorial Ius Poenale, México, 1999. (coordinador), Dr. Moisés Moreno Hernández.
- CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Derecho Penal, Parte General, T. I, 2ª ed., Editorial Bosch S.A., Barcelona, España, 2001.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 13ª ed., Editorial Porrúa, México, 1980.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

- CARRARA, Francisco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, volúmenes I y VII, 5ª ed., Trad. de Jorge Guerrero y José J. Ortega Torres, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal, Parte General, 52ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013.
- CEREZO MIR, José, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, T.III, 3ª reimp., 2003, Editorial Tecnos, España, 2001.
- Temas fundamentales de Derecho Penal, Tomo I, Editores Rubinzal -Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- Ontologismo y normativismo en el finalismo del derecho penal, Revista peruana de derecho penal, Lima Perú, 2004.
- CÓRDOBA RODA, Juan, Culpabilidad y Pena, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1977.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Responsabilidad penal derivado del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal Español: delitos de peligro, Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch, España, 1996.
- Imputación objetiva en el delito Imprudente. Criterios de Imputación del Resultado, 2ª ed., Editorial B de F, Montevideo, Uruguay, 2005.
- CREUS, Carlos, Derecho Penal, parte general, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1999.
- DE LA VEGA MARTINIS, Orlando Humberto, El delito de omisión y su explicación causal, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, 2010.
- DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría de la imputación objetiva, en Criminalia, Año 63, No, 2, mayo-agosto, México, 1997.
- , Teoría General del Delito, Sistema Finalista y Funcionalista, Flores Editor y Distribuidor, México, 2012.
- DÍAZ ARANDA, Enrique y CANCIO MELIÁ, Manuel, Imputación Objetiva, Normativa del resultado a la conducta, 1ª ed., Flores Editor y Distribuidor, México, 2013.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, Imputación de muerte por omisión, Lineamientos generales de la imputación por omisión, Ensayos ADATA UFD (E) USB México, 2017.
- , Dolo, Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México, Editorial Porrúa, México, 2000.
- DÍAZ DE LEON, Marco Antonio, Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, con comentarios, Editorial Porrúa, México, Tomos I y II, 2004.
- ESCRICHE, Joaquín, Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 1996.
- ESTRADA VÉLEZ, Federico, Derecho penal, parte general, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1996.
- FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, Los delitos de comisión por omisión, impropia dolosa, en el Código Penal Español y en el Código Penal Federal Mexicano, Una reflexión comparada, Revista de Investigaciones Jurídicas número 26, Escuela libre de derecho, XC aniversario, año 26, México, 2002.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

- FLETCHER, GEORGE P., Conceptos Básicos de Derecho Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, El Nuevo marco constitucional en materia penal, en el Ciclo de mesas redondas, La importancia y perspectivas de las Reformas Penales, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1994, México.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal, introducción y parte general, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- , La teoría de la acción finalista, artículos publicados, p.
- FRISH, WOLFGANG, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, en Santiago Mir Puig y Diego Luzón Pena (compiladores), Trad. José Manuel Paredes Castañón, España, Editorial J. M. Bosch, 1996.
- La imputación objetiva, Estado de la cuestión, traducción de Robles Planas, en sobre el estado de la teoría del delito, España, Editorial Civitas, 2006.
- FUENTES BARRAGÁN Wendy, Delitos de comisión por omisión: omisión impropia, Revista de posgrado en derecho de la UNAM, V 2, no 3, jul-dic. México, 2006.
- GARCÍA NAVARRO, Edgar, Lineamientos a la estructura del tipo de omisión impropia en la legislación peruana, Perú, 2004.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, La omisión impropia en la dogmática penal alemana, una exposición. Estudio sobre el delito de omisión, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
- Sobre los conceptos de omisión y comportamiento. Estudio sobre el delito de omisión, México, INACIPE, 2003.
- Causalidad, omisión e imprudencia. Estudio sobre el delito de omisión, México, INACIPE, 2003.
- Qué es la imputación objetiva, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1990.
- La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión, Editorial Rubinsal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- GONZÁLES ROLDÁN, Carlos, Análisis de los delitos de comisión por omisión y su problemática a la luz del principio de legalidad (tesis), Gonzales Roldan, Carlos, México, 2000.
- GÓMEZ ALIER, Jacobo Dopico, Omisión e Injerencia en Derecho Penal, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2006.
- GRACIA MARTÍN, Luis, Los delitos de comisión por omisión, en derecho penal español, Editorial Civitas, Madrid, 2001.
- , Los delitos de comisión por omisión, en derecho penal español, V. 21, Núm. 61, (mayo- agosto 1999), de la Universidad de Antioquía, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.
- HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán, consecuencias políticas criminales y dogmáticas del artículo 4 del CPDF, comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Coordinadores Moisés Moreno Hernández y Rodolfo Félix Cárdenas, Editorial Ius Poenale, México, 2003.
- HUERTA TOCILDO, Susana, Comisión por omisión y principio de legalidad, Revista mexicana de justicia, V 3, no 2, abril-junio, México, 1987.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 5ª ed., Editorial Trillas, México, 2004.
- Reflexiones sobre la omisión, Líber ad honorem Sergio García Ramírez, T.II., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998.
- La omisión impropia o comisión por omisión, En: Revista Mexicana de Derecho Penal, 4ª época, No. 12, (abril- Junio 1974), México. 1974.
- JACKOBS, Günther, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, España, 1997.
- Acción y Omisión en Derecho Penal, Traducción de Luis Carlos Rey Sanfíz y Javier Sánchez Vera, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículos número 23.
- El concepto jurídico penal de acción, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de conferencias y artículos número 11, Colombia, 1996.
- La competencia por organización en el delito omisivo, Traducción por Enrique Peñaranda Ramos, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículos número 1, Colombia, 1994.
- Moderna dogmática penal, estudios compilados, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2002.
- La imputación objetiva en Derecho Penal, Traducción de Manuel Cancio Meliá, profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Ángel Editores, México, 2001.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de *Derecho Penal*, Parte General, Traducción y adición por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Vol. II., 3ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1981.
- *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, España, 1993.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., corregida y aumentada, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Comares, España, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Principios de Derecho Penal, La ley y el delito, Editorial Hermes Sudamericana, México, 1986.
- Lecciones de derecho Penal, tomo 7, Biblioteca Clásicos del derecho, compilación y adaptación de Enrique Figueroa Alfonzo, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1997, distribuidora Harla.
- Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 5ª ed., Editorial Lozada, Argentina, 1992.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, T.I. 4ª ed., Editorial Porrúa, México, 1983.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, Elementos de Derecho Penal Mexicano, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2011.

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

- KAUFMANN, Armin, Dogmática de los delitos de omisión, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, España, 2006.
- KUHLEN, Lothar, "Cuestiones fundamentales de la responsabilidad por el producto", en Santiago Mir Puig y Diego Luzón Peña, (comp.) Responsabilidad por el producto, Traducción de Carolina Bolea Bardón, revisada por Santiago Mir Puig, Editorial J.M. Bosch, España, 1996.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía, Editorial Civitas, España, 2002.
- LÓPEZ MEDRANO, Dante, El tipo de omisión en la teoría contemporánea del delito, en Revista de posgrado de derecho de la UNAM, vol.5, no 2, jul-dic, 2009, México, 2009.
- LUNA CASTRO, José Nieves, El concepto de tipo penal en México, Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional, 4ª ed, Editorial Porrúa, México, 2008.
- MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho penal mexicano, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, Parte General, 4ª ed., Editorial Trillas, México, 1997.
- MAURACH, Reinhart, et. al., Derecho Penal, Parte General, tomo I, 7ª ed. alemana, Traducción de Jorge Bonfil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Argentina, 1994.
- Derecho Penal, Parte General, tomo I, 7ª ed., alemana, Traducción de Jorge Bonfil Genzsch, Editorial Astrea, Argentina, 1995.
- MEZGER, Edmundo, Derecho Penal, 2ª ed., Cárdenas Editores, México, 1990.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Editorial Reppertor. S.L. Barcelona, España, 1998.
- MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PENA, Diego Manuel, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Editorial Bosch Barcelona, España, 1996.
- La comisión por omisión en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Coordinadores Moisés Moreno Hernández y Rodolfo Félix Cárdenas, Editorial Ius Poenale, México, 2003.
- Introducción a las Bases de Derecho Penal, 2ª ed., Editorial B. de F. Montevideo, Uruguay, 2003.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, La ciencia penal en el umbral del siglo XXI, II Congreso Internacional de derecho penal, (coordinador), Editorial Ius Poenale, México, 1999.
- , Las transformaciones de la legislación penal mexicana de los últimos veinte años, (los vaivenes de la política criminal mexicana), comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Ius Poenale, México, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis, Bogotá, 1990.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

- NOVOA MONREAL, Eduardo, Fundamentos de los delitos de omisión, Editorial Depalma, Argentina, 1984.
- NÚÑEZ C., Ricardo, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo I, 2ª ed., Editorial Federico Lerner Córdova, Argentina, 1987.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual de derecho Penal Mexicano, 8ª ed., Editorial Porrúa, México, 1987.
- Imputabilidad e Inimputabilidad, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1983.
- La causalidad en el delito, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1983.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *La problemática de la posición de garante en los Delitos de Comisión por Omisión*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- El delito de comisión por omisión en el nuevo código penal de Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de investigación en Filosofía y Derecho, 2001.
- PORTE PETIT GANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 17 ed., Editorial Porrúa, México, 1998.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 2004.
- PUPPE, Ingeborg, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos de dirección, en Santiago Mir Puig y Diego Luzón Pena (compiladores), Trad. José Manuel Paredes Castañón, España, Editorial J. M. Bosch, 1996.
- REBOLLO, Rafael, CASOS PRACTICOS, Editorial Universidad de Barcelona, Barcelona, España, 2007.
- REQUENA JULIANI, Jaime, Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2010.
- REYES ALVARADO, Yesid, Discusión actual y futura en torno a la teoría de la imputación objetiva, Ciencia Penal en el umbral del siglo XXI, II Congreso Internacional de derecho penal, Editorial Ius Poenale, México, 1999. Coordinador Dr. Moisés Moreno Hernández.
- REYES CALDERÓN, José Adolfo, Tratado de la teoría del delito, Cárdenas Editores, México, 2002.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho Penal, Parte General, Editorial Civitas, Madrid, España, 1978.
- ROMÁN QUIROZ, Verónica, La culpabilidad y la complejidad de su comprobación, Editorial Porrúa, México, 2000.
- ROMERO, Gladys Nancy, Algunas consideraciones de Derecho Penal, Editorial Fabián J. di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- Los delitos de comisión por omisión. La comisión por omisión en el tipo penal de estafa, En: Revista Mexicana de Justicia, V.3. Núm. 2. (abril- junio 1985), México.1985.
- ROXIN, CLAUDIUS, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, 7ª ed., Traducción de Joaquín Cuello Contreras, y José Luis Serrano González de Murillo, Ediciones Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, España, 2000.

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

- Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remezal, Thomson –Civitas, España, 1997.
- , Problemas básicos del derecho penal, Trad., Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, España, Madrid, 1976.
- RUBIO LARA, Pedro Ángel, Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución (tesis doctoral), publicaciones del Instituto de Criminología, de la Universidad Complutense de Madrid, España, 2002.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles, La teoría de la imputación objetiva del Resultado en el delito doloso de acción, una investigación a la vez sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto, Editorial Bosch, Barcelona, España, 2001.
- Participación por omisión, Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, Editorial Atelier, Barcelona, España, 2013.
- SÁINZ CANTERO, José Ángel, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General. 3ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1990.
- SÁNCHEZ TEJERINA, Isaías S., Teoría de los delitos de omisión, delitos de simple omisión, delitos de comisión por omisión, delitos de omisión espiritual, Editorial Reus, Madrid, 1918.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 2005.
- SCHUNEMANN, BERND, Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, El delito de omisión, concepto y sistema, 2ª ed., Editorial B. de F., Argentina, 2006.
- Aproximación al derecho penal contemporáneo, 2ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1992, y B de F., Argentina 2012.
- El nuevo Código Penal, cinco cuestiones fundamentales, Editorial J. M. Bosch, España, 1997.
- Estudios sobre los delitos de omisión, Serie de Pensamiento Penal Contemporáneo, Editorial Grijley, Perú, 2004.
- Consideraciones sobre la teoría del delito, Editorial Ad-Hoc, Argentina, 1998.
- Valoración político-criminal y algunas consecuencias dogmáticas del sistema de numerus clausus para la punibilidad de los delitos culposos, Coordinadores Moisés Moreno Hernández y Rodolfo Félix Cárdenas, comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Ius Poenale, México, 2003.
- SOLÍS RODRÍGUEZ, Javier, Análisis dogmático de la estructura de la omisión impropia en la legislación penal mexicana, Editorial Porrúa, 2012, México.
- STRATENWERTH, Günther, Derecho Penal, Parte General, El hecho punible, Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Editorial Thomson –Civitas, (Aranzadi), Tratados y manuales, España, 2005.

HERIBERTO MENDEZ ESTRADA

STRUENCE, Eberhart, Delitos de comisión y de omisión, Traducción de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia, cuadernos de conferencias y artículos número 10, Colombia, 1996.

-----Acerca de la legitimización de la imputación objetiva, como categoría complementaria del tipo objetivo, Ciencia penal en el umbral del siglo XXI, II Congreso Internacional de derecho penal, Editorial Ius Poenale, México, 1999. Coordinadores Moisés Moreno Hernández y Rodolfo Félix Cárdenas.

-----Atribución objetiva y delito imprudente, Ciencia penal en el umbral del siglo XXI, II Congreso Internacional de derecho penal, Editorial Ius Poenale, México, 1999. Coordinadores Moisés Moreno Hernández y Rodolfo Félix Cárdenas.

TERRADILLOS BASOCO, Juan Manuel, La imputabilidad en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Ius Poenale, México, 2003. Coordinadores Moisés Moreno Hernández y Rodolfo Félix Cárdenas.

VARGAS GARCÍA, Jaime, Delitos de omisión impropia: posición de garante de los miembros de la fuerza pública, Editorial Ibáñez, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, 2010.

VELA TREVIÑO, Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad, 2ª ed., Editorial Trillas, México, 1990.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1983.

VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 2ª ed., Traducción de Luis Jiménez de Asía, (20ª ed. Alemana), Editorial Reus, España, 1927.

WELZEL, Hans, Derecho Penal alemán, 11ava ed. alemana, 4ª ed. Castellana, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997.

-----El nuevo sistema de derecho penal, Trad., de José Cerezo Mir, Editorial Ariel, España, 1964.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro Acacia y Alejandro Sloker. *Derecho Penal*, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, Argentina, 2005.

-----Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, Argentina, 2005.

-----Tratado de derecho penal, parte general, Tomos III y IV, Cárdenas Editores, México, 1988.

CÓDIGOS PENALES COMENTADOS.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, 22ª ed., Porrúa S.A, México 1999.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, comentado, T. I y II, 1ª ed., Porrúa S.A. México 2004.

COMPILACIÓN PENAL FEDERAL Y DISTRITO FEDERAL, Edit. RAÚL JUÁREZ CALO.

ESTUDIO DOGMATICO DE LA COMISION POR OMISION

CÓDIGOS PENALES DE TODA LA REPUBLICA MEXICANA CON SUS ÚLTIMAS REFORMAS.

DICCIONARIOS Y DICCIONARIOS JURIDICOS.

- DICCIONARIO PARA JURISTAS, JUAN PALOMAR DE MIGUEL, 1ª ed, Ediciones Mayo, México 1981.
- DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN CIVIL, PENAL, MERCANTIL Y FORENSE, EDICIONES UNAM, MEXICO, 1996.
- DICCIONARIO DE DERECHO, RAFAEL DE PINA, 1ª ed., Porrúa S. A., México, 1965.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM, 1998,
- DICCIONARIO ANALÍTICO SISTEMÁTICO DE DERECHO PENAL, PAVÓN VASCONCELOS, Francisco.3ª ed. Edit. Porrúa S.A., México, 2003.

DIARIOS OFICIALES DE LA FEDERACION.

DE FECHAS, 3 de septiembre de 1993, 10 de enero de 1994, 8 de marzo de 1999, 18 de junio de 2008, 10 de junio de 2011, 14 de agosto de 1931, 9 de marzo de 1999, 5 de marzo de 2014, y 31 de agosto de 1933. Y Gaceta oficial del D.F. 16 de julio de 2002.

JURISPRUDENCIA:

- SISTEMATIZACIÓN DE TESIS Y EJECUTORIAS DE 1917 A JUNIO DE 2016, (ANTES IUS).
-
- RECOPIACIÓN DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, JURISPRUDENCIA DEFINITIVA EN MATERIA PENAL, 1917- 1992, TOMO CUARTO EDICIÓN ESPECIAL.
- CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO, AGOSTO DE 2018.
- Atentamente. Lic. HERIBERTO MÉNDEZ ESTRADA.