

188



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

LA COMUNIDAD DE VIDA COMO CANDIDATO GARANTE Y LA NECESIDAD DE TIPIFICAR A LOS EFECTOS DE COMISION POR OMISIONES



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIGUEL ANGEL MACIEL FELIX

ASESOR: LIC. FERNANDO LABARDINI MENDEZ



NAUCALPAN DE JUAREZ, EDO. MEX.

NOVIEMBRE 2002

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



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.

PAGINACIÓN

DISCONTINUA

Para la sociedad en general y la Universidad Nacional Autónoma de México, muy especialmente para los que me ayudaron y condujeron en mi formación.

*Si alguien llegare a entender con
Inteligencia estos mis pensamientos, hará
muchas obras, dignas de varón bueno, y
no hará por el contrario muchas obras
viles.*

DEMÓCRATES.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|--------------------|----|
| Introducción | IX |
| | |

CAPÍTULO I ANTECEDENTES DE LA OMISIÓN

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Primeras referencias | 1 |
| 2. Legislación penal extranjera | 4 |
| 2.1 Código Penal Alemán | 4 |
| 2.2 Código Penal Español | 5 |
| 2.3 Código Penal Colombiano | 6 |
| 3. Legislación penal nacional | 6 |
| 3.1 Código Penal de 1871 | 7 |
| 3.2 Código Penal de 1931 | 10 |
| 3.3 Reforma penal de 1994 | 11 |
| 3.3.1 Diario de los debates | 12 |
| 3.3.2 Exposición de motivos | 12 |
| 3.4 La estructura de los delitos de comisión por omisión en los códigos penales locales | 14 |
| 4. Jurisprudencia | 16 |

CAPÍTULO II LA OMISIÓN

| | |
|------------------------------|----|
| 1. Terminología | 22 |
| 2. Concepto de omisión | 23 |

| | | |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3. | Distinción entre acción y omisión | 26 |
| 3.1 | Concepto de acción | 27 |
| 3.2 | Elemento diferenciador entre acción y omisión | 32 |
| 4. | Teorías que pretenden explicar la causalidad en la omisión . . | 33 |
| 4.1 | Teoría de la condición o conditio sine qua non | 34 |
| 4.2 | Teoría de la Inversión | 34 |
| 4.3 | Criterio de la causalidad hipotética | 35 |
| 4.4 | Nuestra opinión | 36 |
| 5. | Clases de omisión | 37 |
| 6. | Delitos propios de omisión | 37 |
| 6. 1 | Concepto | 37 |
| 6.2 | Tipos de omisión contemplados en el Código Penal para el Distrito Federal.. | 40 |

CAPÍTULO III COMISIÓN POR OMISIÓN

| | | |
|-------|--------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. | Concepto | 46 |
| 2. | Distinción entre delitos propios e impropios de omisión | 50 |
| 3. | La posición de garante | 52 |
| 3.1 | Las fuentes de la obligación de actuar | 56 |
| 3.1.1 | La Ley | 59 |
| 3.1.2 | El contrato | 61 |
| 3.1.3 | El actuar precedente | 62 |
| 3.1.4 | La comunidad de vida | 64 |
| 4. | La obligación jurídica de actuar y su delimitación | 68 |
| 5. | La antijuridicidad y la culpabilidad en los delitos de comisión por omisión. | 72 |

CAPÍTULO IV **LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN RELACIÓN A LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN**

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Concepto de la Imputación Objetiva | 76 |
| 2. Principios que rigen en la Imputación Objetiva respecto a los delitos de comisión por omisión derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida | 81 |
| 2.1 Realización de una acción distinta a la esperada | 82 |
| 2.2 Realización de la acción esperada | 87 |
| 3. Capacidad de evitación | 88 |
| 4. El tipo subjetivo | 91 |
| 4.1 El dolo de omitir | 91 |
| 4.2 La culpa omisiva | 95 |

CAPÍTULO V **EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN**

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La importancia del principio de legalidad | 99 |
| 1.1 El principio de legalidad en relación al artículo 7º párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal | 103 |
| 2. La necesidad de tipificar los delitos de comisión por omisión. . | 105 |
| 2.1 La inadmisibles equivalencia del delito de comisión por omisión con el delito de acción respecto a su punibilidad . | 106 |
| 2.2 Nuestra opinión | 109 |
| 3. Algunos ejemplos de tipos de comisión por omisión | 110 |

**CAPÍTULO VI COMENTARIOS AL
NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL EN
RELACIÓN A LOS DELITOS DE
COMISIÓN POR OMISIÓN.**

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Planteamiento general | 114 |
| 1.1 El tipo penal de comisión por omisión que dispone el nuevo código penal | 115 |
| 2. Análisis comparativo del tipo penal de comisión por omisión previsto en el Código Penal vigente para el Distrito Federal en relación al nuevo Código Penal | 116 |
| 3. Análisis crítico | 120 |
| CONCLUSIONES | 126 |
| BIBLIOGRAFÍA | 136 |

INTRODUCCIÓN

La Dogmática jurídica penal, hoy en día se ha preocupado por alcanzar una solución correcta en referencia a los delitos de omisión. Es a mediados del siglo XIX, cuando la doctrina empieza su incipiente estudio, sin embargo, se ha presentado de manera tan intrincada y compleja su investigación que ha conllevado a convertirla en una verdadera roca que entorpece la finalidad del Derecho Penal.

En la Dogmática penal, dice el maestro español Gimbernat Ordeig¹, hay tres cuestiones (imputación objetiva, comisión por omisión y dominio del hecho) que no llegan a unos resultados concretos y seguros; al menos hasta ahora y habrá que averiguar hasta donde se llega. Pero el problema jurídico está bien focalizado en la imputación objetiva y en la causalidad; el esquema de análisis es correcto, termina diciendo.

En efecto, el Derecho Penal tiene por objeto regular mediante normas jurídicas, que ordenan efectuar acciones para la producción de resultados socialmente deseados o para evitar aquellos socialmente indeseados, aquellas conductas antisociales y muy especialmente las que atentan contra la vida, la integridad corporal y patrimonio de las personas.

Es precisamente materia de estudio de nuestro presente trabajo los delitos de comisión por omisión enfocado para encontrar un criterio único y claro para superar la inseguridad jurídica que se produce en un

¹ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología;
<http://criminnet.ugr.es/recpc/index.html>

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

ámbito tan sensible como es el de la tipicidad y el de la imputación del resultado.

Ahora bien, en cuanto al contenido de esta investigación debemos advertir que en ella no se hace un derroche de erudición que permita decir que los problemas a los que nos referimos han quedado absolutamente resueltos en ella, pero sí nos atrevemos a afirmar que hemos hecho un gran esfuerzo para encontrar respuestas aceptables.

Como nuestro trabajo esta encaminado al estudio de los delitos de comisión por omisión y muy especialmente para proponer una adición de una calidad de garante en virtud de una comunidad de vida, asimismo como buscar alternativas para tipificar estos con una fórmula de *numerus clausus*. De tal forma que hemos dividido el desarrollo de la investigación en cinco capítulos.

Respecto de la bibliografía empleada, debemos advertir que ésta es mayoritariamente de autores extranjeros ya que es escaso, por no decir nulo, el estudio en nuestro país.

Creímos pertinente empezar nuestro trabajo definiendo algunos términos que sirven de soporte a nuestras afirmaciones posteriores en torno al delito de comisión por omisión, así que empezamos primeramente por desarrollar los antecedentes de la omisión.

En el segundo capítulo, propiamente entramos al estudio de la omisión haciendo una distinción con la acción, así como su elemento diferenciador con esta última. A groso modo y sin el afán de profundizar

en las teorías que pretenden explicar la causalidad en la omisión vemos los criterios más convincentes y proponemos el nuestro.

Posteriormente analizamos en el tercer capítulo los delitos de comisión por omisión, tema central de nuestra tesis. Resolvemos algunas cuestiones tales como: ¿La problemática de las tres fuentes formales de calidad de garante? ¿La ventaja de la fuente material de calidad de garante en virtud de una comunidad de vida? Es cierto que estas interrogantes y como otras tantas más no están transcritas en el cuerpo de esta investigación pero están implícitas en él, asimismo sus respuestas.

Nosotros consideramos de suma importancia tomar en cuenta la teoría de la imputación objetiva, que es materia del cuarto capítulo. Últimamente ha tomado gran peso, puesto que ha resuelto algunas interrogantes en el tipo objetivo, sobre todo en los delitos de omisión y de culpa.

No podríamos dejar rezagado un tema que para todos nosotros es de suma importancia, y nos referimos al principio de legalidad. No por el hecho de que sea el quinto capítulo de la investigación sea de menos importancia, sino al contrario, para llegar a él necesariamente tuvimos que cimentar con una serie de argumentos que efectivamente se está vulnerando con tal principio.

De última hora tuvimos que anexar un capítulo mas, pues cuando ya habíamos concluido el trabajo de investigación, a los días siguientes se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal un nuevo código penal,

consecuentemente con lo anterior, se procedió entrar al estudio y análisis del mismo, en relación a los delitos de comisión por omisión. No obstante con lo anterior, en esencia, nuestra propuesta sigue en pie.

Finalmente, exponemos nuestras propias ideas acerca de los delitos de comisión por omisión respecto de la calidad de garante en virtud de una comunidad de vida, que es propuesta de adición al párrafo segundo del artículo 7° del Código Penal para el Distrito Federal², asimismo como su regulación mediante la técnica legislativa *numerus clausus* en atención a satisfacer el principio de legalidad que consagra nuestra Carta Magna, en unas breves conclusiones que reflejan los resultados teórico prácticos de nuestra investigación, los cuales obviamente ponemos a consideración del lector, a quien desde luego solicitamos su constructiva crítica reiterándole el compromiso que asumimos de continuar con el estudio de las ciencias penales, con el afán de servir a la comunidad en atención a la seguridad tanto social como jurídica, y sobre todo para el bienestar en general.

² En el nuevo código penal, los delitos de comisión por omisión están contemplados en el artículo 16.

ANTECEDENTES DE LA OMISIÓN

SUMARIO

1. PRIMERAS REFERENCIAS.

2. LEGISLACIÓN PENAL EXTRANJERA.

2.1 *CÓDIGO PENAL ALEMÁN.*

2.2 *CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.*

2.3 *CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.*

3. LEGISLACION PENAL NACIONAL.

3.1 *CÓDIGO PENAL DE 1871.*

3.2 *CÓDIGO PENAL DE 1931.*

3.3 *REFORMA PENAL DE 1994.*

3.3.1 *DIARIO DE LOS DEBATES.*

3.3.2 *EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.*

3.4 *LA ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN EN LOS CODIGOS PENALES LOCALES.*

4. JURISPRUDENCIA.

1. Primeras Referencias.

Los delitos de omisión parecen proceder de la responsabilidad de poseedores de animales salvajes causantes de muerte o lesiones, incluso de personas, por ejemplo, existen algunas reflexiones antiguas, que provienen de casos en los cuales quien custodia a un prisionero lo deja morir por no proporcionarle alimento o en que una madre permite que su hijo recién nacido muera de inanición³.

De acuerdo con los estudios realizados por el jurista alemán *Franz Von Liszt*⁴, en las diferentes etapas de la historia, las grandes civilizaciones sólo se ocupaban por los delitos de acción, y no así, por los de omisión. Fue hasta mediados del *siglo XIX* cuando en Alemania empezaba a desarrollarse la dogmática jurídica penal, y fue en ese entonces cuando los delitos de omisión fueron objeto de conocimiento.

El problema fundamental de las conductas antisociales de omisión no regulados en la ley penal, bajo el presupuesto de no evitar un resultado que pudiera equipararse a su producción mediante un hacer positivo, fue la punta de lanza para encontrar soluciones a los deberes jurídicos de evitación del resultado.

³ *Novoa Monreal, Eduardo*; Fundamentos de los Delitos de Omisión, primera edición, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1984, 9 pp.

⁴ *Liszt Franz Von*; Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Pág. 83 y ss.

Uno de los pioneros en la dogmática jurídica penal fue *Feurbach*⁵, quien se ocupó ya de un tratamiento general de la omisión a principios del siglo antepasado, según la cual, la vinculación originaria del ciudadano se refiere únicamente a omisiones. Sólo existe para él, los delitos de omisión cuando una persona tiene derecho a la real exteriorización de actividad de otro. Llega a enunciar dos fuentes jurídicas del deber de impedir un resultado: La ley y el contrato. A ésta agrega *Stübel*⁶ el hacer peligroso precedente como nuevo origen del deber jurídico de evitar un resultado.

Posteriormente, *Glasié*⁷ por primera vez menciona el concepto de acción esperada y afirma que la causalidad de la omisión se funda en el hecho anterior del autor. *Von Rohland*⁸ propone la noción de acción esperada, conforme a la cual una omisión es causal del resultado producido cuando ella era esperada por el ordenamiento jurídico y no se cumplió. Esta noción es desarrollada también por *Köhler*⁹, el cual avanza hasta un concepto de posición de garante, apoyado en un deber de obrar.

Hasta aquí podemos apreciar que la mayor parte de las ideas iniciales sobre los delitos de omisión se basan en las analogías y en las diferencias entre el hacer y el no hacer, aplicando las reglas generales del

⁵ Autor Citado por Novoa Monreal, *Op. Cit.* pág. 11

⁶ Autor Citado por Novoa Monreal, *Ibidem*, pág. 11

⁷ Autor Citado por Novoa Monreal, *Ibidem*, pág. 12

⁸ Autor Citado por Novoa Monreal, *Ibidem*, pág. 13

⁹ Autor Citado por Novoa Monreal, *Ibidem*, pág. 13

estudio del delito comisivo o delito por acción. Pero es *Gustavo Radbruch*¹⁰, quien estableció las bases y la necesidad de su estudio como figura jurídica autónoma e independiente, negando un concepto general comprensivo a la vez de la acción y de la omisión, ya que en el estudio de la conducta en la teoría del causalismo, se referiría a la acción en sentido positivo y negativo, correspondiéndole a toda conducta positiva una negativa u omisiva. Frente a esta situación, *Radbruch* observó que así como "A" y "no A" no son lo mismo, porque "A" sólo puede ser igual a "A" y "no A" sólo será igual a "no A", no era posible identificar a ambos comportamientos de la acción y la omisión como subespecies de una unidad conceptual única, de la acción en sentido amplio¹¹.

Como resultado del análisis anterior se fue favoreciendo el estudio del delito omisivo de una manera independiente respecto del delito comisivo, siendo esto posible a partir de la mitad del siglo XX.

El ilustre jurista alemán *Jescheck*¹², arguye que durante largo tiempo los deberes jurídicos relevantes para los delitos de omisión se fundaron, de modo puramente *formal*, en su origen (Ley, contrato, actuar precedente y Derecho Consuetudinario). E inmediatamente se intentó deducir *materialmente* de la función de protección del Derecho Penal deberes jurídicos de evitación del resultado, tales como: al sano

¹⁰ Autor Citado por Novoa Monreal, *Ibidem*, pág. 14

¹¹ *Cfr.* Sobre esto Malo Camacho; Derecho Penal Mexicano, segunda edición, Ed. Porrúa, 1998, págs. 452 y ss. También en el mismo sentido Novoa Monreal, *Op. Cit.*, págs. 12 y ss.

¹² *Jescheck* Hans Heinrich; Tratado de Derecho Penal. Parte General, T. II, Traducción de Manuel Meliá, segunda edición, Berlín, Nueva York, 1993, 1321.

sentimiento popular y a las necesidades del orden interno de las comunidades sociales.

2. Legislación Penal Extranjera.

Es importante tomar en cuenta códigos penales extranjeros donde se contemplan disposiciones referentes a los delitos de omisión, muy especialmente a los de comisión por omisión u también llamados impropios de omisión, ya que éstos producen un resultado material.

2.1. Código Penal Alemán.

El Código Penal de la Republica Federal Alemana¹³, reformado el 4 de julio de 1969, Sección Segunda: El Hecho, Título Primero: Fundamentos de la Punibilidad, establece lo siguiente:

Artículo 13.

"El que omitiere impedir un resultado que integra el tipo de una ley penal, será punible conforme a esta ley, siempre que jurídicamente tenga que responder por que este resultado no se produzca y cuando el omitir corresponda a la realización del tipo legal mediante un hacer.

La pena podrá atenuarse conforme a lo dispuesto en el art. 49, inc.1°.

¹³ Espíndola Julio César, Código Penal Alemán, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, pag. 15.

2.2. Código Penal Español.

El Código Penal Español¹⁴ establece en el Libro I: Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal, Título I De la infracción penal, Capítulo I De los delitos y faltas; lo siguiente:

Artículo 11.

"Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el 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".

¹⁴ *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre de 1995, núm. 281, pág. 33987; correcciones: BOE 2-3-1996, núm. 54, pág. 8401.

2.3. Código Penal Colombiano.

El Código Penal Colombiano¹⁵ en su artículo 11 establece lo siguiente:

Artículo 11.

"Causalidad. Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

3. Legislación Penal Nacional.

Es importante tener un panorama amplio desde 1871, año en que se publica el primer Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación, hasta las reformas de 1994.

Consideramos oportuno, también señalar una breve referencia de los códigos penales locales, que han incorporado reformas sustanciales en materia de delitos de Comisión por Omisión.

3.1. Código Penal de 1871.

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación, publicado el 7 de diciembre de 1871, entrando en vigor el 1º de abril del año siguiente. Del cual mencionaremos los artículos que se ocupan de la omisión, ya sean delitos de omisión o de comisión por omisión. En el Libro Primero: De los delitos, faltas, delincuentes y penas, en general, Título Primero: De los delitos y faltas en general, Capítulo I Reglas generales sobre delitos y faltas, establece lo siguiente:

Artículo 4.

"Delitos: la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda".

Cuando el legislador manifiesta con las palabras "dejando de hacer lo que manda" se refiere al que omite hacer una acción. En este caso no especifica que la omisión de la acción esperada, produzca o no resultado alguno, ya que el legislador del 1871 lo expresó de forma casuística, como veremos mas adelante.

En el Libro Tercero: De los delitos en particular, Título Segundo; Delitos contra las personas, cometidos por particulares, Capítulo XII

Exposición y abandono de niños y de enfermos, literalmente dispone lo siguiente:

Artículo 617.

"Cuando a consecuencia de la exposición o abandono del niño, sufra éste alguna lesión o la muerte, se imputará este resultado al reo como delitos de culpa, y se observarán las reglas de acumulación; exceptuándose los casos de que habla la fracción I del artículo 10, pues entonces se aplicará la pena correspondiente al delito intencional".

El legislador de aquel entonces ya contemplaba los delitos de comisión por omisión, pero de forma casuística. Es evidente que estamos ante una omisión que produce un resultado, consistiendo en una lesión o la muerte de un niño. Nos parece pertinente, también destacar, que la punibilidad que se establece para estos casos el legislador los equiparó a los delitos que admiten culpa.

Por último no quisimos excluir de esta guisa a los delitos de omisión simple, que como se observa no hay resultado consistente en una lesión o muerte de una persona, sino únicamente la puesta en peligro de la vida de un niño o de una persona enferma que se tiene a su cargo. Observándose que quien no tenga la calidad de garante no responderá del resultado producido, es decir sólo al que tenga la obligación derivado de una ley o de un contrato, podrá ser imputado de éstos delitos. Mas adelante explicaremos con detalle cada una de estas características.

Artículo 618.

"La exposición o abandono de un niño en lugar solitario o en que corra peligro su vida; se castigará con dos años de prisión y multa de 50 a 500 pesos, cuando no resulte al niño daño alguno, y el reo no sea ascendiente suyo legítimo o natural, o la persona a quien estaba confiada. Siéndolo, la pena será de tres años de prisión y multa de 100 a 1000 pesos. Además, cuando el reo sea padre, madre u otro ascendente del ofendido, quedará privado de todo derecho a los bienes de éste y de la patria potestad".

Artículo 619.

"Si de la exposición o abandono, en el caso del artículo anterior, resultare al niño una lesión o la muerte; se observará lo prevenido en el artículo 617".

Artículo 621.

"La exposición o abandono de una persona enferma por el que la tiene a su cargo y cuya vida corra peligro por falta de auxilio, se castigará en los casos de los artículos 617 a 619, con las penas que ellos señalan".

Artículo 622.

"El que encuentre abandonado en cualquier lugar a un niño recién nacido, o en lugar solitario a un menor de siete años; será castigado con la pena de uno a cuatro meses de arresto y multa de 20 a 100 pesos, si

dentro de tres días no lo presentare a un juez del estado civil en el primer caso, o a la autoridad política inmediata en el segundo”.

Artículo 623.

“Se castigará con la pena de arresto menor o multa de 20 a 100 pesos al que encontrare abandonada a una persona enferma y expuesta a perecer o sufrir un grave daño por falta de auxilio; si pudiendo, no se lo proporcionare ni diere parte a la autoridad para que se lo proporcione”.

Se aprecia que el legislador de 1871, dio un paso más al contemplar a los delitos de omisión, pero desafortunadamente fue un paso tímido, ya que sólo se ocupó de proteger bienes jurídicos de niños abandonados o de personas enfermas.

3.2. Código Penal de 1931.

Se promulga el 13 de agosto de 1931 y se publica al día siguiente en el Diario Oficial de la Federación, el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia de Fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, entrando en vigor el 17 de septiembre del mismo año y siendo vigente hasta nuestra fecha.

Primeramente empezaremos a definir al delito, de acuerdo a nuestro Código Penal, que a la letra dice:

Artículo 7.

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Aceptando el legislador de una manera mas expresa a los delitos de omisión, primero describiendo casuísticamente a los delitos de omisión simple, posteriormente con *numerus apertus*, a los de comisión por omisión, creyendo que solucionaba con esta formula "*delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*" todos los supuestos que por comisión por omisión se cometen, reformando los únicos artículos que protegían a los niños abandonados o personas enfermas de bienes jurídicos, como la vida y la integridad física de las personas, por la puesta en peligro, únicamente. Consecuentemente violándose el principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 14 párrafo tercero, que posteriormente analizaremos.

3.3. Reforma Penal de 1994.

El siguiente párrafo fue adicionado al artículo 7, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, entrando en vigor el primero de febrero del mismo año, para quedar como sigue:

Artículo 7.

...

"En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que

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

Reforma encaminada a la atención de las exigencias del principio de legalidad, que está previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, surgida como necesidad de regular con precisión la figura de la comisión por omisión.

3.3.1. Diario de los Debates.

De acuerdo al Diario de los Debates del Senado de la República¹⁶ conduce la reforma, para definir las bases de los delitos improprios de omisión o de comisión por omisión. Se trata de la reforma legal más importante promovida hasta ahora desde que los Códigos correspondientes fueron aprobados en su momento. Respondiendo la reforma no sólo a las exigencias de las nuevas disposiciones constitucionales, sino también a una nueva concepción del derecho penal. De lo cual estamos rotundamente de acuerdo y apoyamos la reforma, pero se les olvidó una calidad de garante muy importante a los legisladores: la comunidad de vida. Calidad de garante que si no se adiciona a este artículo, seguirá atentando al principio de legalidad, que está previsto en la Constitución, cuyo argumento es materia de esta tesis, que lo explicaremos con mayor claridad en ulteriores capítulos.

3.3.2. Exposición de Motivos.

¹⁶ *Diario de los Debates*, Senado de la republica, num. 28, 21 de Diciembre de 1993, pág. 3 y ss.

La exposición de motivos¹⁷ proyecta una clara inclinación a la actualización de la legislación que versa sobre la materia penal. Para ajustarla no solamente a las reformas constitucionales, sino apegarla al principio de legalidad. Se adiciona precisamente el párrafo segundo del artículo 7 para establecer la base del delito impropio de omisión o también llamado de comisión por omisión.

Argumentándolo el Congreso de la Unión, de la siguiente forma:

"Lo anterior, en virtud de la opinión abundante en la doctrina, de que es violatorio del principio de legalidad el aplicar una pena al que no evita la producción un resultado típico, toda vez que la forma de realización omisiva, con excepción de los casos de omisión propia no está descrita en la ley. Por otra parte, es característico en este tipo de hechos, que la producción del resultado típico sólo puede ser atribuido al que tenga la "calidad de garante", y no a cualquiera, que deriva del deber que tiene una persona en concreto de cuidar o garantizar que determinado bien jurídico no sea lesionado o puesto en peligro. En la formula que se propone se señala que dicho deber puede fundarse en la Ley, en un contrato o en el propio actuar precedente del omitente; con lo que se evita la discusión en torno a las fuentes del deber de actuar. Se precisa, asimismo, que esta situación sólo es admisible en los delitos de resultado material".

¹⁷ Exposición de Motivos; Congreso de la Unión, México, D.F. a 22 de noviembre de 1993, pag 861.

Aquí cabría preguntarnos, entre otras cosas ¿Por qué limitarnos a estas tres calidades de garantes? ¿Qué a caso la comunidad de vida, no es una calidad de garante encaminada a evitar un resultado? O por si fuera poco con éstas tres calidades de garante ¿Satisface la inviolabilidad del principio de legalidad? Todas estas interrogantes las resolveremos mas adelante.

3.4. La Estructura de los Delitos de Comisión por Omisión en los Códigos Penales Locales.

Sólo mencionaremos las fórmulas que consideramos mas importantes, que refieren a los delitos de comisión por omisión, para tener un panorama mas amplio de nuestra legislación y así poder empezar nuestra propuesta con mayor firmeza.

Código Penal para el Estado de Colima

Artículo 9. ...

"Responde también del resultado típico producido, el que omite impedirlo, si podía hacerlo de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo".

Código Penal para el Estado de Morelos

Artículo 14. ...

"En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite evitarlo, si era garante del bien

jurídico; si de acuerdo con las circunstancias, podía evitarlo; y su inactividad permitió la realización de dicho resultado. 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”.

Después del análisis de todos los códigos penales locales nos dimos cuenta, que poco se ha legislado respecto de los delitos de omisión y muy especial en los de comisión por omisión, pocos de ellos presentan formulas idénticas a las del Código Penal Federal, otros de una forma muy general y la gran mayoría, ni los contemplan. Sólo únicamente el estado de Colima y Morelos, presentan algunas modificaciones sustanciales, como el de evitar un resultado sólo si podía hacerlo de acuerdo con las circunstancias, variante muy importante que analizaremos después.

Por último la fórmula que nos satisfizo más fue la del estado de Morelos, observándose que el tipo penal de comisión por omisión exige al autor una calidad de garante¹⁸, pero que de acuerdo a las circunstancias podía evitar el resultado y que precisamente esa omisión¹⁹ hubiese evitado el resultado.

De esta manera, poco a poco se está rompiendo, tanto como en el extranjero y dentro de los códigos penales mexicanos, con el tradicional análisis general de los delitos de comisión por omisión y de

¹⁸ Calidad de garante derivado de: a) una aceptación; b) actuar precedente; y c) una custodia legal.

¹⁹ A lo que la teoría lo llama: acción esperada. Que será objeto de estudio en el presente trabajo.

esta guisa proponer una nueva fuente de calidad de garante: La comunidad de vida.

4. Jurisprudencia.

En nuestro país la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, no han emitido, hasta ahora jurisprudencia respecto a los delitos de comisión por omisión, sólo existe algunas tesis aisladas al respecto y muy especialmente en el estado de Puebla, y son las siguientes:

"Novena Época

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Abril de 1998

Tesis: VI.4o.12 P

Página: 739

DEBER JURÍDICO. RESPONSABILIDAD DE QUIEN, TENIÉNDOLO, NO IMPIDE EL HECHO CRIMINOSO, HABIENDO PODIDO HACERLO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). *El artículo 23 del Código de Defensa Social de esa entidad federativa dispone que cuando se sancione el hecho en razón del resultado producido, responderá también de él quien, teniendo el deber jurídico de evitarlo, no lo impidió habiendo podido hacerlo. Ahora bien, el "deber" se manifiesta*

en el contenido de un mandato, como es el caso de cumplir una promesa, o de una prohibición, por ello, "deber" denota una restricción impuesta a alguien, y el "deber jurídico" es el comportamiento requerido por el derecho, de donde se sigue que todo aquello que es jurídicamente obligatorio constituye un deber jurídico. Sin embargo, no todo "deber" tiene la connotación jurídica, pues ésta se encuentra estrechamente relacionada con el hecho ilícito y con la sanción, y aun cuando es cierto que basta que una norma determine un hecho ilícito (por ejemplo, realizar la cópula a través de la violencia física o moral), para establecer ipso facto el deber jurídico respectivo y saber qué es jurídicamente debido, ello no impone obligación para el que no tiene deber jurídico para evitarlo, pudiendo hacerlo. Por tanto, si alguien presencia, sin previo acuerdo, la comisión de un delito, pese a que tenga el "deber" moral de ayudar a la víctima, debiéndose entender "deber" como necesidad y no como obligación, de no hacerlo, omitiendo la ayuda a pesar de la súplica de la víctima, no puede ser sancionado como partícipe, en términos del dispositivo mencionado, si, verbigracia, no tenía la custodia de la ofendida con motivo de tener a su cargo el cuidado de su integridad física, derivado de la ley o de un contrato.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 761/97. Antonio Serapio Ledo. 13 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Diógenes Cruz Figueroa. Secretario: Sergio Guzmán Marín.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 217-228 Segunda Parte

Página: 18

COMPLICIDAD OMISIVA. *En el caso, el procesado aceptó que en su presencia golpearon al ahora occiso, además de que estando éste en la cárcel permitió la entrada a los coacusados para que le dieran una "calentada". Posteriormente se dio cuenta de que estaba muerto el detenido y ayudó a sus coacusados para aparentar que aquél se había suicidado. Lo anterior es más que suficiente para advertir que el inculpado actuó en complicidad por omisión, pues siendo comandante de la policía municipal, tenía el deber jurídico de actuar; al no hacerlo y permitir que golpearan al occiso y cooperando como lo hizo, posibilitó la comisión del delito de homicidio; sin que para ello hubiera sido menester un acuerdo previo, pues fue concomitante al hecho y de naturaleza tácita entre los participantes. Por lo tanto, actuó en complicidad omisiva en términos del artículo 13 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla.*

Amparo directo 4664/86. Alejandro Chávez Pedraza. 19 de octubre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Carlos Enrique Rueda Dávila.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 91-96 Segunda Parte

Página: 37

PARTICIPACION POR OMISION. *La participación por omisión se da cuando el sujeto está en el deber jurídico de actuar y contradiciendo tal deber hace posible la comisión del delito, y está poniendo culpablemente una condición para la producción de la lesión jurídica que la ley ha erigido en tipo. Si bien es cierto la participación es generalmente activa (en el sentido que se da al término en la problemática de la acción), puede ser también omisiva, cuando se está en el deber jurídico de actuar y no se actúa; como ocurre en el caso de que exista el auxilio prestado por el sujeto activo, "que brindaba en su calidad de jefe de la policía para que los delincuentes actuaran libremente" en la comisión del delito, del cual debe el activo ser considerado como responsable.*

Amparo directo 104/76. Teodoro Rodríguez Salinas. 14 de octubre de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CVII

Página: 186

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 a 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 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 ministrarle los medicamentos o atenciones que requiere, lo que ocasiona la muerte de éste; el resultado es imputable a aquélla. Por lo demás, del tipo penal y de la situación de peligro deriva la culpabilidad culposa, puesto que el 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 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.

Amparo penal directo 1620/49. Alvarez García Guillermo. 12 de enero de 1951. Mayoría de tres votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Disidente: Fernando de la Fuente. Relator: Luis G. Corona".

LA OMISIÓN**SUMARIO**

- 1. TERMINOLOGÍA.**
- 2. CONCEPTO DE OMISIÓN.**
- 3. DISTINCIÓN DENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN.**
 - 3.1 *CONCEPTO DE ACCIÓN.*
 - 3.2 *ELEMENTO DIFERENCIADOR ENTRE ACCION Y OMISIÓN.*
- 4. TEORÍAS QUE PRETENDEN EXPLICAR LA CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN.**
 - 4.1 *TEORÍA DE LA CONDICIÓN O CONDITIO SINE QUA NON.*
 - 4.2 *TEORÍA DE LA INVERSIÓN.*
 - 4.3 *CRITERIO DE CAUSALIDAD HIPOTÉTICA.*
 - 4.4 *NUESTRA OPINIÓN.*
- 5. CLASES DE DELITOS POR OMISIÓN.**
- 6. DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN.**
 - 6.1 *CONCEPTO.*
 - 6.2 *TIPOS DE OMISIÓN CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.*

1. Terminología.

Algunos escritores e incluso nuestro Código Penal Federal utilizan las denominaciones de acto, acción, hecho y conducta, de manera indistinta. Llevándonos a una confusión. A continuación ejemplificaremos algunos supuestos del código sustantivo penal federal, para así proponer una terminología adecuada.

El artículo 7º párrafo primero define al delito de la siguiente forma:

“Delito es el *acto* u omisión que sancionan las leyes penales”.

El artículo 8º:

“Las *acciones* u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”.

El artículo 15 fracción I. El delito se excluye cuando:

“I. El *hecho* se realice sin intervención de la voluntad del agente”.

El artículo 18.

“Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta, se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos”.

Es evidente que el legislador de acuerdo a la época utilizó la terminología que imperaba en aquel entonces. Acto y acción, hecho y conducta, son sinónimos respectivamente.

Nosotros proponemos utilizar, por ser mas adecuado a nuestra dogmática jurídica penal actual, la palabra acción en lugar de acto, y conducta en lugar de hecho. Concluyendo que la conducta es el género, y la acción y omisión son las especies.

2. Concepto de Omisión.

En una de sus acepciones literales, omisión (del latín *omissio* onis²⁰), es haber dejado de hacer una cosa en todo o en parte²¹.

Para el maestro Franz Von Liszt²² la omisión consiste en "no impedir voluntariamente el resultado". 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".

²⁰ *Diccionario Jurídico Mexicano*; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, novena edición, México, Ed. Porrúa, 1996.

²¹ Gran Diccionario de la Lengua Española; primera edición, Barcelona, España, Ed. Larousse, 1998, pág. 1220.

²² *Franz Von Liszt*; Tratado de Derecho Penal. T. II, Tr. Luis Jiménez de Asúa, cuarta edición, Ed. Reus, Buenos Aires, Argentina, 1999, pág. 315 y ss.

El profesor argentino Raúl Zaffaroni²³, define a la omisión como "la conducta que difiere a la debida".

Para el profesor mexicano Jorge Monterroso Salvatierra²⁴, la omisión consiste en "un no hacer y es cumplida a través de una inactividad del sujeto quien al observar tal conducta no interrumpe un proceso causal".

El jurista Raúl Carranca²⁵, define a la omisión como "un elemento de la conducta humana, como el aspecto negativo, consistente en la ausencia de voluntad de movimiento corporal esperado, lo que también causara un resultado". Señala que la conducta humana se representa como "la acción en *latu sensu*", y que a su vez está constituida por un "aspecto positivo o *stricto sensu*, denominado por el Código Penal *acto* y el negativo, omisión".

El jurista español Muñoz Conde²⁶, argumenta que el comportamiento humano tiene "un aspecto pasivo, constituido por la omisión. Referida siempre a una acción determinada, cuya no realización

²³ Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal. Parte General, primera reimpresión, México, Ed. Cárdenas, 1991, pág. 481.

²⁴ Monterroso Salvatierra Jorge E.; Culpa y Omisión en la Teoría del Delito, primera edición, México, Ed. Porrúa, 1993, pág. 167.

²⁵ Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, 18ª. edición, México, D.F. Ed. Porrúa, 1988, pags. 275 y ss.

²⁶ Muñoz Conde Francisco; Teoría General del Delito, segunda edición, Valencia, España, Ed. Tirant lo Blanch, 1991, pág. 39.

constituye su esencia. No existe una omisión en sí mismo sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada”.

La omisión para Edmund Mezger²⁷ no consiste en un “simple no hacer”, sino en “no hacer algo”. El fundamento de todo hecho de omisión, opina el mismo autor, “es una acción esperada, que posibilita la aplicación de todos los criterios validos para el hecho de comisión al hecho de omisión”.

Desde un punto de vista ontológico, para el jurista alemán Hans Welzel²⁸, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Acción y omisión se comportan en tal sentido como A y no A²⁹. “La omisión no es un mero concepto negativo, sino uno “limitativo”: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho. Omisión es la no producción de la finalidad potencial de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho de una persona, puede ser omitida”. Termina diciendo Welzel, la omisión “no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta³⁰”.

²⁷ *Mezger Edmund*; Derecho Penal, segunda edición, México, Ed. Cárdenas, 1990, pág. 118 y ss.

²⁸ *Welzel Hans*; Derecho Penal Alemán, Traducción de Bustos Ramírez y otro, cuarta edición, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1997, pag. 237.

²⁹ Este fue el punto de partida de Radbruch en Alemania.

³⁰ *Ibidem* pág. 238.

Para nosotros, por tanto, la omisión es un elemento de la conducta humana que no existe en sí misma, sino en razón de una acción, es decir la omisión es un concepto de referencia. Sólo se puede omitir lo que se puede hacer, y es precisamente una acción esperada lo que se omite. Es un no hacer una acción esperada contenida en una norma jurídica penal³¹, que se puede exteriorizar de acuerdo a las circunstancias y condiciones personales concretas³². La omisión es creada por la normatividad jurídica penal.

3. Distinción entre acción y omisión.

La conducta humana esta constituida por dos elementos de gran importancia, la acción y la omisión, A y no A. Para poder hacer una distinción sustancial entre estas dos conductas empezaremos por definir a la acción.

³¹ Atendiendo de que el concepto de omisión es no normativo, dado que el Código Penal Federal admite en el artículo 7º párrafo primero omisiones sancionadas por la ley penal, esto de lugar a que existan omisiones no sancionadas por la ley penal, por consiguiente estas poseen una realidad prejurídica, es decir anterior a la norma.

³² Entiéndase como condiciones personales concretas como la capacidad o posibilidad psicofísica de actuar de una persona en un lugar y tiempo determinado.

3.1. Concepto de acción.

Se han emitido numerosas opiniones sobre el concepto de acción, desde un punto de vista causal³³, neocausal³⁴, final³⁵ y funcional³⁶. No pretendemos hacer un desarrollo de éste concepto por las diferentes corrientes, sino mencionar sólo algunas para concluir con nuestra opinión.

Liszt³⁷ la definió "el acto (acción) es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo exterior".

Mezger³⁸, dice que "toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza *ontológica* (esencial), un carácter *final*. Está siempre dirigida a una *meta* determinada". Y posteriormente un "movimiento corporal externo con su resultado ulterior, como suceso objetivo producido mediante el acto de voluntad".

³³ Cfr. *Díaz Aranda Enrique*; Dolo, primera edición, México, Ed. Porrúa, 2000, pág. 5. A finales del siglo XIX predomina el sistema clásico del delito, del cual se consideran sus máximos representantes a Ernst von Beling, Franz von Liszt y Gustav Radbruch;

³⁴ *Ibidem* pág. 20. Edmund Mezger considerado como el máximo exponente del sistema causal valorativo o neocausalismo.

³⁵ *Ibidem* pág. 45. Hans Welzel considerado como fundador del sistema finalista.

³⁶ *Ibidem* pág. 81. Claus Roxin como principal exponente del sistema funcionalista

³⁷ Liszt F. Op. Cit. pág. 297.

³⁸ Mezger Op. Cit. Pág. 88.

Welzel³⁹ de manera mas amplia explica que la "acción humana es un ejercicio de actividad final, es acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente al acontecer causal exterior a un fin y así lo sobre determine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad es, dicho en forma grafica, *vidente*, la causalidad, *ciega*.

La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas, que en las simples acciones diarias se entrecruzan y sólo pueden distinguirse conceptualmente:

- a) La primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento. Empieza con:
 - i) La *anticipación (el proponerse) del fin*, que el autor quiere realizar. De ello sigue, a partir del fin,
 - ii) La *selección de los medios de la acción para la consecución del fin*, y

³⁹ Welzel Op. Cit. pág. 40

- iii) La consideración de los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin. Este proceso mental no se lleva a cabo hacia atrás, desde el fin, sino hacia delante, a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios escogidos hasta ese momento o seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes, o en caso contrario, a dirigir la acción de modo evitarlos.
- b) De acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios y el computo en el calculo de los efectos concomitantes, el autor efectúa su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de acción (factores causales) escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total a realizar”.

Para ejemplificar lo explicado con anterioridad, Welzel⁴⁰ transcribe un caso tomado de las Resoluciones del Tribunal Federal Alemán en materia penal, de la siguiente forma:

“A y B quieren robar a X, después de reducirlo previamente a la impotencia. Como medio para ello consideran, en primer lugar, un cinturón que pretenden enrollar en el cuello de la víctima. Como, sin

⁴⁰ Ibidem pág. 41 y 42

embargo, con tal proceder cuentan con que la víctima muera asfixiada, y quieren evitarlo, descartan este medio y eligen un pequeño saco de arena, con el cual aturdirán a X. Al principio ejecutan de este modo el hecho; su realización está dirigida tanto a la consecución del fin (el botín) como evitar los efectos concomitantes (la muerte de X). Sin embargo, como el saco de arena no aturde a X, los autores recurren al primer medio. Estrangulan a X con el cinturón hasta que pierde el conocimiento y lo dejan abrochado con la hebilla c.: torno al cuello de X, mientras recogen el botín. Cuando posteriormente aflojan el cinturón, X ha muerto asfixiado. Dado que ellos, como muestra su plan originario, contaban con el desenlace mortal al utilizar ese medio, se extiende su voluntad de realización, para la configuración de ese hecho, también al efecto concomitante que lleva consigo. Los autores han modificado aquí la primitiva dirección de la acción, que llevaba a la obtención del fin evitando la muerte de X, de modo que han incluido en su voluntad de realización los efectos concomitantes posibles como parte del resultado total a efectuar para el logro del fin'.

El profesor Claus Roxin⁴¹ argumenta que un "concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como *manifestación de la personalidad*, lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (somática) del hombre, o del

⁴¹ *Roxin, Claus*; Derecho Penal. Parte General, T.I, Tr. Luzón Peña y otros, segunda edición, Madrid, España, Ed. Civitas, 1997, pág. 252

ámbito material; vital, animal del ser, sin estar sometidos al control del yo, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano”.

La acción para Antolisei⁴², consiste en un “movimiento del cuerpo del sujeto”. Argumenta que en esta forma de comportamiento, “la fuerza síquica actúa sobre los nervios motores, los cuales determinan movimientos musculares, que representan cabalmente la manifestación exterior de la voluntad del sujeto”.

El ilustre jurista español Enrique Gimbernat⁴³, argumenta que la acción, “es un concepto ontológico, no valorativo, perteneciendo a la esfera del ser, y no del deber ser, porque abarca tanto comportamientos buenos, malos, como indiferentes, es decir, porque es un concepto que se puede establecer sin tener que hacer referencia alguna al mundo de valores. Con el concepto de acción o de hacer se corresponde como segunda y última manifestación del comportamiento humano”.

Para el maestro Celestino Porte Petit⁴⁴, la acción consiste “en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un *tipo de prohibición*”.

⁴² *Antolisei Francesco*; Manual de Derecho Penal, Parte General, Tr. Jorge Guerrero y otro, octava edición, Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1988, pág. 154 y ss

⁴³ *Gimbernat Ordeig Enrique*; Estudios de Derecho Penal, tercera edición, Madrid España, Ed. Tecnos, 1990, pág. 182.

⁴⁴ *Porte Petit Candauadap Celestino*; Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, decimaséptima edición, México, D.F. Ed. Porrúa, 1998, pág. 235

De tal guisa nos corresponde emitir un concepto propio de acción, sin querer pretender ser originales, ni mucho menos establecer uno genérico.

Algunos autores pretenden partir del concepto prejurídico de acción, nosotros nos parece mas conveniente, para efectos de la dogmática jurídica penal, partir del enfoque jurídico penal y no del prejurídico. Actualmente el concepto de acción ha sido superado en los distintos sistemas generales del delito, respectivamente una respecto a otra. Así pues, cada una ha tenido sus deficiencias⁴⁵ y acogernos a una teoría en especial pecaríamos de tal anomalía. Concepto que resumiríamos de la siguiente forma:

La acción es la manifestación de la personalidad que produce un cambio en el mundo exterior de la persona y que necesariamente ese cambio sea un tipo prohibitivo.

3.2. Elemento diferenciador entre acción y omisión.

Es evidente que el elemento diferenciador entre estos dos conceptos es que en la acción hay un nexo de causalidad, entre la manifestación de la personalidad y el resultado, mientras que en la omisión no existe dicho

⁴⁵ Cfr. Roxin, Op. Cit. pág. 240. "Así pues el concepto final de acción ha perdido ampliamente la gran importancia que antes tuvo. Sobre todo, ya no se discute hoy que tal concepto no es adecuado como elemento base del sistema jurídico penal, ya que no se acomoda a los delitos de omisión; pues como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final".

nexo. Toda vez, que en las conductas omisivas lo que existe es un dejar de hacer una acción esperada y precisamente lo que produce el resultado, no es, el dejar de hacer esa acción esperada, consecuentemente no hay una causalidad entre el dejar de hacer y el resultado producido, puesto lo que da origen a la causalidad es la acción, causalidad que une la manifestación de la personalidad con el resultado.

Un ejemplo aclarará esto: "En el caso de la madre que deja de amamantar a su hijo recién nacido y este muere por causa de inanición". En este caso la madre deja de hacer una acción esperada (amamantar a su hijo) y la muerte (resultado) no es causa de la omisión de la madre, sino la inanición es la que produce la muerte.

4. Teorías que pretenden explicar la causalidad en la omisión.

La polémica en torno a la causalidad de la omisión, "una de las más infructuosas que la ciencia del Derecho penal ha sostenido"⁴⁶, demuestra lo problemático de desligarse de las categorías naturalísticas. A la omisión le hace falta la causalidad para el resultado, le falta la conexión entre el que omite y el resultado, desde el punto de vista natural. Todavía prevalece la cuestión de que la nada no puede producir nada, sin embargo hay quienes sostienen que existe una causalidad en la omisión, como a continuación mencionaremos las mas importantes y de forma breve.

4.1. Teoría de la condición o *conditio sine qua non*.

La teoría de la condición emplea una fórmula que consiste en que *una omisión es causal del resultado, si supuesta mentalmente su realización, el resultado seguramente no se hubiera producido*⁴⁷. Esta teoría fue originalmente propuesta para resolver la causalidad en la acción, la cual se justificaba mientras se eliminaba mentalmente una acción ocurrida, pero no cuando mentalmente se supone una acción sucedida. Lo cual tiene como inconveniente que si suprimimos mentalmente al omitente no desaparece la omisión y como consecuencia no desaparece el resultado. Armin Kaufmann⁴⁸ "prueba que si se pretendiera encontrar el momento causal del omitente en su voluntad de omitir, tampoco se deducirá ningún cambio de supresión mental. Finalmente tampoco mediante la suposición mental del sujeto actuante podría obtenerse un resultado positivo, pues en este caso en verdad se estaría suponiendo mentalmente, no el sujeto sino la actividad".

4.2. Teoría de la inversión.

⁴⁶ *Jakobs Günther*, Derecho Penal. Parte General, Traducción de Cuello Contreras y otro, segunda edición, Madrid, España, Ed. Marcial Pons, 1997, pág. 959.

⁴⁷ Cfr. *Bacigalupo Enrique*, Delitos Impropios de Omisión, segunda edición, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1983, pág. 86 y ss. Al respecto Maurach, Armin Kaufmann, Baummann y otros.

⁴⁸ Citado por *Bacigalupo*, *Ibidem* pág. 88

La constatación de la diferente estructura de los delitos de omisión llevó a Kaufmann⁴⁹ a formular el llamado "*principio de la inversión*", conforme al cual todas las reglas aplicables a los delitos de acción deben plantearse en forma inversa en los delitos de omisión". Bustos Ramírez sigue diciendo que "la acción y la omisión son vinculaciones diferentes y, por tanto, las consideraciones hechas en relación con la acción no pueden serle aplicables. Así, es generalmente reconocido por la doctrina en general que los criterios naturalísticos de la causalidad no pueden aplicarse a los delitos de omisión y que debe recurrirse en estos casos para la determinación de la tipicidad exclusivamente a criterios de carácter valorativo".

4.3. Criterio de la causalidad hipotética.

De acuerdo con Bustos Ramírez⁵⁰, "que al no poder aplicarse la causalidad natural en la omisión hay que recurrir a un criterio valorativo que se conoce en la doctrina como la *causalidad hipotética*. Esta llamada *causalidad hipotética* es un criterio valorativo que se establece por analogía con la naturalista teoría de la equivalencia de las condiciones y se expresaría de la siguiente manera: *la omisión será causa si, agregada mentalmente la acción mandada, se tiene la certeza de que el resultado desaparecerá*. Como puede apreciarse, este criterio juega con dos hipótesis, la agregación de una acción inexistente y la certeza de la no producción del resultado.

⁴⁹ Citado por *Bustos Ramírez Juan*; Lecciones de Derecho Penal, Vol II, primera edición, Madrid, España, Ed. Trotta, 1999, pág. 199

Evidentemente, una causalidad hipotética no es causalidad, es un criterio valorativo análogo y, en el fondo, un criterio de imputación objetiva para establecer si el resultado ha sido la plasmación de la acción que se ha omitido”.

4.4. Nuestra opinión personal.

Como la omisión es una creación de la normatividad jurídica, es por tanto que carece de un acontecer causal, y consecuentemente no hay que pretender encontrar un nexo causal en la omisión con relación al resultado, solamente se puede plantear en relación a la acción y de ninguna manera en relación a la omisión. El que no hace no puede iniciar una causalidad, es decir la causalidad es propia de la acción.

El elemento que une a la omisión con el resultado es *la posición de garante o calidad de garante* que tiene el autor de la omisión, de evitar que el bien jurídico protegido sea lesionado. La acción esperada es obligada por quién tiene la calidad de garante, es decir quién tiene la capacidad tanto psicofísica como normativa para llevar a cabo la acción de salvamento del bien jurídico exigida por el ordenamiento. Y es precisamente la posición de garante la que constituye un concepto exclusivamente normativo, por esta razón entre omisión y resultado, sólo se puede pensar que existe un criterio de imputación objetiva para establecer si el resultado ha sido consecuencia de la acción que se ha omitido.

⁵⁰ Ibidem, Bustos R. pág. 206 y ss.

5. Clases de delitos por omisión.

De la misma forma que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contenerse con el solo *no hacer algo determinado*, o requerir además *la no evitación de un resultado*. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de omisión pura, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de comisión por omisión⁵¹. El Código Penal para el Distrito Federal de acorde con la doctrina penal mayoritaria, distingue precisamente los siguientes:

- a) Delitos propios de omisión (puro delito de omisión, omisión simple).
- b) Delitos impropios de omisión⁵² (comisión por omisión⁵³).

6. Delitos propios de omisión.

⁵¹ Cfr. *Mir Puig Santiago*; Derecho Penal, Parte General, Barcelona, España, quinta edición, 1998. pág. 299

⁵² Algunos hablan de "delitos de omisión impropia", expresión que nos parece incorrecta, pues la impropiedad está referida al delito y no a la omisión, ya ésta, como tal se da o no se da. Ver Novoa M. Op. Cit. pág. 50

6.1. Concepto.

Los delitos propios de omisión no han merecido la atención debida por parte de la doctrina penal, puesto que no presentan grandes complicaciones, concediéndole la importancia debida a los delitos de comisión por omisión. Además, es indudable que los delitos propios de omisión han existido de una manera explícita en los códigos penales, mientras que los delitos de comisión por omisión parecen existir sólo en la doctrina penal y muy escasamente en la jurisprudencia.

En la doctrina abundan criterios sobre esta forma de conducta, aclarando que sólo mencionaremos los más importantes.

La omisión simple consiste, de acuerdo con Porte Petit⁵⁴, "en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una *norma preceptiva* y produciendo un *resultado típico*, dando lugar a un tipo de *mandamiento o imposición*".

Bettio⁵⁵, considera que son delitos omisivos propios, todos aquellos delitos que se producen en una omisión, sin que sea necesario buscar un *resultado* que derive de esta omisión.

⁵³ Nos parece más acertado utilizar este nombre, en virtud de que no se realiza una acción.

⁵⁴ Porte P. Op. Cit. pág. 239

⁵⁵ Citado por Porte P. Ibidem. Pág. 239

Según Armin Kaufmann⁵⁶, son delitos de omisión propia aquellos que están expresamente tipificados por el legislador.

De acuerdo con Malo Camacho⁵⁷ son delitos de omisión propia aquellos en que el autor puede ser cualquier persona que se encuentre en el ámbito situacional regulado por la norma.

Para Jescheck⁵⁸ en los delitos de omisión propia se deduce directamente de la ley cómo tiene que ser la acción esperada pero omitida.

De tal guisa podemos concluir que si queremos emitir un concepto de los delitos propios de omisión, ésta deberá estar de acorde a nuestro Código Penal para el Distrito Federal, concluyendo lo siguiente:

Primero: Debemos partir que existen omisiones puras específicas y omisiones puras generales.

Segundo: Las omisiones puras específicas están dirigidas a personas que están calificadas, omitiendo un no hacer una acción esperada, violando una norma de mandato y que produce un resultado típico.

⁵⁶ Citado por Bustos R. Op. Cit. pág. 202

⁵⁷ Malo C. Op. Cit. pág. 457

⁵⁸ Jescheck Op. Cit. pág 848

Tercero: Las omisiones puras generales están dirigidas a cualquier persona que se encuentre en el ámbito situacional regulada por la norma, omitiendo un no hacer una acción esperada, violando una norma de mandato y que por su naturaleza pueden producir un resultado típico o la puesta de peligro de un bien jurídico.

Como podemos apreciar el resultado que se produce en los delitos de omisión simple es únicamente típico, al existir un mudamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consuma el delito, al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal⁵⁹.

6.2 Tipos propios de omisión contemplados en el Código Penal para el Distrito Federal.

a) Tipos de omisiones puras específicas:

Art. 214. Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que:

- I. "Teniendo conocimiento...**no informe** por escrito a su superior jerárquico..."

Art. 215. Cometten el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que...

⁵⁹ Cfr. Porte P. Op. Cit. pág. 242

- II. "Cuando indebidamente retarde o **niegue** a los particulares la protección..."
- III. "Cuando estando encargado de administrar justicia...**se niegue** injustificadamente a despachar un negocio..."
- IV. "Cuando el encargado de una fuerza publica... **se niegue** indebidamente a dárselo..."
- V. "Cuando estando encargado de cualquier establecimiento... **niegue** que está detenida, si lo estuviere..."
- VI. "Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad **no la denunciase** inmediatamente a la autoridad..."

Art. 219. Comete el delito de intimidación:

- II. "El **servidor publico** que con motivo de la querrela...**omita** una (conducta) lícita debida..."

Art. 222. Cometten el delito de cohecho:

- I. "El **servidor público** que por sí...solicite... para sí...dinero...para **dejar de hacer algo** justo..."

Art. 225. Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por **servidores públicos** los siguientes:

- I. "...**abstenerse** de conocer (negocios) de los que les corresponda, sin tener impedimento legal para ello."
- V. "**No cumplir** una disposición que legalmente se les comunique..."

VI. "...**omitir** dictar una resolución de trámite...lícita, dentro de los términos dispuestos en la ley."

VII. "...incurrir en **omisiones** que produzcan un daño..."

IX. "**Abstenerse** injustificadamente **de hacer** la consignación debida..."

XI. "**No otorgar**, cuando se solicite, la libertad..."

XIII. "**No tomar** al inculpado su declaración preparatoria..."

XVII. "**No dictar** auto de formal prisión..."

XXVII. "**No ordenar** la libertad de un procesado..."

Art. 229. "...**los médicos... abandonen** en su tratamiento..."

Art. 230. "...a los **directores, encargados o administradores** de cualquier centro de salud..."

III. ... **negar** por cualquier motivo la entrega de un cadáver..."

Art. 232. ...

II. "**Por abandonar** la defensa de un cliente o negocio...y causando daño..."

III. "**Al defensor** de un reo,...**sin promover** mas pruebas **ni dirigirlo** en su defensa"

Art. 233. "Los **defensores** de oficio...**no promuevan** las pruebas..."

Art. 277. "...

III. **A los padres** que **no presenten** a un hijo suyo..."

Art. 281-Bis. "...

*Al que siendo **servidor público...niegue...a una persona un trámite...al que tenga derecho..."***

Art. 281-quáter. "*El **servidor público...si no lo hiciere..."***

Art. 387. "...

I. *Al que obtenga dinero...ofreciéndose encargarse de la defensa de un procesado...**si no efectúa aquélla o no realiza ésta..."***

b) Tipos de omisiones puras generales.

Art. 158. *Se impondrán de quince a noventa jornadas de trabajo a favor de la comunidad:*

I. *"**Al reo** sometido a vigilancia de la policía **que no ministre a ésta los informes que se le pidan sobre su conducta..."***

Art. 178. ***Al que**, sin causa legítima, **rehusare** a prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, **o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad..."***

Art. 179. *"**El que** sin excusa legal **se negare** a comparecer ante la autoridad a dar su declaración..."*

Art. 182. "**El que** debiendo ser examinado en juicio... **se niegue** a otorgar la protesta de ley o a declarar..."

Art. 249. "...

II. **Al que** para eludir la practica de una diligencia judicial...**niegue** (su domicilio) de cualquier modo el verdadero..."

Art. 281-Bis. "...**al que**...

IV. **Niegue**...derechos laborales".

Art. 335. "**Al que abandone** a un niño...teniendo la obligación de cuidarlos..."

Art. 336 "**Al que** sin motivo justificado **abandone** a sus hijos o a su cónyuge..."

Art. 340. "**Al que** encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz...**si no** diere aviso inmediato a la autoridad u **omitiera prestarles auxilio**..."

Art. 341. "**Al que** habiendo atropellado a una persona...**no le preste auxilio** o **no solicite asistencia** que requiere..."

Art. 385. "...**a quien**...**se niegue** sin justificación a entregar un vehículo..."

Art. 400. ...al que:

*IV. "Requerido por las autoridades, **no dé** auxilio..."*

*V. "**No procure**, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos..."*

CAPÍTULO

III

COMISIÓN POR OMISIÓN

SUMARIO

- 1. CONCEPTO.**
- 2. DISTINCIÓN ENTRE DELITOS PROPIOS Y COMISIÓN POR OMISIÓN.**
- 3. LA POSICIÓN DE GARANTE.**
 - 3.1 LAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DE ACTUAR.*
 - 3.1.1 LA LEY.*
 - 3.1.2 EL CONTRATO.*
 - 3.1.3 EL ACTUAR PRECEDENTE.*
 - 3.1.4 LA COMUNIDAD DE VIDA.*
- 4. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE ACTUAR Y SU DELIMITACIÓN.**
- 5. LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN.**

1. Concepto.

Efectivamente a los delitos de comisión por omisión⁶⁰ se les conoce con el nombre de delitos impropios de omisión, pero la doctrina mayoritaria en la actualidad, al igual que nosotros, ha preferido utilizar la primera acepción por estar mas acorde al concepto que se quiere representar.

Así como la palabra omisión es el equivalente a un *no hacer algo*, la palabra *comisión* se emplea en el Derecho penal en sentido de acción. De acuerdo con Sánchez Tejerina⁶¹, "cometer es causar voluntariamente (o involuntariamente) un resultado, pero mientras la palabra acción supone la actividad en ejercicio que se desenvuelve para llevar a la práctica lo que se ha meditado y decidido, la palabra *comisión* parece referirse más bien al resultado".

Concluye diciendo al respecto el profesor español "que el uso de la palabra acción para designar estos delitos (comisión por omisión), no será tan apropiado como lo es el de la palabra *comisión*, pues si el empleo de la primera puede inducir al error de considerar una actividad

⁶⁰ *Delictum commissivum per omissionem* (delito de comisión cometido mediante omisión).

⁶¹ *Sánchez Tejerina Isaías S.; Teoría de los Delitos de Omisión*, primera edición, Madrid, España, Ed. Hijos de Reus, 1918, pág. 63

que no existe en esta clase de delitos⁶², el de la segunda será la más exacta expresión del delito que nos ocupa, al contener la idea de un resultado o efecto dañoso, originado por una omisión”.

Los llamados delitos de comisión por omisión, para Jiménez de Asúa⁶³, consisten “en lograr que se produzca un resultado omitiendo una acción esperada”, es decir existen “cuando se logra una verdadera mutación en el mundo exterior, no haciendo aquello que se esperaba del agente”.

Para el maestro Porte Petit⁶⁴ existe un delito de resultado material por omisión cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva.

Zaffaroni⁶⁵, parte que para definir a los delitos de comisión por omisión, el autor tiene una gran importancia, puesto que los delitos de comisión por omisión “son aquellos en que el autor sólo puede ser quien

⁶² Nos referimos a la inexistencia de la causalidad en la omisión, ya expuesta con anterioridad.

⁶³ *Jiménez de Asúa Luis*, Tratado de Derecho Penal, T. III, quinta edición, Buenos Aires, Argentina, Ed. Losada, 1992, pág. 404

⁶⁴ *Op. Cit.* Porte Petit, pág. 243

⁶⁵ *Op. Cit.* Zaffaroni, pág. 484

se encuentra dentro de un limitado círculo que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo. Los tipos de comisión por omisión tienen un tipo activo equivalente y la posición en que debe hallarse el autor se denomina *posición de garante*. Además, sigue agregando, "son tipos que se generan a partir de una conversión del enunciado de una norma prohibitiva (*no matarás*) en una norma preceptiva (*respetarás la vida de tu prójimo*)⁶⁶.

De tal forma, ahora estamos en aptitud de pronunciarnos a definir un concepto, respecto a los delitos de comisión por omisión. Le llamamos delitos de *comisión por omisión*, como aquella conducta desplegada por un agente, quién omite una acción esperada y consecuentemente produce un cambio en el mundo exterior, trasgrediéndose una norma de carácter prohibitiva, y otra, de carácter preceptiva. Donde el agente sólo puede ser quién tenga una posición de garante, y además, la capacidad de evitar el resultado.

Ejemplo: En el caso de la madre que omite amamantar a su hijo recién nacido y éste muere por inanición, la madre es responsable de la muerte del niño y no "X", que no tiene relación alguna frente al niño, en

⁶⁶ Cfr. *Baumann Jürgen; Derecho Penal*, Traducción de Conrado A. Finzi, cuarta edición, Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, 1973, pág. 136. Al respecto se pronuncia este autor, en cuanto argumenta que los tipos que contienen prohibiciones se realizan mediante la comisión de la acción descrita (y prohibida); los tipos que contienen preceptos se realizan mediante la omisión de la acción descrita (y debida). En el primer caso se habla de delitos de comisión y en el otro, de omisión.

caso de que "X" no lo alimente, se puede estar frente a un caso de omisión de prestación de auxilio, pero "X" no comete un homicidio.

De lo anterior se desprende que los delitos de comisión por omisión están compuestos de los siguientes elementos objetivos:

- a) *Manifestación de la voluntad:* que consiste en omitir una acción esperada.
- b) *Acción esperada:* consistente en la salvación de evitar el resultado.
- c) *Posición de garante:* la cual consiste en que el autor asume la responsabilidad de evitar el resultado, derivado de una ley, contrato y de su propio actuar precedente⁶⁷.
- d) *Resultado:* consistente en un cambio en el mundo exterior.
- e) *Capacidad del autor de evitar el resultado.*

Por último hacemos hincapié que los delitos de comisión por omisión tienen su mayor importancia en los delitos contra la vida e

⁶⁷ Estas son las únicas tres fuentes de posición de garante que contempla nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 7º ps. Además, aclaramos que nosotros proponemos una calidad de garante más: la comunidad de vida. Que es objeto de estudio del presente trabajo.

integridad corporal. Este es el aspecto bajo el que ha sido estudiado el problema y el que ha de ser objeto principal de éste trabajo.

2. Distinción entre delitos propios e impropios de omisión.

Los delitos propios de omisión y delitos de comisión por omisión⁶⁸, son las dos formas en que la conducta se puede desplegar, cuando la voluntad del agente ha sido omitir una acción esperada. Sin embargo, encontramos distinciones⁶⁹, entre estas dos clases de delitos, que nos parece importante precisar, para así estar en aptitud de saber cuando estamos en una omisión propia y cuando en una comisión por omisión.

Primero precisaremos las semejanzas⁷⁰ entre estas dos clases de omisiones, y son dos, los elementos comunes:

- a) En ambos el sujeto que incurre en la respectiva responsabilidad se abstiene de realizar una acción esperada.

⁶⁸ Como antes expusimos nos parece mas apropiado utilizar este concepto y no el de impropio de omisión.

⁶⁹ Para efecto de distinguir estas dos clases de delitos omisivos y para que el lector no se confunda, se estará de acorde a lo que dice el Código Penal para el Distrito Federal, ya que la doctrina extranjera hace tales distinciones en base a su legislación aplicable a su país, excepto cuando el comentario este relacionado con nuestra legislación.

⁷⁰ Cfr. Novoa M. pág. 211

- b) En ambos el Código Penal dispone, en esa virtud, que se les imponga una pena.

Sin embargo, son más los elementos diferenciadores, y son:

- a) En los delitos de comisión por omisión el agente viola con su abstención una norma prohibitiva, en cuanto permite que sea lesionado un bien jurídico protegido, en cambio, en los delitos propios de omisión, el agente viola siempre una norma de mandato.
- b) El delito propio de omisión está siempre tipificado en forma expresa, en cambio los delitos de comisión por omisión no cuentan con tipo propio sino que recurren a la fórmula *numerus apertus* contemplada en el artículo 7º párrafo segundo del CPDF.
- c) En el delito propio de omisión, en ciertas ocasiones, están dirigidas a cualquier persona que se encuentre en el ámbito situacional regulada por la norma, mientras que en los delitos de comisión están necesariamente dirigidas a un grupo limitado, pues sólo puede ser autor el que asuma la posición de garante.
- d) El delito propio de omisión no exige un resultado que traiga como consecuencia la transformación física en el mundo exterior, puesto que se agota normalmente por la pura inactividad del sujeto.

- e) La evitación de un resultado lesivo para el bien jurídico es requisito del delito de comisión por omisión, en cambio; esa situación no corresponde, normalmente, al deber jurídico de actuar que quebranta quien incurre en el delito propio de omisión.

- f) El delito propio de omisión el tipo se basta asimismo; en cambio, en el delito de comisión por omisión, es preciso que el Código Penal señale o permita deducir, fuera del tipo, elementos complementarios que precisen a quienes asumen posición de garante y están obligados a actuar.

Por último podemos afirmar que existen dos diferencias más entre los delitos propios de omisión y los delitos de comisión por omisión, una material, y la otra, formal. La primera consistente en que en los delitos propios de omisión se trasgrede una norma de mandato y en los de comisión por omisión, una norma prohibitiva. Y la segunda reside en que en los delitos de comisión por omisión no están expresamente tipificados cada una de sus conductas, mientras que los propios de omisión sí.

3. La posición de garante.

La doctrina jurídica penal, encontró que la limitación, para imputar el resultado al sujeto de la omisión, debía provenir del círculo de autores. Sólo pueden ser autores de conductas típicas de comisión por omisión quienes se hallan en posición de garante. Al respecto el profesor

argentino, Zaffaroni⁷¹, manifiesta que por posición de garante "no debe entenderse cualquier cumplimiento de una obligación jurídica que hubiese evitado el resultado, sino un especial deber de garantía", es decir, es una "posición tal, respecto del sujeto pasivo que les obligue a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado".

El jurista español Muñoz Conde⁷², precisa que para imputar el resultado al sujeto de la omisión, no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido, sino que también, "es necesario que el sujeto 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 su cargo o profesión. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante que no se produzca el resultado, de ahí el nombre de *posición de garante*". Mas adelante sigue diciendo que "la razón de ello está en que el precepto legal, como ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros, imponen a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo".

Para Novoa Monreal⁷³ en los delitos de comisión por omisión el no impedir el resultado no puede ser imputado a cualquier ciudadano, sino "únicamente a aquellos que en virtud de su especial proximidad con tal bien, se hallan en la obligación jurídica de proporcionarle una protección

⁷¹ *Op. Cit.* Zaffaroni pág. 485

⁷² *Op. Cit.* Muñoz C. pág. 43 y ss.

⁷³ *Cfr.* Novoa M. pág. 135 y ss.

activa, las reglas apropiadas para fundamentar y determinar esa obligación asumen importante jerarquía dentro del estudio de ese delito". Además, la reducción de los sujetos a los cuales puede ser imputado el no impedir el resultado prohibido, "deber ser efectuada, a partir del grupo de sujeto que conforme al tipo correspondiente, puedan quebrantar la misma prohibición mediante su actuar. Esta reducción reconoce su fundamento, en última instancia, en un principio de libertad de los ciudadanos, conforme a la cual éstos son libres para comportarse como lo deseen, a menos que su comportamiento constituya, de manera patente una, trasgresión normativa".

Finalmente concluye diciendo que dicha reducción de sujetos a impedir el resultado, es llamada posición de garante y que está "constituida, por un llamamiento selectivo e imperativo, jurídicamente obligatorio, que pesa sobre alguien que asume la prevención de un riesgo; ella implica la exigencia de resguardar activamente los bienes jurídicos amparados por una norma prohibitiva. Se trata de una exigencia de proceder *activamente* para conjurar la lesión del bien jurídico, por lo cual, en definitiva se impone al garante *la obligación de salvar* el bien jurídico amenazado". Por consiguiente, quien asume la posición de garante, "pesa sobre él la necesidad de intervenir activamente y de poner de su parte *todo lo que sea 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 las posibilidades".

Coincidiendo con la doctrina mayoritaria, de que el deber de evitar el resultado no pertenece a todos en los delitos de comisión por

omisión, en virtud de que para el profesor Monterroso Salvatierra⁷⁴, la calidad de garante "es un mandato dirigido exclusivamente a quien está situado, en relación con el bien, con la obligación de garantizar su integridad y por ello evitar el daño típico que puede originarse del desencadenamiento de un curso causal. Como deber jurídico no puede estar fundado mas que en la ley, ya sea de manera directa o indirecta".

Por último de tal guisa, precisaremos que la posición de garante, en nuestro Derecho penal mexicano, esta fundado en el artículo 7º párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal, al disponer que:

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

En éste orden de ideas y de acuerdo con el legislador, la posición de garante es quien tiene el deber jurídico de actuar para evitar un resultado material, derivado de una ley, de un contrato o de su actuar anterior. Cuya limitación sólo la circunscribió a un número limitado de fuentes de calidad de garante, que sólo en éstos casos están obligados a evitar que se produzca el resultado, olvidándose el legislador, de una

⁷⁴ *Op. Cit.* Monterroso S. pág. 172 y ss.

fuerza muy importante como lo es la comunidad de vida⁷⁵, que sin lugar a dudas ayudaría a preservar la vida dentro de nuestra sociedad, en determinados casos concretos, para aclarar esto:

Ejemplo: El jardinero que fue contratado para labores de jardinería y éste al estar cortando unas plantas frente a una alberca de agua, observa como un niño se está ahogando y a su vez el niño muere, sin que el jardinero hubiese hecho algo para impedirlo.

Observamos que de acuerdo al número limitado de personas que el legislador quiso que se les imputara el resultado por no impedirlo, no podría ser responsable, en el caso del ejemplo anterior, del resultado (la muerte del niño) al jardinero, puesto que él no estaba en posición de garante y únicamente respondería conforme al artículo 340 del CPDF.

3.1 Las fuentes de la obligación de actuar.

La doctrina jurídica penal se preocupa por plantear cuál debería ser el fundamento legal y material para castigar a los sujetos que omitían una acción a la que estaban obligados jurídicamente, infringiendo un deber jurídico de actuar. Surgiendo al respecto el problema de qué tipo de fuentes del deber jurídico de actuar se aplicaría.

La doctrina distingue que la obligación jurídica de actuar está fundada por fuentes formales y fuentes materiales.

⁷⁵ Más adelante lo estudiaremos con más precisión.

La obligación jurídica de actuar fundado en *fuentes formales*, de acuerdo con Bustos Ramírez⁷⁶, es una teoría heredada de las teorías causales que dominaron la doctrina penal hasta la primera mitad del siglo pasado. Caracterizada por castigar a la omisión de una acción esperada y la causalidad entre la acción omitida y la afectación del bien jurídico. Para explicar esto la doctrina pone como ejemplo, que mata tanto la madre que estrangula a su hijo recién nacido como la que no lo alimenta. Según esta teoría se podían distinguir tres grupos:

- a) Las obligaciones de actuar que emanan de la ley;
- b) Las obligaciones aceptadas en un contrato; y
- c) Las obligaciones que se derivan de un hacer precedente.

Una segunda teoría de la obligación jurídica de actuar está fundada en *fuentes materiales*, cuyo planteamiento está fundamentado a partir de la vinculación real concreta del sujeto con el bien jurídico en peligro. Se trata de determinar con criterios generales materiales las circunstancias en que una persona está obligada, frente a un bien jurídico en peligro, a actuar para que no se produzca su afectación. En otro orden de ideas, es determinar materialmente qué personas están *socialmente* en una *posición de garante* frente a un bien jurídico.

De esta manera, las fuentes materiales⁷⁷ de posición de garante, podemos clasificarlas en fuentes que surgen por:

⁷⁶ Cfr. Bustos Ramírez. pág. 214 y ss.

⁷⁷ En una opinión más o menos semejante, el propio Jescheck, Op. Cit. pág. 855 y ss. Y Bustos R. Op. Cit. pág 217 y ss.

- a) Un deber de defensa por la vida; y
- b) Un deber de defensa de determinados bienes jurídicos.

a) Un deber de defensa por la vida: aquí englobamos todas las personas que en determinado momento no están en condiciones de salvaguardar su vida, y que hay otra u otras que tienen el deber de salvarlos, en base a las relaciones de comunidad de vida existente en una sociedad. Así por ejemplo estarían inmersas en ésta, los deberes de garante que surgieran en razón de relaciones familiares de cuidado, deberes de garante en razón de fuentes de peligro para la vida, deberes de garante derivados de la asunción voluntaria para proteger a determinada persona y deberes de garante que son asumidos unilateralmente. Evidentemente habrá que examinar cada caso concreto, partiendo de la base de la capacidad para actuar de cada persona para evitar el resultado exigido en ese momento y de acuerdo a las condiciones y circunstancias que debía y podía observar dicha persona. Para explicar mejor esto, con los siguientes ejemplos:

- La mujer que al enterarse que su cónyuge está en una cantina va a recogerlo y éste se encuentra en un estado inconsciente en virtud de haber bebido demasiado alcohol, de tal manera que la mujer tiene la responsabilidad de llevar a su cónyuge a un lugar seguro para evitar que le pase algo a él.

- En el caso de que X al pasar por una alberca observe que se está ahogando un niño y bastaría para salvarlo estirar la mano sin correr ningún riesgo exagerado.

- *En el caso de que X ayude a cruzar la calle a un ciego asume unilateralmente la protección de su vida frente la posibilidad de que sea atropellado por un carro.*

b) El deber de defensa de determinados bienes jurídicos presupone que hay una persona que no está en condiciones de proteger sus bienes jurídicos y que hay otra u otras que tiene el deber de salvarlos en virtud de deberes de garante derivados en razón de relaciones familiares de cuidado, deberes de garante derivados de la asunción voluntaria para proteger determinados bienes y los deberes de garantes asumidos unilateralmente.

Por último, de acuerdo al Código Penal para el Distrito Federal, contempla fuentes formales de la obligación de actuar derivadas de una Ley, Contrato y del actuar precedente; que a continuación explicaremos, junto con una fuente material que es objeto de nuestro trabajo.

3.1.1 La Ley.

La fundamentación del deber jurídico de actuar en virtud de un precepto legal, es decir por la *ley*, en un sentido más amplio del término, tal y como está expresado en nuestro CPDF. Están incluidos la ley en sentido stricto, los códigos, reglamentos, bandos municipales, circulares y

en general cualquier disposición jurídica que esté contemplada dentro de nuestra normatividad un mandato⁷⁸.

Para enfatizar, a manera de ejemplo, se toman en cuenta las obligaciones derivadas del derecho de familia relativos al cuidado de otras personas: las obligaciones de los padres (art. 303 del CCF), de los hijos (atr. 304 del CCF), de los ascendientes o descendientes (art. 305 del CCF), respecto de dar alimentos; las obligaciones de quienes integran una familia (art. 323 TER del CCF), respecto a evitar conductas que generen violencia familiar; las obligaciones de los cónyuges (art. 162 del CCF), respecto de socorrerse mutuamente. Cómo únicamente una causa jurídicamente reconocida de obligación puede tomarse en consideración en orden a la posibilidad de evitar un resultado, los *deberes morales* no pueden constituir el fundamento de la responsabilidad jurídico penal. Aquí como podemos ver un deber "*simplemente moral*" no tiene relevancia a esos efectos. No podría fundamentar, por ejemplo, un deber de evitar un resultado entre una pareja de novios, aun cuando vivieran bajo el mismo techo, pues no hay una obligación entre ellos de carácter legal, ni mucho menos podríamos pensar que fuera de carácter contractual⁷⁹.

⁷⁸ En ésta tesis Mezger se pronuncia a favor de que tal demarcación normativa, es con frecuencia elástica. Op. Cit. pág 123

⁷⁹ Cfr. Bustos R., Op. Cit. pág. 216; Jescheck Op. Cit. pág. 855

3.1.2 El contrato.

La fundamentación del deber jurídico de actuar en virtud de un contrato, conlleva con ello, a exigir un compromiso expreso y jurídicamente válido, mediante el cual algunas de las partes, asume a su cargo la protección de otro. Sin embargo, pronto se advirtió, dentro de la doctrina penal, que no era indispensable un acto jurídico formal y que tampoco podía admitirse qué defectos legales de éste pudieran afectar su validez o su vigencia, excluyendo la garantía, si de hecho el encargado de la custodia había aceptado asumirla y si los afectados podían confiar en que ella estaba siendo dispensada.

En éste orden de ideas, lo propio sería una especial aceptación, llamada por algunos *asunción voluntaria*, apta para generar ciertas obligaciones de protección, cual ocurre con un profesor de natación, con una niñera, enfermera, con un guía de montañas. Toda vez, que si aceptáramos el término de contrato, que es un acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos obligaciones, conllevaría a las formalidades exigidas por la ley y como consecuencia a lo pactado entre las partes, trayendo consigo en determinados casos, una imprecisión al momento de determinar la responsabilidad penal; tal sería el caso de la enfermera que fue contratada para cuidar a un enfermo, para que así los parientes de éste pudieran salir de vacaciones y ésta decide dar por terminado el contrato en virtud de que fue contratada por cinco días, aun cuando sabe que los parientes del enfermo llegan en unas horas.

A pesar de las imprecisiones que con lleva aceptar la fundamentación del deber jurídico derivado de un contrato, la asunción voluntaria, presenta determinados problemas en cuanto su delimitación y alcance. Al respecto se pronuncia Jiménez de Asúa⁸⁰, de que dicha aceptación del deber por parte del agente, fundamenta también, en cuanto se trata de concluir lo comenzado, su terminación. Así por ejemplo el cirujano que inicia una operación debe terminarla, siendo responsable del resultado letal si la interrumpe y omite su prosecución, por haber exigido entonces su pago.

A nuestro juicio, en los casos de obligaciones contractuales, creemos que no se puede exigir el cumplimiento, más allá de lo pactado. Cuando exceda de ello no le es exigible.

3.1.3 El actuar precedente.

La fundamentación del deber jurídico de actuar en virtud de un actuar precedente, de acuerdo con Novoa Monreal⁸¹, vino a incorporar a las dos fuentes anteriores una nueva y ya no tan segura obligación jurídica de obrar, por cuanto se admitió que quien había originado previamente una fuente de peligro o situación de riesgo, que acentuara la amenaza contra el bien jurídico, debía asumir el control de esos peligros y riesgos en forma de mantener indemne a éste. Este caso corresponde al ejemplo de quien embriaga a otro hasta hacerle perder la razón, pues con

⁸⁰ *Op. Cit.*, Jiménez de Asúa, pág. 424 y ss.

⁸¹ *Cfr.* Novoa M. *Op. Cit.* pág. 143

ello queda obligado a prevenir cualquier mal que el embriagado pueda ocasionarse a sí mismo o a otros mientras permanezca en ese estado.

Para Muñoz Conde⁸², el actuar precedente consiste el quien con su hacer activo ha dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene la obligación de impedir la producción de un resultado. Así, por ejemplo, quien hace fuego en el bosque para prepararse una comida tiene la obligación de procurar que el fuego no degenere en el incendio del bosque, respondiendo del incendio, en caso de que se produzca. Termina diciendo que generalmente, la omisión de estos deberes dará lugar a un delito de comisión por omisión culposo.

De tal guisa se aprecia que existe un principio que rige en el actuar precedente, principio consistente de que "toda persona que origina con su conducta un peligro de que se cause un resultado antijurídico, ha de estar obligado a impedirle por medio de actos propios. Según Träger⁸³, existe un límite en el deber de actuar, la naturaleza justificada de nuestra acción precedente; y pone como ejemplo de que no estamos obligados a prestar auxilio a quien hemos herido en la acción precedente de legítima defensa.

Creemos que esta fuente de deber de actuar, es muy confusa, puesto que no están bien definidos sus límites, es decir, en el caso de

⁸² Cfr. Muñoz C. Op. Cit. pág. 45

⁸³ Citado por Jiménez de Asúa, *Op. Cit.*, pág. 426

quien embriaga a otro hasta hacerle perder la razón, ¿hasta donde queda obligado a prevenir cualquier mal que el embriagado pueda ocasionar?

3.1.4 La comunidad de vida.

La fundamentación del deber jurídico de actuar en virtud de las relaciones impuestas por las comunidades de vida y de peligro existentes dentro de una sociedad, fue elaborada por la jurisprudencia alemana⁸⁴ y admitida en su doctrina e institucionalizada en una tesis general que Maurach⁸⁵ refiere y sintetiza en la siguiente forma: "*Siempre que existan determinadas comunidades de vida y siempre que se presente, aunque fuere transitoriamente, una comunidad de peligro, cada miembro de esas colectividades está obligado a evitar los peligros que surjan para los otros*". Y el propio autor clasifica las sentencias germánicas que cimientan dicha tesis general en los tres grupos siguientes: a) *comunidad habitacional*, comprensiva de los familiares presentes, criados y vecinos, necesitados de ayuda; b) *comunidad matrimonial*, el deber de impedir que alguno de los cónyuges pretenda suicidarse, por ejemplo; y c) *comunidad de peligro*, como acontece en el deber de ayuda existente en las personas unidas durante una excursión. De tal tesitura Jiménez de Asúa⁸⁶, manifiesta que ha de presentarse el deber basado jurídicamente

⁸⁴ Cfr. Jiménez de Asúa. *Op. Cit.*, pág. 427, con la misma opinión Jiménez Huerta, *Op. Cit.* pág. 114 y ss.

⁸⁵ Citado por Jiménez Huerta, *Op. Cit.*, pág. 115

⁸⁶ Cfr. Jiménez de Asúa. *Op. Cit.* pág. 427

para que haya exigencia de actuar y, por ende, que un simple deber moral no fundamenta las responsabilidades delictivas si no se evita el resultado, es decir, *<todo deber moral que tiende a evitar un resultado, y muy especialmente cuando tenga que ver con la vida, es fundamento de responsabilidad>*. Por último el mismo autor argumenta que tal fundamentación está basada en la existencia de deberes morales surgidos del hecho de vivir en sociedad⁸⁷.

Pretendemos aquí, utilizar una expresión agotadora de todos los deberes de actuar que tengan que ver, precisamente con salvaguardar la vida o la evitación de una lesión en la misma. Sin embargo la pretendida calidad o posición de garante, en cuestión, no presupone remplazar las posiciones de garante ya contempladas en el párrafo segundo del artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal (a) ley; b) contrato; y c) actuar precedente, sino englobar aquellos presupuestos de deberes de actuar, que no han sido contemplados o que simplemente no pueden ser subsumidos por las ya posiciones de garante preestablecidas en nuestra legislación penal. En éste mismo orden de ideas englobaremos con la expresión *<<comunidad de vida>>*, todos aquellos deberes de garante que surgen en razón de relaciones familiares, fuentes de peligro, de asunción voluntaria, del hecho de vivir en sociedad. En razón de que con la palabra *comunidad de vida* queremos partir de que exista un solo supuesto que se encargue de inculcar el deber de actuar para salvaguardar la vida y la integridad física de los que vivimos en una sociedad como la nuestra.

⁸⁷ Loc. Cit.

De acuerdo con Alimena⁸⁸, el Derecho se presenta como "un *mínimum ético* que siendo necesario, si no es la fuerza específica del organismo social, es por lo menos, una de sus fuerzas específicas". El Derecho garantiza los bienes e intereses de la sociedad; el Derecho Penal los intereses vitales, sin embargo la ética ninguna garantía nos ofrece, pero sí está encaminada a dirigir los valores para un mejor comportamiento del ser humano. Al respecto Schäffle⁸⁹, dice que con razón tratan el Derecho y la Moral, de combatir también el descuido irreflexivo e indiferente. En éste mismo sentido Schopenhauer⁹⁰, nos deja una reflexión, que dice: "*Negarse a socorrer a alguien que se encuentra en inminente peligro, o ver con sangre fría que un hombre muere de inanición cuando uno tiene para sí lo superfluo, no son injusticias, bien que sean actos de crueldad infernal; pero puede asegurarse que todo el que es capaz de llevar hasta ese punto la inhumanidad y la dureza de corazón, está pronto a cometer cualquier injusticia siempre que lo exijan sus proyectos y no lo impida ninguna coerción*".

Es de notar extrañeza que el fin primordial del Derecho penal sea los deberes morales, pero no por eso hemos de dejar fuera el *mínimum ético* ciertas omisiones que producen un ataque a las sanas relaciones de convivencia de la sociedad. Así pues, nos adherimos al cuestionamiento reflexivo que hace Sánchez Tejerina, de que ¿Cómo es posible que el Derecho penal pueda considerar como fuera de su esfera de acción <del

⁸⁸ Citado por Sánchez Tejerina. *Op. Cit.*, pág. 74

⁸⁹ Citado por Sánchez Tejerina. *Loc. Cit.*

mínimum ético> el acto negativo de no salvar a un desgraciado que se ahoga, cuando bastaría para impedirlo extender el brazo?, así por ejemplo, en el caso del jardinero que fue contratado para labores propias de su oficio, al ver que el hijo de su patrón se está ahogando en la piscina y él decide seguir con sus labores, dejando que se ahogue el niño. Indudablemente no podríamos responsabilizar al jardinero por la muerte del niño, cuya única responsabilidad sería la contemplada en el artículo 340 del Código Penal, para el Distrito Federal.

Ferri⁹¹, dice que *"la verdad positiva es, que en el mundo, se considera como una ley eterna la de la lucha por la vida, pero al lado de ella y mas importante que ella, como determinante progresiva mas eficaz de la evolución social, está la ley de la solidaridad y de la cooperación entre los vivientes"*. Para Ferri, en opinión nuestra, lo determinante para que una sociedad tienda a evolucionar civilizadamente, necesariamente tendrá que disponer de valores morales tendientes a preservar la vida con calidad.

Finalmente proponemos que ese *mínimum ético* que el Derecho penal contempla, sea extendido para que se fundamente el deber de actuar en razón de relaciones de comunidad de vida existentes en nuestra sociedad. Porque todos, absolutamente todos estamos obligados, con un vínculo de solidaridad y de cooperación, a impedir el riesgo que amenaza un semejante, en ciertas condiciones y circunstancias que de acuerdo a las características propias de cada persona, deba y pueda observar. La ley

⁹⁰ Citado por Sánchez Tejerina. *Loc. Cit.*

⁹¹ Citado por Sánchez Tejerina. *Op. Cit.*, pág. 76

no puede exigir, ni nosotros lo pretendemos, actos de virtud, de abnegación, de heroísmo. Hermoso ideal, es éste y el del altruismo⁹², ajeno en absoluto al Derecho penal, que es sólo defensa y prevención social.

En este carácter de preservar la vida es el que nos apoyamos, precisamente para pedir la consideración de una nueva calidad de garante en los delitos de comisión por omisión, basada en las relaciones de vida entre nuestra sociedad, asimismo el castigo de esas omisiones, para que esa defensa y prevención tengan realidad.

4. La obligación jurídica de actuar y su delimitación.

La obligación jurídica de actuar⁹³, nace precisamente, cuando el legislador plasma su deseo de responsabilizar penalmente, en el caso de que determinada persona o personas omitan una acción que podría evitar un resultado. Para que la comunidad de vida, como posición de garante, sea una fuente garantizadora para responsabilizar a alguien por la no evitación de un resultado, es necesario que se adicione al artículo 7º párrafo segundo del Código Penal, para el Distrito Federal.

⁹² Lo ideal sería el altruismo, según Spencer. Citado por Sánchez Tejerina. *Ibidem* pág. 74

⁹³ La obligación jurídica de actuar, así como su limitación la abordaremos solamente respecto al deber de relaciones de comunidad de vida, en primera, porque es nuestro tema principal y en segundo, porque consideramos que su limitación correspondería de igual forma, en algunos casos, a las demás obligaciones jurídicas de actuar establecidas en nuestro código penal

Nos queda claro que ésta calidad de garante esta únicamente enfocada a garantizar la vida o la integridad física de la misma. Sin embargo, debemos establecer límites respecto al deber de actuar de cada persona, cuando se encuentre en la posibilidad de evitar un resultado consistente en la pérdida de una vida o lesión de la misma. Para esto tenemos que responder a éstas interrogantes: ¿quiénes son los que estarían obligados a actuar?; ¿en qué casos estaría uno obligado a actuar?; ¿hasta donde uno está obligado a actuar?

Estamos de acuerdo que para establecer límites nos tenemos que abocar a cada caso concreto, así que para resolver la primera interrogante, que consiste en: ¿quiénes son los que estarían obligados a actuar?, lo visualizaremos con un ejemplo:

En el caso de los bañistas de una playa determinada, en que una persona se está ahogando y los demás sólo observan como se ahoga, es evidente que no podemos responsabilizar a todos de la muerte de esa persona, sería un absurdo el pensar que todo ese grupo de personas cometió el delito de comisión por omisión, así que en este caso para empezar a limitar ¿quiénes son los que estarían obligados a actuar?, empezáramos a descartar primero a todos aquellos que por la simple distancia no podrían auxiliar a la víctima, en razón de que el tiempo es importante para evitar el resultado, puesto que no se le podría exigir a éstas personas que eviten el resultado dado que se encuentran lejos les es imposible realizar esa acción. Ahora bien, siguen aquellas personas que se encuentran imposibilitadas para realizar esa acción esperada (consistente en salvar a la víctima que se está ahogando), en razón de impedimentos físicos, es decir, personas con discapacidad física (ciegos,

sordomudos, minusválidos, lesionados, etc.), o simplemente personas que tengan una disminución física que les impida realizar el salvamento (como el caso de quienes tengan una pequeña edad o demasiada edad). Y por último, en el caso de que para realizar el salvamento, se requiera una técnica adecuada o capacitación especializada, a todos aquellos que no la tuvieran, en razón de que no se pueden exigir actos de heroísmo. En este orden de ideas, sólo sería autor del delito homicidio de comisión por omisión⁹⁴:

- a) Quien se encuentre a una distancia lo suficientemente cercana para realizar la acción esperada a tiempo.
- b) Quien no tenga una discapacidad física o disminución física que le impida realizar la acción esperada con seguridad.
- c) Quien tenga la capacitación requerida para realizar la acción esperada, esto exclusivamente cuando exista un riesgo extremo para realizar esa acción esperada.

Para la segunda interrogante, ¿en qué casos estaría uno obligado a actuar?, encontramos otras limitantes, que son propias para cada caso concreto que visualicemos. Continuaremos con el mismo ejemplo anterior. Descartaríamos primero a todos aquellos que no se encuentren en posición de garante derivado de una ley, de un contrato o del actuar precedente, en virtud de que estas fuentes son de mayor fuerza

⁹⁴ Aclaramos que solo estamos analizando los elementos objetivos (excluyendo a la culpa), y no así, los subjetivos: el dolo y los elementos subjetivos del injusto.

obligatoria para actuar que la de comunidad de vida⁹⁵. Después, descartamos a todas aquellas situaciones de extremo peligro en donde la intervención del agente que pretenda realizar la acción esperada corra demasiado peligro capaz de que él mismo pierda la vida.

En este mismo orden de ideas, sólo sería autor del delito de homicidio de comisión por omisión, quien se encuentre en los supuestos anteriores: y:

- a) En el caso de que no se encuentre alguno que tenga la posición de garante derivado de una ley, contrato o actuar precedente, será el que asuma la calidad de garante derivado de una comunidad de vida.
- b) Quien con su intervención no corra ningún riesgo extremo que pueda atentar contra su vida⁹⁶.

Finalmente nos queda la última interrogante, ¿hasta donde uno está obligado a actuar?, muy ligada con la anterior, sin embargo aquí aplicamos el principio de que, "nadie está obligado hacer lo imposible". Continuando con el mismo ejemplo, descartaríamos aquellos supuestos en que para realizar el salvamento, la persona se encuentre en un remolino, en aguas demasiadas bruscas provocadas por una tempestad o

⁹⁵ Esto es en el supuesto de que se encuentre un salvavidas laborando en la playa.

⁹⁶ Reprochable sería el caso, que cuando solo baste estirar la mano no se hiciese.

simplemente cuando exista una resistencia por la misma víctima que impida realizar el salvamento con seguridad.

En este caso sólo sería autor del delito de homicidio de comisión por omisión, quien se encuentre en los supuestos anteriores y:

- a) Quien de acuerdo a las condiciones favorables respecto al clima, lugar o situación, no realice la acción esperada.
- b) Quien realizando la acción esperada y no exista resistencia por la víctima y sean apropiadas las condiciones para realizar la acción esperada, desista.

5. La antijuridicidad y la culpabilidad en los delitos de comisión por omisión.

A. La antijuridicidad.

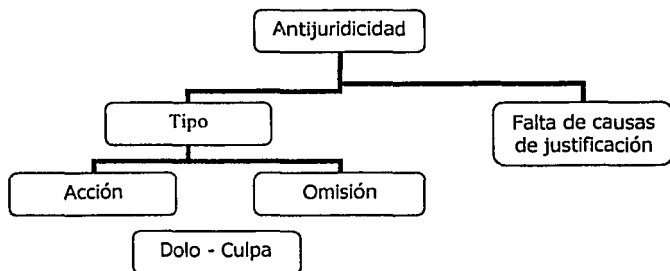
De acuerdo con Bacigalupo⁹⁷, la antijuridicidad de un comportamiento típico se define como "la realización del tipo no amparada por causas de justificación: todo comportamiento típico será antijurídico, a menos que esté autorizado por una causa de justificación".

⁹⁷ Bacigalupo E. Op. Cit. pág. 154.

Esto rige tanto para un delito de acción como para uno de comisión por omisión.

Observamos que la antijuridicidad está compuesta por el tipo y por la falta de causas de justificación.

El tipo se puede realizar por medio de una conducta de acción u omisiva, que conforme al artículo 8° del Código Penal para el Distrito Federal, solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.



Esquemáticamente quedaría compuesta de la siguiente forma⁹⁸:

B. La culpabilidad.

⁹⁸ Este sería un esquema de la teoría finalista, ya que de acuerdo a la teoría neocausalista, la ubicación del dolo y la culpa se encontrarían en la culpabilidad.

Para Malo Camacho⁹⁹, la culpabilidad es "el reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica".

La culpabilidad no se agota, a diferencia de la antijuridicidad con la pura relación de conducta y ordenamiento jurídico, sino que además, fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no realizó la acción esperada para evitar el resultado, ordenado por el ordenamiento jurídico, aun cuando podía y debía de acuerdo a las condiciones y circunstancias personales. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. En este sentido dice Welzel¹⁰⁰, que "en este *poder en lugar de ello* del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad". En este mismo orden de ideas observamos que la culpabilidad está conformada por tres elementos: La imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la reprochabilidad (exigibilidad). Esquemáticamente quedaría compuesta de la siguiente forma¹⁰¹:

⁹⁹ Op. Cit. Malo Camacho, pág. 432

¹⁰⁰ Welzel H. Op. Cit. pág. 166

¹⁰¹ Esquema de acuerdo a la teoría finalista.



CAPÍTULO

IV

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN RELACIÓN A LA COMUNIDAD DE VIDA.

SUMARIO

- 1. CONCEPTO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.**
- 2. PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA RESPECTO A LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN DERIVADO DE UNA POSICIÓN DE GARANTE EN VIRTUD DE UNA COMUNIDAD DE VIDA.**
 - 2.1 *REALIZACIÓN DE UNA ACCIÓN DISTINTA A LA ESPERADA.*
 - 2.2 *REALIZACIÓN DE UNA ACCIÓN ESPERADA.*
- 3. CAPACIDAD DE EVITACIÓN.**
- 4. EL TIPO SUBJETIVO.**
 - 4.1 *EL DOLO DE OMITIR.*
 - 4.2 *LA CULPA OMISIVA.*

1. Concepto de la imputación objetiva.

Estamos de acuerdo con Paz M. de la Cuesta Aguado¹⁰², que el tipo objetivo es el primer elemento del análisis que ha de desembocar en el juicio global de responsabilidad penal, es cuestión que cobra adeptos en la doctrina. El tipo objetivo constituiría el primer paso para analizar, con posterioridad, el tipo subjetivo y la teoría de la imputación objetiva intenta determinar, con carácter general las propiedades objetivas que han de concurrir en un comportamiento para que éste sea imputable a un autor para, a partir de esta atribución, iniciar el análisis de la exigencia de responsabilidades penales.

Pero para ello la doctrina es consciente de que tiene que resolver dos cuestiones de carácter y trascendencia general:

- 1.- Las condiciones o presupuestos que, en concreto, han de cumplirse para poder atribuir a un autor un comportamiento.
- 2.- La ubicación sistemática dentro del concepto de delito, de tales presupuestos o condiciones.

La teoría de la imputación objetiva es fruto de una línea metodológica opuesta al finalismo, toda vez que su fundamentación y sistematización es teleológico-funcional. Esto es, de acuerdo con Feijóo

¹⁰² <http://members.es.tripod.de/icapda/Tipicidad.htm>, Cuesta Aguado, Paz M. Tipicidad e Imputación Objetiva, España, 2000.

Sánchez¹⁰³, debido a que esta teoría otorga al tipo objetivo un contenido valorativo, que ya no se entiende como un mero proceso causal, sino que es fruto de una interpretación teleológico-funcional, de los distintos tipos de la parte especial y del fin de protección de cada norma penal. De este modo todos los tipos penales tienen límites valorativos que, en muchos casos, no se encuentran expresamente recogidos en los mismos. Ello se debe a dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dice si una persona ha realizado un tipo penal. Es precisa una valoración desde el punto de vista de la norma. Una conducta se ve así seleccionada como típica de acuerdo con el fin y sentido de los tipos de la parte especial interpretados teleológicamente. La otra consecuencia, es que sólo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con *el fin de protección de la norma penal*. Por último, para Feijóo Sánchez,¹⁰⁴ el tipo objetivo pasa a cobrar una especial relevancia dentro de la teoría del tipo, desplazando la importancia que había tenido para el finalismo la finalidad del sujeto. "La relevancia que para el finalismo tenía la perspectiva *ex ante* pasa a ser compensada mediante una perspectiva objetiva *ex post* complementaria".

La teoría de la imputación objetiva, para Martínez Escamilla¹⁰⁵, pretende darle cabida a consideraciones de Política criminal, para dar soluciones que pretendan ser lo mas justo posible, y no así, como

¹⁰³ Feijóo Sánchez Bernardo; Teoría de la Imputación Objetiva, primera edición, Angel Editor, México, D.F. 2000, pág. 7

¹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 8

¹⁰⁵ Martínez Escamilla Margarita; La Imputación Objetiva del Resultado, Ed. Edersa, Madrid, España, 1992, pág. 30 y ss.

pretendían causalistas y finalistas entender que la misión de la Ciencia penal consistía en la elaboración de un sistema cerrado en si mismo, conceptualmente perfecto, en la cual no tenían cabida otras consideraciones.

La moderna teoría de la imputación objetiva, de acuerdo con la misma autora española, como producto de un sistema teleológico-funcional, consiste en que, "para que un resultado pueda serle atribuido a un sujeto es necesario, ya en el plano objetivo, que el resultado a imputar constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto".

Para Claus Roxin¹⁰⁶, la teoría de la imputación objetiva tiene como principal cometido el de "indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción típica". Además, dice que en la doctrina científica cada vez se impone mas la concepción de que la imputación al tipo objetivo se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados:

- a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Así por ejemplo, *"de que alguien, al comenzar una tormenta envía a otro al bosque con la esperanza de que le mate un rayo, falta ya una acción homicida,*

porque el hecho de enviar a alguien al bosque no crea un peligro jurídicamente relevante de matar".

- b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones. Así por ejemplo "A" incita a "B" a que haga una escalada al Himalaya, en la que éste, tal como "A" lo había previsto, sufre un accidente mortal, entonces no sólo "A" ha causado la muerte de "B", sino que en la muerte de "B" también se ha realizado un peligro causado por "A". y sin embargo "A" no ha cometido una acción punible de homicidio.

En resumen, podemos determinar que de acuerdo con Roxin¹⁰⁷, los principios que rigen esta teoría son los siguientes:

I. Creación de un riesgo no permitido:

- a) La exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo.
 b) La exclusión de la imputación si falta la creación de peligro.
 c) La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

¹⁰⁶ *Op. Cit.* Roxin Claus, pág. 363 y ss.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 373 y ss.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

II. Realización del riesgo no permitido.

- a) La exclusión de la imputación si falta la realización de peligro.
- b) La exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo permitido.
- c) La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.
- d) la exclusión de la imputación si la conducta alternativa conforme a derecho conduce con seguridad al mismo resultado.

Antes de seguir abordando éste tema, tenemos que hacer algunas precisiones, en relación a *la teoría de la imputación objetiva*, tales como:

Primero: La teoría de la imputación objetiva se originó para resolver problemas concretos relacionados con la causalidad del resultado respecto de los delitos de acción.

Segundo: Tenemos en cuenta que, en los delitos de comisión por omisión no existe una causalidad, respecto a la omisión y el resultado, pero si existe un elemento que los une: la posición de garante que tiene el autor de la omisión de evitar con la acción esperada que se lesione un bien jurídico determinado.

Tercero: Los principios que rigen la teoría de la imputación objetiva son aplicables a los delitos de acción, pero eso no quiere decir que alguno de ellos no podamos ajustarlos a los delitos de comisión por omisión. O como diría Martínez Escamilla¹⁰⁸: "En principio no existe ningún obstáculo para intentar aplicar los principios básicos diseñados por la doctrina de la imputación objetiva a los delitos de actividad o los delitos de omisión, siempre, claro está, que se adapten las peculiaridades de estas formas de aparición del delito".

Centraremos nuestro estudio en la configuración de la teoría de la imputación objetiva respecto a los delitos de comisión por omisión derivados de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida. Toda vez que este planteamiento es el tema principal de nuestro trabajo.

2. Principios que rigen en la imputación objetiva respecto a los delitos de comisión por omisión derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida.

Se puede decir que la imputación al tipo objetivo en los delitos de comisión por omisión derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, presupone la realización de una acción distinta a la esperada y no cubierto por una acción con la que se hubiese evitado el resultado, dentro del alcance del tipo. A continuación se desarrollará este punto de partida con más detalle.

¹⁰⁸ Op. Cit. Martínez Escamilla M., pág. 48

2.1 Realización de una acción distinta a la esperada.

Un resultado producido al que omite impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor es realizar una acción distinta a la esperada para el bien jurídico no cubierto por una acción con la que se hubiese evitado el resultado y que esa acción distinta a la esperada también se ha realizado en el resultado concreto. Así por ejemplo, *en el caso del jardinero se le imputa el resultado de la muerte del niño dado que al observar que un niño se está ahogando en la piscina, supuesto en que no hay nadie en el lugar mas que ellos dos, el jardinero decide seguir cortando las plantas y como consecuencia el niño muere ahogado.*

En éste orden de ideas podemos enunciar los principios de imputación objetiva que deberán regir en los delitos de comisión por omisión derivado de una posición de garante en virtud de una <<comunidad de vida>>.

a) La exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo.

No es imputable el resultado al autor cuando realice la acción esperada defectuosamente, de tal manera que aminora o disminuye el

peligro ya existente para la víctima. Así, de acuerdo con Roxin¹⁰⁹, cita el siguiente ejemplo:

“Quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa”.

Ha de excluirse la imputación del resultado, porque sería absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido. En éste sentido Roxin¹¹⁰ dice: “Es cierto que según la doctrina tradicional se podría solucionar los casos de disminución o aminoración del riesgo desde el punto de vista de la antijuridicidad, aceptando un estado de necesidad justificante¹¹¹. Pero eso presupondría que se empezara por considerar la aminoración del riesgo como lesión del bien jurídico típica de un delito; y eso es precisamente lo que falta. Y efectivamente, la exclusión de la imputación en caso de aminoración del riesgo, se ha impuesto rápidamente”.

b) La exclusión de la imputación si falta la realización de la acción esperada.

Un resultado producido al que omita impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, no le es

¹⁰⁹ *Op. Cit.*, Roxin Claus, pág. 365

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 366

¹¹¹ En nuestro planteamiento sería inadmisibles la necesidad justificante en virtud de que el agente tiene el deber jurídico de evitar el resultado derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida. Así pues lo que operaría sería una exclusión de la imputación al tipo objetivo.

imputable al autor cuando su conducta sea la de omitir una acción esperada, de acuerdo a los siguientes casos:

I. No le es imputable el resultado producido al que omite impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, *en caso de que el agente se encuentre a una distancia lo suficientemente lejana de la víctima y que esa distancia sea alcanzada por el tiempo en que tarde en acaecer el resultado.* Así, por ejemplo:

En el caso de "X" se está ahogando en una playa y es observado con unos binoculares por "Y", donde "Y" se encuentra en el balcón del vigésimo piso de un hotel, y "X" muere posteriormente. No se le podrá imputar a "Y", la muerte de "X".

Ha de excluirse la imputación del resultado, porque sería absurdo exigir acciones esperadas, que en razón de la distancia no sean cubiertas a tiempo, sino que mas bien, serían innecesarias para el estado del bien jurídico protegido.

II. No le es imputable el resultado producido al que omite impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, *en caso de que el agente se encuentre a una distancia lo relativamente apropiada para realizar la acción esperada, pero adolece de una discapacidad física o alguna disminución física que le impida realizar la acción esperada con seguridad.* Así, por ejemplo:

En el caso de los bañistas, una persona se está ahogando y es observado por una que no tiene brazos, o simplemente cuando quien observa que le va a caer una roca a alguien no puede hacer nada en virtud de que es un paralítico.

Ha de excluirse la imputación del resultado, porque sería absurdo exigir acciones esperadas a quien no tenga la capacidad física de realizar la acción esperada para proteger el estado del bien jurídico.

III. No le es imputable el resultado producido al que omita impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, *en el caso de que el agente no cuente con una capacitación o conocimiento especial para realizar la acción esperada.* Así, por ejemplo:

En el caso de que "X" haya caído en un hoyo muy profundo pero también muy estrecho y al pasar "Y" se da cuenta de tal suceso y decide no intervenir en virtud de que requiere un equipo especial y una preparación adecuada.

Ha de excluirse la imputación del resultado, porque sería absurdo exigir acciones esperadas que tengan como riesgo actos de heroísmo.

IV. No le es imputable el resultado producido al que omita impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, *cuando estén presentes otros que tengan la posición de garante derivado de una ley, contrato o del actuar precedente, que de acuerdo al caso concreto tengan la obligación de actuar.* Así, por ejemplo.

En el caso multicitado de los bañistas, donde "A" se está ahogando, y "B" decide no intervenir puesto que ve que va a intervenir un salvavidas del hotel.

Ha de excluirse la imputación del resultado, porque sería absurdo exigir acciones esperadas que tengan como propósito interferir en las obligaciones de quiénes estén presentes y que además tengan una contraprestación remunerativa¹¹².

V. No le es imputable el resultado producido al que omita impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, *en el caso de que el agente corra un riesgo extremo que pueda atentar contra su vida en el momento de pretender realizar la acción esperada*. Así, por ejemplo:

En el caso de que "Y" observe que le van a disparar con un arma de fuego a "X", y decide apartarse puesto que no puede neutralizar tal acontecimiento.

Ha de excluirse la imputación del resultado, porque sería absurdo exigir acciones esperadas que comprometan a un grado extremo la vida de quién tenga que intervenir en esta calidad de garante.

¹¹² Cuando así lo sea.

2.2 Realización de la acción esperada.

a) Le exclusión de la imputación en casos de riesgos permitidos.

Consideramos que en los delitos de comisión por omisión derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, no se crea un riesgo jurídicamente relevante, lo cual, no quiere decir que no se pueda disminuir o aumentar el riesgo ya existente, sin embargo, puntualizamos que a partir de que ya existe un riesgo por causas ajenas al autor, sí se puede crear otro al realizar la acción esperada, este último por causas propias del autor. Si bien es cierto, el autor esta obligado a realizar una acción esperada, pero tal obligación no se puede extender a que elija la opción idónea para llevar a cabo la acción esperada, esto en virtud de que cada uno de las personas que cohabitan en una sociedad son diferentes y por ende elige cada uno, de acuerdo a características propias de cada persona, opciones diferentes para llegar al mismo punto. Sin embargo, la imputación se excluye aunque el autor haya creado otro riesgo jurídicamente relevante, puesto que el riesgo que elige para realizar la acción esperada es permitido.

Aquí se va entender por riesgo permitido, aquel medio utilizado por el autor para realizar la acción esperada y que como consecuencia de ello, crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) tiene que estar permitido y por ello, excluye ya la imputación al tipo objetivo. Esta permisón la fundamentamos en la diversidad de posibilidades de realizar la acción

esperada y que por razones de urgencia no se le puede exigir al autor la adecuada.

Así, por ejemplo no se le puede imputar a "X" la muerte de "Y", en el caso de que "Y" se está ahogando en un lago y, "X" decide lanzarle una cuerda para que se sujete "Y", pero al tirar la cuerda "X", "Y" se le enreda la cuerda en el cuello y muere de asfixia.

3. Capacidad de evitación.

La capacidad de evitación consiste, de acuerdo con Jakobs¹¹³, en que "el autor debe haber sido capaz en abstracto para evitar el resultado por medio de una acción. La capacidad abstracta se corresponde con el movimiento corporal influible mediante motivación en el tipo objetivo del delito de comisión (acto voluntario)".

Para Jakobs, el concepto de la capacidad abstracta atiende, pues, sólo a que determinado comportamiento se puede desencadenar voluntariamente, de tal forma que debe ser realizable psíquica y físicamente para el autor individual.

Dentro de la teoría de la imputación objetiva quedan descartados como emprendimiento de salvación los movimientos corporales potenciales que:

- a) No se pueden desencadenar voluntariamente.

¹¹³ *Op. Cit.* Jakobs G., pág. 956

Jakobs¹¹⁴ afirma que "los actos convulsivos, etc., no se pueden ejecutar voluntariamente, no tendrá prácticamente importancia. Sí es relevante, en cambio, que en las acciones muy complejas la falta de rutina o de automatismo no se puede sustituir únicamente por medio de la voluntariedad: nadar, conducir un vehículo en situaciones no totalmente elementales, escribir a maquina con celeridad, etc., son acciones que sólo se pueden realizar si se cuenta con la rutina, y si no falta ya la capacidad abstracta. Ejemplo: El no haber salvado a una persona que se ahoga, y que resulta muerta, por parte de quien no sabe nadar, si no existe otra posibilidad de salvación, no realiza el tipo de un delito contra la vida humana, ya por falta de capacidad abstracta".

b) Que físicamente no se pueden ejecutar.

La capacidad física¹¹⁵ para la ejecución de la acción esperada falta cuando no se tiene suficiente agudeza de los órganos sensoriales o suficiente fuerza muscular, etc.

Es importante destacar que la capacidad física para Jakobs¹¹⁶, es "realizar la acción esperada que presupone la salvación del bien jurídico no es necesariamente la capacidad para la salvación de propia mano. Así, pues, quien no sabe nadar es capaz en abstracto para salvar a quien se ahoga si puede proferir gritos de socorro y así avisar a personas que sí saben nadar, etc."

¹¹⁴ *Ibidem*, pág. 957

¹¹⁵ *Ver supra*, Capítulo III, de la obligación jurídica de actuar y su delimitación.

¹¹⁶ *Op. Cit.* Jakobs G. pág.957

Aquí es importante hacer una distinción en la medida de quienes puedan realizar la acción esperada de propia mano y de los que también tienen una capacidad abstracta para llevar a cabo la salvación, pero no de propia mano, es decir, quienes no tienen la capacidad de realizar la salvación de propia mano se le excluiría de la imputación al tipo objetivo en caso de producirse un resultado material, pero no así, en caso de que hubiesen omitido dar aviso a quienes si puedan realizar la salvación de propia mano, caso por el cual responderían por el artículo 340 del Código Penal para el Distrito Federal. Un ejemplo esclarecerá esto.

En el caso de quien se este ahogando en una piscina y la persona quien observa tal acontecimiento no sabe nadar, pero tampoco existe ningún medio idóneo para realizar el salvamento de propia mano, no se le puede imputar el resultado material en caso de que muera la víctima, pero si respondería por el articulo antes mencionado.

4. El tipo subjetivo.

De acuerdo al artículo 8° del Código Penal para el Distrito Federal, las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. El artículo 60 párrafo segundo, del mismo código sustantivo en comento, adopta el sistema de *numerus clausus*, al mencionar cuales son los únicos delitos que admiten culpa, así que por el principio de exclusión podemos determinar que todos los demás delitos se realizan única y exclusivamente por dolo.

4.1 El dolo de omitir.

Roxin¹¹⁷ manifiesta, que cuando el dolo va dirigido a la realización de un tipo pertenece en sí mismo al tipo como parte subjetiva de éste.

Comúnmente, de acuerdo con la doctrina se distinguen tres formas distintas de dolo:

1. *Dolus directus de primer grado* (la intención o propósito).
2. *Dolus directus de segundo grado* (también conocido por la doctrina española como dolo de consecuencias necesarias o dolo indirecto).
3. *Dolus eventualis* (dolo condicionado).

Para caracterizar unitariamente las tres formas de dolo se emplea casi siempre la descripción del dolo como "conocer y querer" (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal. Al

¹¹⁷ Cfr. Op. Cit. Roxin C., pág. 414 y ss.

respecto, Roxin¹¹⁸ argumenta que, el requisito intelectual ("conocer") y el volitivo ("querer") están en cada caso diferentemente configurados en sus relaciones entre sí.

En el caso del *dolo de primer grado* (intención), en el lado de conocer basta con la suposición de una posibilidad, aunque sólo sea escasa, de provocar el resultado. Así, por ejemplo dice Roxin, en un disparo a gran distancia. Dado que se persigue el resultado y que por tanto el "querer" es muy pronunciado, cuando el disparo da en el blanco concurre de todos modos un hecho doloso consumado.

En cambio en el *dolo directo de segundo grado* el "conocer" es todo lo exacto que es posible. Si quien realiza un atentado conoce con seguridad que la bomba que hará saltar por los aires a su víctima también causará la muerte a las personas de alrededor, se puede calificar de "querida" la muerte de éstas, aunque no la persiga y por tanto el momento volitivo sea menos intenso que en caso de intención.

Finalmente, en el *dolo eventual* la relación en la que se encuentran entre sí el conocer y el querer es discutida desde su base, pero en cualquier caso, el mismo se distingue de la intención en que no se persigue el resultado, y por tanto el lado volitivo está configurado mas débilmente, mientras que respecto del dolo de segundo grado también el conocer relativo a la producción del resultado es sustancialmente menor. Así por ejemplo¹¹⁹, en el caso de que "K" y "J" querían robar a "M",

¹¹⁸ *Ibidem*, pág. 416

¹¹⁹ *ibidem*, pág. 424

decidieron estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle entonces sus pertenencias. Como se percataron de que el estrangulamiento podría conducir en determinadas circunstancias a la muerte de "M", que preferían evitar, resolvieron golpearle con un saco de arena en la cabeza y hacerle perder la consciencia de ese modo. Durante la ejecución del hecho reventó el saco de arena y se produjo una pelea con "M". Entonces "K" y "J" recurrieron a la correa de cuero que habían llevado por si acaso. Hicieron un lazo en torno al cuello de "M" y tiraron de ambos extremos hasta que aquél dejó de moverse. Acto seguido se apoderaron de las pertenencias de "M". A continuación les surgieron dudas sobre si "M" estaría aún vivo y realizaron intentos de reanimación, que resultaron inútiles. En esta reducción tanto del elemento intelectual como del voltivo se encuentra una disminución de la sustancia del dolo que, en los casos límite, aproxima muchísimo, haciéndolo ya apenas distinguibles, el dolo eventual a la culpa consciente¹²⁰.

El artículo 9º párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal, establece lo siguiente:

"Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta el hecho descrito por la ley";

El texto legal transcrito sintácticamente define en el párrafo primero expresamente dos formas de dolo, que son:

¹²⁰ Precisaremos la diferencia con mas claridad cuando veamos la culpa, *ver infra*.

- "*Obra con dolo directo*, el que conociendo los elementos del tipo penal, quiere la realización del hecho descrito por la ley".
- "*Obra con dolo eventual*, el que previendo como posible el resultado típico acepta la realización del hecho descrito por la ley".

En los delitos de comisión por omisión derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, se presentan las formas de dolo antes descritas. Así por ejemplo, en el caso de "L" pasara cerca de un agujero estrecho y profundo donde se encuentra con "N" que le grita que le ayude, pero decide "L" ignorarlo y seguir de frente en virtud de que prefiere llegar puntual a su trabajo a sabiendas de que puede morir "N". Es evidente que estamos en presencia de un dolo eventual y no de un dolo directo, puesto que la intención de "L" es la de no ayudar a su semejante, pero no de matarlo, ya que considera que alejarse del lugar sin dar la ayuda correspondiente, puede que sea probable y no segura la muerte de "N", en virtud de que puede pasar otra persona y prestarle el rescate. Estaríamos en presencia de dolo directo solamente cuando la intención de "L" fuera la de matar a "N", ya que por ejemplo se podría dar el caso de que "L" fuera enemigo de "N" y éste quisiera mejor verlo muerto, así que decide alejarse del lugar no prestándole la ayuda debida para que éste muera. Reafirmamos el dolo directo, con otro ejemplo:

"En el caso de los bañistas, una persona se está ahogando y al percatarse "X" de tal situación decide no hacer nada o simplemente seguir

observando el paisaje, a sabiendas de que él puede hacer el rescate, pero simplemente decide que se ahogue la persona ya que omite el rescate”.

4.2 La culpa omisiva.

Como ya se ha señalado, la comisión por omisión es un no hacer una acción esperada, existiendo la exigencia de una determinada acción respecto de otra persona que tiene la calidad de garante. De ahí que no hay dificultad conceptual alguna en concebir delitos de comisión por omisión.

Podemos determinar que la estructura típica de los delitos de comisión por omisión está conformada también por elementos objetivos, descriptivos, y valorativos, y la falta de cuidado exigido que acarrea o bien la omisión de la acción esperada o su realización defectuosa. Así, para Bustos Ramírez¹²¹, esta omisión o realización defectuosa de la acción esperada constituyen la manifestación social de la falta de cuidado exigido.

Coincidimos con el propio Bustos Ramírez al argumentar que en los delitos de omisión por culpa puede presentarse un particular problema de distinción entre acción y omisión derivado del hecho de que la culpa exige la omisión o falta de cuidado debido objetivo en el actuar y los delitos de omisión se caracterizan precisamente por la omisión de la acción esperada. No obstante, se trata de omisiones que están en diferente nivel, es decir, la falta de cuidado objetivo exigido está referido

al comportamiento del sujeto, en cambio, la omisión está referida a la objetiva ausencia de la acción esperada por la norma que aquí pretendemos establecer¹²².

De acuerdo con el artículo 9º párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal, existen dos formas de culpa, que son las siguientes:

- Culpa Inconsciente o Culpa sin Representación:

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

- Culpa Consciente o Culpa con Representación:

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que 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”.

Se argumenta que la cuestión de cómo se ha de determinar el dolo eventual frente a la culpa consciente no sólo posee una extraordinaria importancia práctica, sino que es considerada también una de las cuestiones más difíciles del Derecho Penal. De tal tesitura inferimos

¹²¹ *Op.Cit.* Bustos Ramírez, pág. 210 y ss.

¹²² *Ver infra.*

que la diferencia material que existe entre el dolo eventual y la culpa consciente, es que en el dolo eventual el autor, además de que acepta el resultado como posible no modifica en su mundo exterior la acción emprendida, mientras que en la culpa consciente el autor realiza una acción u omisión defectuosa que no puede realizar con seguridad ya que lo toma con ligereza o la realiza negligentemente. Así por ejemplo:

"A" intenta salvar a "B" que se está ahogando en un lago, pero en lugar de lanzarle una cuerda en buen estado no se da cuenta que en el centro de la cuerda está por deshilarse y como consecuencia de lo ocurrido al tirar ésta revienta provocando la muerte de "B".

Si queremos precisar una culpa inconsciente aquí no tendríamos ninguna dificultad, un ejemplo puede servir para ilustrar lo dicho:

"Una persona paseando por la orilla de la playa ve una persona que agita sus brazos en el agua y piensa que está jugando cuando en realidad se estaba ahogando y pedía auxilio".

En éste caso existe una omisión de la acción esperada, pero el sujeto debido a una falta de cuidado en la valoración de la situación, omitió imprudentemente la acción exigida, que era la de salvar la vida de esa persona.

CAPÍTULO

V

**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
Y
EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN**

SUMARIO**1. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

*1.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 7º
PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL.*

**2. LA NECESIDAD DE TIPIFICAR LOS DELITOS DE
COMISIÓN POR OMISIÓN.**

*2.1 LA INADMISIBLE EQUIVALENCIA DEL DELITO DE COMISIÓN
POR OMISIÓN CON EL DELITO DE ACCIÓN RESPECTO A SU
PUNIBILIDAD.*

2.2 NUESTRA OPINIÓN.

**3. ALGUNOS EJEMPLOS DE TIPOS DE COMISIÓN POR
OMISIÓN.**

1. La importancia del principio de legalidad.

El *principio de legalidad* en el campo específico del derecho penal significa la exacta aplicación de las conductas prohibidas u ordenadas por el Estado, como definición de la conducta socialmente deseada. Así de acuerdo con el profesor Malo Camacho¹²³, el principio de legalidad "aparece articulado con el principio de la división de poderes, en la medida en que es el órgano de poder legislativo, en representación de la voluntad social, al que, como función fundamental, le corresponde la formulación de leyes a través de las cuales establece la base jurídica del ejercicio del poder, dando curso a la voluntad social deseada".

El principio de legalidad aparece recogido en Estados Unidos, en la constitución de Maryland, en 1776 y, posteriormente, en Francia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1792, después de la revolución de 1789. Como resultado de estos hechos históricos, el principio de legalidad quedó afirmado con claridad nunca antes igualada. En el contenido de la expresión *nullum crimen, nulla poena sine lege*, derivada de la expresión que a principios del siglo XIX, enunciara el jurista alemán, Juan Anselmo Ritter von Feurbach¹²⁴, quien expresara en 1801, *Nulla poena, sine lege, nulla poena sine crimen, nulla crimen sine poena legale*, fórmula definitiva más clara del principio de legalidad.

¹²³ Cfr. Op. Cit. Malo Camacho, pág. 104 y ss.

¹²⁴ Citado por Malo Camacho, *Ibidem*, pág. 105.

En México, el principio de legalidad, derecho de la exacta aplicación de la ley, está previsto en el artículo 14 párrafo tercero de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece el conocido y ya mencionado principio "*nullum crimen nulla poena sine lege*", que a la letra dice:

"En los juicios del orden criminal *queda prohibido imponer*, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una *ley exactamente aplicable al delito de que se trata*".

De tal guisa, el principio de legalidad traduce su alcance fundamentalmente en tres principios, que regulan cada uno, un aspecto del específico ámbito de su alcance general, en los términos siguientes:

- a) Ley escrita (*lex scripta*).
- b) Ley estricta (*lex stricta*).
- c) Ley previa (*lex previa*).

Lex scripta.

El principio de la ley escrita "*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*", que significa, no hay pena, sin ley escrita. Delimita el alcance del derecho penal en el sentido de que para que pueda existir un delito y para que pueda aplicarse una pena, debe existir una ley penal escrita, que tipifique un cierto comportamiento como delito y que el mismo aparezca conminado con una pena, para el caso de su violación. Da base al contenido esencial del principio de reserva de la ley penal, que significa que no es posible integrar la ley penal con la creación de tipos o de penas, ya que sólo la ley puede crear y no existe mas fuente que la ley

penal, así pues, otras fuentes serán útiles para la interpretación de la ley, pero no para su integración normativa, como son los principios generales de derecho, la costumbre, la equidad, la jurisprudencia o la doctrina.

Lex stricta.

El principio de la ley estricta "*nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*", que significa, no hay delito, no hay pena, sin ley estricta exactamente aplicable al delito de que se trate.

De entrada implica una delimitación a la integración analógica, en el sentido de que no es posible aplicar por analogía la ley penal. Significa que el tipo previsto en la ley penal contiene todos los elementos que lo conforman, no siendo posible integrar su contenido, con otros elementos diversos de los que la ley penal señala.

Exige su precisión, sobre todo en relación con los denominados "tipos abiertos". Así por ejemplo, el artículo 7º párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal, establece una fórmula abierta que prevé un comportamiento de manera general y abierta, siendo necesario que el juzgador la precise, delimitando el alcance de la posición de garante.

Lex previa.

El principio de la ley previa "*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa*", que significa, no hay delito, no hay pena, sin ley previa. Consistente, en que para que pueda existir un delito, o que para que pueda ser impuesta una pena, es indispensable la existencia de la ley

penal previa que establezca el tipo legal correspondiente y la pena aplicable. Lo que deriva en la certeza de que nadie podrá ser acusado de un delito, ni será posible la imposición de una pena, si tales no se relacionan con una ley que preexista al comportamiento imputado a la persona como delito.

Ahora bien, el principio de legalidad como derecho fundamental de los gobernados debe de estar presente en los delitos de comisión por omisión, tal y como su presencia se hace notar en los delitos de acción y en aquellos en los que se admite la culpa¹²⁵. Es decir, buscar un tratamiento específico y no general, puesto que los delitos de acción y los de omisión son diferentes, incluso buscamos una pena mucho mas benévola en los delitos de comisión por omisión, tal y como mas adelante lo haremos precisar.

¹²⁵ Nos referimos al artículo 60 párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal, donde el legislador optó por una fórmula de *numerus clausus*, es decir sólo los supuestos que contempla dicho párrafo admiten culpa, de tal forma podemos concluir que aplicando el principio de exclusión todos los demás tipos admiten dolo.

1.1 El principio de legalidad en relación al artículo 7º párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal.

El artículo 7º párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal, al disponer que:

"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".

Tiene como presupuesto una obviedad que, sin embargo, no puede perderse de vista, los delitos de comisión por omisión son por naturaleza tipos abiertos, esto es tipos penales que tienen que ser complementados por el juez con los puntos de apoyo que le da la ley, así, que para dar fundamento legal a los delitos de comisión por omisión se optó por parte del legislador establecer éste segundo párrafo del artículo 7º, ya transcrito con anterioridad, una cláusula general de remisión a los delitos de acción.

Indudablemente tal y como lo dice el Doctor Moisés Moreno¹²⁶, que con la reforma al artículo en mención, viene a cubrir una laguna existente en la legislación penal, en virtud de que se ha planteado con

¹²⁶ *Criminalia*; Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LX, N° 1, México, D.F. Enero-Abril, Ed. Porrúa, 1994, pág. 12 y ss.

frecuencia por la doctrina que cuando un juez impone a alguien una sanción, por el hecho de no haber éste realizado una conducta con la cual pudiera haber evitado la producción del resultado típico, viola el principio de legalidad, ya que se dice que viola dicho principio, precisamente porque esa forma de realización de la conducta no está descrita en la ley. Pero aquí hacemos hincapié, puesto que precisamente en España, el legislador español adoptó una fórmula de *numerus apertus* muy parecida a la nuestra y al respecto dice Bustos Ramírez¹²⁷, "una verdadera novedad en el derecho penal español, al incorporar el legislador el artículo 11 del Código Penal¹²⁸, una cláusula única en el parte general que vino a satisfacer las exigencias mínimas del principio de legalidad". Pero, con el inconveniente que al incorporarse una cláusula general, existe la problemática de la generalidad ya que se amplía en principio, considerablemente el ámbito de aplicación de un delito que originalmente ha sido concebido para penalizar la violación de prohibiciones. Esto es, tal y como lo afirma el mismo autor español, que ello obliga al intérprete a determinar en cada caso, sobre la base de las condiciones de la cláusula general, si el delito también admite la omisión. Concluyendo de manera acertada para nosotros, que lo mejor hubiera sido que se señalara en cada caso, *numerus clausus*, con indicación de las personas obligadas a

¹²⁷ *Op. Cit.* Bustos Ramírez, pág. 204

¹²⁸ *Ver supra*, Legislación Extranjera.

actuar¹²⁹, la punibilidad del comportamiento omisivo a semejanza de los delitos que admiten culpa¹³⁰.

2. La necesidad de tipificar los delitos de comisión por omisión.

Por los inconvenientes antes señalados y los que posteriormente señalaremos, existe a nuestro juicio, la necesidad de tipificar los delitos de comisión por omisión de acuerdo con la técnica legislativa *numerus clausus*. No pretendemos refutar que, al incorporar el legislador la fórmula *numerus apertus* en el artículo 7º párrafo segundo del código penal, no se haya satisfecho el principio de legalidad, sino que sólo fue un avance para satisfacer las exigencias mínimas del principio de legalidad contemplado en el artículo 16 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Si bien es cierto, coincidimos con el Doctor Moreno Hernández¹³¹ en el sentido de que, en el multicitado párrafo segundo del artículo 7º del código sustantivo en referencia, se encuentran los rasgos característicos de lo que es el delito de *comisión por omisión*, tales como, por una parte, además de la consideración del *resultado típico producido*, el señalamiento de una calidad que debe concurrir con el autor de ese tipo de hechos, que es la *calidad de garante*, conforme a la cual no cualquier persona puede responder del resultado típico producido en virtud de una *omisión*, sino solamente aquélla o aquéllas que en el caso concreto tengan esa calidad de garante, es decir

¹²⁹ Efectivamente el legislador establece quienes están obligados a actuar, pero de manera general, además no prevé una punibilidad para esos delitos, sino todo lo contrario los equipara a los de acción.

¹³⁰ Ver artículo 60 del Código Penal para el Distrito Federal.

el deber de garantizar que determinado bien jurídico no sea lesionado o puesto en peligro, con lo que se limita el ámbito de los sujetos a quienes el resultado típico puede ser atribuido. Pero, por otra, también se precisa en el propio ordenamiento la fuente de donde deriva ese deber de actuar, que las personas en determinadas ocasiones tienen para evitar determinados resultados, estableciéndose que esa fuente lo puede ser: la *ley*, un *contrato* o el *propio actuar precedente* del sujeto.

Sin embargo, el legislador pudo ir más a fondo, en cuanto que pudo legislar al respecto de la punibilidad de los delitos de comisión por omisión asignándoles una sanción con pena privativa de libertad a semejanza de los delitos que admiten culpa.

2.1 La inadmisibile equivalencia del delito de comisión por omisión con el delito de acción respecto a su punibilidad.

Una vez más el legislador se equivoca cuando dispone la misma punibilidad para los delitos de comisión por omisión con equivalencia de los delitos de acción, formulándose la premisa <<lo que la ley en general, determina para las acciones, valga para las omisiones>>, manifestando que: "*En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo...*", quedando definido que el delito de comisión por omisión, que por tender al mismo resultado, y revelar idéntica temibilidad que el delito causado por acción, permite equipararle con este último, y castigarle con igual pena, deduciéndose que la omisión, no es mas que el equivalente de la

¹³¹ *Op. Cit.* Moreno Hernández, pág. 13

acción, pero, tan sólo basta profundizar un poco para darnos cuenta que difieren en dos modos distintos de ejecución.

De tal forma, que el criterio de los legisladores respecto a la punibilidad de los formas omisivas de realizar el resultado descrito en las figuras típicas, es el de equipararlas a las de acción. Esta igualdad es censurada por algunos penalistas, postura que nosotros compartimos, ya que estimamos conveniente una atenuación general de los delitos de comisión por omisión, puesto que consideramos de mayor gravedad que el resultado se produzca mediante una intervención positiva del agente, que mediante el aprovechamiento de la eficacia causal que se produce por causas ajenas al agente. Así, el propio Mezger¹³² en el mismo sentido, quien cree conveniente una atenuación general de los delitos de comisión por omisión, análoga a la que se establece para la tentativa y la complicidad, puesto que revisten diversa importancia la conducta del que hace surgir el resultado mediante una intervención positiva y la del que sencillamente deja que las cosas sigan su curso sin evitar el resultado. Incluso nos apegamos a lo que dice Garrud¹³³ "cuando un individuo deja producir un daño, por no haber intervenido para impedirlo, y no ha constituido la causa directa, sino la ocasión del delito, éste se ha producido sin él, fuera de él y si se le puede exigir la responsabilidad moral, no se le puede atribuir una causalidad material".

¹³² Autor citado por Jiménez Huerta, *op.cit.* pág. 117. Welzel y Lange, en este mismo sentido se pronuncian en el seno de la Gran Comisión para la Reforma del Código Penal Alemán.

¹³³ Autor citado por Sanchez Tejerina, *op. cit.* pág. 81

Desde un punto de vista de la personalidad del culpable, consideran Grispigni, Guarneri y Cuello Calón¹³⁴ que el hecho de no impedir un resultado dañoso dejando que las cosas sigan su curso, puede revelar una personalidad criminal menos peligrosa que la del que directamente se lanza a la producción del hecho. En este mismo sentido el español Bustos Ramírez¹³⁵ dice "que los delitos de comisión por omisión, revelan en sus autores, una mínima capacidad para delinquir y en definitiva, mas bien deficiencia del sentido de solidaridad que agresividad de carácter, mas bien indiferencia a los propios deberes sociales y a las ajenas desventuradas que maliciosa voluntad de dañar".

Así, pues no estamos de acuerdo con la opinión del español Rodríguez Devesa¹³⁶, al referirse que los delitos de comisión por omisión se equiparan con los de acción, toda vez que existe una equiparación entre no impedir y causar el resultado y al no existir diferencia alguna de peso que induzca a un trato mas benévolo, no hay porque establecer punibilidades distintas.

Por otra parte, estimamos que se atenta contra el principio de legalidad, el del principio de la *Lex scripta*: "*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*", toda vez que para que pueda existir un delito y para que pueda aplicarse una pena, debe existir una ley penal escrita, que tipifique un cierto comportamiento como delito y que el mismo aparezca

¹³⁴ Autores citados por Jiménez Huerta, *op.cit.*, pág. 118

¹³⁵ *Op. Cit.* Bustos Ramírez, pág. 124.

¹³⁶ *Cfr.* Rodríguez Devesa José María; Derecho Penal Español, décima cuarta edición, Ed. Dykinson, Madrid, España, 1991, pág. 389

conminado con una pena, para el caso de su violación, puesto que el legislador aun cuando dispuso en el artículo 52 fracción II del código sustantivo en mención, que el juez fijará las penas, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta: "La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla". No hay una pena específica para las omisiones, dejándose al arbitrio del juzgador. Al legislador, tal y como lo dice Merkel¹³⁷, "no le ésta prohibido, naturalmente, juzgar y tratar del mismo modo a aquel que no salva la vida a un semejante, y aquel otro que lo mata. Pero el suponer que esta equiparación en el juicio y en el tratamiento de dos casos a los que corresponde diversa significación causal implica la abolición de la interna diversidad que entre los mismos existe, no depende de otra cosa sino de la falta de ideas claras".

2.2 Nuestra Opinión.

En conclusión, podemos afirmar y determinar con precisión que los delitos de comisión por omisión necesariamente tienen que estar tipificados bajo el sistema *numerus clausus*, por las siguientes razones:

- Por atención al principio de legalidad, el del principio de la *Lex Scripta*: "*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*", para que a todo delito de comisión por omisión le corresponda una pena que el legislador por razones de política criminal determine.

¹³⁷ Merkel A.; Derecho Penal, Tr. P. Dorado, T.I., Ed, La España Moderna, Madrid, España, pág. 59 y ss.

- Puesto que existe una diferencia entre los delitos de comisión por omisión y los delitos de acción en cuanto a la realización o modo de ejecución, es necesario que la punibilidad para los delitos de comisión por omisión sea inferior¹³⁸ o igual en algunos casos, pero nunca superior a la punibilidad que contemplan los delitos de acción, en razón de que se requiere una personalidad menos criminal, toda vez que el agente sólo se aprovecha de una causalidad existente.
- No quedaría al arbitrio del juzgador, o peor aun por el Agente del Ministerio Público, la interpretación de estos delitos dando como resultado una mayor seguridad para los gobernados.
- Una punibilidad adecuada para los delitos de comisión por omisión sería la de un tercio hasta dos tercios de la que podría equivaler para los delitos de acción.

3. Algunos ejemplos de tipos de comisión por omisión.

Realmente no queremos imponer nuestros ejemplos, sino todo lo contrario crear modelos de tipos de comisión por omisión para que de ahí se parta hacia un tipo mucho mas satisfactorio, ni mucho menos agotar todos los supuestos, sino sólo algunos para que precisamente sirvan de modelos.

¹³⁸ De igual forma no podrían ser inferior a los delitos que admiten culpa.

A continuación mencionaremos algunos ejemplos de tipos de comisión por omisión y muy especialmente los que se derivan de una comunidad de vida, posición de garante que es materia de nuestra propuesta en el presente trabajo:

1. Al que omita impedir el resultado material derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida a persona que se encuentre en situación de peligro en su integridad física y cuya consecuencia ocasione la muerte, se le sancionara de cinco a quince años de prisión.
2. Al que omita impedir el resultado material derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida a persona que se encuentre en situación de peligro a persona que se encuentre en situación de peligro que atente contra su integridad física se produjere una lesión como consecuencia de tal omisión se le impondrá una pena de dos a seis meses de prisión o multa de quince a treinta días si tardare en sanar menos de quince días. Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrá una pena de cuatro a once meses de prisión.
3. Se le impondrá una pena de un tercio hasta dos tercios de la pena que le corresponda a los artículos 290 al 300, cuando el que omita impedir el resultado material derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida no hubiese evitado la lesión correspondiente por dicha omisión.

Preciso es, por último, subrayar que permanezca vigente el artículo 7º párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal¹³⁹, para el caso de que se escape un supuesto que no contemple un tipo de comisión por omisión. No es, sin embargo, de acuerdo con Bustos Ramírez¹⁴⁰, aventurado prever que el progreso del Derecho penal se desenvolverá en el sentido de aumentar e intensificar las hipótesis de los delitos de comisión por omisión, dado que el activarse, cuando es necesario para impedir un daño o para aumentar el bienestar, será considerado con un deber social.

¹³⁹ Recordamos que una de nuestras propuestas es la adición de una nueva calidad de garante mas, la derivada de una comunidad de vida, es decir esta posición de garante debe estar contemplada.

¹⁴⁰ *Op. Cit.* Bustos Ramirez, pág. 124

CAPÍTULO

VI

**COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL EN RELACIÓN A LOS DELITOS DE
COMISIÓN POR OMISIÓN**

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

*1.1 EL TIPO PENAL DE COMISIÓN POR OMISIÓN QUE DISPONE
EL NUEVO CÓDIGO PENAL.*

**2. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL TIPO PENAL DE COMISIÓN
POR OMISIÓN, PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN RELACIÓN AL NUEVO
CÓDIGO PENAL.**

3. ANÁLISIS CRÍTICO.

1. Planteamiento general.

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal por medio de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia aprobó el anteproyecto del nuevo Código Penal para el Distrito Federal y en sesión del pleno de la Asamblea Legislativa, verificada el 30 de abril del presente año, se aprobó, por unanimidad de votos por los Diputados presentes.

Por publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002 se decretó el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que entrará en vigor a los ciento veinte días de su publicación.

Alguno de los argumentos que esgrimieron los legisladores de la Asamblea Legislativa para dar origen a un nuevo Código Penal para el Distrito Federal, entre otros, fue la necesidad de que se respetaran los derechos humanos en su misión fundamental de proteger los bienes jurídicos de mayor importancia para la vida ordenada en comunidad; el precisar con nitidez los presupuestos de la pena, las medidas de seguridad y los criterios políticos-criminales para la individualización de la pena; el partir de una base de que sólo pueden regularse aquéllas conductas que revisten gravedad; el de buscar modelos normativos capaces de corregir las limitaciones de las instituciones jurídicas vigentes y adecuarlas a las condiciones sociales, económicas, culturales, políticas, etc., que prevalezcan; y sobre todo plantear cambios substanciales al Derecho penal para hacerlo más funcional¹⁴¹.

¹⁴¹ Cfr. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista, Septiembre del 2002, pág. I y ss.

1.1 El Tipo penal de comisión por omisión que dispone el nuevo Código Penal.

Antes de que entre en vigor el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es menester para nosotros ocuparnos del estudio de los delitos de comisión por omisión que se contemplan en el Libro Primero, "Disposiciones Generales", Título Segundo denominado "el Delito", Capítulo Primero, intitulado "Formas de Comisión", que dispone en su artículo 16, lo siguiente:

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

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

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con 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".

2.- Análisis comparativo del tipo penal de comisión por omisión previsto en el Código Penal vigente para el Distrito Federal en relación al nuevo Código Penal.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal¹⁴² dispone en su Libro Primero, Título Primero "Responsabilidad Penal", Capítulo Primero: "Reglas Generales sobre Delitos y Responsabilidad", en su artículo 7º párrafo segundo, lo siguiente¹⁴³:

Artículo 7.

...

"En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. 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".

Mientras tanto, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el Libro Primero, "Disposiciones Generales", Título Segundo denominado

¹⁴² Vigencia que perdurará hasta en tanto no entre en vigor el nuevo código en comento, que nosotros calculamos que durará su vigencia aproximadamente hasta el 13 de noviembre del 2002.

¹⁴³ Aclaremos que es idéntica la redacción que contiene el Código Penal Federal respecto al artículo 7º, en relación al que contempla el Código Penal vigente para el Distrito Federal, no obstante a lo anterior hacemos hincapié de que sólo se remitirá el análisis comparativo con los códigos penales para el distrito federal.

"el Delito", Capítulo Primero, intitulado "Formas de Comisión", dispone lo siguiente:

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

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

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con 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".

Indiscutiblemente el legislador de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal del 2002 incorporó nuevos adelantos para el nuevo tipo de comisión por omisión, pero antes de resaltar las diferencias con el anterior tipo de comisión por omisión, nos avocaremos primeramente a mencionar las similitudes que presentan ambos códigos penales para el Distrito Federal, en relación a los tipos omisivos en comento.

I.- Las principales similitudes a notar, son las siguientes:

a) El nuevo código continúa con el mismo modelo de adoptar la técnica legislativa conocida como *numerus apertus*.

b) En esencia el primer párrafo del artículo 16 del nuevo código corresponde exactamente igual al del primer enunciado del párrafo segundo del artículo 7º del código anterior¹⁴⁴.

c) En ambos se establece la figura jurídica de la calidad de garante.

d) La calidad de garante en ambos códigos contempla, la que se deriva de un actuar precedente, de una ley o de un contrato (aunque en el nuevo código se precisan con mayor exactitud).

e) Se desprende del artículo 7º párrafo segundo del código anterior, aunque no literal, pero si interpretativo, que el resultado típico producido necesariamente tendrá que corresponder a una acción prohibida. Esto en concordancia con la fracción III del artículo 16 del código nuevo.

f) De igual forma que el anterior inciso, se desprende que está implícita la fracción II del artículo 16 en el artículo 7º. Toda vez de que de acuerdo con el principio general del derecho, nadie está obligado a lo imposible.

II.- Finalmente, precisamos las diferencias que existen entre el artículo 7º párrafo segundo del código penal anterior y el artículo 16 del nuevo código penal, que son las siguientes:

a) El artículo 16 define con mayor claridad la calidad de garante.

b) El nuevo código sustituye las fuentes de calidad de garante por unas más adecuadas, es decir, suprime el concepto de contrato por la figura de la aceptación.

c) El multicitado artículo 16 establece en forma literal tres requisitos, sin los cuales no se puede exigir el deber jurídico de evitar un resultado material. Esto es, las tres fracciones que contempla dicho artículo.

d) El tipo de comisión por omisión contemplado en el nuevo código adiciona una nueva fuente de calidad de garante, la cual se conoce doctrinariamente como "comunidad de peligro".

e) El actuar precedente, en el artículo 16, está condicionado a una realización de manera culposa o "fortuita".

f) Por último, el legislador del nuevo código adiciona la posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de la familia o pupilos, como una nueva calidad de garante.

¹⁴⁴ Nos referimos al código que aun sigue vigente.

3. Análisis crítico

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal incorporó, en el artículo 16, una verdadera novedad en el derecho penal mexicano, una cláusula única en la Parte General que, aun con los problemas a los que nos referiremos posteriormente, vino a satisfacer con mayor claridad, las exigencias mínimas del principio de legalidad, que previamente habíamos discutido en el capítulo anterior.

Ahora analizaremos punto por punto el artículo 16 del nuevo Código Penal en comento:

I. Primeramente, sólo se le atribuirá el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste reúne los siguientes requisitos:

- a) Que tenga el autor una calidad de garante;
- b) Que de acuerdo con las circunstancias pueda evitar el resultado; y
- c) Que la inactividad equivalga a la actividad prohibida en el tipo.

Es evidente que el legislador al optar por la fórmula *numerus apertus*, abarca cualquier resultado material que se produzca derivado de una omisión, siempre y cuando reúna los tres requisitos antes mencionados. Luego entonces, los bienes jurídicos tutelados serán todos aquellos que protejan los tipos penales por acción, es decir, la vida, la integridad corporal, la libertad, el patrimonio, la salud pública, etc., ahora bien, si el resultado acaecido por una omisión corresponde a aun tipo de acción, encuadraría en un delito de comisión por omisión. A manera de

ejemplo, mencionaremos el supuesto de quien voluntariamente acepte custodiar un vehículo y éste se lo roban con posterioridad, no sólo será responsable en restituir el bien, sino además, en purgar la pena que le corresponda al delito de robo, en virtud de que encuadraría en un delito de comisión por omisión. ¿Qué a caso no se atenta contra el principio de legalidad?, ¿Qué no sería más fácil haber tipificado cada una de las conductas omisivas que pudieran llegar a producir un resultado material? Otro ejemplo, sería el caso de los novios que salen a pasear a un parque de noche, y el novio al molestarse con su novia decide dejarla sola en un lugar muy oscuro del parque, después un grupo de jóvenes violan a la novia. El novio sería responsable del delito de violación por omisión. Pero, como el legislador equiparó los delitos de comisión por omisión con los de acción, es claro que les correspondería la misma pena, así pues, nada impediría al juez aplicarle la misma pena al novio, como a algunos de los jóvenes participantes del delitos de violación.

De ahí que, a nuestro juicio, sea imprescindible, no sólo por consecuencia con el principio de legalidad, una disposición legal que al mismo tiempo de satisfacer las exigencias del principio de legalidad, dé fundamento a la intervención penal en ciertos y determinados casos. Lo ideal hubiera sido, tal como señalábamos anteriormente, que esa fundamentación se hubiera concretado mediante una fórmula legislativa *numerus clausus* de comportamientos omisivos punibles y no mediante una cláusula que, en principio, remite a todos los delitos de acción. Esta vía de fundamentación, que puede observarse también en el Código Penal Federal, en el artículo 7º párrafo segundo, en el artículo 13 del Código Penal Alemán, entre otros, que claramente inspiró al legislador de la Asamblea del Distrito Federal, presenta el inconveniente de que son

demasiados generales y en cierto modo constituyen una presunción. Y si a estos inconvenientes agregamos los propios de la fórmula del legislador del Distrito Federal derivados de una redacción defectuosa y de un sincretismo entre dos posiciones doctrinales antagónicas, estos inconvenientes se ven multiplicados.

Hasta ahora, de entrada podemos mencionar, a nuestro juicio, los siguientes inconvenientes:

1.- Se equiparan los delitos de comisión por omisión con los de acción, siendo éste último de naturaleza causal, mientras que los de omisión son un concepto de referencia, creación de la normatividad jurídica penal. Lo que trae como inconveniente que se aplicaría la misma interpretación.

2.- Al ser equiparados éstas dos conductas en comento, se aplicaría la misma punibilidad. Toda vez, que como ya lo explicamos y por las causas que mencionamos en el capítulo anterior, se exige una punibilidad atenuada a los delitos de omisión.

3.- Al ser tan generales, se deja al arbitrio del juzgador su aplicación. Consecuentemente, se rompe con el principio de legalidad, por las causas que anteriormente explicamos en el capítulo precedente a éste.

II. Finalmente, el legislador define a la calidad de garante en los siguientes términos: Es garante del bien jurídico el que:

a) Aceptó efectivamente su custodia.

Con esto se suprimía el error del contrato, pero ahora nos enfrentamos que al asumirse unilateralmente la posición de garante, el problema estribaría en resolver hasta que límites ha de continuarse con la asunción unilateral, para explicar mejor esto, mencionaremos el siguiente ejemplo¹⁴⁵: quien ayuda a un ciego a cruzar la calle, asume unilateralmente la protección de su vida y salud individual frente la posibilidad de que sea atropellado por un automóvil y tendría, también, que evitar que un enemigo lo intente matar con un cuchillo durante el cruce. Parecería demasiada exigencia. Naturalmente, al no establecerse límites podría presumirse, si la acción de ayuda se circunscribe a la protección de ese bien jurídico o se extiende a otros no comprendidos por ella o cualquier otro proceso.

b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza.

Presenta el inconveniente, también, el del problema de que no establece límites, esto es, las acciones a realizar y los bienes jurídicos que debe salvar el garante. A nuestro juicio, esta fuente material, estaría englobada en la que se deriva de una comunidad de vida.

c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico.

Podemos apreciar que el legislador, con una redacción defectuosa, complica el actuar precedente limitándolo solamente, a los casos que admitan culpa contemplados en el artículo 76 del nuevo código, que de igual forma que el código federal adopta la fórmula *numerus*

¹⁴⁵ Bustos Ramírez, Op. Cit. Pág. 218

clausus. De tal forma que el legislador dejó impune el actuar precedente por dolo. Todavía que el legislador limita el actuar precedente por culpa, agrega de manera disyuntivamente los casos fortuitos, esto quiere decir que podría darse el caso de un actuar precedente que admita en lugar de culpa, fortuitidad. Contrariando lo dispuesto por el artículo 18 del nuevo código penal, al disponer que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

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.

Engloban los ejemplos clásicos referidos a los deberes de los padres con sus hijos y de éstos con sus padres ancianos, entre hermanos, entre cónyuges, etc. Evidentemente habrá que examinar cada caso concreto, partiendo de la base de que la relación existe realmente y no es puramente formal, a qué bienes jurídicos se extiende el deber de cuidado y el alcance de las lesiones afectantes del bien jurídico que el sujeto tiene el deber de evitar. En principio ¿serían todas, o incluso las que pueden provenir de la conducta del propio sujeto? Como podemos apreciar nos enfrentamos al mismo problema, consistente en señalar los límites del actuar.

De tal guisa, a nuestro juicio, consideramos que aun con las reformas que contiene el artículo 16 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, nosotros mantenemos la propuesta, materia de éste trabajo de investigación.

CONCLUSIONES

Finalmente hemos llegado a la culminación de nuestro humilde trabajo de investigación con las siguientes conclusiones a puntualizar:

1.- El Derecho Penal tiene por objeto regular mediante normas jurídicas todas aquellas conductas antisociales que produzcan resultados a bienes jurídicos tutelados y muy especialmente las que atentan contra la vida, la integridad corporal y el patrimonio de las personas, ordenando efectuar acciones para la producción de resultados socialmente deseados o para evitar aquellos socialmente indeseados.

2.- Concretamente cuando se aluda a la conducta la debemos entender como el género, cuyas especies son la acción y la omisión.

3.- Definimos a la omisión como un elemento de la conducta humana que no existe en sí misma, sino en razón de una acción, es decir, es un concepto de referencia. De tal manera que sólo se puede omitir lo que se puede hacer y es precisamente una acción esperada lo que se omite. La omisión es creación de la normatividad jurídica, es creación humana.

4.- La acción es la manifestación de la personalidad que produce un cambio en el mundo exterior de la persona y que necesariamente ese cambio sea un tipo prohibitivo.

5.- La acción se diferencia de la omisión en virtud de que en ella hay un nexo de causalidad entre la manifestación de la personalidad y el resultado, mientras que en la omisión no existe dicho nexo, toda vez de que, lo que existe es un dejar de hacer una acción esperada,

consecuentemente no hay causalidad entre el dejar de hacer y el resultado producido.

6.- Concluimos que la causalidad es propia de la acción y que el elemento que une a la omisión con el resultado es la posición de garante que tiene el autor de la omisión de evitar que el bien jurídico protegido sea lesionado.

7.- Los delitos de omisión se clasifican en: omisión simple o propia y en comisión por omisión, conocida también por delitos impropios de omisión. La primera, en atención a nuestro código penal, la dividimos en omisiones puras específicas y en omisiones puras generales, consistentes respectivamente en que las primeras están dirigidas a personas que están cualificadas, omitiendo un no hacer una acción esperada, violando una norma de mandato y que produce un resultado típico. La segunda, está dirigida a cualquier persona que se encuentre en el ámbito situacional regulada por la norma, omitiendo el autor de este delito un no hacer una acción esperada, violentando una norma de mandato y que por su naturaleza pueda producir un resultado típico o la simple puesta de peligro de un bien jurídico. Y por último, los delitos de comisión por omisión los podemos definir como aquella conducta desplegada por un agente, quién omite una acción esperada y consecuentemente produce un cambio en el mundo exterior, trasgrediendo una norma de carácter prohibitiva, y otra, de carácter preceptiva. Donde el agente sólo puede ser quién tenga una posición de garante, y además, la capacidad de evitar el resultado.

8.- Los delitos de comisión por omisión están compuestos de los siguientes elementos objetivos: a) Manifestación de la voluntad consistente en omitir una acción esperada; b) Acción esperada encaminada en la salvación de evitar el resultado; c) Posición de garante o calidad de garante, la cual consiste en que el autor asume la responsabilidad de evitar el resultado, derivado de una ley, un contrato o de su propio actuar precedente; d) Resultado consistente en un cambio en el mundo exterior; y e) Capacidad del autor de evitar el resultado.

9.- Las fuentes jurídicas de actuar se clasifican en formales y materiales, pero son éstas últimas en que la posición de garante se funda en un deber de defensa por la vida o por bienes jurídicos diversos. Mientras que las primeras en virtud de una ley, un contrato o de un actuar precedente. Estamos de acuerdo que éstas últimas son imprecisas e insuficientes para garantizar los bienes jurídicos tutelados, así por ejemplo, la fundamentación del deber jurídico de actuar derivado de un contrato es impreciso, en virtud de que traería problemas en caso de que fuera nulo o inexistente, mejor sería mas apropiado utilizar el termino de asunción voluntaria. Cuando se deriva de una ley la calidad de garante, las únicas causas reconocidas son las que contempla la normatividad jurídica y los deberes morales simplemente no tendrían relevancia para evitar un resultado. Peor aún, cuando se deriven de un actuar precedente, confuso sería delimitar su alcance en el caso de que una persona origine con su conducta un peligro que cause un resultado típico.

10.- Decidimos proponer una fórmula agotadora para fundamentar el deber jurídico de actuar, consistente en la posición de garante que se derive de las relaciones impuestas por las comunidades de

vida, basada en la existencia de deberes morales surgidos del hecho de vivir en sociedad, del vínculo de solidaridad y de cooperación a impedir el riesgo que amenace a un semejante, en ciertas condiciones y circunstancias que de acuerdo a las características propias de cada persona, deba y pueda observar. Porque precisamente nos apoyamos en el bien jurídico mas importante que es la vida.

11.- Estamos de acuerdo que para establecer la obligación jurídica de actuar nos tenemos que abocar a cada caso concreto, y podríamos determinar límites en base a las siguientes consideraciones:

- Quien se encuentre a una distancia lo suficientemente cercana para realizar la acción esperada a tiempo.
- Quien no tenga una discapacidad física o disminución física que le impida realizar la acción esperada con seguridad.
- Quien tenga la capacitación requerida para realizar la acción esperada, esto exclusivamente cuando exista un riesgo extremo para realizar esa acción esperada.
- En el caso de que no se encuentre alguno que tenga la posición de garante derivado de una ley, contrato o actuar precedente, será el que asuma la calidad de garante derivado de una comunidad de vida.
- Quien con su intervención no corra ningún riesgo extremo que pueda atentar contra su vida.
- Quien de acuerdo a las condiciones favorables respecto al clima, lugar o situación, no realice la acción esperada.
- Quien realizando la acción esperada y no exista resistencia por la víctima y sean apropiadas las condiciones para realizar la acción esperada, desista.

12.- Los principios que rigen en los delitos de comisión por omisión derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida pueden hacerse extensivos a las demás fuentes de calidad de garante.

13.- Nos apegamos a la teoría de la Imputación Objetiva porque consideramos que para el análisis de la exigencia de responsabilidades penales se requiere una interpretación teleológico-funcional de los distintos tipos apegados al fin de protección de cada norma penal. Cuyo análisis primero es el tipo objetivo, y posteriormente, el tipo subjetivo. Con una perspectiva objetiva *ex post* complementaria, lo que significa en términos generales una teoría con mayores garantías para los gobernados.

14.- Recogemos de la teoría de la Imputación Objetiva un postulado que lo hacemos nuestro, de la siguiente manera: Un resultado producido al que omita impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor es realizar una acción distinta a la esperada para el bien jurídico no cubierto por una acción con la que se hubiese evitado el resultado y que esa acción distinta a la esperada también se ha realizado en el resultado concreto. Exceptuándose los casos por falta de una capacidad de evitación.

15.- Los principios que rigen en la imputación objetiva respecto a los delitos de comisión por omisión derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, son los siguientes:

a) No le es imputable el resultado producido al que omita impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida al autor, cuando realice la acción esperada defectuosamente, de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima.

b) No le es imputable el resultado producido al que omita impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, en caso de que el agente se encuentre a una distancia lo suficientemente lejana de la víctima y que esa distancia sea alcanzada por el tiempo en que tarde en acaecer el resultado.

c) No le es imputable el resultado producido al que omita impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, en caso de que el agente se encuentre a una distancia lo relativamente apropiada para realizar la acción esperada, pero adolece de una discapacidad física o alguna disminución física que le impida realizar la acción esperada con seguridad.

d) No le es imputable el resultado producido al que omita impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, en el caso de que el agente no cuente con una capacitación o conocimiento especial para realizar la acción esperada.

e) No le es imputable el resultado producido al que omita impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, cuando estén presentes otros que tengan la posición de garante derivado de una ley, contrato o del actuar

precedente, que de acuerdo al caso concreto tengan la obligación de actuar.

f) No le es imputable el resultado producido al que omite impedirlo derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida, en el caso de que el agente corra un riesgo extremo que pueda atentar contra su vida en el momento de pretender realizar la acción esperada.

16.- Con la reforma penal de 1994, con la cual el legislador adiciona un segundo párrafo al artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal, consistente en la regulación de los delitos de comisión por omisión, sólo atiende las exigencias mínimas del principio de legalidad. En virtud de que establece una fórmula *numerus apertus* y equipara la punibilidad con los delitos de acción.

17.- Estamos convencidos de que existe la necesidad de tipificar los delitos de comisión por omisión de acuerdo con la técnica legislativa *numerus clausus*.

18.- Censuramos la igualdad que el legislador dispuso al considerar a los delitos de comisión por omisión equivalentes a los de acción respecto a su punibilidad, toda vez que estimamos conveniente una atenuación general de los delitos de comisión por omisión, puesto que consideramos de mayor gravedad que el resultado se produzca mediante una intervención positiva del agente, que mediante el aprovechamiento de la eficacia causal que se produce por causas ajenas al agente.

19.- Es menester, a nuestro juicio, proponer algunos modelos de tipos de comisión por omisión que se derivan de una comunidad de vida, posición de garante que es materia de nuestra propuesta en el presente trabajo:

"Al que omita impedir el resultado material derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida a persona que se encuentre en situación de peligro en su integridad física y cuya consecuencia ocasione la muerte, se le sancionara de cinco a quince años de prisión".

"Al que omita impedir el resultado material derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida a persona que se encuentre en situación de peligro a persona que se encuentre en situación de peligro que atente contra su integridad física se produjere una lesión como consecuencia de tal omisión se le impondrá una pena de dos a seis meses de prisión o multa de quince a treinta días si tardare en sanar menos de quince días. Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrá una pena de cuatro a once meses de prisión".

"Se le impondrá una pena de un tercio hasta dos tercios de la pena que le corresponda a los artículos 290 al 300, cuando el que omita impedir el resultado material derivado de una posición de garante en virtud de una comunidad de vida no hubiese evitado la lesión correspondiente por dicha omisión".

20.- Por último, concluimos que con las nuevas reforma del nuevo código penal en relación a los delitos de comisión por omisión, el legislador dispone un enfoque diferente, pero en esencia igual al anterior código, se

sigue violentando el principio de legalidad, se mantiene la misma técnica de *numerus apertus*, existe una misma punibilidad entre delitos de acción y comisión por omisión, consecuentemente una igualdad entre esas dos conductas. No obstante con lo anterior, nuestras propuestas en nada cambian, sino al contrario siguen en pie para que sean tomadas en cuenta por la siguiente legislatura.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA NACIONAL

1. **Carranca y Trujillo Raúl;** *Derecho Penal Mexicano*, 18ª. edición, México, D.F., Ed. Porrúa, 1988, 450 pp.
2. **Díaz Aranda Enrique;** *Dolo*, primera edición, México, Ed. Porrúa, 2000, 270 pp.
3. **Jiménez Huerta Mariano;** *Derecho Penal Mexicano*, T. I, México, Ed. Porrúa, 1975.
4. **Malo Camacho Gustavo;** *Derecho Penal Mexicano*, segunda edición, México, Ed. Porrúa, 1998, 714 pp.
5. **Monterroso Salvatierra Jorge E.;** *Culpa y Omisión en la Teoría del Delito*, primera edición, México, Ed. Porrúa, 1993, 206 pp.
6. **Porte Petit Candaudap Celestino;** *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, decimaséptima edición, México, D.F. Ed. Porrúa, 1998.

BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA

7. **Antolisei Francesco**; *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Tr. Jorge Guerrero y otro, octava edición, Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1988, 614pp.
8. **Bacigalupo Enrique**; *Delitos Impropios de Omisión*, segunda edición, Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1983, 231 pp.
9. **Baumann Jürgen**; *Derecho Penal*, Traducción de Conrado A. Finzi, cuarta edición, Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, 1973, 276 pp.
10. **Bustos Ramírez Juan**; *Lecciones de Derecho Penal*, Vol II, primera edición, Madrid, España, Ed. Trotta, 1999, 431 pp.
11. **Franz Von Liszt**; *Tratado de Derecho Penal*. T. I y II, Tr. Luis Jiménez de Asúa, cuarta edición, Ed. Reus, Buenos Aires, Argentina, 1999.
12. **Feijóo Sánchez Bernardo**; *Teoría de la Imputación Objetiva*, primera edición, Angel Editor, México, D.F. 2000, 154pp.
13. **Gimbernat Ordeig Enrique**; *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, primera edición, Ed. Universidad Complutense, Madrid, España, 1979, 194 pp.

14. **Jakobs Günther**; *Derecho Penal. Parte General*, Traducción de Cuello Contreras y otro, segunda edición, Madrid, España, Ed. Marcial Pons, 1997, 1113 pp.
15. **Jescheck Hans Heinrich**; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. II, Traducción de Manuel Meliá, segunda edición, Berlín, Nueva York, 1993, 1321 pp.
16. **Jiménez de Asúa Luis**; *Tratado de Derecho Penal*, T. III, quinta edición, Buenos Aires, Argentina, Ed. Losada, 1992, 1102 pp.
17. **Martínez Escamilla Margarita**; *La Imputación Objetiva del Resultado*, Ed. Edersa, Madrid, España, 1992
18. **Mezger Edmund**; *Derecho Penal*, segunda edición, México, Ed. Cardenas, 1990, 459 pp.
19. **Merkel A.**; *Derecho Penal*, Tr. P. Dorado, T.I., Ed, La España Moderna, Madrid, España.
20. **Mir Puig Santiago**; *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, España, quinta edición, 1998.
21. **Muñoz Conde Francisco**; *Teoría General del Delito*, segunda edición, Valencia, España, Ed. Tirant lo Blanch, 1991.
22. **Novoa Monreal Eduardo**; *Fundamentos de los Delitos de Omisión*, primera edición, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1984, 214 pp.

23. **Rodríguez Devesa Jose Maria;** *Derecho Penal Español*, décima cuarta edición, Ed. Dyinson, Madrid, España, 1991
24. **Roxín, Claus;** *Derecho Penal. Parte General*, T.I, Tr. Luzón Peña y otros, segunda edición, Madrid, España, Ed. Civitas, 1997, 1071 pp.
25. **Sánchez Tejerina Isaías S.;** *Teoría de los Delitos de Omisión*, primera edición, Madrid, España, Ed. Hijos de Reus, 1918, 132 pp.
26. **Welzel Hans;** *Derecho Penal Alemán*, Traducción de Bustos Ramírez y otro, cuarta edición, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1997, 343 pp.
27. **Zaffaroni Eugenio Raúl;** *Manual de Derecho Penal. Parte General*, primera reimpresión, México, Ed. Cárdenas, 1991, 857 pp.

REVISTAS

- **Criminalia**; *Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Año LX, Nº 1, México, D.F. Enero-Abril, Ed. Porrúa, 1994, 285 pp.
- **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**;
<http://criminnet.ugr.es/recpc/Index.html>

DICIONARIOS

- **Diccionario Jurídico Mexicano**; *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, novena edición, México, Ed. Porrúa, 1996.
- **Gran Diccionario de la Lengua Española**, primera edición, Barcelona, España, Ed. Larouse, 1998, 1856 pp.

LEGISLACIÓN

- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**;
Editorial Sista, México, 2002.
- **Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para todo la República sobre delitos contra la Federación**;
México, 1871.

- **Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, México, 1931.**
- **Código Penal Federal;** Editorial Sista, México, 2002.
- **Código Penal para el Distrito Federal;** Editorial Sista, México, 2002.
- **Nuevo Código Penal para el Distrito Federal;** Editorial Sista, México, 2002.
- **Código Civil Federal;** Editorial Sista, México, 2002.
- **Espindola Julio César;** *Código Penal Alemán*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1976.

DOCUMENTOS OFICIALES

- **Diario de los Debates,** núm. 28, Senado de la República, 21 de diciembre de 1993.
- **Decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en**

materia de fuero Federal, ... Cámara de Diputados, Congreso de la Unión, México, D.F. 22 de noviembre de 1993.

- **Ley Orgánica 10/1995**, de 23 de noviembre de 1995, núm. 281, pág. 33987; correcciones: BOE 2-3-1996, núm. 54, pág. 8401, Madrid, España.

MEDIOS INFORMÁTICOS

- **CD-ROM Jurisprudencia y Tesis Aisladas**, IUS 2001: 1917-2001, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D.F. Poder Judicial de la Federación Mayo de 2001.
- **CD-ROM Compilación de Leyes**, COMPILA IV. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D.F. Poder Judicial de la Federación. Agosto de 1999.
- <http://www.crimenet.ugr.es>
- <http://www.comunidad.derecho.org>
- <http://www.members.es.tripod.de/icapda/Tipicidad.htm>, Cuesta Aguado, Paz M. Tipicidad e Imputación: Objetiva, España, 2000.
- <http://www.members.es.tripod.de/incapda/index>
- <http://www.unam.mx>