



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“LA NEGATIVA DE OTORGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO
CAUCIÓN, A LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE OMITAN IMPEDIR LA
COMISIÓN DE UN DELITO DE RESULTADO MATERIAL, CONSIDERADO NO
GRAVE, SI ÉSTOS TENÍAN EL DEBER JURÍDICO DE EVITARLO”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
SINFORIANO SOSA BONILLA

ASESOR:
LIC. ALONSO CORTES PÉREZ



BOSQUES DE ARAGON ESTADO DE MÉXICO

2010



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.

JEHOVÁ ES MI PASTOR; NADA ME FALTARÁ. EN LUGARES DE DELICADOS PASTOS ME HARÁ DESCANSAR; JUNTO A AGUAS DE REPOSO ME PASTOREARÁ. CONFORTARÁ MI ALMA; ME GUIARÁ POR SENDAS DE JUSTICIA POR AMOR DE SU NOMBRE. AUNQUE ANDE EN VALLE DE SOBRA DE MUERTE, NO TEMERÉ MAL ALGUNO, PORQUE TÚ ESTARÁS CONMIGO; TU VARA Y CAYADO ME INFUNDIRÁN ALIENTO. ADEREZAS MESA DELANTE DE MÍ EN PRESENCIA DE MIS ANGUSTIADORES; UNGES MI CABEZA CON ACEITE; MI COPA ESTÁ REBOSANDO; CIERTAMENTE EL BIEN Y LA MISERICORDIA ME SEGUIRÁN TODOS LOS DÍAS DE MI VIDA, Y EN LA CASA DE JEHOVÁ MORARÉ POR LARGOS DÍAS. GRACIAS DIOS POR DARME LA VIDA Y HABERME PERMITIDO QUE ESTUDIARA LA PROFESIÓN QUE TÚ CON TANTO AMOR DESEMPEÑAS; "LA ABOGACÍA".

GRACIAS A MIS PADRES AURELIANO HOMBRE DE GRAN FORTALEZA Y CARITINA MUJER ADMIRABLE Y DE GRAN VALOR GRACIAS POR TODO; GRACIAS A MÍ HERMANOS EDMUNDO, AURELIANO, ALEJANDRO Y HUGO, A MI CUÑADA ESMERALDA Y SOBRINOS IAN Y SOFIA, QUIENES HAN SIDO UN CLARO EJEMPLO DE SUPERACIÓN, HUMILDAD Y VALOR, SIN USTEDES NINGÚN ESFUERZO HABRÍA VALIDO LA PENA.

A MI ESPOSA MARIA DE LOURDES, GRACIAS POR SU COMPRENSIÓN Y APOYO INCONDICIONAL, POR TU FIDELIDAD Y GRAN AMOR, A MIS HIJOS JARHED, PAOLA Y MÍ PEQUEÑA PRINCESA AITANA, QUE DÍA A DÍA ME LLENAN DE AMOR Y CARIÑO, MUY A PESAR DE MI MAL CARÁCTER, GRACIAS BEBE, LOS AMO. TAMBIÉN GRACIAS A TUS HERMANOS Y PAPAS POR TODA SU COMPRENSIÓN Y APOYO, GRACIAS.

A MÍ ASESOR EL LIC. ALONSO CORTES PÉREZ, POR SER UN GRAN PROFESIONISTA Y EXCELENTE SER HUMANO, Y QUIÉN DEDICO PARTE DE SU TIEMPO EN ESTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN, GRACIAS MAESTRO, PUES AUN SIN MERECERLO ME REGALO PARTE DE SU CONOCIMIENTO Y SABIDURÍA, GRACIAS MAESTRO.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, TODO MI AGRADECIMIENTO POR SU DEDICACIÓN, ESFUERZO Y CONFIANZA PUESTA EN MÍ, GRACIAS POR HACERME SENTIR ORGULLOSO DE PERTENECER A ÉSTA MÁXIMA CASA DE ESTUDIOS.

A TODOS Y CADA UNO DE LOS MAESTROS DE ESTA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES "CAMPUS – ARAGON", GRACIAS A USTEDES AHORA SE QUE SUS PALABRAS SON CIERTAS Y SUS ENSEÑANZAS ETERNAS, GRACIAS POR HACER DE MÍ UN PROFESIONISTA AL SERVICIO DE MI PAÍS.

A MIS AMIGOS Y HERMANOS QUE SIEMPRE HAN ESTADO CONMIGO DURANTE MI VIDA PROFESIONAL, GRACIAS POR SUS ENSEÑANZAS Y PACIENCIA, GRACIAS LIC. HUMBERTO CANO, MARCO ANTONIO DAZA, FERNANDO LÓPEZ, GERARDO CHAVEZ, ANTONIO CHÁVEZ, OSWALDO ROSAS, MIGUEL GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER REYES, LEONARDO ESPINOSA, ALDO ISAAC GARNICA, RAÚL ÁLVAREZ, SIMPLEMENTE GRACIAS POR APRENDER DE USTEDES TODO ESTE TIEMPO. TAMBIÉN AGRADEZCO A LA FAMILIA GRANADOS TORRES POR TODO SU APOYO Y COMPRENSIÓN.

POR ÚLTIMO QUIERO AGRADECER A MIS PASTORES ABRAHAM Y BETI, ASÍ A COMO LOS INTEGRANTES DE MI CONGREGACIÓN, TAMBIÉN QUIERO AGRADECER AL PASTOR ELIAS Y SU ESPOSA ZENAYDA, GRACIAS A TODOS USTEDES POR PERMITIRME CONOCER A DIOS Y RECIBIR DE ÉL TODAS LAS BENDICIONES QUE DÍA A DÍA ME DA Y QUE SIN LUGAR A DUDAS SEGUIRÁ DÁNDOME, GRACIAS PADRE POR TU AMOR Y GRAN MISERICORDIA.

INDICE

CAPITULO I. ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL.

1.1 Concepto de Derecho Penal.....	1
1.2 El Derecho Penal en Roma.....	4
1.3 El Derecho Penal en Grecia.....	5
1.4 El Derecho Penal en la India.....	6
1.5 El Derecho Penal en Egipto.....	7
1.6 El Derecho Penal en Francia.....	8
1.7 El Derecho Penal Anglosajón.....	9
1.8 El Derecho Penal Germánico.....	10
1.9 El derecho Penal Precolombino.....	11
1.9.1 El Derecho Penal en la cultura Azteca.....	12
1.9.2 El Derecho Penal en la cultura Maya.....	14
1.9.3 El Derecho Penal en la cultura Tarasca.....	15
1.9.4 El Derecho Penal Colonial.....	16
1.9.5 El Derecho Penal en el México Independiente.....	18
1.9.6 El Derecho Penal en el México Revolucionario.....	19
1.9.7 El Derecho Penal Actual.....	21

CAPITULO II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL.

2.1 Derecho Penal Objetivo.....	23
2.2 Derecho Penal Subjetivo.....	25

2.3 La Ciencia del Derecho Penal.....	25
2.4 Antecedentes del Derecho.....	27
2.5 Derecho Criminal.....	28
2.6 Derecho de Defensa Social.....	28
2.7 Principio “ <i>Nulum Crimen Sine Actio</i> ”.....	29
2.8 Tipo Penal.....	30
2.9 La Evolución histórica-dogmática del concepto genérico de acción.....	33
2.10 La acción en la Teoría Causalista.....	35
2.11 La acción en la Teoría Finalista.....	36
2.12 La Tesis de Gustavo Radbruch.....	38
2.13 La Esencia normativa.....	39
2.14 Las Bases jurídicas.....	41

CAPITULO III. DELITOS DE OMISIÓN.

3.1 Definición.....	43
3.2 Clasificación.....	44
3.3 El Tipo objetivo.....	44
3.3.1 La Situación típica.....	45
3.3.2 La no realización de una acción y la capacidad de realizarla.....	45
3.3.3 El Resultado material e imputación normativa de éste.....	46
3.3.4 Las Teorías que defienden la causalidad.....	48
3.3.5 Las Teorías híbridas sobre la causalidad.....	49
3.4 Las Teorías que niegan la causalidad.....	50

3.4.1 La Posición de Garante.....	51
3.4.2 Concepto.....	53
3.4.3 La posición de garante y deber de garantía.....	53
3.4.4 Relaciones entre el conocimiento de la posición de garante y el deber de evitación.....	54
3.4.5 Las Fuentes del deber de garantía.....	55
3.5 La Teoría formal de las fuentes.....	56
3.5.1 La Ley.....	56
3.5.2 El Contrato.....	57
3.5.3 El Actuar Precedente.....	57
3.5.4 Comunidad de Vida o de Peligro.....	58
3.6 La Teoría de las funciones.....	59
3.6.1 La Función de protección de un bien jurídico.....	59
3.6.2 El Control de una fuente de peligro.....	60
3.7 El Elemento subjetivo.....	60
3.7.1 El Dolo.....	61
3.7.2 La Culpa.....	62
3.7.3 Los Delitos Cometidos por Olvido.....	63
3.8 La antijuridicidad y la culpabilidad de los delitos de omisión.....	64
3.8.1 La Conducta.....	64
3.8.2 La Antijuridicidad.....	65
3.8.3 La Culpabilidad.....	66
3.8.4 El Error de Tipo y Error de Prohibición.....	68

**CAPITULO IV. LA NEGATIVA DE OTORGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL
BAJO CAUCIÓN, A LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE OMITAN IMPEDIR LA
COMISIÓN DE UN DELITO DE RESULTADO MATERIAL CONSIDERADO NO
GRAVE, SI ÉSTOS TENÍAN EL DEBER JURÍDICO DE EVITARLO.**

4.1 Antecedentes en el derecho mexicano de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión.....	72
4.1.1 Antecedentes en el Derecho Interno.....	72
4.1.2 El Código Penal Federal de 1871.....	72
4.1.3 El Código Penal Federal de 1929.....	73
4.1.4 Código Penal de Guanajuato de 1977.....	74
4.1.5 Código Penal de Veracruz-Llave de 1980.....	75
4.1.6 Antecedentes en el Derecho Externo.....	76
4.1.6.1 El Código Penal Tipo para Latinoamérica.....	76
4.1.6.2 El Código Penal Alemán de 1975.....	77
4.1.6.3 El Código Penal Federal de 1931.....	78
4.2 Definición de Servidor Público.....	79
4.2.1 Antecedentes históricos.....	80
4.2.2 Naturaleza de la relación.....	85
4.2.3 Fundamento Constitucional.....	86
4.2.4 Clasificación de los servidores públicos.....	87
4.3 El régimen jurídico aplicable a los servidores públicos.....	89
4.4 Los derechos existentes a favor de los servidores públicos.....	94
4.4.1 De forma general.....	94
4.4.2 De forma especial.....	98
4.5 Las obligaciones de los servidores públicos.....	100

4.5.1 En términos generales.....	101
4.5.2 En términos especiales.....	105
4.6 Responsabilidad de los servidores públicos.....	109
4.7 Concepto de “libertad provisional bajo caución”.....	113
4.7.1 Antecedentes históricos.....	115
4.7.2 Semblanza de los derechos del hombre.....	117
4.7.3 Época moderna y su relación con el Derecho Internacional.....	118
4.8 Fundamento constitucional de la libertad provisional bajo caución.....	121
4.9 Aspectos teóricos de la libertad provisional bajo caución.....	123
4.10 La libertad provisional bajo caución y la ley procesal.....	124
4.11 La negativa de otorgar la libertad provisional a los servidores públicos que omitan impedir la comisión de un delito de resultado material, si tenían el deber jurídico de evitarlo.....	126

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Tal parece que para la sociedad moderna las conductas omisivas no representan mayor interés, sin embargo para el Derecho, ésta figura resulta de gran importancia, ya que una conducta omisiva puede provocar cambios en el mundo exterior que trascienden al ámbito jurídico, ello como consecuencia del resultado material causado, por tanto es necesario, que antes de adentrarnos al tema de la *omisión*, conozcamos y analicemos conceptos medulares para el desarrollo de esta investigación, tales como: “acto”, que no es otra cosa, mas que: *la manifestación de voluntad que, mediante una conducta de acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda –según la definición otorgada por el Maestro Luís Jiménez de Asúa-; del mismo modo tenemos que los diccionarios jurídicos constriñen al “acto” como: “La expresión acto jurídico significa toda manifestación de una o más voluntades que tenga por finalidad producir un efecto de derecho. Ej.: la ley, la convención, el reglamento, la decisión administrativa, la oferta, el testamento, la aceptación de una sucesión, la renuncia a un derecho, el despido, etc. La palabra acto tiene este sentido principalmente en las siguientes expresiones: acto legislativo, acto administrativo, acto jurisdiccional, acto consensual, acto solemne. El acto jurídico se opone al material. Los actos jurídicos constituyen una subdivisión de los hechos jurídicos”.* Sin embargo que pasa cuando no existe una conducta de acción, podrá ésta provocar el resultado material exigido por la norma, la cual ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados; resulta ilógico para la mayoría de las personas, pero en la vida diaria se llevan a cabo un sin fin de conductas omisivas que pueden o no, provocar el resultado material previsto por la norma penal, lo que nos obliga a tener una visión diferente con respecto a éste tema, ya que conforme a nuestra propia normatividad, dicho resultado puede ser atribuible a una persona y como consecuencia de ello hacerse acreedor a una pena o medida de seguridad.

Partiendo de la idea que antecede, el presente trabajo de investigación busca, entre otras cosas, que los servidores públicos que durante el ejercicio de su cargo, omitan impedir la comisión de un delito de resultado material, se les niegue el beneficio de la libertad provisional bajo caución, ello como consecuencia del cargo conferido, lo que constituirá una agravante que les impida obtener dicho beneficio, ya sea durante la fase de indagatoria o el proceso mismo. Ahora bien, de la hipótesis planteada, surge la necesidad de analizar con mayor detenimiento los delitos de omisión, mismos que dada su complejidad es imprescindible desglosar su estructura normativa, pues al igual que los delitos de acción, la omisión puede poner en peligro bienes jurídicamente tutelados por la norma. Así pues, tenemos que en el primer caso el Derecho Penal prohíbe conductas –delitos de acción-; mientras que en el segundo las ordena –delitos de omisión-; permitiendo con ello que se salvaguarden los derechos inherentes a cualquier individuo, en el entendido de que cualquier ser humano, gracias a su libre albedrío, puede provocar en el mundo fenomenológico cadenas causales que

lesionen el bien jurídico tutelado por la norma o bien, en su caso, permitir que estas continúen su curso de forma libre y natural una vez que han sido iniciadas. Bajo ésta hipótesis, quien omite u omitente para ser mas específico, no lleva a cabo de manera directa la acción que produce el resultado material previsto por la norma, sino que es su conducta omisiva o la no realización de la acción mandada, la que provoca dicho resultado, el cual normativamente puede llegársele a atribuir, siempre y cuando éste haya tenido el deber jurídico de actuar y podía haberlo evitado, conforme a las circunstancias que concurrieran al momento del hecho mismo.

Pero, ¿Por qué se debe negar el beneficio de la libertad provisional bajo caución a los servidores públicos que omitan impedir la comisión de un delito de resultado material considerado no grave, si éstos tenían el deber jurídico de evitarlo?; para dar respuesta a ésta interrogante, debemos, en primer lugar, tomar en cuenta que no solo las acciones –en sentido estricto- pueden poner en peligro bienes jurídicamente tutelados por una norma, ya que, para el derecho penal, existen tanto normas prohibitivas como preceptivas o mandatos que de incumplirse dan lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad; resultando evidente que las conductas omisivas, también forman parte de una “acción” (*latu sensu*), la cual el legislador a regulado como una medida necesaria e indispensable, para mantener una sana convivencia del hombre en sociedad. En el caso específico de los servidores públicos, su actuar omisivo, también puede provocar el resultado previsto por la norma, circunstancia ésta que no lo exime de una responsabilidad penal –con independencia de las responsabilidades que en materia administrativa, civil, política y en el ejercicio de su profesión, pudieran derivar-; por lo que, dicha negativa de otorgarles el beneficio de la libertad provisional bajo caución, no resulta un capricho del suscrito, sino más bien una exigencia de la propia sociedad que últimamente ha visto con malos ojos la actuación de algunos servidores públicos. Cualquier servidor público puede evitar la comisión de un delito de resultado material considerado no grave por la ley, ello conforme a las funciones propias de su encargo; así como el policía se encuentra obligado a impedir la comisión de cualquier conducta ilícita, el medico dentro de su ámbito profesional, esta comprometido con esa misma obligación, a pesar de ser actividades completamente diferentes las que uno y otro desempeñan, sin que esto sea motivo suficiente para cumplir con dicha obligación.

El derecho penal siempre a buscado fortalecer las relaciones del ser humano colectivo, y para que esta relación se mantenga, resulta indispensable estudiar con mayor detenimiento la actuación de cualquier individuo que la integre, evidenciando con ello, la evolución de las ideas penales que a lo largo de los años se han dado y siguen dándose, por lo que, bajo esta tesitura estudiaremos –en líneas posteriores- conceptos generales dentro del derecho penal, lo que nos permitirá sentar las bases legales que servirán de fundamento a éste trabajo de estudio.

La figura de la omisión, viene tomando un papel relevante dentro del derecho penal moderno, su estudio a tomado un enfoque diferente al de épocas

antiguas, pues a diferencia de la acción –strictu sensu-, la omisión tiene su origen en la propia norma, por lo que es ella quién le da vida y la regula; para una mejor comprensión diremos que existen muchos mandatos o normas preceptivas, que obligan a cualquier individuo a llevarlas a cabo durante su vida diaria, sin embargo la omisión de éstas, en ningún momento lleva aparejada una consecuencia de tipo legal, un claro ejemplo de ellas las podemos observar en las normas de carácter religioso, en donde para algunas iglesias existe la obligación de bautizarse, pero, aún y cuando éste mandato no se realice, dicha conducta omisiva, no trasciende al plano legal, pues no existe tipo penal alguno, dentro del código penal, que así la prevea, haciéndose acreedores a alguna pena o medida de seguridad, como consecuencia de su actuar omisivo.

Cabe señalar, que durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, también analizaremos conceptos generales del derecho penal, puntos de vista de diferentes autores, doctrina y legislación; centrandó nuestro estudio en los delitos de omisión los cuales son el eje medular de nuestra propuesta; sin dejar de lado temas complementarios tales como; los servidores públicos y la libertad provisional bajo caución. Finalmente, podremos darnos cuenta que los delitos de comisión por omisión mantienen una estructura de tipos penales abiertos, y que por tal motivo pudieran ser considerados por algunos, como inconstitucionales por violar el principio de legalidad contenido en el artículo 14º de nuestra Carta Magna, sin embargo para un servidor –y estoy seguro que para muchos más- tal razonamiento puede resultar un tanto equívoco, ya que mientras exista una regulación que expresamente exija una determinada forma de comportamiento, y señale además cuales son los supuestos, esto sin lugar dudas cumple con el principio de legalidad previsto en el numeral anteriormente citado.

Ahora bien, basta con recordar que el presente estudio, tiene como finalidad primordial establecer los motivos -que a título personal son considerados oportunos- para negarles el beneficio de la libertad provisional a los servidores públicos que durante el ejercicio de su cargo, omitan impedir la comisión de un delito de resultado material, considerado no grave por la norma, si éstos tenían el deber jurídico de evitarlo, ello mediante la adición de un párrafo al artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el cual se establezca dicha negativa, situación que obligará (en la práctica diaria) a que los servidores públicos adopten medidas que permitan garantizar, no solo, el cumplimiento de las garantías individuales de cualquier ciudadano o salvaguardar sus derechos fundamentales, sino que además se evitará la comisión de algún ilícito –con independencia de su resultado- todo ello sin que se deje de cumplir con el trabajo encomendado a dichos funcionarios o el cual se éste llevando a cabo.

Por tanto, hemos dividido la presente investigación en cuatro capítulos, los cuales se enlazan mutuamente y en forma directa con el tema principal de nuestra propuesta, tratando de concretar -en la medida de lo posible- algunos subtemas, manteniendo intacta su esencia doctrinal. Citaremos algunos autores que han dado origen a la diversidad de bibliografía que con respecto a la materia existe, lo cual nos servirá para darnos una idea mas clara y precisa de la forma en que han

evolucionado las conductas omisivas, y que hoy en día, obliga no sólo a los legisladores, sino a todos los que hacemos del derecho nuestra forma de vida, a encontrar soluciones concretas, que permitan prevenir la comisión de cualquier ilícito, sancionando todas aquellas conductas que pongan en peligro bienes jurídicamente tutelados, sin importar el origen de las mismas (acción u omisión) y la calidad del sujeto que las realice (cualquier ciudadano común o servidor público).

Para el primer capítulo hemos considerado oportuno analizar la definición que a través de los años han proporcionado diversos autores con respecto al término “Derecho Penal”; también observaremos de que manera ha evolucionado dicha terminología en algunos países, destacando los aspectos más relevantes de su doctrina. Del mismo modo, observaremos la evolución que ha tenido el Derecho Penal a lo largo de los años, en las culturas antiguas de mayor importancia y que han sido referentes para el Derecho Penal Mexicano; finalmente estudiaremos la evolución que el Derecho Penal a sufrido en nuestro país, desde los pueblos precolombinos hasta la época actual. Todo ello servirá como antecedente para el buen desarrollo de esta investigación.

Con respecto al Segundo Capitulo, correspondiente al marco teórico-conceptual, pondremos de manifiesto los conceptos básicos que serán el fundamento del presente estudio. Estableceremos la importancia y trascendencia que tiene el derecho penal desde el punto de vista objetivo y subjetivo; la ciencia del derecho penal; analizaremos el principio “*Nulum Crimen Sine Actio*”; también estudiaremos el tipo penal, la evolución histórica del concepto genérico de acción –tanto en la teoría finalista como en la causalista-; expondremos las razones por las cuales rechazamos su empleo; señalaremos las características de la omisión punible destacando entre otras cosas su indiscutible esencia normativa. De la misma forma, observaremos dentro de este capítulo que el término “Derecho Penal” no es la única expresión con la cual se ha designado a esta rama del derecho; sin embargo, podemos decir que es la que más aceptación ha tenido en el mundo actual; pues aún y cuando existen otras denominaciones, entre las que destacan: “Derecho Criminal” y “Derecho de Defensa Social”; mismas que a lo largo de los años se han visto respaldadas por un sinnúmero de autores de gran trayectoria para la rama del Derecho, por tanto su opinión deberá ser tomada muy en cuenta, por quienes nos avocamos al estudio del derecho en términos generales y no sólo a la rama del “Derecho Penal”.

Posterior al estudio de las características básicas de la omisión, se contemplará en el Tercer Capítulo el estudio de los delitos de omisión, que dada su naturaleza y contenido es el más extenso, ello a fin de hacer una clara diferencia entre la *omisión impropia o comisión por omisión* y los *impropios delitos de omisión*. En él se tocarán temas de difícil tratamiento como lo son el papel de la causalidad en la atribución del resultado material no evitado y lo concerniente a la calidad especial que debe tener el autor de esta clase de delitos comúnmente conocida como “calidad o posición de garante”. De igual manera estudiaremos entre otras cosas lo que deberá entenderse como “el deber de evitación” y sus

fuentes, haciendo mención en una forma por demás sintetizada de las doctrinas que existen al respecto, exponiendo al final de cada síntesis una idea personal de ellas, así como las razones en las cuales nos apoyamos para emitirlas. Por último formularemos algunos comentarios en torno a la Antijuridicidad y culpabilidad derivados de la omisión, que puede ser de gran interés en la práctica cotidiana, como lo es el caso del error en el deber de evitación y la llamada colisión de deberes.

Será en el cuarto capítulo, donde abordaremos los antecedentes en el derecho mexicanos de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión; así como la manera en que ha ido evolucionando este tipo de ilícitos en nuestro sistema penal y sobre todo la importancia que en últimas fechas ha tomado este tema. Complementariamente abordaremos dos temas de suma importancia para la propuesta que hemos planteado; los servidores públicos y la libertad provisional bajo caución; enunciaremos las definiciones de diferentes autores, los derechos y obligaciones derivadas del encargo público, la responsabilidad de los servidores públicos, así como los tipos de responsabilidad que existen; la evolución del concepto de libertad bajo caución, sus requisitos legales para obtenerla, las limitaciones que existen en la propia ley para gozar de dicho beneficio, etc. Para finalizar con dicho capítulo, pondremos a debate la propuesta planteada y que da título al presente trabajo de investigación. Así las cosas y derivado del estudio que se lleve a cabo, sustentaremos “la negativa de otorgar la libertad provisional bajo caución, a los servidores públicos que omitan impedir la comisión de un delito de resultado material considerado no grave, si éstos tenían el deber jurídico de evitarlo”; también pondremos a consideración un proyecto del párrafo que deberá ser agregado al artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; ordinal que establece los requisitos legales para obtener el beneficio de la libertad provisional bajo caución y en el que resulta más que oportuno establecer dicha negativa. Finalmente citaremos los motivos personales y legales por los cuales resulta viable la propuesta planteada y sobre todo las repercusiones legales que derivarían de su planteamiento.

Por último cerraremos esta investigación con el capítulo correspondiente a las conclusiones, en el que brevemente se resumirá todo el estudio que habremos de realizar y que permitirán sentar los fundamentos legales para –como ya hemos señalado- negar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, a los servidores públicos que durante el ejercicio de su cargo omitan impedir la comisión de un delito de resultado material considerado no grave por la ley, si éstos tenían el deber jurídico de evitarlo; negativa que deberá ser incorporada al artículo 556 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal mediante la adición del párrafo correspondiente en el cual se establezca dicha circunstancia; asimismo, se expondrán las razones por las cuales el citado artículo deberá contener la hipótesis antes aludida.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL

Como una cuestión previa al presente trabajo de estudio, resulta oportuno tener en mente las diferentes acepciones que a través de los años ha padecido el concepto de “Derecho Penal”. Sin lugar a dudas, que no deberá pasar inadvertido para nosotros, que el concepto de “Derecho Penal” sigue causando gran controversia, ello como resultado de la diversidad de criterios que han asumido los autores para tratar de establecer un concepto acorde con esta rama del derecho, empero los problemas no solo se limitan a su conceptualización, sino que además abarca la forma en que deberá llamársele –punto éste que abordaremos en líneas posteriores-. Ahora bien, lo que resulta claro es que la mayoría de los autores han coincidido en llamarlo “Derecho Penal”, ello pese a que dicha denominación no es la mas acertada pero si la de mayor arraigo en el mundo actual, por tanto, será a partir de esta denominación que expondremos algunos conceptos o acepciones que durante todo este tiempo ha ido evolucionado la definición de “Derecho Penal”; lo anterior servirá para adentrarnos poco a poco al estudio de los conceptos básicos que el presente trabajo de investigación exige, para así permitir al lector no solo conocer sino comprender de manera clara y sencilla tales conceptos y definiciones, originando con ello, una plataforma de certeza que sirva de fundamento a las ideas y propuesta hecha por el suscrito y que implica la “negativa de otorgar la libertad provisional bajo caución a los servidores públicos, que omitan impedir la comisión de un delito de resultado material, considerado no grave, si éstos tenían el deber jurídico de evitarlo”.

1.1 CONCEPTO DE DERECHO PENAL.

El derecho penal como bien lo ha definido el maestro Fernando Castellanos es: *“la rama del Derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social”*(1); es decir, que el derecho penal se encuentra conformado por el conjunto de normas jurídicas que establecen los delitos, regulando el castigo que a cada uno de ellos corresponde, mediante la imposición de una pena o medida de seguridad.

El hombre dada su condición humana, siempre ha tenido la necesidad de ayudarse mutuamente, por lo que tal ayuda siempre deberá hacerse con respeto a los demás; resultando por demás necesario la existencia de normas que regulen y

1 Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Edit. Porrúa. Cuadragésima Cuarta Edición. Méx. 2003. Pág. 19.

ordenen las actividades personales de cada individuo, ello con el fin de evitar conflictos entre sus iguales. Como ya hemos señalado, dicha obligación sólo podrá llevarse a cabo mediante el establecimiento de normas que aseguren la tranquilidad y paz social, permitiendo así, garantizar la seguridad de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad, valiéndose para ello -y solo en caso de ser necesario- del empleo de la fuerza, tal función constituye en términos generales la misión del Derecho. Ahora bien, para el Derecho Penal su obligación no difiere mucho de la del Derecho en términos generales, pues aquí también se hace consistir en un respeto y garantía, con la salvedad de que tales premisas van encaminadas a salvaguardar bienes jurídicos tutelados por una norma previamente establecida. El derecho penal no puede evitar que se cause un resultado como consecuencia de la infracción de una norma penal, sino más bien, deberá prohibir que se realicen conductas dirigidas o encaminadas a lesionar o poner en peligro bienes jurídicamente tutelados; esta obligación se cumple estableciendo normas preceptivas o prohibitivas, determinando así, ciertas acciones como punibles.

Es claro que el derecho penal no puede limitarse únicamente a establecer el listado de las conductas delictuosas o ilícitas, así como a determinar la pena o medida de seguridad que a cada conducta le corresponde dada su infracción, pues además, tiene como obligación fundamental proteger a la sociedad, lo cual sólo se logrará a través de mecanismos o medidas que permitan separar al delincuente peligroso de la colectividad por el tiempo necesario; de aquellos que no son considerados delincuentes peligrosos y que su tratamiento debe ser adecuado a su persona para ser reincorporados lo antes posible al medio social en que se desenvuelven.

Una vez definida la misión del derecho penal, consideramos oportuno retomar nuevamente el concepto de derecho penal, para lo cual nos apoyaremos en algunas definiciones otorgadas por diversos autores, mismas que constituyen su sentir con respecto a esta rama del derecho; cabe hacer mención que los conceptos que a continuación citaremos, forman parte de la gran doctrina que existe para definir al derecho penal y que sin embargo, por cuestiones propias al presente trabajo de investigación, solo mencionaremos algunas de estas conceptualizaciones, sin que por ello se pretenda menospreciar a algún autor. Por tanto, el derecho penal de acuerdo a los siguientes autores, consiste en:

- **CUELLO CALÓN.-** Conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente;
- **PESSINA.-** Conjunto de principios relativos al castigo del delito;
- **LIZST.-** Conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho y a la pena como su legítima consecuencia;

- **MEZGER.-** Conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectado al delito, como presupuesto, a la pena como su consecuencia jurídica;
- **JIMÉNEZ DE ASÚA.-** Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.
- **FONTÁN BALESTRA.-** Rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción.
- **CANDIDO HERRERO.-** Conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que definen las conductas delictivas y las penas o medidas de seguridad que hay que aplicar a sus infractores.
- **SILVELA.-** Conjunto de aquellas condiciones libres para que el derecho que ha sido perturbado por una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó.
- **LANDROVE DÍAZ.-** Sector del ordenamiento jurídico que, en garantía de las condiciones de existencia y desarrollo de la comunidad, atribuye efectos jurídicos propios (penas y medidas de seguridad) a determinadas conductas humanas (delitos).
- **BERISTÁIN.-** Derecho criminal es la ciencia que estudia el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder (ius puniendi nacional e internacional) que determinan las penas debidas a las acciones delictivas, las medidas de corrección y seguridad aplicables a los delincuentes y algunas indemnizaciones correspondientes a las víctimas; pretende el restablecimiento –desarrollo- del orden jurídico, la defensa de la sociedad y la repersonalización de los autores de aquellas acciones; en una palabra, la realización de algunos derechos humanos más violados.
- **CARRANCÁ Y TRUJILLO.-** El Derecho Penal objetivamente considerado es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.

Ya analizados dichos conceptos, podemos observar que para la mayoría de estos autores existen términos en común, tales como poder sancionador y punitivo del Estado; términos con los que coincido claramente; ya que para un servidor el “derecho penal”, es: *“el conjunto de normas jurídicas encargadas de regular la potestad punitiva del Estado, mediante el establecimiento del catálogo de los delitos, imponiendo a cada uno de ellos una pena o medida de seguridad, como consecuencia de dicha infracción”*.

1.2 EL DERECHO PENAL EN ROMA.

Como la sociedad misma, el Derecho Penal ha ido evolucionando de cultura en cultura y de época en época; es obvio que a partir de que el hombre mantiene relaciones interpersonales con otras culturas o pueblos, su necesidad de darle tranquilidad a esa relación así como de garantizar la seguridad de sus integrantes, es lo que permite conocer la visión que cada pueblo o cultura mantenía con respecto al derecho penal (leyes, códigos, códigos, tablas, etc.). Entre las culturas de mayor importancia para la humanidad destaca la del Imperio Romano, el cual básicamente puede dividirse en épocas acordes al tipo de gobierno que mantuvo durante su vigencia. El nacimiento del derecho romano, se debe entre otras causas a la división existente en la sociedad romana entre patricios y plebeyos, no obstante antes del año 451 a C. – 450 a C., no se conocía un sistema unificado para la península, por tal motivo, debiéramos remontarnos a Grecia, cuna de la civilización occidental en donde estaba presente el periodo ático o del derecho griego ático, de donde podemos señalar que fueron tomadas algunas disposiciones que mas tarde serian recopiladas por la Ley de las XII Tablas.

Tradicionalmente el Derecho Romano recaía sobre la figura del *Pontifex Maximus*, conociéndose a esta forma de justicia como derecho pontifical, empero, el *Pontifex Maximus* destacaba particularmente por ser un patricio, por tanto los plebeyos desconocían como iban a ser juzgados, aplicándose el derecho pontifical de acuerdo a los intereses que mas convenía a los patricios, por tal motivo el senado envió una comisión a Grecia, para informarse con respecto a la leyes que ahí existían, posterior a ello se decidió abolir las magistraturas patricias y del tribunado de la plebe, entregando el poder a una comisión de decenviros que debían codificar las leyes romanas, esta comisión elaboró X (10) tablas de leyes, bastante justas y por tanto favorables a los plebeyos, pero al no estar terminado el trabajo se nombro una segunda comisión de decenviral, que se mantuvo conservadora y proclamó las ultimas dos tablas con un carácter netamente antiplebeyo.

Todo ello dio como resultado el primer cuerpo legal conocido y estructurado llamado Ley de las XII Tablas, del año 451 a C., las cuales fueron expuestas públicamente en el foro romano. Es así, como a partir de la Ley de las XII Tablas, los romanos hicieron distinción entre los delitos públicos (crímenes) y los delitos privados (delitos en estricto sentido). Los primeros eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de éste, mientras que los segundos eran perseguidos por los particulares en su propio interés. Un hecho destacable de la Ley de las XII Tablas es que no establecía distinciones de clases sociales ante el derecho, lo mismo se aplicaba, tanto a la nobleza (patricios) como al pueblo (plebeyos).(2)

2 Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 1990. Pág. 108.*

Con el correr de los años, los delitos privados pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a una pena pública. Tiempo después, durante la época de la república, solo van quedando como delitos privados (librados a arreglos entre las partes) los más leves; posteriormente, la facultad de juzgar recayó en las *Quaestiones* que lo hacían por “exigencias de la majestad del pueblo romano” y de la “salud de la cosa pública”, lo que se alejaba de aquella concepción teocrática oriental. El derecho penal romano se fundaba así en el interés del Estado, reafirmando así su carácter público. Durante esta época puede apreciarse que el pueblo romano mantenía simultáneamente una calidad de legislador y juez.⁽³⁾ El procedimiento de las “*Quaestiones*”, tiene su apogeo en las “*Leges Corneliae*” o Ley de Sila; existiendo para cada delito un Tribunal (*quaestio perpetua*), contribuyendo así a una estructuración más exacta de los tipos penales. En un principio existían siete *Quaestiones*, a saber: “*de maiestate, de ambitu*” (captación de empleos públicos), “*de repetundis*” (concusión), “*de peculatu*” (apropiación indebida), “*de sicariis et veneficis*” (asesinato), “*de iniuriis*” (injuria grave), “*de falsis*”; más tarde, aparecieron también las *Quaestiones* “*de plagio*” (robo de persona) y “*de vi*” (violencia). Con el reinado de Augusto, dieron origen, las relativas a los delitos contra el matrimonio y la moralidad, la usura, etc.⁽⁴⁾

Para la época del imperio, la jurisdicción penal pasaba cada vez más a manos del emperador y sus funcionarios, los tribunales actuaban por delegación del emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria, ello como consecuencia de que los crímenes contra la majestad del imperio se fueron ampliando cada vez más. Con el desarrollo del imperio, ya no se trataba de tutelar públicamente intereses particulares, sino más bien, todos eran intereses públicos, provocando un incremento en las penas, apareciendo nuevamente la condena a muerte, la cual en un principio se aplicó sólo a los parricidas, extendiéndose posteriormente a delitos graves.

1.3 EL DERECHO PENAL EN GRECIA.

Al igual que el Imperio Romano, la cultura griega conocida también como la cuna de la civilización occidental, tuvo gran influencia en algunos pueblos del mundo antiguo incluyendo a los romanos; pero a diferencia de ellos –romanos-, los griegos se distinguieron por ser maestros en las artes y las letras, las ideas de sus pensadores marcaron la pauta de la cultura griega.

La legislación Griega era considerada como una línea unificadora entre el Derecho Oriental y el Derecho Occidental, su cuerpo legislativo de mayor

3 Zaffaroni, Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina. Ediar. 1991. Pág. 149.

4 Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 1997. Pág. 32.

importancia en esa época se encontraba en Atenas, siendo este Estado el de mayor relevancia para la antigua Grecia. En éste cuerpo normativo existía una marcada separación entre la legislación penal y sus creencias y practicas religiosas. La responsabilidad penal que en un inicio era colectiva, ya que recaía en toda la familia, tiempo después fue reconocida de manera gradual como estrictamente personal. Si bien Dracón introdujo leyes tan severas que prácticamente no había culpa, por pequeña que fuera, que no tuviera una pena; posteriormente, durante el reinado de Solón dichas leyes fueron derogadas, terminando así con una completa severidad, que en muchos de los casos se tornaba completamente inhumana.

En términos generales, la legislación penal Griega casi no existe, contándose con muy poca información que nos permita conocerla a fondo, solamente se conserve de ella fragmentos en obras de autores que trata otras materias. Tal vez, una aproximación del cuerpo penal griego, lo podemos observar del juicio a Sócrates que se conserva en la obra de Platón. Dentro del derecho penal griego, es destacable la secularización o separación de los ámbitos civil, político y eclesiástico como rasgo característico del derecho penal grecorromano. Como una clara consecuencia de la concepción griega de la polis, su ley no respondía a una base estructural teocrática, propia de las culturas antiguas. Así las cosas, cada polis tenía su propia legislación penal, por lo que existían marcadas diferencias una de la otra, un claro ejemplo de ello fue la legislación penal de Atenas, la cual contrastaba con la de Esparta, misma que se distinguía por ser un estado netamente guerrero e imperialista, de ahí que su legislación penal fuese más severa que la ateniense. Esta claro que tanto el Imperio Romano como el Griego, introducen un factor de racionalidad en la legislación penal.(5)

1.4 EL DERECHO PENAL EN LA INDIA.

Para la cultura India, su máximo cuerpo normativo penal, se encontraba reconocido en el Código de Manú o Ley de Manú (Siglo VI y III a de C.). El derecho penal en la India se caracterizaba por ser de origen religioso (sacro) y la pena que se le aplicaba al autor del delito tenía un efecto purificador. Durante ese periodo se distinguía el dolo de la culpa, también se reconocían las penas pecuniarias y éstas se aplicaba a aquellas personas con gran jerarquía social a quienes se les eximia de los castigos corporales. Esta recopilación de Manú, contiene 2031 (0 2648) versos, divididos en 18 capítulos, que presentaban reglas y códigos de conducta que debían ser aplicados por los individuos y la sociedad, algunas de estas leyes codificaban el sistema de castas y las etapas de la vida de los “nacidos dos veces” (miembros de las tres castas superiores).

5 Alonso y Royano, Félix. *Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua, T. 9*. 1996. Págs. 115-142.

Propiamente el capítulo octavo de la Leyes de Manú trataban del procedimiento en los pleitos civiles y criminales y del castigo apropiado que deberán enfrentar las diferentes clases criminales. Puede decirse que el código de Manú, constituyó el más completo ordenamiento de disposiciones penales del antiguo Oriente. En él se resaltaba la importancia que se le concedió a lo subjetivo del delito, distinguiendo los delitos imprudenciales de los intencionales y considerando los motivos que impulsaron al delincuente a cometer el hecho. Actualmente el Derecho Hindú, está basado en gran parte en el *Common Law* inglés, a causa de haber sido durante mucho tiempo una colonia británica, muchas de las leyes indias contemporáneas muestran una gran influencia europea y estadounidense. Cada estado de la India crea sus propias leyes, aunque todos coinciden con las mismas.(6)

1.5 EL DERECHO PENAL EN EGIPTO.

La cultura Egipcia siempre se distinguió por ser completamente politeísta, consideraban al faraón como un Dios, por tanto, no es de extrañarse que para este pueblo en donde la religión ocupaba el primer lugar, el faraón, los nobles provinciales y los escribas mantuvieran la ley y el orden en el Estado. Los jueces exigían que en los litigios, los alegatos, la replica y los argumentos a favor y en contra fueran presentados, no en oratoria sino por escrito. El perjurio era castigado con la muerte, había una organización regular de justicia desde los Tribunales Supremos de Memphis, Tebas y Heliopolis. Se empleaba a veces la tortura como comadrona de la verdad y en otros casos se recurría a la mutilación, cortando nariz u orejas, manos o lengua; También existía el destierro a las minas, la muerte por estrangulamiento, el empalamiento, la decapitación o la hoguera. La pena más extrema era ser embalsamado vivo, ser devorado lentamente por una capa de anticorrosivo natrón, a los criminales de alto rango se les perdonaba la vergüenza de la ejecución pública, permitiéndoseles el suicidio. Puede decirse que los egipcios desarrollaron una legislación civil y criminal muy avanzada para su época, tanto que el derecho a la propiedad y la herencia privada resultaba complicado y preciso.(7)

Dentro del pueblo egipcio, no existían indicios de algún sistema de policía, aún el ejército en activo (siempre pequeño a causa del protegido aislamiento de Egipto entre desiertos y mares), era pocas veces usado para la disciplina interna. La seguridad de la vida y la propiedad y la continuidad de la ley y el gobierno, descansaban casi enteramente en la figura del faraón, mantenida por la escuela y

6 Jain, MP. *Contornos de la India Jurídico e Historia Constitucional*. 2006. 6ª Edición. Nagpur: Wadhwa & Co.

7 Will, Durant. *Nuestra Herencia Oriental*, Buenos Aires, Argentina. S. E. 1959. Pág. 58.

la religión. El procedimiento tanto para los asuntos penales como civiles, se iniciaba con el visir, quien era el funcionario que se hallaba al frente de la administración; hacia las veces de primer ministro, director de hacienda y juez supremo. Era el tribunal de última instancia debajo de la figura del faraón mismo. Cuando un peticionario venia a solicitar la atención del visir, éste hacia todo de acuerdo con la ley, con la costumbre y no debía mostrar parcialidad en la aplicación del Derecho. Practicaba el derecho de igualdad ante la ley, tanto para el peticionario como para el infractor, la justicia era el fin fundamental de su labor; luego del visir estaba la figura del faraón quien constituía el tribunal supremo, cualquier causa, en ciertas circunstancias, podía elevarse ante él, siempre y cuando el demandante pudiera cubrir los gastos de su solicitud.(8)

1.6 EL DERECHO PENAL EN FRANCIA.

En la Francia antigua no existía ningún tipo de codificación, siendo influenciada de manera notable por el derecho penal romano, el germánico y el canónico, donde perduraban la venganza pública y la arbitrariedad de las penas. La pena era impersonal con una desigualdad en su aplicación; entre las penas aplicadas durante la Francia antigua, se encontraban las aflictivas infamantes constituidas por la muerte por descuartizamiento, la muerte por fuego, la muerte en la horca, destierro perpetuo, azotes públicos, la marca, reclusión perpetua; así también, existían otras penas aflictivas no infamantes tales como la decapitación a los nobles, tortura con o sin reserva de pruebas, reclusión perpetua, azotes públicos, etc., estas y muchas otras penas trataban de intimidar y dar un ejemplo al pueblo francés. Por cuanto hace al procedimiento que se seguía durante esta época, éste era secreto y no contradictorio. Tiempo después, la filosofía penal liberal nace de manera revolucionaria en el siglo XVIII, tuvo sus orígenes en la crítica, buscando destruir lo ya establecido. La ilustración -o iluminismo- entendida ésta, como la expresión filosófica empeñada en extender la guía de la razón a todos los campos del saber humano, ejerció una profunda influencia en el ámbito del Derecho Penal. Esta corriente de pensamiento que se plasma políticamente con la revolución francesa, cambia el sentido del Derecho Penal convirtiéndolo en una regulación sustentada en bases políticas de garantías para el individuo frente al poder político.(9)

Es un hecho que la revolución francesa favoreció de manera decisiva el movimiento de reforma penal, ya que fue en “El Contrato Social de Rousseau y en la Enciclopedia” que la nueva Francia sustentó las bases para sus códigos penales en septiembre de 1791. A partir de la formulación del principio de legalidad, el delito y su castigo debían estar previamente establecidos por la ley;

8 *Ibidem*, Pág. 58.

9 Fernández Muñoz, Dolores E. Las Repercusiones de la Revolución Francesa en el Área del Derecho Penal, Pág. 47-58.

este principio traduce la función de garantía individual que tiene la ley penal; con esto quedaba claro que no había delito ni pena sin una ley penal previa que así lo estableciera (*"NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE PRAEVIA LEGE POENALI"*), es decir que, lo punible y sus consecuencias debían estar previamente determinados por la ley.

Estos cuerpos legislativos consagran las ideas presentes en la Declaración de los Derechos del Hombre (1789), "libertad, igualdad, fraternidad" y plasmaban técnicamente el aludido principio de legalidad. También adoptaban un sistema de penas fijas, esto es, la determinación de la pena a los fines de su cumplimiento; tomaron de Inglaterra la institución del juicio por jurado. Procesalmente, se estableció la regla de que nadie podía ser acusado, arrestado o detenido, sino en los casos determinados por la ley y en las condiciones por ella prescritas.

Sin lugar a dudas, las primeras codificaciones penales que vieron la luz, surgieron en Europa, como resultado de los grandes pensadores de esa época, los cuales marcaron el cambio que debían dar las legislaciones como resultado de la necesidad de un cambio que a final de cuentas es lo que siempre busca la sociedad desde sus orígenes. Algunos de estos cambios se dieron con la revolución francesa, las guerras napoleónicas, los movimientos liberales y los procesos de unificación o separación de naciones. Con la promulgación del Código Penal Francés en el siglo XIX, en el año de 1810, bajo el imperio de Napoleón I; dicho ordenamiento ejerció gran influencia en diversas naciones europeas, ello como resultado de su imposición a través de las armas, muchas de estas naciones siguieron utilizando el Código Penal Francés aun después de haberse retirado los franceses, sirviendo en muchas ocasiones como un modelo a seguir para la institución de diversos ordenamientos penales.(10)

1.7 EL DERECHO PENAL ANGLOSAJÓN.

El derecho penal anglosajón, sienta sus bases en un sistema aplicado en la Inglaterra medieval y era utilizado en gran parte de los territorios que tenían influencia británica; se caracterizaba por basarse más en la jurisprudencia que en las leyes. Éste derecho se fundamentaba principalmente en analizar las [sentencias judiciales](#) emitidas por el mismo [tribunal](#) o por aquellas sentencias dictadas por tribunales superiores, así como de las interpretaciones que en estas sentencias se daban de las [leyes](#), por tal motivo algunas leyes parecían ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se dejaba en manos del tribunal para clarificarlas.

Otra particularidad del derecho penal anglosajón era que existían interpretaciones judiciales que creaban figuras jurídicas nuevas, lo que en un

10 *Ibíd*em, Pág. 47-58.

principio era la norma, posteriormente fue considerada una excepción, sin embargo seguía manteniendo su nomenclatura, a esto se le conocía como *delito estatutario*, un ejemplo de ello era un *delito* creado por la *ley*. Actualmente, es mucho más común que las leyes creen figuras completamente nuevas o que estandaricen y fijen las reglas anteriormente establecidas por las sentencias judiciales. Así también, el derecho penal anglosajón, establecía que en casos posteriores, la *ratio decidendi* de las *sentencias* previamente dictadas, obligaban a un *tribunal* -y todos los tribunales inferiores a éste- a fallar en el mismo sentido o de forma similar al que lo hiciera el tribunal de origen. Por tanto, el estudio del sistema se basa principalmente en el análisis detallado de las sentencias de las cuales se *induce* la *norma*, estudio que termina en la elaboración de un "caso típico", el cual se compara con la situación en concreto para ver si es similar o no. En muchas ocasiones se analizan diversas sentencias que contienen el mismo principio, visto desde diferentes ópticas, para extraer finalmente la *norma* que se aplicará al caso en estudio.(11)

1.8 EL DERECHO PENAL GERMÁNICO.

La dominación de la cultura germánica puede ubicarse entre los siglos V y XI de la era cristiana. Durante este periodo el Derecho Penal germánico fue evolucionando como resultado del contacto que tuvieron; en primer lugar con lo que quedaba del Imperio Romano y posteriormente con el cristianismo. El pueblo germano consideraba a cada individuo como integrante de una unión: casa, familia, etc. A partir de ésta concepción comprendía al derecho como el orden imperante en las mismas. De allí que la paz dentro de la unión suprapersonal fuese el derecho y su quebrantamiento el delito.

El pueblo germánico de esa época consideraba a la mayoría de los delitos como un asunto de interés privado que obligaba a la venganza de sangre. Sin embargo, éste podía concluir con la compensación o reparación. A muy pocos delitos se les dio el carácter de ofensa pública, entre ellos la traición y el perjurio, los que se castigaban en algunos casos con la muerte o con la expulsión de la paz. La pena más grave, como ya se dijo, era la pérdida de la paz, ello como resultado de la aplicación del principio talional, pues quien lesionaba la paz, debía perder la misma: lo cual importaba la pérdida de la protección jurídica, misma que no solo afectaba a la persona sino también a sus bienes, lesionándose lo mismo a la persona que a su patrimonio. Por la comisión de un delito, nacía una relación particular entre el autor y la víctima, en la que, el derecho penal cobraba un carácter extremadamente individualista, originando que el lesionado y su familia humillaran al delincuente. La humillación no sólo podía ser conseguida mediante el castigo al delincuente, sino que también, mediante el avenimiento del infractor

11. Temores Ramírez, Fernando. *Calendario 2007-B. Guadalajara, Jalisco.*

para la celebración de acuerdos de composición consistentes en el pago de una multa al lesionado.(12)

Años después, durante el reinado de los francos, se procuró favorecer estos acuerdos, con el fin de evitar las pérdidas causadas por la venganza, y más tarde, influenciados por la iglesia se forzó directamente a llevar acuerdos de composición, con excepción de aquellos delitos que afectaban a la comunidad como los de traición en la guerra y delitos contra el culto. En estos casos el castigo tenía carácter público consistente siempre en el sacrificio del imputado. Como característica del derecho germánico, existía un derecho penal para hombres libres y otro derecho para los siervos, considerados “cosas”; cuando estos delinquirían dentro de la casa eran castigados por el señor en función de su propio derecho interno o derecho de la casa. Posteriormente el derecho penal germánico fue abandonando su carácter privado, para así, la pena tomar un carácter público, ello como resultado de la conversión de los germanos al cristianismo, lo que puso límites a la crueldad de las penas; un claro ejemplo de ello fue el reconocimiento del derecho de asilo en los templos, tal y como había sido admitido en el derecho romano. Por cuanto a las características propias del delito, si bien los germanos no ignoraban los aspectos subjetivos, daban preeminencia al aspecto objetivo, particularmente de la responsabilidad por causación, lo que luego fue cambiando por influencia canónica. El derecho penal germánico nunca desarrolló una teoría para la tentativa, penándose algunos delitos tentados como delitos independientes.(13)

1.9 EL DERECHO PENAL PRECOLOMBINO.

Existe poca información con respecto al derecho penal vigente en las culturas prehispánicas de nuestro país; ya que, anterior a la llegada de los españoles, no había unidad política entre los pobladores de ese tiempo, por tal motivo existían diferentes reinos (azteca, maya, tarasco, zapoteco, mixteco, etc.), y cada uno de ellos poseía sus propias leyes; sin embargo, existía similitud con respecto a ciertas conductas ilícitas, difiriendo de alguna manera, con la forma en que eran sancionadas, pues algunas culturas se caracterizaron por una mayor severidad al momento de sancionarlas –conductas ilícitas-. A continuación, estudiaremos en forma muy somera, el derecho penal existente en las culturas Azteca, Maya y Tarasca, por ser éstas las que de alguna manera tuvieron mayor influencia sobre otros reinos de esa época, sin que por éste hecho, se olvide que hay otros pueblos igualmente importantes para el derecho penal precolombino.

12 García Vanegas, David. Serrano Suárez, Over Humberto. *Evolución del Sistema Penal Acusatorio en el Marco del Derecho Germánico, Anglosajón y Colombiano*. Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. ISSN 1794-600X, Número 1. Enero – Diciembre de 2008. Págs. 94-95.

13 *Ibíd.*

1.9.1 EL DERECHO PENAL EN LA CULTURA AZTECA.

Este pueblo, que según cuenta la leyenda salió de Aztlán, convencidos por el dios Huitzilopochtli para buscar un nuevo sitio donde habitar, arribaron al Valle de México, estableciéndose en Chapultepec lugar de donde fueron expulsados, hasta que finalmente fundaron la Ciudad de Tenochtitlan permaneciendo ahí hasta la llegada de los españoles. La cultura Azteca se caracterizó por ser excelentes administradores, ya que basaban la administración de su territorio en 38 provincias tributarias y su organización social era una estratificación piramidal. En lo alto de esta organización piramidal se encontraban los nobles y los sacerdotes, después se encontraban los mercaderes y los guerreros, por ultimo se encontraban los labradores y después los esclavos.(14)

Para la cultura Azteca existían dos instituciones de gran importancia: la religión y la tribu. El sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil sino dependiente de ella y ambas se complementaban. Para los habitantes de este pueblo era muy importante la dependencia a la tribu, ya que quienes violaban el orden social eran colocados en “status” de esclavos y en caso de ser expulsados de la comunidad, significaba la muerte a manos de tribus enemigas o por el propio pueblo. Por tal motivo las leyes eran muy severas, como en otras culturas antiguas los castigos eran diferentes según fuera el delito y el rango de quien lo realizaba. Generalmente el castigo resultaba ser más duro si quien lo cometía era un funcionario o noble importante. El derecho penal azteca destacaba por ser aún más rigorista que el maya, dada su gran severidad moral, ello como consecuencia de su concepción de la vida y una notable cohesión política, sin embargo, contrario a los mayas, los aztecas tenían una jerarquía de tribunales comunes, desde un juez que era electo anualmente por voluntad popular y el cual se encargaba de las faltas menores, hasta un tribunal de jueces vitalicios encargados de los asuntos mayores, inclusive existía un sistema de apelación ante el tribunal del monarca que se reunía cada veinticuatro días. Del mismo modo, los sacerdotes tenían su propio fuero de justicia en caso de incurrir en faltas. Por cuanto hace a los casos muy graves, éstos eran transferidos a doce jueces del palacio quienes se reunían cada doce días, En tanto los jueces menores tenían una junta cada veinte días con el rey para tratar asuntos fuera de lo común.(15)

Las principales sentencias eran registradas mediante pictografías; los procesos no duraban más de ochenta días. Existía la figura del teplantoatani, el cual fungía como abogado en los juicios. Los aztecas emplearon como pruebas la testimonial, confesional, careos e inclusive conocieron las presunciones; la pena más común era la muerte, sin embargo existieron otras sanciones como la esclavitud, la

14 Kohler, Josef. Cervantes y Anaya, Javier de. *El Derecho de los Aztecas. Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico*. Publicación aportada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Págs. 118-150.

15 *Ibíd.*

mutilación, el destierro temporal o definitivo, dependiendo de la gravedad de los asuntos. En algunas ocasiones los castigos se extendían a los parientes del sentenciado hasta el cuarto grado, quienes recibían, todos el mismo castigo, incluso los nobles, ello con la finalidad de dar un ejemplo a todo el pueblo.

Otra característica particular del derecho penal azteca fue la recopilación escrita de sus normas, de hecho, el derecho penal fue el primero en dejar de ser consuetudinario para convertirse en derecho escrito; prueba de ello fue el Código Penal de Netzahualcóyotl que significó un gran avance, ya que en él se limitó la venganza privada, pero por otra parte, concedió a los jueces una gran discrecionalidad al momento de fijar las penas cuando no estaban taxativamente previstas, lo que permitió aplicarlas de manera analógica, ya que esto último no se encontraba prohibido. Los aztecas no hicieron distinción entre autoría material e intelectual del delito. Los cómplices eran castigados como autores, además de que resultaba obligatorio denunciar algunos delitos so pena de esclavitud, tal es el caso de aquél que conociendo un delito de alta traición no lo informaba a las autoridades aún y cuando no participaba del mismo. Los aztecas manejaron un concepto similar al de la reincidencia, siendo posible que quienes habían sido reducidos a la esclavitud enfrentasen la pena de muerte si cometían una nueva falta. Entre las conductas que eran sancionadas se encontraba el homicidio castigado con la muerte del homicida, sin embargo la esposa del ofendido podía solicitar la esclavitud del homicida. No se consideraba como una atenuante el hecho de que el homicida hubiese encontrado a la víctima teniendo una relación adultera flagrante con su cónyuge. La pena capital podía ejecutarse por descuartizamiento, cremación en vida, estrangulamiento, machacamiento de la cabeza con piedras, empalamiento y asaetamiento entre otros. Usualmente tras la pena de muerte se decapitaba al ejecutado y además era sujeto de confiscación cuando se trataba de un delito de alta traición o peculado, en cuyo caso, los bienes pasaban al patrimonio del monarca. Al igual que los mayas, previeron la indemnización para el homicidio culposo, solo que además podía seguirle la esclavitud.(16)

Finalmente, como ya hemos señalado los aztecas contemplaban la pena de muerte para los delitos de asesinato, traición, aborto, incesto, violación, robo con fractura y adulterio. Por lo que hace a este último procedía la lapidación aunque la mujer era estrangulada previamente. Los guerreros podían escapar de la pena de muerte aceptando un destino permanente en zona fronteriza. La embriaguez era considerada delito y solo era permitida en algunas circunstancias para los ancianos y los guerreros profesionales, el castigo podía ser la muerte o el rapado. Los aztecas conocieron las circunstancias atenuantes y las agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía. Como penas se encontraban las siguientes: el destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución del empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporal, pecuniaria

16 *Ibídem*.

y de muerte, entre otras.(17) Es de destacar que dentro del derecho penal azteca se castigaba la mentira, según la ley de Moctezuma, quien decía una mentira era arrastrado hasta morir, las mujeres eran castigadas con arañazos en los labios, lo mismo que los niños durante su educación. El falso testimonio se castigaba severamente y de acuerdo con la gravedad del hecho; por lo que hace al cohecho usualmente se sancionaba con la muerte en los casos graves y la destitución en los leves, igual sucedía con la concusión y la mala interpretación del derecho por parte de los jueces.

1.9.2 EL DERECHO PENAL EN LA CULTURA MAYA.

Al igual que los aztecas, la cultura Maya tuvo gran influencia en otros pueblos de la época. Los mayas se caracterizaron por su severidad en la aplicación de penas. Los caciques tenían la función de juzgar y aplicaban como penas principales, la muerte y la esclavitud. La primera era reservada para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda era aplicada a los ladrones, si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro desde la barba hasta la frente. Este pueblo jamás utilizó como pena la cárcel o los azotes, sin embargo a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos, se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles. Las sentencias que aquí se emitían eran inapelables, contaban con leyes que sancionaban los actos ilegítimos que perjudicaran bienes fundamentales, sin embargo, no aplicaban sanciones penales por deudas de carácter civil, pero sí por adulterio, hurto y otros delitos, siempre y cuando el individuo fuera sorprendido en flagrancia.(18)

Los mayas velaban por bienes que podrían calificarse de garantizados, como la integridad nacional, la integridad personal, el honor en relación al matrimonio y la propiedad. En consecuencia, eran considerados como delitos: la traición, el homicidio, el incendio, el adulterio, el rapto, el plagio, la acusación falsa, las lesiones, el robo, el no pagar las deudas contraídas y los daños, entre otros más. Entre las penas que eran aplicadas por los mayas se encontraban la muerte, la esclavitud, la indemnización y la afrenta. Las sanciones que aquí se aplicaban tenían una doble finalidad; la primera de carácter compensatorio y la segunda como ejemplificación para prevenir la comisión de futuros delitos. Las resoluciones se dictaban de forma expedita luego de la audiencia por parte de los batabs o caciques, quienes tenían a su cargo la función de juzgar, estos eran nombrados por el halah uinic (jefe supremo, posición hereditaria por línea paterna), entre las penas que se aplicaban estaba la muerte para el caso de los adúlteros, homicidas,

17 *Ibíd.*

18 Salcedo Flores, Antonio. *El Derecho Maya Prehispánico, un Acercamiento a su Fundamentación Socio-Política*. Alegatos, número 71. México, enero/abril de 2009. Págs. 157-161.

incendiarios, raptos y corruptores de doncellas. Esta pena de muerte podía hacerse efectiva por introducción a un horno ardiente, el estacamiento, la extracción de viseras por el ombligo, los flechazos, o el ser devorado por fieras, la ejecución era realizada inmediatamente por los tupiles (policías-verdugos) salvo que se tratara de lapidación por parte de toda la comunidad y en cuanto a la esclavitud (principalmente en los casos de robo cuando el objeto sustraído no se recuperaba), era posible además, que al ladrón le labraran (literalmente) el símbolo del objeto robado en el rostro. El uso de testigos en el proceso era frecuente y las sentencias penales eran inapelables. Para el caso del adulterio, el compañero de la adúltera podía morir o ser perdonado a elección del ofendido, en cambio la mujer adúltera tenía suficiente pena con la vergüenza; ahora bien en el caso de robo de bienes insustituibles, éste se sancionaba con la esclavitud. La prisión no se consideraba un castigo, su propósito era detener al delincuente para aplicarle la pena impuesta; en el caso de los menores infractores se les aplicaban castigos que no fueran graves. El derecho penal maya era extremadamente severo, aunque en comparación con el derecho penal azteca podía parecer moderado y más humanista en términos relativos. Entre los grandes avances que existieron en el derecho penal maya se encontraban dos figuras de gran relevancia; la posibilidad de indemnización en ciertos delitos, así como la distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de homicidio e incendio.(19)

Como ya hemos dicho, el pueblo maya nunca utilizó como penal la cárcel, empero la prisiones se hacían consistir en, atar las manos del delincuente a su espalda y ponerle en la garganta una collera hecha de palos y cordeles, se valía de este medio especialmente para aquellos que eran sacados de los montes o habían estado fugitivos; posteriormente eran llevados a jaulas de manera que servían como cárceles, y en ellas eran puestos los condenados a muerte, los esclavos, los fugitivos y las cautivos en la guerra. Los mayas, también castigaban los vicios de manera rigurosa. Resulta harto reiterativo señalar que el pueblo maya no revisaba las sentencias emitidas por el juez local o balab, ya que éste decidía en forma definitiva, y los tupiles o policías verdugos, las ejecutaban inmediatamente a menos –como ya se dijo- de que el castigo fuera la lapidación por la comunidad entera. La cultura maya hacia diferencias en cuanto a la pena que aplicaba, privilegiando a los principales.(20)

1.9.3 EL DERECHO PENAL EN LA CULTURA TARASCA.

Una mayor crueldad se observó en el ordenamiento penal del pueblo Tarasco, pues aún y cuando sus penas, al igual que los aztecas y los mayas fueron severas; las de la cultura Tarasca se distinguía por su excesiva crueldad al aplicar

19 *Ibidem.*

20 *Ibidem.*

sus penas, que afectaba no solo al que cometía el crimen, sino que en algunos casos, también afectaba a la familia o propiedad del criminal. A este respecto, refiere el maestro Fernando Castellanos Tena que: “el adulterio con alguna mujer del soberano o *Calzontzi*, se castigaba no solo con la muerte del adúltero, sino que como ya se dijo anteriormente, trascendía a toda la familia y sus bienes eran confiscados. Así también, cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban sus bienes. Al forzador de mujeres, le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta morir. El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba, a quien robaba por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reincidía era despeñado, dejando que su cuerpo fuera devorado por las aves”(21).

Para cultura tarasca, el derecho de juzgar recaía en manos del Calzontzi y en algunas ocasiones la justicia era ejercida por el sumo sacerdote o petámuti. Se castigaba la vagancia con trabajos forzados, mientras que las faltas con simple prisión de algunos días en la cárcel, si los delitos eran mas graves, se les desterraba y confiscaban sus bienes los cuales eran adjudicados a los aprehensores. El que cometía asesinato era arrastrado de los pies por las calles y la plaza hasta que moría; los delitos cometidos contra el rey se castigaban con la pena de muerte que a veces se extendía a la familia del delincuente. Eran considerados como delitos graves: el no traer leña para los fogones, cuando el Calzontzi enviaba a algunos por las provincias con ese objeto; no ir a la guerra o volverse de ella sin licencia; dejar perder las sementeras del Calzontzi por no desyerbarlas, pues eran para la guerra; quebrar los magueyes; haberse ido del pueblo y andar de vagabundo; haber arrancado el maíz verde uno a uno; matar al curandero o al hechicero; el adulterio; la prostitución y el vicio contra natura; el homicidio y la desobediencia de los esclavos para con sus amos.(22)

1.9.4 EL DERECHO PENAL COLONIAL.

Con la llegada de los españoles y el sometimiento de las culturas prehispánicas, se erigió una nueva forma de gobierno en la llamada “Nueva España”. Estructura gubernamental que se encontraba bajo el mismo oscurantismo que se vivía en el continente europeo, nunca existió un régimen jurídico estable ni mucho menos universal, sin embargo, hubo vestigios que indican la aplicación de lo que fuera el derecho indígena y en su mayoría los ordenamiento de la Corona de Castilla.

Como era de esperarse, la distancia que existía entre España y su nueva

21 Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Edit. Porrúa. Cuadragésima Cuarta Edición. Méx. 2003. Pág. 41.

22 Bravo Ugarte, José. *Historia Sucinta de Michoacán, Tomo I*. Colección Figuras y Episodios de la Historia de México. No. 110, México. JUS, 1962. Pág. 90-93

colonia, impidió que la aplicación de leyes fueran acordes con las necesidades requeridas por el gobierno de la “Nueva España”; habida cuenta de lo difícil que fue la labor de recopilación de las leyes aplicadas en las Indias o territorio de la Nueva España debido a que “por las necesidades que presentaba el gobierno colonial se habían producido una cantidad inmensa de disposiciones lo que lógicamente condujo a contradicciones, lagunas, olvidos e incluso pérdida de documentos, por lo cual desde el primer siglo de dominación española en América se planteó, y con carácter de urgente la necesidad de recopilar la legislación indiana”(23).

Desde un inicio los monarcas españoles vieron la necesidad de promulgar las leyes de India, que en términos generales, transformaba las penas infamantes, limitaba el uso de la fuerza y comenzaba a dar seguimiento a algunos principios del derecho penal actual, tales como el de legalidad. Así también, existieron algunas otras legislaciones u ordenamientos que tuvieron vigencia durante la Nueva España, como las llamadas ordenanzas que fueron creadas en territorio español y en donde se indicaba la manera en que se sancionarían los delitos cometidos en la colonia; de entre las que destacan las siguientes:

- **“Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de minería de la Nueva España y de su tribunal”**: Promulgadas en 1783 y que contiene disposiciones penales especiales como el castigo al hurto de metales, que se sancionaba con la mutilación de un miembro del cuerpo u otra pena *corporis afflictiva*.
- **“Ordenanzas de los gremios de la Nueva España”**: En estas ordenanzas notamos claramente la distinción que se hacía entre indios y españoles; si los primeros cometían algún delito la pena se hacía consistir en maltrato físico o azotes, mientras que a los segundos solamente se les sancionaba cobrándoles una multa(24).

Fue con la Constitución de Cádiz promulgada en marzo de 1812, que con el afán de hacer respetar sus normas constitucionales se editaron folletos mediante los cuales se pretendía ilustrar a los indios sobre las excelencias del sistema constitucional de Cádiz, se hacía particular énfasis en la igualdad y la supresión de antiguos usos como la pena de azotes, las mitas (repartimientos) o los servicios personales.(25)

23 Soberanes Fernández José Luis. Historia del Derecho Mexicano. Edit. Porrúa. 10ª Ed. Méx. 2003. Pág. 82.

24 Carranca y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Edit. Porrúa. 22ª Ed. Méx. 2003. Pág. 136.

25 Ferrer Muñoz Manuel. La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España. Pugna entre el antiguo y el nuevo régimen del virreinato, 1810-1821. UNAM IJ. México 1993. Págs. 26-27.

Durante este periodo, surgieron nuevos pensadores que buscaron doblegar el yugo español existente hasta ese entonces. Sus ideas resultaron innovadoras para su tiempo tal es el caso de Don José María Morelos y Pavón quien entrego al Congreso Constituyente un pliego de 23 principios denominado “*Sentimientos de la Nación*”, fuente de inspiración de la Constitución de Apatzingán, aunque sin olvidar la influencia que tuvo en Europa, la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*”, ya que a consecuencia de ello no resulta extraño encontrar plasmados los principios de igualdad, libertad, seguridad y justicia. El Decreto de Apatzingán considera los derechos naturales del hombre como del más elevado rango, axiológicamente superiores a toda institución, a tal extremo, que los erige en el fin mismo del Estado.(26)

También, la Constitución de Apatzingán contiene los principios básicos sobre las garantías del acusado, capaces de haber permitido establecer un Derecho Penal colmado de sentido humano, así como un derecho procesal penal con toda majestad de la justicia pleno de seguridad para el acusado y, por ende orientado al logro del bien en el gregario vivir(27). A resumidas cuentas, el Derecho Penal en la época colonial fue construido con penas desfavorables a los indios en comparación con los españoles que aquí habitaban; continuaba con un carácter excesivo respecto al delito y sin mostrar alguna disminución en cuanto a severidad con respecto a la época precortesiana.

1.9.5 EL DERECHO PENAL EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE.

Posterior a la declaración de independencia del 27 de septiembre de 1821, la floreciente nación Mexicana entró a una etapa más benéfica y en la que el Derecho Penal adquirió características que poco a poco van definiéndolo. La ilustración en el viejo continente tuvo como consecuencia ideas de humanización y anhelos de libertad, soberanía popular e igualdad de los hombres ante la ley. Pese a la promulgación de independencia, se mantuvieron (por cuestiones de interés social) las leyes de la colonia ya que la creación de leyes para México no fue inmediata, esta situación duró poco tiempo, ya que surgieron a la luz, reglamentos u ordenamientos, entre los que destacan los siguientes: “El Reglamento Provisional político del Imperio Mexicano de 1822”; “La Quinta de la Leyes de la República Mexicana de 1836”; “Proyecto de Reforma a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en 1840”; “Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842”; entre otras.

26 Castellanos Tena Fernando, et. Al. *Estudio sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*. UNAM. México 1964. Pág. 491.

27 Castellanos, Op Cit. *Estudios sobre...*Pág. 500.

La guerra de independencia no cambio en mucho el estado de las cosas, que en materia penal existía, ya que la junta provisional de gobierno que había asumido el poder, dispuso mediante un decreto de fecha 5 de octubre de 1862, que se habilitaran y confirmaran de manera interina a todas las autoridades coloniales, por lo que las audiencias en México y Guadalajara, seguían como los órganos de justicia superior, rigiéndose por el reglamento para las audiencias y juzgados de 1ª instancia de 9 de octubre de 1812. Lo propio hizo el primer congreso constituyente mediante el decreto de 22 de febrero de 1822 que confirmaba la totalidad de tribunales y justicias establecidas, para que siguieran administrando justicia, según las leyes vigentes, esa si, con carácter interino. Por tanto la pervivencia estaba perfectamente asumida por el constituyente mexicano, como se aprecia en el breve periodo del gobierno de Iturbide y en el primer federalismo.(28)

Con la caída del primer imperio (el de Agustín de Iturbide), el segundo congreso mexicano aprueba el acta constitutiva de la federación, del 31 de enero de 1824, que consagra la independencia y soberanía de los Estados de la Federación en lo que se refiere a su régimen interior, por lo que cada uno adquiere la facultad de dictar sus propias leyes en todo lo que no se encuentre reservado para la federación, desde entonces prevalece en nuestro país el derecho de los estados a legislar en materia penal. Tiempo después, al finalizar la intervención francesa en México, el 25 de septiembre de 1868 se integra una nueva comisión para elaborar un código penal bajo la presidencia de Don Martínez de Castro, en ese entonces ministro de instrucción publica; la comisión trabajo durante dos años y medio y finalmente se promulgo el código penal el día 7 de diciembre de 1871, mismo que entro en vigor el 1º de abril de 1872, para el Distrito Federal y el territorio de la Baja California.(29)

1.9.6 EL DERECHO PENAL EN EL MÉXICO REVOLUCIONARIO.

Como consecuencia de las múltiples diferencia e inconformidades existentes en el pueblo mexicano de esa época, surgió la revolución mexicana, con la que se pretendió llevar a cabo grandes cambios, pese a que su objetivo primordial fue en materia agraria y sucesión presidencial, objetivos que fueron alcanzados a través de la redacción de una nueva Constitución Federal. Anterior a la redacción del Pacto Federal de 1917, el movimiento revolucionario tuvo grandes manifestaciones, tales como la emitida por Don Venustiano Carranza el 1º de diciembre de 1916, en la Ciudad de Querétaro, en la que señaló lo siguiente: “El procedimientos criminal ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente

28 Soberanes Fernandez, Jose Luis. *El Poder Judicial Federal en el Siglo XIX (Notas para su estudio)*. UNAM, Mexico 1992. 2ª edición. Págs. 49-51.

29 Franco Guzman, Ricardo. *75 Años de Derecho Penal en Mexico*. <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1019/6.pdf>. Pág. 141.

el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo mas mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla. Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debía tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o su vida; restricciones del derecho de defensa impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra, como si se tratase de actos indiferentes que de ninguna manera podrían afectarlo y, por último, dejar la suerte de los reos casi siempre entregada a las maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes, que por pasión o por vil interés alteraban sus propias declaraciones, las de los testigos que deponían en su contra, y aún la de los que se presentaban a declarar en su favor.”(30)

Todo lo anterior, resultó ser un motivo más que suficiente para que el Constituyente de 1916 realizara un nuevo proyecto de constitución; en el que, el sistema penal fuera acorde con los principios de igualdad, seguridad y justicia que dieron origen a la gesta revolucionaria. Afortunadamente el proyecto satisfizo (en principio para ese tiempo) las exigencias requeridas por el pueblo Mexicano, el cual se vio reflejado en la exposición de motivos de nuestra Constitución y de la cual señalaré solamente -por así convenir en este momento- una parte de ella:

“...El artículo 20 de la constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitorias, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos.... Conocidas son de ustedes, señores diputados, y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones rigurosas, prolongadas en muchas ocasiones por meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas, que sólo obedecían al deseo de librarse de la estancia en calabozos inmundos, en que estaban seriamente amenazadas su salud y su vida..... Finalmente, hasta hoy no se ha expedido ninguna ley que fije, de una manera clara y precisa, la duración máxima de los juicios penales, lo que ha autorizado a los jueces para detener a los acusados, por tiempo mayor del que fija la ley al delito de que se trata, resultando así prisiones injustificadas y enteramente arbitrarias...”(31)

30 *Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones. Edit. Porrúa. 2ª Edición. Tomo IV. México 1978. Pág. 208.*

31 *Ídem.*

1.9.7 EL DERECHO PENAL EN EL MÉXICO ACTUAL.

Actualmente el Derecho Penal Mexicano se ha ido transformando de manera constante durante los últimos años. Está claro que las exigencias de la sociedad moderna han obligado a llevar cabo modificaciones constitucionales en materia penal, lo que ha generado la existencia de una inestabilidad en esta área del derecho mexicano, ello como consecuencia de una insatisfacción constante por parte de nuestra sociedad, ya que es ella, la única que ha visto y resentido, con plena amargura el aumento de criminalidad hoy en día. Esto no significa que el derecho penal en México haya cambiado, ya que las ideas siguen siendo las mismas de años anteriores, sino más bien, se van adecuando con una visión más acorde a la época actual, por lo que es indispensable diseñar nuevos esquemas jurídicos que satisfagan las necesidades de seguridad pública y procuración e impartición de justicia.

Destacamos, los cuerpos normativos que han sido reformados para el bien de nuestra comunidad, tal es el caso del Código Penal para el Distrito Federal, que entro en vigor en el año de 2002, el cual pretende, entre otras cosas, subsanar las lagunas que existían con respecto a su antecesor, adoptando criterios más acordes con nuestro sistema penal (un claro ejemplo lo observamos en el ordinal 16° -omisión impropia o comisión por omisión- que ya no reconoce las fuentes formales como causantes de este tipo de delitos). Otra reforma de destacada relevancia, es sin duda, la que se dio en nuestra Constitución Federal, principalmente en su artículo 20°, la cual propone una visión diferente del sistema penal en México, pues se encuentra encaminada a:

1.- Transformar el procedimiento penal hacia un sistema acusatorio;

2.- Reestructurar orgánicamente las instituciones de seguridad pública y procuración de justicia, así como crear tribunales especializados en adolescentes y jueces de vigilancia para la ejecución de las penas; y,

3.- Profesionalizar la figura de la defensa penal”.

Con estas reformas, resulta obvio que se pretende reconocer algunos de los principios internacionales, tales como la relevancia de la acusación, la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia y el esclarecimiento judicial de los hechos; así como la oralidad, la publicidad, la inmediación, la contradicción, la concentración y la economía procesal como principios rectores del proceso penal, y el respeto irrestricto a los derechos humanos.

Independientemente a ello, podemos observar nuevas leyes o reglamentos que de alguna manera tienen relación directa o indirecta con el derecho penal en México, sin embargo la principal interrogante sería sí, todo este nuevo

ordenamiento legal servirá para darle solución a los altos índices de criminalidad que actualmente existen en nuestro país, en principio muchos dirían que sí satisface esta exigencia –principalmente los exponentes de esta iniciativa-, sin embargo es en la práctica diaria donde podremos darnos cuenta que tan satisfactorias fueron todas estas reformas. El Derecho Penal nace en la sociedad, vive para ella y muere por ella; lo que hoy en día es un delito mañana ya no lo será; por tanto debemos reconocer que el Derecho Penal en México seguirá cambiando en la medida en que la propia sociedad así se lo exija.

Nuestro sistema penal enfrenta grandes retos, la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, la especialización de jueces en materia de justicia para adolescentes, la severidad en penas para la comisión de algunos delitos, la creación de nuevos tipos penales, entre otros, forma parte de ésta nueva transformación del sistema penal en México, sin embargo no podemos decir que todo marcha por buen camino, ya que pese a los avances que en materia penal se han dado, esto no se ve reflejado en los índices de criminalidad que existen actualmente en nuestro país.

Un ataque frontal a la delincuencia, no refleja dar solución al problema de raíz, debemos tener una visión mas amplia de lo que el problema entraña, no sólo es prevenir el delito y humanizar el trato de los delincuentes, sino aplicar de manera eficiente las penas y medidas de seguridad que impone la autoridad a cada conducta ilícita, buscar fortalecer nuestras instituciones no a través del endurecimiento de penas, sino mediante la aplicación de programas que permitan una verdadera rehabilitación y reinserción del individuo a la sociedad, proporcionándole los elementos necesarios (educación, trabajo, valores, etc.) para evitar que cometa un nuevo ilícito. Los primeros pasos se están dando, ahora falta cumplir con lo que dice la letra y eso sólo se vera con el correr de los años.

CAPITULO II

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

Mediante el término “Derecho Penal”, se pueden contener tres acepciones diferentes, a saber:

- a) El derecho penal desde un punto de vista objetivo, mediante el cual el Estado sistematiza, limita y precisa su facultad punitiva, o sea el *ius poenali*, cumpliendo de este modo la función de garantía que junto con la tutela de bienes jurídicos, constituye el origen del derecho penal (Derecho Penal Objetivo);
- b) Desde una visión subjetiva, el derecho penal implica la facultad que tiene el Estado, quién a través de sus normas, impone o ejecuta las penas y medidas de seguridad; y,
- c) Por último, se encuentra la Ciencia del Derecho Penal, la cual se encuentra conformada por la actividad investigadora, fundada sobre la experiencia de las proposiciones jurídicas normativas jurídicas, encaminadas a la comprensión de su significado y a la construcción del sistema jurídico.

2.1 EL DERECHO PENAL OBJETIVO.

Franz Von Liszt había señalado que: “Derecho Penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia”(32). En apariencia dicha definición reunía en un sentido ilustrativo lo que hace tiempo se comprendía como el ordenamiento jurídico punitivo; sin embargo, actualmente resulta por demás insuficiente dicha definición, ya que hoy en día existe un lazo muy estrecho entre la legítima consecuencia que se asocia al delito, pues la sanción penal, no sólo comprende a la pena sino también a las llamadas medidas de seguridad, las cuales no tienen como esencia el ser retributivas.

Por ello, nos parece acertada la aclaración que formula Mezger cuando da su concepto de Derecho Penal, indicando que también forma parte de él una serie de consecuencias jurídicas “de otra naturaleza” diversas a la pena en sentido estricto y que se asocia al hecho delictivo. Para éste autor: “El Derecho Penal es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia

32. Franz Von Liszt. *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*. Edit. REUS, S. A. 3ª edición. Madrid, España, s/f, Pág. 5.

jurídica, a un hecho cometido... Pero, derecho penal es también el conjunto de aquellas normas jurídicas que, en conexión con el derecho penal antes definido, vinculan al hecho cometido consecuencias jurídicas de otra naturaleza, para el castigo del hecho o para la prevención de delitos futuros”(33).

Algunos otros autores como Cuello Calón, señalan al Derecho Penal Objetivo como: “el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados”(34), concepto que lo sintetiza de una manera por demás clara y precisa.

Sin embargo, parece más acertado el concepto dado por Carlos Creus, quien incluye dentro del Derecho Penal no solo las normas que establecen delitos y sanciones, sino también aquellas que determinen los criterios generales para su aplicación, conocidas comúnmente como Derecho Penal en su Parte General. Este autor refería que: “el derecho penal está constituido por el conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los constituye, o la sustituye en ciertos casos por una medida de seguridad, estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas”(35).

Por ello, entendemos al derecho penal objetivo como el conjunto de principios y reglas que rigen las relaciones de convivencia dentro de una sociedad, cuyas normas fueron impuestas en forma coercitiva; sin embargo, las normas penales establecidas por el Estado también comprenden una relación de disposiciones generales que posibilitan el entendimiento del delito y sus consecuencias legales, mejor conocidas como legislación penal en su Parte General. En consecuencia, el Derecho Penal Objetivo no solo comprende al delito y su sanción, sino que además forman parte de él, las reglas básicas que posibilitan su conexión, es decir, las normas que regulan la vinculación entre el hecho delictivo como un supuesto fáctico y la sanción, *lato sensu*, como su legítima consecuencia.

Ahora bien, es necesario dejar en claro que ningún Código Penal puede ser considerado como un ordenamiento legal punitivo único, ya que, puede darse el supuesto de que existan delitos que no se encuentren expresamente señalados en algún Código Penal, empero, sí pueden estar comprendidos dentro de leyes

33 Edmundo Mezger. *Derecho Penal, Parte General*. Cárdenas Editor y Distribuidor, 2ª edición México, 1990, Pág. 27.

34 Fernando Castellanos Tena. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, 1ª edición. México, Distrito Federal, 1959, Pág.21.

35 Carlos Creus. *Derecho Penal, Parte General*. Edit. ASTREA, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1990, Pág. 4.

especiales que así lo establezcan y en las que también se determinen sus sanciones, las cuales solamente se aplicaran cuando el Código Penal no los prevea y viceversa (artículo 14 del Código Penal para el Distrito Federal).

2.2 EL DERECHO PENAL SUBJETIVO.

Al derecho penal subjetivo, también se le conoce como “*ius puniendi*” y ha sido definido como: “la potestad penal del Estado de declarar punible determinados hechos a los que les impone una pena o medida de seguridad. El derecho penal subjetivo, también puede ser considerado como la facultad y el deber que el Estado tiene para definir, fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad. El Estado bajo su calidad de administrador del poder y del orden publico, se encuentra facultado para castigar a los delincuentes, solo él tiene ese derecho subjetivo, del *ius puniendi*, el cual no es absoluto, pues es el propio Estado quien lo limita mediante el dictado del *ius poenali* o sea el conjunto de las normas que constituyen el derecho penal objetivo. En épocas anteriores, el derecho penal subjetivo fue entendido como la facultad del Estado y/o poder que le permitía imponer y ejecutar las penas por él dictadas. Pero en la actualidad este Derecho Penal Subjetivo ya no es identificado única y exclusivamente como un poder sancionador sino mas bien, como una obligación estatal de aplicar la ley penal al infractor de una norma punitiva⁽³⁶⁾, recordando que el Estado es el principal obligado a respetar el orden jurídico por él establecido, debiendo en todo momento observar su legalidad, so pena de acarrear su propia destrucción en caso de su inobservancia.

2.3 LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL.

Etimológicamente hablando, el vocablo ciencia proviene del verbo latino *scire*, que significa “saber”; por tanto la ciencia es, una explicación objetiva y racional de cualquier objeto de conocimiento, que incluye al mismo tiempo la garantía de su propia validez y comprobación. Ahora bien, no debemos olvidar que el derecho no sólo es un conjunto normativo, sino que, desde la época del Derecho Romano, ha sido considerado una rama de la ciencia; por ello, es que, la ciencia del derecho puede ser definida como: “una actividad investigadora fundada sobre la experiencia de las proposiciones normativas jurídicas, encaminada a la comprensión de su significado y a la construcción del sistema jurídico”⁽³⁷⁾

36 Cit. Por Fernando Castellanos Tena. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Edit. Porrúa, S. A., 27ª edición. México, 1989, Pág. 22.

37 De Pina, Rafael y Rafael De Pina Vara. *Diccionario de Derecho*. Edit. Porrúa, S. A., 34ª edición. México, 2005. Pág. 156.

La ciencia del derecho tiene su propio método, el cual se caracteriza por ser normativo, pero no porque creé normas, sino porque intenta comprenderlas en relación a una realidad determinada; tiene además la característica de ser formal o conceptual, en donde se deslinda a la ciencia del derecho de otros elementos extraños pertenecientes a otras ciencias, evitando con ello el sincretismo metódico(38). El método de la ciencia del derecho es útil para determinar y precisar qué es lo que se quiere en cuanto al problema epistemológico del Derecho. Sin embargo, tal método no debe detenerse únicamente en el estudio del Derecho positivo, sino que debe ser integral, considerando otros elementos tales como: la lógica, la historia, la sociología, la filosofía, entre otros más(39).

El derecho penal como rama del Derecho, es un instrumento puesto al servicio de los fines de una comunidad, por lo que, si se quiere entender su esencia, es necesario considerar esos fines y no solamente revisar el contenido textual que tienen las normas penales; pues para comprender su verdadera dimensión deberá analizarse la aplicación real que el derecho penal tiene dentro de la sociedad que pretende regular(40). Para precisar el contenido que describe a la ciencia del derecho penal, los penalistas se han auxiliado en tres órdenes de procedimiento o investigaciones, mismas que se hacen consistir en las siguientes:

- I. **Las de naturaleza exegética:** que tienen por objeto la interpretación de las leyes en un sentido estricto, es decir, de la primera fase de la hermenéutica que consiste en precisar el sentido inmediato de los textos legales, su conocimiento se basa en un carácter puramente empírico;
- II. **Las de naturaleza sistemática:** que generalmente reciben el nombre de dogmática y su función principal es la de describir y exponer los principios fundamentales del Derecho Positivo en su coordinación lógica y sistemática. Ésta dogmática suministra un conocimiento racionalmente elaborado del Derecho; y,
- III. **Las de tipo crítico:** las cuales implican una secuencia lógica, no temporal. En la mayoría de los casos la interpretación y la construcción sistemática van seguidas de observaciones –indicaciones o comentarios- de carácter crítico respecto de aquellos puntos en que el derecho positivo parece fallar.(41)

38 Esquivel Pérez, Javier. *Formalismo y Realismo en la Teoría del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 1980. Págs. 20 - 21.

39 Sánchez, R. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Edit. Porrúa México D. F., 1995. Pág. 8.

40 Berdugo, Ignacio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Experiencia. Barcelona, 1999. Pág. 97.

41 Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón T. *Derecho Penal. Parte General*, Valencia. Tirant lo Blanch. 1991. Págs. 85 - 86.

Finalmente, la ciencia del derecho penal ha sido considerada como una dogmática jurídica, la cual tiene como misión interpretar el Derecho vigente teniendo como referencia a la realidad social, dividiéndose en dos grandes ramas que la orienten la cuales han sido denominadas como criminológica y jurídica. La orientación criminológica se encarga de analizar el delito como fenómeno social y biopsicológico, estudiando sus causas y promoviendo políticas o estrategias para evitarlo, prevenirlo o controlarlo. Se sirve de métodos sociológicos o antropológicos, según se trate de un enfoque individual o social, o de ambos en forma conjunta; en tanto que la orientación jurídica estudia al delito y sus consecuencias como fenómeno regulado y previsto en la ley que hay que interpretar, utilizando una metodología técnico-jurídica o dogmática que sirve para interpretar o sistematizar la legislación que se refiere al delito y sus consecuencias.

2.4 ANTECEDENTES DEL DERECHO.

Como es bien sabido, el término “Derecho Penal” no es la única expresión con la cual se designa a esta rama del derecho, sin embargo, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que es, la que más aceptación ha tenido en el mundo moderno –según Mezger, el termino *ius poenale* fue empleado por vez primera a mediados del siglo XVIII y comienza a regir a principios del siglo XIX-. El derecho penal ha recibido innumerables connotaciones entre las que destacan las siguientes: “Derecho Criminal” y “Derecho de Defensa Social”, entre otras más; denominaciones que fueron respaldadas por un sinnúmero de autores de gran trayectoria y que dada su opinión, deberá ser tomada muy en cuenta, por quienes nos avocamos al estudio del derecho en términos generales y no sólo de la rama del “Derecho Penal”.

Podemos decir también, que el término “Derecho Penal”, no es completo, ya que si tomamos en cuenta que su denominación nace a partir de la consecuencia jurídica del delito, es decir la sanción penal, siendo ésta última –pena- la que da origen al nombre de esta rama del derecho. Así lo refiere Alfonso Reyes Echanía al afirmar que: “El derecho penal es, así, una rama del ordenamiento jurídico estatal que se caracteriza porque la consecuencia derivada de la violación de sus preceptos es la pena; de allí proviene su denominación”(42).

Tal expresión ha originado el enfrentamiento de múltiples corrientes las cuales han mostrado su inconformidad con respecto a la utilización de dicha denominación, pues como bien señalan, tal acepción es equívoca, ya que, al centrar su atención en sólo hablar de la pena, deja de lado incluir algunas otras cuestiones, como las medidas de seguridad, que también tienen como fin prevenir

42 Alfonso Reyes Echanía. *Derecho Penal, Parte General*. Edit. TEMIS, 11ª edición, Bogotá, Colombia, 1990, Pág. 2.

los delitos. De la misma forma, existen definiciones dentro del “Derecho Penal” de carácter subjetivo, que centran su idea principal en señalar que: *es la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado*; En tanto, que autores como Renazzi, Tancredo Canónico o Holtzendorff, refieren que el derecho penal es el *conjunto de normas que regulan el derecho punitivo*, esto claro, desde el punto de vista objetivo.

Pese a lo anterior, la utilización de la expresión “Derecho Penal” se ha generalizado, a grado tal que su aceptación es prácticamente automática, ya que es común que diferentes autores hagan uso de esta denominación, pues aun y cuando existen diversas denominaciones, siempre seguirá intacta su esencia; es decir, que no importa que denominación reciba el “Derecho Penal”, ya que ésta sigue siendo la rama del derecho que estudia el conjunto de normas jurídicas del Estado que versan sobre el delito y las consecuencias que este acarrea, ello es, la pena y las medidas de seguridad.

2.5 DERECHO CRIMINAL.

El “Derecho Criminal” es una expresión que toma como piedra angular al suceso o hechos que motiva la aplicación de la consecuencia jurídica, esto es, al hecho antijurídico (delito y/o crimen), tal acepción es utilizada por la escuela positivista que prefiere denominarlo *Diritto Criminale*, omitiendo con ello utilizar la palabra pena para remplazarla por la de sanción. Pero, si tomamos en consideración que crimen en términos jurídicos no es otra cosa más que: “una infracción muy grave contra la moral o la ley, castigada por las leyes o reprobada por la conciencia”; dicho concepto dista mucho de lo que actualmente significa para el derecho penal un delito (acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal).

La anterior expresión ha caído en desuso, aunque Heinrich Jescheck⁽⁴³⁾ comenta que en países como Francia actualmente se emplea indistintamente “*Droit Penal*” o “*Droit Criminal*”, debido a que no se atribuye significación alguna a una o a otra expresión, sin embargo en nuestra legislación esta denominación no tiene validez, ya que en nuestro orden jurídico no existen “crímenes” sino delitos.

2.6 DERECHO DE DEFENSA SOCIAL.

Fue José Agustín Martínez, quién en el año de 1936, como parte integrante de la comisión redactora para un nuevo ordenamiento penal en Cuba,

⁴³ Heinrich Jescheck. *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. I. Edit. Bosch, 3ª edición, Barcelona, España, 1981, Pág. 15.*

utilizó por vez primera el termino “Derecho de Defensa Social”; sin embargo, dicho vocablo es muy criticado, ya que no solo el Derecho Penal tiene como misión proteger a la sociedad, pues tal función le es común a toda rama del derecho. Por tanto, basta recordar lo citado por el maestro Fernando Castellanos quien al momento de referirse con relación a la denominación de Derecho de Defensa Social, acertadamente señala que: *“todo el Derecho y no sólo el penal se dicta para la defensa de la sociedad”*(44), criterio con el cual estamos de acuerdo. Así las cosas, al derecho laboral o agrario también se le podrían designar correctamente como “Derecho de Defensa Social” sin que exista obstáculo teórico-práctico alguno para ello. Siendo esta la razón por la que rechazamos su empleo.

2.7 PRINCIPIO “NULLUM CRIMEN SINE ACTIO”.

Es en la actualidad que el Derecho Penal puede concebirse solo a través del entendimiento del comportamiento humano, lo que nos permitirá fundamentar de manera debida la imposición de alguna sanción; por tanto, resulta valido afirmar que será el ámbito del ordenamiento jurídico el que se ocupe de determinar los delitos y las faltas, así como establecer las penas y medidas de seguridad que procede imponer a los delincuentes, que lleven a cabo la comisión de dichos delitos o faltas. El hecho de que ciertas conductas tipificadas como delictivas varié, se debe en gran parte a la época en que se viva y los países en que se realicen dichas conductas; pero en todo caso, la descripción abstracta que hace la norma respecto de ciertas conductas antisociales, tiene como finalidad tutelar a la persona y sus bienes (vida, integridad física, propiedad, desarrollo psicosexual, etc.), amparándose también a la comunidad de que se trate, por lo que la sanción penal, entendiéndose ésta, como una consecuencia de derecho, exclusivamente podrá ligarse a un comportamiento que opere como su supuesto normativo.

Ahora bien, un requisito del derecho penal es la proporcionalidad que existe entre el delito, la pena y el respeto al principio de legalidad, teniendo como formula fundamental, según la tradición procedente del derecho romano, la sentencia por todos conocida como: *“nullum crimen, nulla poena sine previa lege”* (“ningún crimen, ninguna pena sin ley previa”) o mejor dicho: *“nullum crimen sine conducta”*; la cual lógicamente viene a significar la posibilidad del Estado para sancionar penalmente algún hecho que provenga de un comportamiento humano que se encuentre tipificado por la norma punitiva como delito. Sin embargo, donde encontramos opiniones diferentes es en saber que se entiende por comportamiento humano y cuales son los elementos que le son característicos, ya que prueba de ello han sido los innumerables vocablos que se han empleado para designarlo y las distintas teorías que sobre el mismo han surgido durante la

44 Fernando Castellanos Tena, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, Primera Edición, México Distrito Federal, 1959, Pág. 20.

evolución del derecho penal. Entre los términos de mayor uso se encuentran los siguientes: “conducta”, “acto”, “hecho”, “acción”, “acontecimiento”, etc.

El concepto del comportamiento humano dentro del Derecho Penal moderno, provoca problemas de “discriminación” –si así pudiera decirse-, ya que a través de él se dejan fuera del ámbito jurídico-penal todos aquellos hechos que no tienen como antecedente una manifestación de la voluntad humana dirigida, denotándose con ello que el comportamiento humano en el ámbito penal limita en algunas ocasiones el ejercicio del *ius puniendi* o facultad sancionadora del Estado.

Es así como el comportamiento humano, deja fuera del mundo jurídico-penal, toda transformación del mundo externo que no provenga de un supuesto que reúna los siguientes elementos:

- a) **Una volunta dirigida.-** Es el elemento interno que envuelve un coeficiente psíquico orientado, es decir, que son aquellos que no se pueden apreciar con los sentidos por encontrarse en el interior de la persona humana, en su pensamiento y en sus sentimientos y por ello su comprobación resulta complicada, sin embargo cuando se exteriorizan actúan bajo una clara noción de un fin.
- b) **La manifestación externa de esa voluntad.-** Está compuesta por el desplegamiento del acto positivo en forma de acción y volitivo encaminado a la concreción del hecho que la norma considera como delictivo, ya que no basta la voluntad para que el Derecho Penal intervenga en la esfera jurídica del individuo, sino que es menester que ese coeficiente psíquico cobre forma en el mundo real para que sea valorado punitivamente: Una voluntad por más mala que sea, si no se manifiesta en el exterior, no puede ser castigada penalmente.

Sigue cuestionándose sobre si la omisión forma parte del comportamiento humano, si reúne las características identificadas con los incisos **a)** y **b)**. En principio reconocemos que la omisión no existe en el mundo del ser y que por lo tanto su análisis y comprensión partirán de tal razonamiento.

2.8 TIPO PENAL.

No todo comportamiento humano es trascendental para el ordenamiento penal, pues aún y cuando la transformación del mundo externo derive de acciones positivas enfocadas a delinquir y con ello violentar el orden legal previamente establecido, en donde el sujeto activo cuando ha encaminado su accionar hacia lo delictivo voluntariamente realizaría el evento en su favor y en perjuicio del pasivo; puede ser que este comportamiento o conducta, no sea considerada como relevante para la imposición de una pena o medida de seguridad a su autor. Es decir, que no basta la existencia de un comportamiento humano para darle vida a

la aplicación de una sanción penal, sino que además se requiere como elemento fundamental de la estructura delictiva, la tipicidad de la conducta, que no es otra cosa que la adecuación exacta del comportamiento realizado con la previa descripción legal de este; luego entonces, resulta más que evidente que será el propio aparato legislativo quien a través de la interpretación del sentir social, configure para cada tiempo y lugar el catálogo del comportamiento humano que, reuniendo determinados elementos, se reputaran como delitos, mismos que deberán ser sancionados por el órgano judicial competente para tal efecto, describiéndose en forma abstracta dichas conductas humanas en normas penales llamadas “tipos”.

En primer lugar debemos hacer la aclaración de que “tipo” y “tipicidad” no son expresiones que de alguna manera se equiparen: El tipo penal es “la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible”(45), es decir el conjunto de elementos definidos por la Ley, constitutivos de un delito; mientras que la tipicidad es “la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto”(46) o dicho de otra manera, es la conducta del hombre que se subsume en el tipo penal.

Para una mejor comprensión, citaremos el siguiente ejemplo:

- Cuando X amenaza a Y para despojarse de sus pertenencias y posteriormente darse a la fuga, es indudable que se realiza un hecho real que debe ser analizado para efectos de su subsunción o no en la descripción legal.
- Por tanto, si la conducta desplegada por X se adecua a la descripción legal prevista por la norma, entonces habrá tipicidad, es decir, que si X con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, desajuda a Y de sus pertenencias, éste hecho resulta jurídico-penalmente relevante.
- Ahora bien, conforme a lo dispuesto por nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, observamos que la conducta realizada por X se encuentra prevista y sancionada por el numeral 220 del ordenamiento legal en cita, el cual establece el tipo penal (descripción legal) del delito de robo; conducta que en muchos de los casos puede ser considerada como grave si al momento de su realización concurren una serie de circunstancias, tales como, que se realice mediante el uso de la violencia física o moral, o en lugar cerrado, etc.; agravantes que pueden derivar en un aumento de la pena prevista por el tipo penal básico del ilícito de robo.

45 Alfonso Reyes Echandía. *Op. Cit.*, Pág. 96.

46 Fernando Castellanos Tena. *Op. Cit.*, Pág. 167

a) El Tipo sistemático y tipo garantía individual.

Hemos de señalar que doctrinalmente existen dos conceptos de tipo según su contenido:

- **El tipo garantía individual o tipo en sentido amplio.-** Es aquel que encierra todos los presupuestos que condicionan la aplicación de una sanción penal, comprendiendo entre sus elementos a saber:
 - 1.- Al tipo sistemático o tipo en sentido estricto;
 - 2.- La antijuridicidad;
 - 3.- La culpabilidad; y,
 - 4.- Las condiciones objetivas de punibilidad -si es que las hay-.

- **El tipo sistemático o tipo en sentido estricto.-** Se encuentra identificado como aquel que describe la conducta prohibida por la norma, comprendiendo dentro de si, tanto a los elementos objetivos como subjetivos (este tipo restringido constituye la materia de la prohibición, definiendo al delito en la ley penal, sin que importe que su descripción no sea gramatical pues ésta se puede obtener mediante la interpretación).

b) El Tipo objetivo y tipo subjetivo.

Como una peculiaridad dentro de la composición del tipo sistemático se llevó a cabo una subclasificación que trata de explicar los elementos integrantes del tipo restringido, llamando tipo objetivo al grupo de elementos de naturaleza objetiva y tipo subjetivo al conjunto de elementos internos que los estructuran –un correcto estudio del tipo sistemático en su parte objetiva requiere el conocimiento de los elementos típicos descriptivos y elementos típicos normativos, que en su conjunto bien se pueden denominar “modalidades del tipo objetivo”. Los elementos normativos para su comprensión requieren de una especial valoración, ya sea jurídica o cultural. Los elementos descriptivos son aquellos que se aprecian por los sentidos-. Del anterior razonamiento podemos señalar que forman parte del tipo subjetivo el dolo y los elementos subjetivos del injusto en tratándose de los delitos dolosos, mientras que en los culposos, el tipo subjetivo se integra con la culpa.

Por tanto, para la aplicación de las sanciones penales solo resulta relevante el comportamiento típico, es decir, aquel que encaja exactamente en la descripción abstracta de la ley penal, sin que deba obviarse que no basta la simple adecuación típica de un comportamiento para que este sea punible, ya que para

ello se requiere además su contradicción formal y material con el orden jurídico establecido (carácter indiciario de la tipicidad).(47)

2.9 LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA-DOGMÁTICA DEL CONCEPTO GENÉRICO DE ACCIÓN.

Es común que se afirme de manera equivocada que para el Derecho Penal, el comportamiento humano es una “acción”, vocablo amplio capaz de comprender dentro de sí, tanto al “hacer” como al “omitir”. Como primer comentario haremos la observación de que la acción en un sentido amplio (*lato sensu*) encierra una contradicción, ya que con tal acepción se pretende abarcar en un mismo concepto dos conductas completamente opuestas, como lo son la “acción” y la “omisión” de ella.

Pese a tal contradicción, el concepto general de acción es de frecuente empleo para el derecho moderno, lo que puede deberse a un uso mecánico, ordinario y repetitivo de tal concepto. A este respecto nos indica Francesco Antolisei: “Ordinariamente se enseña que la acción puede asumir dos formas diversas: una positiva y una negativa; puede consistir en un hacer o en un no-hacer. En el primer caso tenemos la acción en sentido estricto (llamada también acción positiva), en el segundo, la omisión (llamada también acción negativa)”(48).

Dada la imposibilidad de adoptar el vocablo genérico de “acción”, los juristas alemanes de finales del siglo XIX, forjadores de la dogmática penal, tuvieron la necesidad de crear un concepto general o amplio de acción, que abarcara toda forma de comportamiento humano que fuera capaz de generar un delito, pues de lo contrario debían resignarse a dejar impunes una infinidad de conductas por ser éstas atípicas. Este esfuerzo un tanto equivocado, tuvo su origen en el Código Penal Alemán de 1871, ya que en su artículo 1º, el legislador alemán empleó el término “acción” sin hacer distinción alguna entre los diversos comportamientos humanos –hacer, no hacer o dejar de hacer- para así definir a las infracciones penales, lo que significó que forzosamente se entendiera que todo crimen, delito o contravención tenía como origen una “acción”, so pena de quedar impune. Dicho artículo establecía que:

“Una acción amenazada con muerte, reclusión o arresto en fortaleza por mas de cinco años, es un crimen.

47 Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Edit. TEMIS. Bogotá, Colombia, 1989, Pág. 79.

48 Francesco Antolisei. *La Acción y el Resultado en el Delito*. Edit. Jurídica Mexicana, México, 1959, Pág. 27.

Una acción amenazada con arresto en fortaleza hasta de cinco años, o multa únicamente, en un delito.

Una acción amenazada con arresto o con multa hasta de ciento cincuenta marcos es una contravención”.

Tal expresión, utilizada por los alemanes (“Una acción); originó en principio conflictos legales, ya que desde un punto de vista completamente literal la palabra “acción”, excluía por completo todas aquellas conductas omisivas; por lo que, los intérpretes de la ley tuvieron que contemplar como “acción” toda conducta humana que pudiese generar un delito, lo que derivó en la creación de un concepto amplio de “acción”, que resultó contradictorio y polémico, pero suficiente para dar solución al problema en esa época.

De igual manera, a dicho concepto de acción (en su sentido amplio) se le asignaron diversas funciones que nunca pudieron exitosamente cumplirse, ya que a decir de Cobo del Rosal, éstas jamás satisficieron su idea principal, ya que(49):

- a) **Función limitadora o negativa.**- Según la cual el concepto de acción tiene el sistema del delito la tarea de fijar el límite para la consideración de los acontecimientos que importan al derecho penal, excluyendo de antemano todos aquellos que no reúnan las características de voluntariedad y exterioridad (*principio nullum crimen sine conducta*).
- b) **Función coordinadora.**- Debido a que la acción ha de representar un lazo de unión entre todos los elementos del delito, sin anticipar, en ningún caso, el contenido de los mismos.
- c) **Función definitoria.**- En el sentido de que la acción ha de estar dotada de contenido material suficiente para servir de sustrato a los demás elementos del delito.
- d) **Función clasificadora.**- Constituida por el amplio contenido del concepto general de acción, pues este puede aplicarse a todas las hipótesis en que el comportamiento humano se presenta: Acción en sentido estricto y omisión, ya sean dolosas o culposas.

Por tanto, los defensores del concepto genérico de acción imaginaron a ésta como un elemento supremo e independiente, una especie de sustantivo al que como adjetivos se le añadirían las restantes características delictivas, tales como

49 Cobo del Rosal M. y T. S. Vivès Antón. *Derecho Penal, Parte General*. Edit. Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, España, 1987, Pág. 278.

la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, convirtiendo, por obvias razones, a la acción como el elemento primario de su sistema, surgiendo así la estructura delictiva apoyada en un primer elemento de carácter unitario.

Sin embargo, con el correr de los años, tales ideas han sido debidamente superadas, pues resulta inaceptable la existencia de un concepto tan amplio de “acción”, el cual lleve consigo grandes contradicciones (como lo es la acción y la omisión de ésta). Muy probablemente esta sea la razón principal por la que los juristas contemporáneos prefieren hacer a un lado dicho concepto genérico de acción para enmarcarla bajo el concepto del “tipo penal”, connotación que resulta por demás eficaz para establecer su estructura delictiva. Hoy en día, podemos ver que coexisten tres conceptos genéricos de “acción”; los cuales pueden agruparse bajo tres ideas principales, que surgen como consecuencia de los estudios realizados por diversas corrientes, y que actualmente conocemos como: **1.-** El concepto causal de acción; **2.-** El concepto final de acción; y, **3.-** El concepto social de acción.

2.10 LA ACCIÓN EN LA TEORÍA CAUSALISTA.

Elaborada a finales del siglo XIX, y teniendo en el Derecho Penal Español su mayor aceptación, centra su idea principal al referir que la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta. Suele dividirse en dos vertientes derivadas de su propia evolución: El concepto natural de acción y el concepto valorativo de la misma. El concepto causal-naturalista fue creado a partir de una metodología positivista y constituye en la dogmática penal el punto de arranque para la teoría clásica del delito. Entre sus máximos exponentes se encuentran Von Liszt –creador de dicho concepto- y Beling, para quienes la acción es un proceso causal ciego en donde solo importa para su existencia la presencia de un movimiento corporal determinado por un impulso voluntario, movimiento causante a su vez de una modificación en el mundo, no existía un análisis de la voluntad del agente porque éste era visto como un simple impulso. El contenido subjetivo: dolo y culpa estaban analizados en la culpabilidad. No definían la omisión.

Según Liszt, la acción consiste en una modificación causal del mundo exterior, perceptible por los sentidos y producida por una manifestación de la voluntad, es decir, por la realización u omisión voluntaria de un movimiento corporal.⁽⁵⁰⁾ Como podemos observar, a la teoría causal-naturalista de la acción no le importaba el contenido o fin de la voluntad, ya que simplemente requería de un “impulso volitivo” (ciego) causante de un resultado material para su existencia.

50 Franz Von Liszt. Op. Cit., Tomo II, Pág. 297.

La dirección final de la voluntad es un aspecto que no le interesa en lo más mínimo, al menos para el estudio de la acción. Posteriormente y gracias a la influencia del causalismo valorativo o neokantiano de Mezger, se formularon correcciones a la teoría del causalismo naturalístico.

Con esta nueva teoría no se habla de acción sino de comportamiento humano y comprende tanto a la acción como a la omisión, ambas son consideradas manifestaciones de la voluntad causal. Entre sus más destacados logros se encuentra la diferenciación que llevan a cabo entre la voluntad, de la voluntad causal: la acción u omisión tienen que ser voluntarias, pero la voluntad es un simple impulso o deseo de acusar un resultado exterior. No está en la voluntad la finalidad perseguida. El dolo sigue en la culpabilidad. Al respecto nos dice Santiago Muir Puig: “La consecuencia para el concepto de acción es que ya no podía contentarse con ser un hecho naturalístico ajeno al valor, sino que debía ser susceptible de soportar los juicios de valor (desvalor) representados por las categorías de antijuridicidad y culpabilidad”(51).

Una vez analizada esta concepción, podemos observar que también nace a partir de un causalismo ciego, por lo que el contenido o dirección de la finalidad se analiza en torno a la culpabilidad y no dentro de la acción como comportamiento humano. La principal aportación de la teoría causal valorativa se ve reflejada en la inclusión que realiza dentro de la teoría del delito, de los elementos subjetivos del injusto penal.

2.11 LA ACCIÓN EN LA TEORÍA FINALISTA.

Con la llegada del finalismo, todo cambia. Para la escuela finalista creada por Hans Welzel a principios de los años treinta, solo hay una acción humana si hay voluntad, la acción es el ejercicio de la actividad final. Toda acción humana persigue un fin, el sujeto quiere hacer algo, alcanzar un objetivo y antes de actuar selecciona los medios que le permitirán el logro de su propósito. Esta concepción se fundamenta en una idea ontológica del actuar humano, ya que lo dota de sus elementos naturales. Según Welzel, la concepción causal de la acción no hace distinción alguna entre el comportamiento humano, de aquellos fenómenos naturales o del comportamiento animal. A éste respecto refieren los autores Mario Sierra y Salvador Cántaro, que: “Para el finalismo, el contenido de la voluntad adquiere un papel relevante en el concepto de acción. Welzel sostuvo que no se podía hablar de acción humana si no existía una voluntad. Las acciones humanas persiguen un fin, son acciones finales. El sujeto obra guiado por una finalidad; por esa representación, selecciona los medios para obtenerlo, y en un tercer momento

51 Santiago Muir Puig. *Derecho Penal, Parte General. Edit. PPU, 3ª edición. Barcelona, España, 1990, Pág. 170.*

pone en marcha la causalidad, orientándola a la finalidad representada o imaginada. Las representaciones y su contenido (razones, creencias y deseos) son parte del universo antológico de la conducta, en forma de finalidad”(52).

En principio pudiéramos señalar que la concepción final de la acción es correcta, ya que en ella se pone mayor énfasis en los componentes reales de una conducta humana, a saber: **a)** Una voluntad dirigida a un fin y **b)** La manifestación exterior de ésta; por lo que, la dirección final de la voluntad se lleva a cabo mediante dos etapas:

- La que se desarrolla exclusivamente en el plano mental, componiéndose de la elección del fin y los medios para su consecución.
- La que aparece en el mundo real y consiste en la manifestación externa de esa voluntad final(53).

Esta teoría sostiene que, al concepto de acción pertenece la finalidad, y como ésta se identifica con el dolo, el dolo debe incluirse en la acción y no en la culpabilidad, por lo que el dolo pertenece al tipo (obviamente en el caso de los delitos dolosos). Pese a ello, la teoría finalista de la acción no pudo escapar de la crítica, las que se encaminaron principalmente en las dificultades que ésta corriente tuvo para explicar de manera satisfactoria las distintas formas en que el comportamiento humano suele presentarse. Al respecto Jescheck señalaba que: “...la finalidad no explica satisfactoriamente la *omisión*, a la que falta la “conducción final de un proceso causal”. Y no querer actuar no es todavía omisión, pues hace falta lo esencial, que es el *deber de actuar*, el cual no tiene nada que ver con la finalidad. Pero sobre todo, se arguye en contra del concepto final de acción que tampoco la finalidad es lo esencial en los delitos imprudentes, ya que el perseguir el resultado atípico no es más que un momento negativo en la imprudencia, cuya esencia es la infracción de la norma de cuidado”(54).

Sin embargo, podemos decir -a título personal-, que dichas objeciones no resultan contundentes, ya que en el actuar imprudente también existe una orientación de la voluntad, pero ésta no se encuentra encaminada a producir el resultado prohibido, sino a uno penalmente intrascendente: un claro ejemplo de ello sucede cuando el conductor, incumpliendo un deber de cuidado objetivo

52 Sierra, Hugo Mario y Cántaro, Alejandro Salvador. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Edit. UNS. 1° Edición. Bahía Blanco-Argentina. Junio de 2005. Pág. 154.

53 Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán, Parte General. Edit. Jurídica de Chile, 11ª edición, Santiago de Chile, 1987. Págs. 54 y sigs.

54 Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen I. Edit. Bosch, 3° edición. Barcelona, España. 1981. Pág. 294.

atropella a un hombre, su acción de conducir también es final (quiere conducir a su destino), aunque la dirección de esta acción se orienta al resultado típico producido(55).

Con respecto a las conductas omisivas, los principales exponentes de la teoría finalista pronto se dieron cuenta de que esta peculiar forma delictiva no podía explicarse a través de los principios científicos que rigen al hacer (acción), por lo que construyeron un apartado especial para ella dentro de su teoría delictiva. Al respecto Welzel(56) nos dice que la acción y la omisión de esta son dos subclases independientes dentro de la conducta final, lo que convierte a la teoría finalista en bitómica y no unitaria, siendo la acción y la omisión la base primaria del sistema(57).

2.12 LA TESIS DE GUSTAVO RADBRUCH.

Gustavo Radbruch, nacido en la Ciudad de Lübeck (Alemania), en el año de 1878, destaca por ser un filósofo del derecho, siendo uno de los primeros doctrinarios en oponerse al término genérico de acción, basando su tesis en argumentos sencillos que representan el punto de partida de todos aquellos autores que niegan la existencia válida de una acción genérica que comprenda dentro de sí a dos conceptos totalmente contradictorios: la incongruencia. Para éste destacado profesor, la diferencia entre acción y omisión es semejante a la que existe entre los conceptos de “ser” y “no ser”, concluyendo que dicho antagonismo no puede ser resuelto a través de un concepto superior que los contemple(58), negando de manera rotunda la existencia de un concepto superior comprensivo a la vez de la acción y de la omisión, por lo que para dicho autor, el elemento primordial sobre el que descansa la estructura delictiva no es la “acción” sino el tipo(59), opinión con la cual estamos completamente de acuerdo. Dentro de sus múltiples argumentos utilizados para negar el concepto amplio de acción, destaca el hecho con respecto a, si la omisión es la negación del hacer, no podrán existir los elementos del actuar positivo en su contrario; es decir, en la omisión no existirá voluntad ni manifestación corporal de ella.

55 Novoa Monreal, Eduardo. *Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal*. Edit. TEMIS, 2ª edición. Bogotá, Colombia, 1982, Pág. 64.

56 Cfr. Hans Welzel. *Op. Cit.*, Pág. 276.

57 Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Edit. TECNOS, S. A. 3ª edición. Madrid, España. 1990. Pág. 278.

58 Cfr. Francesco Antolisei. *Op. Cit.*, Pág. 28.

59 Reconoce Mezger que la posición tomada por Radbruch es en principio acertada, pues reflexionando un poco sobre el tema termina aceptando que la tipicidad es la base del sistema delictivo. Cfr. Edmundo Mezger. *Op. Cit.*, Pág. 87.

Es evidente que el “hacer” y el “omitir” son entes completamente opuestos, sin embargo lo que no resulta muy convincente en la tesis de Gustavo Radbruch es el hecho de que equipare a la “omisión” con el “no hacer”, pues como podemos observar, también se puede omitir realizando acciones, prueba de ello es el típico caso de la madre que en lugar de amamantar a su hijo hace gimnasia en la azotea mientras que su hijo muere por inanición, bajo esta idea, resulta claro que existe una acción por parte de la madre, empero, la misma es omisiva en cuanto al deber que ésta tenía con respecto a su menor hijo, provocando así un resultado material que en muchos de los casos no se encuentra previsto por la norma –y que no por ello dejan de ser sancionables, pues como sabemos, existen reglas generales las cuales, de alguna manera pretenden abarcar en la medida de lo posible esta serie de conductas omisivas, en donde lo que importa es no haber realizado la acción mandada por la norma-. Finalmente, podemos señalar que el concepto amplio de acción ha dejado de tener vigencia para el derecho penal actual, limitándose su estudio a sentar las bases para lo que hoy conocemos como “tipo”. Habrá quienes aun consideren a la acción como un concepto general, pero independientemente de ello, no podemos dejar de lado que la acción y la omisión con figuras completamente contradictorias que no pueden coexistir bajo un mismo concepto.

2.13 LA ESENCIA NORMATIVA.

Hemos visto que la acción y la omisión forman parte del derecho penal como comportamientos relevantes para éste, sin embargo, obedecen a planos completamente diferentes, ya que la acción es natural y la omisión es normativa. La acción existe con independencia de la normatividad. Es una realidad ajena al mundo jurídico. El legislador cuando la contempla en la estructura típica del delito, la considera como es, pues tiene una vida propia anterior a la norma. En cambio, la omisión es un elemento normativo sin existencia previa antes de la norma; es el propio legislador quien a través de un mandato otorga la posibilidad de que por el incumplimiento de éste, tenga vida una omisión punible. Esta característica representa el verdadero alcance y sentido del omitir, el cual tiene una esencia normativa que lo distingue sustancialmente del hacer.

Al respecto nos dice Jiménez Huerta que la omisión es “tan-solo un concepto jurídico, carente de realidad natural”(60). Esta diversidad de plano existenciales entre el hacer (acción en estricto sentido y único para nosotros) y el omitir, constituye un argumento capaz de producir el rechazo rotundo hacia la utilización del termino amplio de “acción”, ya que resulta por demás ilógico sostener un concepto que pretende reunir en si mismo a dos entes que como ya hemos referido son de esencia completamente contradictoria.

60 Cit. Por Luís Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*. Edit. LOSADA, S. A., 4ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1977, Pág. 414.

Quienes equiparan a la omisión con la inactividad pretenden establecer una semejanza que también consideramos equivocada. Al respecto debemos decir que la inactividad es tajante y por ello significa quietud absoluta; en cambio, el omitir es la no realización de una acción particular, lo que se traduce en la posibilidad de que el sujeto omita a través de dos medios diferentes:

- Cuando no actúa (inactividad); o bien,
- Cuando realiza una acción distinta a la ordenada (actividad)

Independientemente de que se acepte o no la inactividad total del hombre.(61) debemos indicar que la omisión no necesariamente surge mediante ella. Cuando dijimos que la madre en lugar de alimentar a su hijo hace gimnasia en la azotea ocurriendo la muerte del menor por inanición, indudablemente que esta no se encuentra inactiva y sin embargo omite, lo que solo se explica cuando se entiende que la omisión no es necesariamente una inactividad. Así lo considera Santiago Muir Puig cuando afirma: “Adviértase que el tipo de omisión no requiere la pasividad física del autor, sino que precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta *activa* distinta a la ordenada”.(62)

Con tales ideas queda al descubierto un problema total en la Teoría del Delito: Si la acción es natural y la omisión normativa, no habrá un elemento del delito de carácter unitario antes del tipo. Es decir, no puede considerarse válida la postura que sostiene que la acción en sentido amplio es la base de la teoría delictiva en virtud de que en ella, según lo hemos señalado, no puede comprenderse a la omisión que es por esencia normativa. Luego entonces, no es la acción por sí misma la base que determine la relevancia penal del hacer o del omitir, pudiendo nosotros concluir que el primer elemento del delito es la existencia de una acción o de una omisión típica.

De lo dicho hasta el momento podemos concluir que no solo a través de la acción sino también mediante la omisión de ella, pueden vulnerarse bienes jurídicamente tutelados. Cuando la no realización de una acción es considerada por el legislador como merecedora de una pena o una medida de seguridad, estaremos ante la presencia de la llamada omisión punible (conviene aclarar que el derecho penal no crea el concepto de omisión, aunque si se sirve de éste para la configuración de los delitos que ahora estudiamos; en realidad, existen omisiones fuera del ámbito penal, pues basta con observar la infracción de cualquier norma preceptiva de carácter moral, social o jurídica para que ésta concorra). En la historia de la humanidad siempre han existido omisiones punibles;

61 Enrique Bacigalupo. Delitos Impropios de Omisión. Edit. TEMIS, 2ª edición, Bogotá, Colombia, 1983, Pág. 15.

62 Santiago Muir Puig. *Op. Cit.*, Pág. 321.

la única diferencia entre un periodo histórico y otro ha sido la importancia que estas cobran en el ámbito jurídico-penal.

Es a partir de la obra de Furerbach, en el año de 1828, cuando se realiza un tratamiento serio sobre este tema,(63), pudiendo decirse que con el análisis realizado por este autor comienza la etapa científica de su estudio. La evolución dogmática del delito omisivo se encuentra actualmente en un estadio que nos permite afirmar, sin temor a equivocarnos, que la omisión, como una forma mas de delinquir, ya cuenta con un lugar importante en los tratados penales, en tanto que la política criminal se preocupa cada vez mas por ella y por la forma en que ha de combatirla.

Al respecto Santiago Muir Puig(64) sostiene que en el Derecho Penal la presencia de una omisión no depende del carácter físico-naturalístico de una conducta como activa o pasiva, sino de la estructura del tipo y su significado como base de la infracción de una norma penal preceptiva, concluyendo que no podrá establecerse la existencia de una omisión en el sentido del derecho penal antes de contemplar al tipo, situación que no acontece en la acción (positiva).

La omisión penalmente relevante solo puede ser la omisión de una acción esperada (auxiliar, socorrer, evitar que se cometa un delito), porque se impone el deber de realizarla. El delito omisivo es, por tanto, la omisión de una determinada acción que el sujeto tenia obligación de realizar. Es la infracción de un deber jurídico, el cual puede consistir en un deber genérico por incumbir a cualquier persona (prestar ayuda a alguien en peligro), o un deber específico que solo incumbe a un determinado grupo de personas (funcionarios públicos, médicos, etc.). Bajo este mismo pensamiento, Eugenio Raúl Zaffaroni(65), refiere que en el plano pretípico no existen omisiones penalmente relevantes, sino solo acciones.

2.14 LAS BASES JURÍDICAS.

El destacado autor Eduardo Novoa Monreal(66) refiere que la omisión punible descansa en dos ideas a las que el denomina “bases jurídicas del omitir”, y que son la normatividad y la concepción filosófica del Estado.

63 Anselm Von Furerbach. *Lehrbuch des gemeinen in deutschen gültigen peinlichen. Delitos Improprios de Omisión*, Pág. 12.

64 Cfr. Santiago Muir Puig. *Op. Cit.*, Pág. 321.

65 Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III*. Editorial Edlar, S. A. Buenos Aires, Argentina, 1981, Pág. 449.

66 Cfr. Eduardo Novoa Monreal. *Fundamentos de los Delitos de Omisión*. Edit. Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1984, Págs. 17 y sigs.

Para que exista un delito omisivo, este deberá estar contenido en una norma legal, por lo que, en el presente caso, dicha existencia se encuentra ratificada a nivel legislativo por los artículos 15 y 16 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, ordinales en los que se establece la realización de un delito mediante una acción o por una omisión y la cláusula general para los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, respectivamente; lo anterior como una clara consecuencia del carácter de las normas de conducta –ya sean prohibitivas o de mandato-.

Por lo que respecta a las normas de mandato o preceptivas, éstas suelen conformarse por una norma primaria en sentido positivo de forma que su expresión legal a través de la norma secundaria suele realizarse en sentido negativo: “ejemplo artículo 157 del Código Penal para el Distrito Federal”. Cabe recordar que éste tipo de conductas, sólo serán jurídicamente relevantes cuando se haya realizado la omisión de una acción ordenada y esperada por la ley, pues la esencia de la omisión no radica en una simple inactividad, sino en un “no hacer” la acción esperada.⁽⁶⁷⁾ No es necesaria siquiera la actividad, ya que es posible que el sujeto que tiene el deber de actuar, no actúe o bien lleve a cabo una acción distinta a la esperada por la propia ley. Sin lugar a dudas, las normas jurídicas, concretamente las de carácter preceptivo, son un elemento indispensable del delito omisivo, pues, como hemos observado, nadie puede omitir sin tener la obligación de hacer.

Por su parte, la concepción filosófica del Estado determina la importancia y número de los mandatos que el individuo debe respetar en un lugar y momento dado. La trascendencia de la concepción filosófica del Estado para el delito de omisión puede describirse del siguiente modo: mientras más social sea la concepción filosófica del Estado, más acciones se impondrán al individuo, lo que en muchos casos conllevarán sanciones de carácter penal para quien las incumple. Esta situación poco ocurre en un sistema individualista o liberal, en el que desde luego también existen omisiones sancionadas penalmente, pero claro esta, en menor número.

⁶⁷ De la Cuesta Aguado, Paz M. *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Primera Reimpresión. Ediciones Jurídica Cuyo. Argentina Pág. 210.

CAPITULO III

DELITOS DE OMISIÓN

3.1 DEFINICION.

Von Liszt ha definido a la omisión señalando que esta consiste en: “no impedir voluntariamente un resultado”, agregando que la “manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debería haberse realizado (y que fuera realizable)”(68). En otras palabras, este autor refiere que la omisión, al igual que la acción, debe ser voluntaria, determinando que la manifestación de ésta consiste precisamente en la no realización de una acción. Por su parte, Ernesto Beling también considera que la omisión debe ser voluntaria, sin embargo su definición resulta un tanto incompleta ya que en ella no contempla a la verdadera esencia del omitir y que no es otra cosa más que “la no realización de la acción mandada”. Para Beling, la omisión es la “inactividad corporal voluntaria, contención de los nervios motores dominada por la voluntad”.(69)

Es indudable que todos estos autores coinciden en señalar que la omisión es una inactividad corporal, a la que de manera acertada entiende Von Liszt como la no realización de la acción debida. De igual manera, afirman que la voluntad es una característica básica del omitir, lo que indudablemente se debe a la uniformidad de criterios, que ya ha sido puesto en tela de juicio por Jescheck cuando refiere que a los delitos de omisión no se les deben aplicar las reglas del hacer, ya que los primeros se distinguen tan esencialmente de los últimos, “que no resulta posible una traslación inmediata a los mismos de las reglas y conceptos jurídicos desarrollados para los delitos de comisión”,(70) negando así este autor el llamado “principio de inversión” tan defendido por Kauffmann(71).

Ahora bien, desde un enfoque completamente normativo, el termino “omitir”, solo puede entenderse como una contravención a un mandato concreto de hacer que es posible; en otras palabras, es la no realización de la acción debida por parte de un sujeto al que le es exigible y posible su ejecución.

68 Franz Von Liszt *Op. Cit.*, Tomo II., Pág. 314.

69 Cit. Por Jesús María Silva Sánchez. El Delito de Omisión. Concepto y Sistema. Edit. Bosch. Barcelona, España, 1986, Pág. 21.

70 Heinrich Jescheck. *Op. Cit.*, Vol. II., Pág. 824.

71 Armin Kaufman. Unteriassungsdelikte. Págs. 87 y sigs. Cit. Por Heinrich Jescheck. *Idem.*

3.2 CLASIFICACIÓN.

Dentro de la omisión podemos encontrar dos clases: la primera conocida como delitos propios de omisión u omisión propia, y la segunda denominada omisión impropia o comisión por omisión. Ésta distinción entre delitos propios e impropios de omisión, formulada en forma casi unánime por la doctrina, es admitida por nuestro derecho penal.

- **Delitos propios de omisión u omisión propia.-** Son delitos de mera actividad, en ellos se castiga la simple infracción de un deber de actuar y se encuentran expresamente descritos en las leyes penales, bajo alguna de las siguientes modalidades: a) Aquellos en que la ley contiene un tipo penal que sanciona una simple omisión, por lo cual lo prohibido es la mera infracción al deber de actuar; y b) Aquellos en que se incluye bajo la misma amenaza penal, tanto cometer la acción que produce el resultado, como la omisión de evitarlo.(72)
- **Delitos impropios de omisión o comisión por omisión.-** Este tipo de ilícitos se constituye por una infracción de un deber legal de impedir el resultado. En ellos el dominio del hecho vuelve a ser desplazado por la infracción de un deber específico dirigido a impedir un resultado. Son consecuencia de una creación teórica y de la jurisprudencia, y están formados por un grupo de delitos cuya existencia se deduce de mandatos contenidos en los tipos penales de acción que obligan a evitar la lesión de bienes jurídicos. Son casos en los que la tipificación se hace generar de la conversión de una norma prohibitiva (no matarás) en una imperativa (deberás respetar la vida). El mayor problema de este tipo de ilícitos es que al no estar regulados en la ley, su existencia está basada en una operación analógica en cuya virtud se pretenden establecer presupuestos bajo los cuales la no evitación de un resultado puede equipararse a su producción.(73)

3.3 EL TIPO OBJETIVO.

Parte de la doctrina sostiene que la omisión es una de las dos formas que puede asumir la conducta, no es simplemente una inacción sino es un “no hacer”,

72 Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Buenos Aires, Argentina. Hammurabi. 3° edición renovada y ampliada. 1994. Págs. 199-200.

73 Ídem.

siendo ello posible, una cosa determinada. Como todo delito, los impropios delitos de omisión requieren de una descripción abstracta en la ley penal que abarque todos y cada uno de sus elementos, tanto los de naturaleza objetiva como subjetiva. Para tal efecto, estudiaremos de manera general los componentes del tipo sistemático de cualquier delito omisivo, estableciendo como elementos de carácter objetivo los siguientes: **a)** situación típica; **b)** no ejecución de la acción debida; **c)** resultado material e imputación normativa de éste; **d)** posición de garante; y, **e)** la posibilidad real de evitar el resultado. En tanto, los de carácter objetivo se encuentran constituidos por el dolo en los delitos impropios de omisión dolosa, la culpa en los delitos impropios de omisión culposa y los elementos subjetivos del injusto, si es que los hay. Santiago Muir(74) afirma que el tipo objetivo de los impropios delitos omisivos muestra la misma estructura que el de los propios delitos omisivos (situación típica, ausencia de una acción determinada y capacidad de realización), sin embargo los delitos omisivos impropios se encuentra complementados con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la *imputación objetiva* del resultado material, a saber: **1.-** la posición de garante; **2.-** la producción del resultado; y, **3.-** la posibilidad de evitación.

3.3.1 La situación típica.

A este elemento también se le conoce como la “situación típica objetiva”, dentro de éste recae la descripción legal de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que debe generarse el hecho punible. La acción debe realizarse sólo en esa situación típica, dado que todos los tipos omisivos son circunstanciados. Es, en otras palabras, la abstracta delimitación ambiental en la que la omisión debe presentarse para poder ser sancionada penalmente –también empleamos el término de “descripción abstracta”, debido a que el tipo es precisamente eso, una configuración mental que obviamente parte de sucesos que acontecen en el mundo fáctico. La situación típica, en realidad, es el conjunto de elementos circunstanciados que deben existir al momento de configurarse la omisión-. El núcleo del tipo objetivo es la exteriorización de una conducta distinta de la ordenada (se demanda la existencia de una conducta que no se dirija al fin ordenado, siendo indiferente que el mismo se logre o no). Además, el sujeto activo debe tener la efectiva posibilidad de realizar la conducta ordenada, pues de lo contrario, su conducta distinta de la ordenada será atípica.

3.3.2 La no realización de una acción y la capacidad de realizarla.

Para lograr llegar a determinar este segundo elemento, se debe comparar

74 Cfr. Santiago Muir Puig. Op. Cit., Pág. 333.

la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. Generalmente esta última se encuentra descrita en el tipo penal –v. Gr.; art. 156, del Código Penal para el Distrito Federal, al indicar *[Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión si no resultare lesión o daño alguno. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad o de la tutela]*- cuando la ley sólo exige la realización de una acción. Por otra parte, se cuenta con aquellos casos donde el deber requiere evitar el resultado. La acción mandada se tendrá por cumplida cuando el obligado haya intentado seriamente su realización.(75)

A la ausencia de una acción determinada, se añade la aparición de un resultado, por lo que la capacidad de realizar la acción debida debe comprender la capacidad de evitar la aparición de un resultado. Esta capacidad del obligado de realizar la acción mandada o de, en su caso, evitar el resultado, se trata, de un elemento individual; identificándola Jescheck como la capacidad individual de acción.(76) La definición de este elemento se puede enfrentar desde diversos puntos de vista; por una parte tenemos que esta capacidad de ejecutar o evitar el resultado debe evaluarse sin tomar en consideración el conocimiento que el autor tenga de ella, o sea, el llamado juicio de posibilidad se apoya en criterios objetivos, mientras que otra requiere del obligado el conocimiento de la situación generadora del deber como cognoscibilidad de los medios para realizar la acción y el conocimiento del fin de esta última. Finalmente, la “no realización de una acción”, como elemento del tipo, también se ha identificado doctrinalmente como la “exteriorización de una acción distinta a la exigida”, variante que robustece nuestra postura acerca de que la omisión puede actualizarse mediante un “hacer” o un “no hacer” concreto.(77)

3.3.3 El resultado material e imputación normativa de éste.

Causalidad no es otra cosa, más que un fenómeno físico que se presenta cuando una modificación del mundo externo llamada “efecto” se deriva materialmente de un factor denominado “causa”. Es así, como la “causa” y el “efecto” son los extremos de la causal, la cual debemos descifrar en materia penal para determinar si un sujeto ha desencadenado la producción de un resultado material prohibido.

75 Bacigalupo Zapater, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Buenos Aires, Argentina. 2ª edición, 1986 Págs.259-260.

76 Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada. 4ª edición, trad. Por José Luís Manzanares Samaniego, 1993 Pág. 454.

77 Zaffaroni prefiere enunciarla en forma positiva, mientras que Welzel lo hace en sentido negativo. Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado, Tomo III*, Pág. 454.

Es por ello que, para descubrir la existencia del vínculo causal entre una acción y el resultado prohibido se han elaborado diversas teorías, de entre las que destacan dos: **a)** La de la equivalencia de las condiciones; y, **b)** La de la causalidad adecuada. Es importante subrayar que estas dos teorías no son las únicas que sobre el nexo causal se han elaborado; sin embargo, nosotros nos referimos a ellas por ser éstas las de mayor aceptación a nivel doctrinario, aunque existen otras muy interesantes como la de la “causa eficaz” de Birkmeyer; la “condición preponderante” de Binding; la “imputación objetiva” de Honing o la “causalidad humana” de Antolisei, entre otras más.

- La teoría de la equivalencia de las condiciones.

Así las cosas, la teoría de la equivalencia de las condiciones, también conocida como de la *conditio sine qua non*, encuentra en la figura del jurista alemán Maximiliano Von Buri a su creador; fue elaborada a mediados del siglo pasado; dicha teoría sostiene como premisa fundamental que causa es “toda circunstancia sin la cual el resultado no se hubiera producido”.⁽⁷⁸⁾ Mediante una sencilla fórmula, para descubrir la causa de un resultado material, Von Buri establece un juego mental consistente en suprimir hipotéticamente la supuesta condición y si con ello desaparece también el resultado, dicha condición es causa del mismo.

A pesar de ello, existen errores en esta teoría que tienen su origen a partir del basto criterio lógico utilizado, provocando conclusiones tan absurdas como la del ya famoso caso del adulterio narrado por Binding,⁽⁷⁹⁾ en donde no solo son autores del delito los adúlteros, sino también el carpintero que fabricó la cama en donde este fue consumado.

Aún y cuando se pretendió conservar íntegros los postulados de esta teoría, la misma tuvo que ser corregida mediante el empleo de otros elementos del delito, como lo es la culpabilidad como corrector. En este sentido José A Sainz Cantero⁽⁸⁰⁾ comenta que afirmar que la conducta de un hombre ha sido la causa de un resultado no supone necesariamente aseverar que el autor es culpable y

78 Carlos Fontán Balestra. *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*. Edit. Abeledo-Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1990. Pág. 443.

79 Estas exageraciones doctrinales hicieron concluir a Binding que la teoría de la equivalencia de las condiciones llegaba a establecer que “todo el mundo sea culpable de todo”, creando para contrarrestar tal error su propia teoría, la cual se basa en considerar como causa únicamente a la condición “preponderante” o “determinante” del resultado. *Die Normen*, Vol. II, Pág. 478, Cit. Por Carlos Fontán Balestra. *Tratado, Tomo I*, Pág. 446

80 Saíenz Cantero, José A. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Edit. BOSCH. 3º edición, Barcelona, España, 1990., Pág. 444.

responsable del mismo, manifestando que los excesos a que esta teoría lleva en el terreno de la causalidad se corrigen en el área de la culpabilidad al no considerar como responsable del delito al autor cuando este no lo haya querido (directa o eventualmente) o causado imprudentemente.

- La teoría de la adecuación.

Por cuanto hace a la teoría de la adecuación, creada por el tratadista Von Bar,⁽⁸¹⁾ ésta mantiene como argumento principal, el hecho de que no toda causa puede resultar capaz de producir el resultado prohibido. Su método se basa en la utilización de la experiencia para catalogar como única causa trascendente del resultado a aquella condición que conforme a la experiencia o de acuerdo al sentido común, pueda normalmente producirlo. Para comprender sus alcances nos serviremos del clásico ejemplo del sujeto levemente herido en la vía pública y mismo que es conducido al hospital para su atención médica, lugar en donde muere al caérsele una barda mal construida. De acuerdo a la teoría de la equivalencia de las condiciones la herida leve es la causa de la muerte debido a que si la suprimimos mentalmente el resultado también desaparece, en cambio, para la teoría de la adecuación, una lesión de tal magnitud no es idónea para producir la muerte, concluyendo entonces que la herida leve no puede reputarse como causa del daño acaecido.

3.3.4 Las Teorías que defienden la causalidad.

Entre los autores que defienden la existencia de un nexo causal en los delitos impropios de omisión argumentando que la causa del resultado prohibido es la acción realizada por el autor en lugar de la debida, se encuentra Luden.⁽⁸²⁾ Éste autor partió de la idea de que el hombre siempre se encuentra activo y que mientras omite una acción invariablemente realiza otra, la cual viene a ser la causa del daño material descrito en los impropios delitos omisivos (teorías del *aliud agere*); sin embargo, ésta teoría al igual que muchas otras, fueron prontamente desechadas, ya que además de partir de premisas falsas como la del hombre siempre actuante, no pudieron hacer coincidir el momento del dolo con el de la desaparición de la condición causal, error que puso de manifiesto Binding al establecer su propia teoría sobre la causalidad omisiva.

81 Alfonso Arroyo de las Heras nos dice que el verdadero fundador de la teoría de la causalidad adecuada fue el fisiólogo Von Kries, profesor de la Universidad de Friburgo (1888). Arroyo de las Heras, Alfonso. Manual de Derecho Penal, El Delito, Edit. Arazandi, Pamplona, España, 1985. Pág. 68.

82 Cfr. Enrique Bacigalupo. Delitos Impropios de Omisión, Pág. 15.

En tanto, los trabajos desarrollados por Binding⁽⁸³⁾ se enfocaron principalmente al problema de la coincidencia entre los momentos del dolo y el de la generación de la condición causal, manifestando que de seguirse los postulados equivocados de Luden, Krug, Glaser o Merkel; solo se podía concluir la inexistencia de la culpabilidad en la omisión, o bien, aceptar la existencia de un *dolus subsequens* alterando los principios básicos de la teoría del delito. Considerando como inaceptable tales razonamientos, Binding sostuvo que la causa del resultado es la contención de la voluntad que impide la realización de la acción debida y no la acción anterior o paralela a ésta, logrando así hacer coincidir el momento del dolo con el de la conducta. A la teoría de Binding se le conoce como de la “interferencia” ya que en ella la contención de la voluntad es señalada como la causa del resultado material descrito en los impropios delitos omisivos.

Por otra parte, tenemos que, con respecto a la elección de que teoría emplear para descubrir la causa del resultado en los delitos impropios de omisión, según los seguidores de la corriente causal, muchos autores prefieren la teoría de la *conditio sine qua non*, adoptando de la misma forma el juego mental ideado por Buri, pero aplicándolo de manera contraria, es decir que en lugar de suprimir mentalmente la condición causal la imaginan. De este modo tenemos que la omisión es causa del resultado cuando añadida hipotéticamente la acción omitida, el resultado material desaparece.⁽⁸⁴⁾ Al respecto Rodríguez Mourullo sostiene que “la omisión será causal, cuando puesta mentalmente la acción no ejecutada, desaparece el resultado”.⁽⁸⁵⁾

3.3.5 Las teorías híbridas sobre la causalidad.

También existen teorías que aceptan una muy especial “causalidad” en los delitos impropios de omisión, las cuales parten de un concepto normativo de la relación causa-efecto, advirtiendo que la omisión, en el sentido físico de las ciencias exactas, no puede ser causa del resultado material descrito en los impropios delitos omisivos. A estas teorías las llamamos “híbridas” en virtud de que aun cuando se inclinan por negar la existencia de un vínculo mecánico entre la omisión y el resultado material prohibido, siguen empleando en sus explicaciones doctrinarias la expresión “causal” para designar a la relación existente entre ellos. Esta incoherente forma de utilizar el lenguaje nos ha llevado

83 Cfr. Karl Binding. *Die Normen und ihre Ubertretung, Tomo II, Leipzig, 1914, Págs. 516 y sigs. Cit. Por Enrique Bacigalupo en su obra Delitos Impropios de Omisión, Pág. 19.*

84 Cfr. José Sainz Cantero. *Op. Cit., Pág. 517.*

85 Rodríguez Mourullo. *La Omisión de Socorro en el Código Penal, Pág. 63. Cit. Por José A. Sainz Cantero. Ídem.*

la conclusión de que a pesar de que se ha descubierto que en los delitos impropios de omisión el resultado material descrito no es efecto del omitir, los penalistas “híbridos” mantiene una terminología inadecuada por razones meramente tradicionalistas.

Por otra parte, tenemos que entre las teorías híbridas sobre la causalidad existe la formulada por Silvio Ranieri,(86) quien después de afirmar la estructura normativa de dicha relación la sigue llamando “causal”, pero de tipo jurídico. Zaffaroni,(87) argumentando que si entendemos la causalidad como categoría del ser, es evidente la inexistencia de un nexo entre la conducta omisiva y el resultado material prohibido, reemplazando este autor el llamado “nexo causal” por uno llamado de evitación, sosteniendo sin embargo, que tanto en la acción como en la omisión se produce el fenómeno de la causalidad, aclarando que en el omitir ésta es de carácter “hipotético”.

3.4 Las teorías que niegan la causalidad.

Cabe señalar que las teorías que niegan la causalidad dan una solución al problema trasladando la discusión al ámbito de la antijuridicidad, sosteniendo que el resultado material solo es atribuido al omitente desde un punto de vista normativo, ya que cuando éste debía impedirlo permite ilícitamente su producción.

Es así, como para estas teorías, entre la omisión y el resultado material descrito en la estructura de los impropios delitos omisivos la causalidad no juega papel alguno; de lo contrario, no existiría razón alguna para distinguir la responsabilidad del padre que permite que su hijo se ahogue en la alberca y la del extraño que junto a él observa como el menor se ahoga. Para la mayoría de los autores, incluidos por supuesto aquellos que defienden la causalidad en la omisión, en el anterior ejemplo el padre comete el ilícito de homicidio, mientras que el tercero simplemente el delito de omisión de auxilio.

Cabe señalar que desde el siglo XIX, Von Liszt mencionó que la causalidad no juega papel alguno en la responsabilidad penal del omitente, indicando este prestigiado autor que “el orden jurídico, del mismo modo que la vida misma, equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo...Pero esta equivalencia no significa que deba apreciarse una provocación del resultado en el hecho de no impedirlo: La punibilidad de la omisión es independiente del supuesto de causalidad”.(88)

86 Cfr. Silvio Ranieri. *Manual de Derecho Penal, Tomo I*. Edit. TEMIS, 4ª edición, Bogotá, Colombia, 1975, Pág. 355.

87 Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*, Pág. 456.

88 Franz Von Liszt. *Op. Cit.*, Tomo II, Pág. 315.

Para una mayor comprensión del párrafo que antecede, volvamos a nuestro ejemplo, ¿Por qué los citados autores consideran al padre del menor autor de un homicidio y al extraño simplemente autor del delito de omisión de auxilio? La respuesta no la encontraremos en la causalidad, sino en la específica posición del sujeto que hace surgir en el un deber de evitación que de infringirse, posibilita la atribución del resultado por la equivalencia valorativa a la que se refirió hace mas de un siglo Von Liszt.

Ahora bien, en la producción del resultado si existe un factor causal que lo desencadena y que no es lógicamente la omisión, sino una causa ajena al agente y sobre la cual este no ha influido directa o indirectamente para su conformación. Lo anterior es así debido a que el omitente está precisamente obligado a cortar la cadena causal que tiene como fin producir un daño al bien jurídico tutelado, de modo, que si el sujeto desencadena dicha fuerza lesiva, su responsabilidad derivara en un delito de acción y no en un delito omisivo; es decir, para la existencia efectiva de un deber de evitación siempre es necesaria una cadena causal que apunte hacia la materialización del resultado prohibido.

3.4.1 La posición de garante.

En primer lugar, debemos distinguir entre la existencia de un deber de actuar como presupuesto indispensable de la responsabilidad de autor, y la necesaria posición de garante; dirigidos ambos, a la determinación de la responsabilidad del omitente. Por ello, la mera infracción de un deber de acción es insuficiente para determinar su sanción de la misma manera que si hubiera una acción prohibida. En el mismo sentido, Jakobs considera que autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un *deber de responder* que evite el resultado (deber de garante).(89).

Por tanto, una de las características fundamentales de los delitos impropios de omisión, señala que no cualquier sujeto los puede cometer, sino solo aquellos individuos que respecto del bien jurídico tutelado guardan una relación particular de salvaguarda, a la que Nagler denomino “calidad o posición de garante”.(90) De esta forma, los delitos impropios de omisión son delitos “especiales propios”, ya que el tipo para su consumación requiere de una calidad específica en el autor, sin la cual estos no pueden existir; cumpliendo así una función discriminadora, que reduce el número de los posibles autores de esta clase de delitos, recayendo solamente en aquellos que mantienen una función especial de salvaguarda respecto a algún bien jurídico.

89 Jakobs, Günther. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid. Trad. Por Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 1995, Pág. 459.

90 Cit. Por Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*, Pág. 459.

Es por ello que Santiago Muir Puig⁽⁹¹⁾ sostiene que no todo aquel que omite la producción de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado por vía positiva, sino solo determinadas personas que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una específica relación. Mientras que Welzel⁽⁹²⁾ señala que el autor de un delito impropio es solo aquel que tiene una posición de garante efectiva respecto del bien jurídico y que estando en esta posición no evita el resultado típico, a pesar de poder hacerlo. Por tanto, la posición de garante puede surgir de dos diferentes situaciones:

- **Una posición de garante emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo.-** Compuesta, ya sea cuando el omitente tiene a su cargo la *protección* de un bien jurídico. Esos deberes son indudables cuando se tiene el *cuidado de personas necesitadas* –por ejemplo: el caso del niño al cuidado de la niñera o del enfermo por la enfermera-. Dentro de tal órbita, entran los cuidados debidos por quienes aceptan el cuidado de personas que realizan actividades a las que pueda resultar un peligro –como ejemplo de ello señalamos: al socorrista en una piscina o en la playa-. También se encuentra identificada con un deber de protección que genera una posición de garante entre familiares cercanos y en los casos de convivencia, en las situaciones en que el peligro amenace la vida o la integridad corporal. Muchas de las veces, un deber de la naturaleza antes dicha, incumbe a los funcionarios respecto al peligro de lesión de bienes jurídicos que correspondan a su competencia.⁽⁹³⁾
- **Una posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro.-** La cual surge en aquellos casos en los cuales el omitente ha asumido una *garantía de seguridad* respecto de una fuente de peligro que tiene bajo su control. Jescheck procede a definir tres subgrupos dentro de la posición de garante surgida de un deber de cuidado de una fuente de peligro: **a)** La primera aparece a través de un previo conocimiento peligroso que puede crear una situación de riesgo para otras personas, correspondiendo al garante eliminarla; **b)** En segundo lugar, pueden originar el deber de garante las fuentes de peligro ubicadas en el propio ámbito social de dominio; y, **c)** Por último, existe un deber de controlar la actuación de personas que el garante ha de vigilar.⁽⁹⁴⁾

91 Cfr. Santiago Muir Puig. *Op. Cit.*, Pág. 335

91 Cfr. Hans Welzel. *Op. Cit.*, Pág. 289.

93 Bacigalupo Zapater, Enrique. *Principios de Derecho Penal*. Madrid, España. 2º edición, 1990 Pág.263.

94 Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada. 4º edición, trad. Por José Luís Manzanares Samaniego, 1993 Pág. 567-571.

3.4.2 Concepto.

Para la construcción analógica de los tipos omisivos impropios suele reconocerse como fuente de la obligación de actuar la posición de garante, emergente de la ley, del contrato y de la conducta anterior o precedente al sujeto. Se trata de una posición especial de garantía, pues si bien todo garante tiene el deber de actuar, no todo el que tiene deber de actuar es garantía, por tanto, podemos definir a la llamada posición de garante como el vínculo que convierte a un sujeto en protector de un bien jurídico determinado, al grado de imputársele su lesión en caso de que éste omita salvaguardarlo. Como consecuencia de la calidad de garante, el autor se encuentra en posición jurídica de cuidador, vigilante, conservador, evitador de peligros para el bien jurídico o garantizador de su integridad, en la inteligencia de que la evitación del peligro concreto del bien depende de una prestación positiva por parte del omitente, en quien según Jescheck(95), han confiado los afectados.

A continuación, mencionaremos algunos conceptos que han realizado diversos autores con respecto a la posición de garante, entre los que se encuentran; Novoa Monreal, mismo quien refiere que, “la posición de garante esta constituida, esencialmente, por un llamamiento selectivo e imperativo, jurídicamente obligatorio, que pesa sobre alguien que asume la prevención de un riesgo, implicando la exigencia de resguardar activamente los bienes jurídicos amparados por una norma de carácter prohibitivo”(96). Por su parte, Bacigalupo, afirma que: “La doctrina actualmente dominante designa con las expresiones *posición de garante o deber de garantía*, a este elemento característico de la autoría de la omisión impropia y que consiste –podemos afirmar provisionalmente– en una estrecha relación del autor con el bien jurídico”(97). Mientras que Santiago Muir Puig, refiere que la posición de garante surge cuando al sujeto le corresponde “una específica función de protección del bien jurídico afectado a una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones”.(98)

3.4.3 La posición de garante y deber de garantía.

Es necesario dejar bien en claro que la posición de garante y el deber de garantía se encuentran ligados esencialmente, pero no constituyen una misma figura. De la posición de garante, que se encuentra conformada por el conjunto de

95 Cfr. Heinrich Jescheck. *Op. Cit.*, Vol. II, Pág. 854.

96 Cfr. Eduardo Novoa Monreal. *Fundamentos de los delitos de omisión*, Pág. 136.

97 Enrique Bacigalupo. *Delitos impropios de Omisión*, Pág. 116.

98 Cfr. Santiago Muir Puig. *Op. Cit.*, Pág. 333.

circunstancias y condiciones que hacen que jurídicamente una persona esté particularmente obligada a proteger un bien jurídico de un riesgo o a supervigilar su indemnidad con relación a ciertas fuentes de peligro; estas circunstancias específicas hacen para el derecho penal, que quien omite salvaguardar el bien sea considerado como autor del hecho punible o partícipe del mismo, emanando así, un deber especial de salvaguarda que sobrepasa por mucho a un simple deber de actuar.

Contrario a lo que sucede en los delitos de acción, en los delitos de omisión impropia no es suficiente la simple constatación entre la causalidad hipotética de la omisión y el resultado producido, para que ese resultado le pueda ser imputado al sujeto de la omisión. Es preciso, además, que este sujeto tenga la obligación de impedir la producción del resultado en razón de determinados deberes, cuyo cumplimiento ha asumido o le incumbe en virtud de su cargo o profesión. El deber que existe de evitar el resultado en los delitos impropios de omisión pertenece al tipo en tanto se refiere a circunstancias fundamentadoras del deber, pero cuando solo caracteriza a la antijuridicidad será un elemento general del delito que no necesita extenderse al dolo del autor.

No será suficiente para calificar un hecho doloso, que el omitente no haya impedido la producción del resultado de forma voluntaria y consciente. Será necesario, además, el haber conocido la existencia de las circunstancias fundamentadoras del deber jurídico; es decir, tener conciencia de su posición como garante de los bienes que administra, de las publicaciones bajo su dirección como autor de un hecho previo, de su posición como encargado de la guarda de otra persona, entre otros. Un error sobre estos elementos será un error de tipo: tal sería el caso del maestro que aprecia, sin hacer nada, cómo un niño de kinder es raptado por un desconocido, sin percatarse de que se trata de su alumno. Lo mismo sucede con los errores de prohibición: por ejemplo quien considera erróneamente que el contrato que fundamentaría su posición de garante carece de eficacia.

3.4.4 Relaciones entre el conocimiento de la posición de garante y el deber de evitación.

Queda claro que los delitos impropios de omisión son los hechos punibles en los cuales quien omite está obligado, en su condición de “garante”, a evitar la producción del resultado; en tal sentido, existe una equivalencia valorativa de la omisión con la realización del tipo legal mediante una acción activa. En los delitos de omisión impropia el garante tiene el deber de evitar el resultado y al quebrantar su deber responde penalmente por la producción del resultado típico. Es por ello que en este patrón de delitos la producción del resultado pertenece al tipo. Ahora bien, citando a George Fletcher, quien al respecto refiere: “un elemento destaca como básico en este concepto de omisión: la capacidad de acción. Son tres los requisitos que han de concurrir para que se dé: conocimiento o posibilidad de

conocimiento de la situación, conocimiento o posibilidad de conocimiento de los medios para realizar la acción y, por último, posibilidad física, real de utilizar los medios elegidos y realizar el acto planeado”.(99)

Del párrafo anterior, podemos advertir que necesariamente deberán concurrir estos elementos para estar ante la presencia de un deber de evitación, por lo que, al valorar la existencia del mismo –deber de evitación- debemos tener en cuenta que existe por parte del sujeto, el conocimiento de la posición de garante con respecto a un determinado bien jurídico; que existe la posibilidad de que conozca los medios para evitar el resultado previsto por la norma; y, por último, evaluar la posibilidad física (características especiales del sujeto) y real (circunstancias que rodean al hecho) del sujeto para emplear los medios elegidos que eviten el resultado previamente descrito. Es así, como el deber de salvaguarda surge de la posición de garante, y ésta a su vez requiere para su existencia de la capacidad de evitación en el agente. Como dicha capacidad se conforma no solo con la posibilidad real de evitación, sino también con el conocimiento de la situación típica y los medios para llevar a cabo la función de salvaguarda, es que la ignorancia de la posición de garantía impide el nacimiento del deber de evitación a cargo del sujeto.(100)

3.4.5 Las fuentes del deber de garantía.

La doctrina no es concordante en si debe la ley enumerar las fuentes de ésta obligación. Hay quienes opinan que es conveniente hacerlo en homenaje a la precisión y otros creen que una casuística semejante obscurecería el tema, por lo problemas de interpretación que así pudieran multiplicarse. Sin embargo, debemos considerar, la posibilidad de que el deber de actuar del sujeto garante emana exclusivamente del orden jurídico previamente establecido; empero, si la ley no menciona específicamente en qué casos surge el deber de obrar, ¿Cómo se pueden identificar las fuentes? Para dar contestación a esta interrogante la doctrina ha planteado varias respuestas.

En algunos casos opta por una caracterización genérica, que alude a la confianza que generó la persona quien luego deja de actuar en salvaguarda del bien. Así se dice que tiene la obligación jurídica de obrar para impedir una lesión a bienes jurídicos ajenos quien haya asumido una posición especial que le impone

99 Fletcher, George, P. *Conceptos Básicos de Derecho Penal*. Trad. De Francisco Muñoz Conde. Valencia, Tirant lo Bilach, 1997. Págs. 252 y 253.

100 Esta idea, según refiere Bacigalupo, no es compartida por Baumann, Maurach y Schönke-Schroeder, quienes ejemplifican su postura mediante casos que parten de situaciones ajenas a una real calidad de garantía, como es el caso del contrato celebrado por conducto de un apoderado que señala Baumann. Cfr. Enrique Bacigalupo. *Ídem.*, Págs. 153 y 154.

su defensa o quien haya creado una fuente de peligro para ellos o aumentado los riesgos ya existentes; todo ello con el fin de evitar que pueda producirse una lesión teniendo en cuenta que los afectados están imposibilitados de protegerse a sí mismos, o disminuyeron o eliminaron sus precauciones, o suprimieron un aparato de seguridad ya existente, o renunciaron a otras medidas de resguardo, confiados en que aquél sobre quién ahora recae la obligación, intervendría activamente para impedir la lesión. Mientras que para otra corriente no importa tanto la determinación de la fuente sino la existencia de una relación lo suficientemente estrecha entre el omitente y el bien jurídico amenazado, como para obligarlo a actuar en su guarda.

Resulta complicado determinar a priori cuando y en que momento un sujeto es garante de un bien jurídico. En realidad, la delimitación y caracterización de los distintos deberes de salvaguarda constituye un problema que para muchos no puede ser del todo superado por la vía legislativa, lo que ha generado el sacrificio del principio de legalidad al señalar genéricamente en la descripción típica únicamente la fuente de donde dicho deber emana. Es por ello que de manera tradicional se ha reconocido como fuentes del deber de evitación a la ley, al contrato y al actuar precedente, incluyéndose en un momento a las estrechas relaciones que surgen por una comunidad de vida o de peligro.⁽¹⁰¹⁾ A esta corriente ideológica se le ha llamado “formal”, vocablo que se contrapone a la teoría de las funciones impulsada por Kauffmann.

3.5 LA TEORÍA FORMAL DE LAS FUENTES.

Las fuentes del deber de evitación que hace garante a un individuo, según ésta teoría son las siguientes:

3.5.1 La Ley.

Una posición de garante puede estar reconocida directamente en un precepto jurídico (matrimonio, familia, patria potestad, paternidad, etc.). Deberes de garante en sentido estricto. Pero en realidad este conjunto de deberes forman parte de otro conjunto de deberes más amplio por ejemplo el garante jurídico penal de salvar la vida. Un subgrupo de garantes lo constituye el deber de asistencia y protección entre parientes cercanos. En nuestro orden jurídico existen múltiples preceptos que nos ordenan la realización de una conducta, como por ejemplo, el deber de los padres de alimentar a sus hijos (Art. 303 del Código Civil vigente para el Distrito Federal). Sin embargo, en éste tipo de casos de naturaleza

¹⁰¹ Cfr. Heinrich Jescheck. *Op. Cit.*, Vol. II, Págs. 854 y 855.

propriadamente civil, la inobservancia de tales deberes no lleva aparejada la atribución normativa al omitente del daño producido, pues para que esto último suceda, hace falta la existencia de un tipo penal que así lo establezca. Bajo este orden de ideas, la ley es fuente del deber de evitación para los efectos de la atribución normativa del resultado material no evitado, sólo si la ley penal así lo establece en forma expresa.

3.5.2 El Contrato.

La posición de garante puede provenir además por asumirse de hecho la garantía, el más importante lo constituye el asumir deberes contractuales. La posición de garante surge sólo cuando comienza el peligro. En un principio, se señaló al contrato como fuente del deber de actuar, pero pronto se modificó dicha idea para establecer, con toda propiedad, que tal deber de evitación emerge de la especial aceptación por parte del garante. Gracias a ello se ha podido separar a la “especial aceptación” de la figura civilista del contrato, lo que nos parece un gran acierto por parte de la doctrina moderna, pues, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos u obligaciones está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos para su plena validez, sin embargo, aún y cuando aparentemente existe, sus efectos pueden ser declarados nulos. Para una mayor comprensión de la idea que antecede, citaremos el siguiente ejemplo: una enfermera que es contratada para cuidar a un enfermo que requiere de la administración diaria de un medicamento para conservar su vida y que al percatarse de que fue contratada por un menor de edad decide no suministrar la dosis permitiendo que el enfermo muera.

Estudiando con mayor detenimiento el ejemplo anterior, podemos darnos cuenta que el deber de evitación no deriva del contrato, que no solo puede declararse nulo sino inexistente. En realidad, el deber de evitación surge de la “especial aceptación”, la cual se manifiesta en forma expresa al asumir en forma efectiva la obligación de salvaguarda, aunada a la confianza depositada en el garante. Imaginemos que la enfermera nunca se presenta a trabajar después de que ha firmado el contrato y los familiares del enfermo, a pesar de que conocen tal hecho, deciden salir de paseo y a su regreso pretenden atribuir la muerte del paciente a la persona que formalmente contrataron.

3.5.3 El Actuar Precedente.

Éste tipo de fuente resulta un poco complicada, ya que a ella se suelen agregar las llamadas “relaciones de la vida”. Tal es el caso de quien determina a otro para que emprenda una empresa arriesgada, dándole seguridad de que habrá de asistirle para que nada le suceda; en algunas otras ocasiones, no se presenta con tanta claridad, es decir, que ésta situación corresponde a aquellos casos en

los cuales la acción de un sujeto determina un proceso en el cual la abstención lleva a un resultado antijurídico, resultado que el sujeto activo puede evitar. En una forma de justicia se dice que quien provoca un peligro o lo aumenta, debe velar por su control. Quien con su conducta genera la posibilidad de un daño se encuentra obligado a evitarlo. Sin embargo, tales ideas no deben aceptarse con tanta superficialidad, pues como afirma Rudolphi.(102) sólo una acción previa contraria al derecho es la que puede generar el deber de garantía. Pensemos por ejemplo en el sujeto que repele una agresión causando lesiones en su atacante (legítima defensa). En este caso, el defensor no estaría obligado a evitar la muerte de su agresor al grado de responder por su vida.

Por tanto, tenemos que el actuar previo debe significar un peligro próximo para el bien jurídico tutelado, ya que de lo contrario, no podrá ser considerado su actuar una fuente del deber de evitación. Esta idea no es compartida por el doctrinario Stratenwerth.(103) quien indica que si el actuar precedente genera peligros de materialización futura (por ejemplo desperfectos en automóviles), el sujeto debe responder como garante de ellos mientras no los elimine.

3.5.4 La comunidad de Vida o de Peligro.

Con respecto a la comunidad de vida o de peligro, ésta hace alusión a aquellos casos en los que la convivencia en situaciones que implican cierto riesgo, genera una confianza mutua entre quienes la forman, al grado de generar el deber general de ayuda entre ellos. Sin embargo para el jurista Jiménez de Asúa.(104) esta cuarta fuente del deber de evitación merece un estudio cuidadoso, ya que el aceptar que las relaciones sociales de convivencia generen una obligación de salvaguarda, es estrechar peligrosamente la barrera que distingue los deberes morales de los jurídicos. Para este autor, la convivencia social solo puede provocar la especial obligación de protección cuando el orden jurídico así lo establece, razonamiento que desde luego aceptamos.

Así las cosas, la comunidad de vida o de peligro, como fuente del deber de evitación, también es aceptada por Welzel, quien las sitúa como subgrupos de lo que él llama “especiales relaciones de lealtad”.(105) Zaffaroni concluye que el común denominador en estos casos es la existencia del principio de confianza entre los sujetos que conviven, transcribiendo a continuación su frase mas significativa al respecto: “En síntesis, creemos que este tipo de relaciones, para

102 Cit. Por Hans Welzel. *Op. Cit.*, Pág. 297.

103 Cit. Por Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado, Tomo III*, Pág. 469

104 Cfr. Luís Jiménez de Asúa *Tratado, Tomo III*, Págs. 427 y 428.

105 Cfr. Hans Welzel. *Op. Cit.*, Págs. 299 y 300.

generar un deber de garantía, deben basarse efectivamente en el principio de la confianza. Esta es la única base firme que las puede limitar. Lo contrario o sea hablar de “relaciones sociales” o “relaciones de vida”, son “expresiones programáticas” como dice Stratenwerth, que desafortunadamente nos llevan a lo que queremos evitar: que la ética social pase íntegramente a ser fundamento del deber de garantía”.(106)

Para una mayor comprensión, enunciaremos como ejemplos los siguientes subcasos; En primer lugar tenemos el de la comunidad de vida, entre cónyuges; otro subcaso es la comunidad de peligro (ascensión a una montaña en forma conjunta) y un último subcaso es el deber de garante proveniente de relaciones especiales de lealtad, y que son desarrolladas por la jurisprudencia en el ámbito de las relaciones comerciales. En términos generales se ha dicho que esta cuarta fuente del deber, e incluso la tercera, pueden ser comprendidas en las dos primeras, es decir, en la ley o en la especial aceptación, lo que desde luego dependerá de la interpretación que a cada una de ellas asigne cada autor.

3.6 La teoría de la funciones.

Es Armin Kaumann,(107) quien considerando que el señalamiento formal de las fuentes entraña una deficiencia en tanto que a través de ella se suele desestimar su contenido real, propuso una teoría basada en la delimitación de las fuentes tomando como referencia el sustrato material de cada una de ellas. De esta forma, distingue entre deberes de garante que consisten en una *función de protección de un determinado bien jurídico* de aquellos otros en los que el garante esta obligado *al control de una fuente de peligro*.

3.6.1 La función de protección de un bien jurídico.

En la función de protección de un bien jurídico, deben incluirse todas aquellas situaciones que crean en el individuo el deber específico de proteger un bien jurídico determinado, cuya integridad depende de él en forma personal. En principio, esta relación tendría como extremos al garante y al bien jurídico protegido, siendo los casos más comunes, al decir de Santiago Muir Puig,(108) los siguientes: “**a)** La existencia de una estrecha vinculación familiar, a la que Jescheck prefiere extender a vínculos naturales reconocidos por el derecho, como

106 Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado, Tomo III.*, Pág. 470.

107 Cfr. Por Heinrich Jescheck. *Op. Cit.*, *Vol. II*, Pág. 855.

108 Cfr. Por Santiago Muir Puig. *Op. Cit.*, Págs. 336 a 339.

por ejemplo el concubinato(109); **b)** La comunidad de peligro; y, **c)** La asunción voluntaria de una función de protección.

Con respecto a este tipo de casos, lo importante es que el bien jurídico dependa personalmente del garante, quien se ha hecho responsable de su integridad. La relación del garante con el bien jurídico puede ser permanente o temporal, lo que determinará también la vigencia del deber de garantía. Sin embargo, con respecto a los bienes jurídicos a los que puede dirigirse el deber de salvaguarda, existe doctrinalmente una limitación, pues como afirma Bacigalupo(110), sólo se admiten como bienes que dan lugar a esta peculiar posición de garantía a la vida, el cuerpo y la propiedad.

3.6.2 El control de una Fuente de Peligro.

Un deber de garantía puede tener su origen en el deber de controlar determinadas fuentes de peligro por parte de quien las ha creado o a quien se ha encomendado su vigilancia. Se distingue de la función anterior, en el hecho de que en ésta, la relación no es con un determinado bien jurídico que se deba proteger, sino con todos aquellos que en un momento dado puedan dañarse mediante el peligro provocado por la fuente a controlar. En estos casos, la vinculación surge entre el garante y la universalidad de bienes que peligran por el descontrol de la fuente del peligro, como ejemplos tenemos los siguientes: **I.-** El deber de actuar precedente o injerencia; **II.-** El deber de controlador de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio, como puede ser el caso de quien posee animales feroces o es propietario de instalaciones peligrosas; y, **III.-** Responsabilidad por conductas de otras personas las cuales surgen en el caso de los padres, tutores, maestros o militares.

Sin lugar a dudas, podemos afirmar que tanto en la teoría formal como en la teoría de las funciones se reconocen prácticamente las mismas situaciones como fuentes del deber de garantía, por lo que Jescheck ha sugerido la búsqueda de un denominador que las una para dar lugar a lo que sería una corriente ecléctica(111).

3.7 EL ELEMENTO SUBJETIVO.

Como bien sabemos, el tipo subjetivo comprende aquellos elementos que dotan de significación personal a la realización del hecho: la finalidad, el ánimo, la

109 Cfr. Por Heinrich Jescheck. *Op. Cit.*, Vol. II, Pág. 857.

110 Cfr. Enrique Bacigalupo. Delitos impropios de omisión, Pág. 144.

111 Cfr. Por Heinrich Jescheck. *Op. Cit.*, Vol. II, Pág. 856.

tendencia que determinó el actuar del sujeto activo del delito. En resumen, la presencia del dolo, de la imprudencia o de otros especiales elementos subjetivos. Ahora bien, el tipo subjetivo de los delitos propios e impropios coincide totalmente, pero se percibe una diferencia con respecto al dolo del delito de comisión, ya que éste consiste en la voluntad de realizar una acción, en tanto que en la omisión falta la realización de una acción; no existe un dolo de omitir en el sentido de conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo: el dolo de la omisión tiene una estructura propia.

3.7.1 El Dolo

La principal interrogante que se planteó la doctrina acerca de la naturaleza del dolo en la omisión, puso en duda que éste tenga las mismas características que en la estructura típica activa, sosteniéndose por un sector doctrinario que es tan diferente de éste que en realidad, se trataría de un cuasi dolo. De admitirse esta última perspectiva, el dolo en la omisión carecería de aspecto conativo. Para que exista dolo en la comisión impropia el sujeto debe conocer el poder final de su hecho y que se encuentre en posición de garante. La finalidad radica en que el sujeto, conforme a su voluntad, ordena los medios de que dispone para no realizar las acciones mandadas, las que posibilitarían el resguardo del bien jurídico confiado a su custodia.

En la omisión impropia el dolo como aspecto subjetivo del tipo es la parte medular basado en la situación de conciencia de la situación de peligro y en la interiorización del deber de garante y el cumplimiento con la ley y con lo convenido. Hay dolo cuando el omitente, en forma voluntaria, no procura impedir el resultado, conociendo que está en situación de garantizar que él no se produzca. Es indudable que existe un componente en el delito omisivo, conformado no solamente por el dolo, sino también por los elementos subjetivos especiales del delito de que se trate. Ahora bien, si entendemos que el dolo es la voluntad de realización del tipo, en principio, deberíamos negar la existencia del “dolo de omisión”, pues este solo representaría la ausencia de la acción debida.

En los delitos de comisión la acción se quiere actuando hacia un fin, en los delitos de omisión el omitente no realiza la acción de salvación, permanece inactivo, por lo que no se puede hablar de dolo en sentido estricto sino de un delito omisivo cuasi doloso, que no requiere la exigencia del conocimiento de la capacidad de evitación (causalidad salvadora hipotética), sino únicamente la cognoscibilidad. El dolo se entiende, para expresarlo en forma muy sencilla, como la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito en particular.

Partiendo de la idea que antecede, el dolo se compone de un elemento intelectual (conocer) y de uno volitivo (querer) que apuntan hacia la realización de los elementos que integran la configuración típica. En tanto, que a los delitos impropios de omisión, al dolo del tipo pertenece la voluntad de no actuar a pesar

de saber la totalidad de las características objetivas del tipo y conocer que la evitación del resultado es posible, además de reconocer las circunstancias que fundamentan el deber de garante. A resumidas cuentas, tanto en los delitos de comisión como en los de omisión, el dolo del autor consiste en la voluntad de lesionar el bien jurídico; la diferencia es que en los primeros la lesión se produce por un actuar del agente, en tanto que en los delitos omisivos este toma la decisión de no actuar. En uno hay un empleo activo de energía; en otro se da la determinación de no emplear esa energía con la intención de no evitar el resultado. Consecuentemente, el elemento volitivo del dolo en los delitos de omisión radica en la decisión del autor de permanecer inactivo ante el resultado que le es posible evitar mediante una conducta activa.

Finalmente, pueden existir situaciones en las que difícilmente se puede determinar la concurrencia de una omisión dolosa, como por ejemplo aquellas en las que no se puede decir que exista una resolución de permanecer inactivo (elemento volitivo). Jescheck(112) nos dice que el dolo, en estos casos, se agota en el conocimiento de la situación típica y en la conciencia de la propia capacidad de evitación.

3.7.2 La Culpa.

Una primera aproximación al tema descartaría la posibilidad de delitos de comisión por omisión culposos, pues en los tipos culposos el efecto acontece por la deficiente utilización de los medios que hubiesen permitido evitarlo. En este caso la resolución del hecho culposo se regiría por las reglas comunes. Sin embargo es posible hacer las siguientes consideraciones: La existencia de culpa en la producción de un resultado por omitir el deber de cuidado puede derivarse del incumplimiento de una norma conminatoria. Así, la protección del bien jurídico o su defensa frente a peligros, constituirá a veces el deber principal derivado de un contrato, como los servicios de un guía de montaña, de ciertos instructores deportivos o de enfermeras. Los obligados causan la muerte o lesiones (comisión) cuando dejan de realizar los actos que de ellos se esperan (omisión), sin que esos resultados lo hayan querido o ratificado (ausencia de dolo).

A manera de conclusión, señalaremos cuatro instancias en que puede surgir la culpa por falta al deber de cuidado, las cuales, según Eugenio Raúl Zaffaroni(113), se hacen consistir en las siguientes:

112 Cfr. Heinrich Jescheck. *Op. Cit.*, Vol. II, Pág. 867.

113 Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Tratado, Tomo III, Pág. 482. Coincide con él Santiago Muir Puig. *Op. Cit.*, Págs. 285 y 286.

- En la apreciación de la situación típica o dicho de otra manera, cuando se aprecia en forma incorrecta la situación típica (el policía que oye los gritos pidiendo socorro y faltando al deber de cuidado, cree superficialmente que es una broma);
- Falta de cuidado al ejecutar un mandato o cuando el mandato de hacer se realiza equivocadamente (el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina en lugar de agua [tipicidad culposa activa]);
- Falta de cuidado al apreciar la posibilidad física de ejecución o cuando se aprecia indebidamente la posibilidad física de evitación (el que supone que no podrá salvar al niño porque superficialmente juzga que el agua es profunda); y,
- Falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante o mejor dicho, cuando las circunstancias que generan la calidad o posición de garante se aprecian con falta de cuidado (el medico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche).

3.7.3 Los Delitos Cometidos por Olvido.

Existe una forma muy peculiar de delinquir en la que el omitente no tiene conciencia, no hay la voluntad de lesionar a otro, pero que, por su descuido o negligencia también debe sancionársele. Nos referimos a los llamados “delitos de olvido” o delitos provocados por “falta de memoria”, ilícitos a los que incluso un prestigiado autor designo incorrectamente como “delitos de omisión espiritual”(114). En este tipo de ilícitos, lo que se castiga es la indiferencia, ya que en una colectividad no solo debemos preocuparnos por nosotros mismos, sino también por los que nos rodean, máxime cuando existe una obligación de hacer cuyo incumplimiento puede ocasionar severos daños para la colectividad.

Los delitos por olvido, resultan de muy difícil tratamiento, por lo que debemos tener cuidado en no caer en excesos como en los que incurrió Alcalá Zamora al afirmar que “todos o casi todos los delitos son posibles de perpetrar por el olvido”(115), frase totalmente alejada de la verdad y de la lógica, ya que no podemos imaginar que los delitos de violación, amenazas o peculado, pudieran cometerse de ese modo. Finalmente en los llamados delitos de olvido, el omitente

114 Así lo llama Niceto Alcalá Zamora en su ensayo “Sanciones para la Delincuencia por Olvido”, publicado el 14 de Marzo de 1945. Cit. Por Luís Jiménez de Asúa, *Tratado*, Tomo III, Pág. 403

115 Ídem.

es indiferente a su deber e inconscientemente permite un daño por su afán de memoria. Este olvido constituye una omisión que debe sancionarse, sin embargo, para ello -desde nuestro particular punto de vista-, sería recomendable una punibilidad atenuada.

3.8 LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD DE LOS DELITOS DE OMISIÓN.

3.8.1 La Conducta.

La conducta es toda actuación controlada y dirigida por la voluntad del hombre que causa un resultado en el mundo fenomenológico; es el pilar fundamental y la base óptica del delito; donde podemos predicar en determinadas circunstancias y condiciones su tipicidad (*adecuación a un tipo penal*), antijuridicidad (*contrariedad con el ordenamiento jurídico*) y culpabilidad (*juicio de reproche por la posibilidad de actuar conforme a derecho*). También es considerada como el conjunto de características normativas o valorativas que afirmadas con relación a una conducta determinada permiten calificar al mismo como “delito”.

Desde un punto de vista realista, la conducta consiste en un hacer voluntario final, concepto del que queda excluida la omisión (*el no hacer*) que solo tendrá relevancia jurídico-penal a partir del análisis de la característica denominada “tipicidad”.

Ahora bien, hablamos de tipos de omisión cuando una norma de conducta prescribe un determinado comportamiento. La distinción entre acción y omisión no se da en el plano de lo meramente naturalístico, sino también en el de lo normativo. La mayor parte de las normas de conducta que subyace o se encuentran descritas en los preceptos penales son de carácter prohibitivo (tipos comisivos). Pero también existen otro tipo de normas preceptivas, como la que se percibe en el delito de omisión del deber de socorrer a quien se halla en peligro (art. 157 del Código Penal para el Distrito Federal). En comparación con los casos de normas prohibitivas, este tipo de conductas son menores a ellas –normas prohibitivas-. Esto se debe a que las normas del Derecho Penal son sobre todo límites máximos a la libertad de acción general; existe una facultad general de obrar, siempre que no suponga entrometerse en una esfera jurídica ajena; y para que esto último no suceda, es que operan las prohibiciones. Las prescripciones, en cambio, restringen la libertad de acción de otra manera: indicando cuándo y como ha de actuarse ante determinada situación. Se dirigen a la libertad del destinatario para condicionar su libertad de manera precisa, para que actúe y no sólo para que haga lo que sea mientras no esté prohibido.

3.8.2 La Antijuridicidad.

En la omisión se aplican las reglas que determinan la Antijuridicidad en los delitos de acción. Por lo tanto, sea un delito propio o impropio, el comportamiento es contrario a derecho si no está justificado por una norma permisiva. Los frecuentes casos de colisión de deberes, consecuencia de la concurrencia simultánea de mandatos de actuar y de abstenerse de hacerlo, deben resolverse aplicando los principios generales del estado de necesidad. La antijuridicidad en los delitos de omisión no tiene ninguna particularidad con respecto al concepto general visto. Comúnmente en los delitos de omisión entra en consideración el estado de necesidad, sobre todo por la colisión de deberes, puesto que el delito omisivo implica la no realización de la conducta debida.

La tipicidad de una acción es consecuentemente un indicio de antijuridicidad, porque los comportamientos típicos seleccionados por el legislador generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, razón por la cual los conmina con una pena o medida de seguridad. De ahí que deba verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación, de modo que si la misma no concurre se afirma la antijuridicidad de la acción. Esta tarea es independiente e inversa a la comprobación de la tipicidad. Es independiente porque solo cabe plantearse la cuestión de antijuridicidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, que se subsume bajo un tipo penal; es inversa porque consiste en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación.

La antijuridicidad de un hecho se define como la contradicción formal y material de éste con el Derecho, aclarando además, y siguiendo el pensamiento de Muñoz Conde(116), que la antijuridicidad no es creada por el Derecho Penal, sino seleccionada por éste mediante la tipicidad de ciertas conductas. Es menester aludir, que la antijuridicidad puede constituirse mediante dos formas; la antijuridicidad formal que implica la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico; empero, la antijuridicidad no se agota en ésta simple relación de oposición, sino que además tiene un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger (que es lo que se conoce como antijuridicidad material). En la medida que no se dé la ofensa al bien jurídico, no se podrá hablar de antijuridicidad, por más que formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción.

Actualmente, se afirma que la tipicidad de un hecho no significa ineludiblemente que el mismo sea antijurídico, ya que la contradicción formal de la conducta requiere además la negación material del Derecho (carácter indiciario de la tipicidad). Por un error, a veces muy común, se dice que la conducta del autor es contraria a la ley, siendo que en realidad lo correcto sería decir que, la conducta

116 Cfr. Francisco Muñoz Conde. *Op. Cit.*, Pág. 83.

del delincuente es la que resulta contraria a la norma.

Resulta harto reiterativo señalar que la doctrina reconoce dos tipos de antijuridicidad; la formal que se traduce como la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico; en tanto que la antijuridicidad material no se agota bajo esa simple relación de oposición, sino que tiene un contenido material reflejado en la ofensa de un bien jurídico tutelado por una norma previamente establecida. Finalmente, debemos entender que la antijuridicidad no es otra cosa mas que la negación del Derecho reflejada en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, añadiendo que solo será antijurídica una conducta cuando siendo típica no se encuentre amparada por una causa de justificación, representando estas ultimas el lado negativo de este elemento del delito, las cuales no excluyen la antijuridicidad del hecho porque éste, en estricto sentido, nunca fue contrario a derecho (Debido a que las causas de justificación excluyen la antijuridicidad, es que las mismas deben estar expresamente reconocidas en la ley, no existiendo por tanto causas de justificación supralécales).

3.8.3 La Culpabilidad.

En la culpabilidad se recogen aquellos elementos que sin pertenecer a la tipicidad o a la antijuridicidad determinan la imposición de una pena. El fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora de la norma que junto a la protección de bienes jurídicos, constituye una función específica de la norma penal. Con sus mandatos y prohibiciones, la norma penal motiva al individuo para que se abstenga de realizar uno de esos haceres posibles con la amenaza de una pena (función preventiva del derecho penal). Para que el individuo se motive en los mandatos normativos; para que se le pueda atribuir el hecho cometido y para que pueda hacerse responsable del mismo, debe haber alcanzado un determinado grado de desarrollo biológico, mental y cultural, parámetro que se estima mediante criterios que han podido ser fijados en la legislación, gracias a la evolución cultural y a los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos. La capacidad del ser humano de reaccionar frente a las exigencias normativas (motivación) es la facultad humana que unida a otra como la inteligencia y afectividad, permite la atribución de una acción a un sujeto y la exigencia de responsabilidad por la acción cometida por él; de ahí que cualquier alteración de esa facultad (motivación) –indistintamente de origen- debe determinar la exclusión o la atenuación de la culpabilidad, según la importancia de la alteración. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma solo puede darse si el sujeto tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse por ella sin mayores esfuerzos. De lo anterior se deducen los elementos de la culpabilidad: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y exigibilidad de un comportamiento distinto. Estos elementos de culpabilidad son igualmente de estricta aplicación en los

delitos de omisión, pues no hay una inexigibilidad específica en los delitos de omisión.

Por tanto, puede decirse que existen dos teorías que explican a la culpabilidad: La psicológica o psicologista, y la normativa o normativista. Conforme a la primera, la culpabilidad es un nexo psicológico entre el autor y su hecho, constituyendo el dolo y la culpa las dos especies de ésta. Para la teoría normativa iniciada por Frank en 1907,(117) la culpabilidad es un juicio de reproche que se le hace al autor de la conducta, haciéndose necesario distinguir el concepto normativo de la culpabilidad que maneja el sistema causalista, del concepto normativo de culpabilidad que acepta la teoría final del delito. La nota común entre estos dos conceptos es que ambos se basan en la idea de la normatividad, pero se diferencian por su estructura o contenido. Para los seguidores del sistema causal, la culpabilidad se integra por el dolo o la culpa y la exigibilidad; mientras que para la teoría final el juicio de reproche requiere de la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento o conciencia de la antijuridicidad y de la exigibilidad de otra conducta.(118)

A manera de justificación se afirma que el concepto “normativo” de la culpabilidad que acepta la teoría causal implica una combinación de elementos de carácter psicológico (dolo o culpa) y de carácter normativo, lo que en estricto sentido hace que esta teoría sobre la culpabilidad sea en realidad psicológico-normativa, debiendo por tanto concluir que no se trata de un concepto normativo puro. Del mismo modo Muñoz Conde(119) refiere que, actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico pudiendo actuar de un modo diferente, confesando este autor que tal concepto de culpabilidad descansa en premisas de muy difícil demostración, como lo es el hecho de establecer cuando un sujeto puede o no conducirse conforme a Derecho. La idea del reproche para el autor obedece a que éste, pudiendo elegir el buen camino, prefiere el contrario a la normatividad socialmente aceptada. Doctrinariamente se ha entendido que la gravedad de la culpabilidad es menor en los delitos de omisión que en los de comisión, lo cual evidentemente incide en la graduación de la pena, pues se considera que estas conductas conllevan una exigibilidad más leve, es decir, que por lo que hace al juicio de reproche en los delitos impropios de omisión, generalmente se acepta que el omitente muestra menos culpabilidad que el autor del delito comisivo, idea que generalmente es acogida por la doctrina y por la cual se recomienda la aplicación de una pena atenuada al autor de un delito impropio de omisión, la que obviamente puede establecerse como una facultad potestativa para el Juzgador.

117 Cit. Por Carlos Madrazo. *Estudio monográfico del error de tipo y error de prohibición. Estudios Jurídicos contenidos en el Cuaderno del Instituto Nacional de Ciencias Penales No. 19, México, 1985, Pág. 34.*

118 Cfr. Moisés Moreno Hernández. *Consideraciones dogmáticas y político-criminales en torno a la culpabilidad. Revista Mexicana de Justicia, No. 1, Vol. 1 Enero-Marzo de 1983. Págs. 163 y sigs.*

119 Cfr. Francisco Muñoz Conde *Op. Cit., Pág. 128.*

3.8.4 El Error de Tipo y Error de Prohibición.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el error como: “un concepto equivocado o un juicio falso”, a lo que para efectos penales agregaríamos, que ese juicio falso recae sobre una situación concreta o una realidad.

En términos generales el error es considerado como una falsa o equivocada concepción de la realidad, distinguiéndose de la ignorancia en tanto que en esta última existe una carencia de conocimiento. Para los romanos, el error podía referirse a cuestiones de hecho o de derecho, excluyéndose en ambos casos la responsabilidad criminal.⁽¹²⁰⁾

Con el paso del tiempo las consecuencias de error fueron modificándose, aunque se conservó la terminología empleada para designarlos: Error de Hecho y Error de Derecho.⁽¹²¹⁾ La relevancia del error en la teoría del delito se desprende de la necesidad de que el sujeto deba saber y querer actuar culpablemente.

La doctrina ha clasificado el error en dos grandes clases, a saber: **a)** Error de Tipo y **b)** Error de Prohibición; superando así la terminología tradicional de error de hecho y error de derecho.

a) Error de Tipo.

Antiguamente denominado error de hecho, y consiste en el desconocimiento de alguno o de todos los elementos del tipo penal, es decir, quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. Ese desconocimiento que produce la exclusión del dolo típico, o sea lo que se denomina error de tipo. Quien actúa no ha integrado en su representación en absoluto un elemento del tipo.

Existen varias clases de error de tipo, tales como:

- El error de tipo puede versar sobre elementos esenciales y en este caso si ese error fuera invencible excluiría el dolo y la conducta quedaría impune; si a contrario sensu, fuere vencible, estos es, que el agente hubiese podido evitarlo, excluiría el dolo, pero no la imprudencia.

¹²⁰ Cfr. Carlos Madrazo. *Op. Cit.*, Págs. 40 y 41.

¹²¹ Graf Zu Dohna. *La estructura de la teoría del delito*. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1958, Pág. 80.

- Este error puede versar también sobre elementos accidentales, como, por ejemplo, aquellos que agravan la pena. El error invencible sobre este elemento excluiría la agravación; pero si el error es vencible, no la excluiría pues el error sobre un elemento accidental no impide que siga siendo doloso el hecho sin agravar.
- El error puede recaer sobre otros elementos típicos, como el objeto, tal es el caso del error *in objecto* o *in persona*. El error recae sobre la persona a la cual se dirige el ataque, el autor confunde a la víctima tomándola por otra, otra forma de error en la persona es la denominada *aberratio ictus*, el ataque dirigido contra un determinado objeto alcanza, contra la voluntad del que lo lanza, a otro. En estos casos el error es irrelevante en materia de responsabilidad penal.
- Algunos autores clasifican el delito imaginario, como aquel supuesto en que un sujeto creó que realiza una conducta típica y esa conducta no lo es; ahí estaríamos frente a un “error al revés”, o “error inverso” de tipo, los mismos autores manifiestan que, por ser un acto atípico carece su autor de responsabilidad penal, pues no basta con que una persona crea que está realizando un hecho castigado con una pena o medida de seguridad para que de él se deriven consecuencias penales; sin embargo para otros autores, este error daría lugar a una tentativa inidónea.

Como hemos observado el error de tipo surge cuando el sujeto conoce erróneamente alguno o todos los elementos que integra la descripción legal del injusto. Este error, tratándose de los impropios delitos omisivos, puede referirse a cualquiera de los elementos que conforman la estructura típica, como puede ser el error sobre la situación típica, el error sobre la posición de garante, el error acerca de la producción del resultado prohibido o el error sobre la posibilidad de evitación.

b) Error de Prohibición.

Una definición otorgada por el Dr. Donna es la que refiere al error de prohibición *como la falta de conocimiento de la antijuridicidad del acto o la falta de conocimiento del ilícito*, de igual manera este autor señala en el comentario que realiza junto con el Dr. Javier E. de la Fuente, del artículo 22 del Código de Paraguay que: *“el error de prohibición ... implica el desconocimiento de la ilicitud o antijuridicidad del acto, afectando, no lo injusto del hecho, sino la culpabilidad del autor”*; confirmando así lo aludido al comienzo de este párrafo.(122)

122 Donna, Edgardo A. y De la Fuente Javier. *Código Penal Comentado. “Comentario al Artículo 22 del Código Penal del Paraguay. T. I. ED. Ediciones Bibliográficas Jurídicas. Paraguay. Ed. 2000.*

Para el jurista Maximiliano Rusconi, el error de prohibición es *aquel en el cual el sujeto activo, a pesar de comprender perfectamente las características particulares del supuesto de hecho típico, desconoce o yerra sobre el sentido normativo global (prohibido o permitido) de su accionar*¹²³; de una o de otra forma el error de prohibición parte de la base de que, el sujeto debe saber que su hecho se halla prohibido por una ley, esto es, que debe conocer que la situación es típica y además antijurídica. A este error también se le conoció durante muchos años como error de derecho. Existen algunas formas en las que el llamado “error de prohibición” se puede presentar:

- Error sobre la existencia de una prohibición, o error directo de prohibición, esto es la falta de comprensión de que se hace algo injusto. Es decir, el error directo de prohibición es “el que recae sobre la representación de la valoración jurídica del acto”.
- Error sobre la existencia de una causa de justificación. Es importante anotar, que la justificación de una acción solo se da si concurren tanto el elemento subjetivo como el objetivo de la causa de justificación; si bien el error en este acto no afectaría la antijuridicidad del hecho, si afectaría la culpabilidad. El ejemplo más claro de este tipo de error, es el supuesto en el que el sujeto cree que la víctima iba a dispararle y el actúa creyendo que su acción está justificada (legítima defensa putativa). Decíamos que este error afecta la culpabilidad, pues la doctrina ha manifestado al respecto, que: “Quien actúa dentro de los márgenes admitidos socialmente al apreciar el presupuesto de una causa de justificación actúa justificadamente, aunque luego resulte que su percepción de la realidad fue objetivamente errónea. “Pero también puede darse el caso de un error sobre los límites de una causa de justificación, en este caso el error puede afectar la culpabilidad excluyéndola si era invencible o atenuándola si era vencible.
- Error de subsunción. Este es un error de interpretación. “El sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la conclusión de que no se realizara bajo su conducta”. Aunque este error la mayoría de las veces es un error de prohibición, puede llegar a ser un error de tipo o como manifiesta el mismo autor un error irrelevante de punibilidad.
- Error de validez. El sujeto conoce la norma prohibida, pero la considera nula. Este sería un ejemplo claro de error directo de prohibición.

¹²³ Rusconi Maximiliano. *Manual de Derecho Penal. Los Fundamentos Políticos Criminales, Teóricos y Constitucionales. El Sistema del Hecho Punible. Bosquejo a publicar al día 13/09/01.*

- Error de prohibición inverso. Cuando el autor creyendo cometer un delito, actúa lícitamente, se constituye un delito putativo impune”.

Así pues, el error de prohibición puede orientarse a la existencia de la norma o hacia la existencia de una causa de justificación que ampare la conducta del agente, llamándose el primero error de prohibición directo y el segundo error de prohibición indirecto. Finalmente, en los delitos impropios de omisión, un error de prohibición lo constituye la creencia equivocada sobre la existencia del deber de garantía.

Resumiendo, para la teoría final, el error de tipo excluye el dolo, dejando subsistente la culpa. Cuando el error es invencible se excluye toda responsabilidad penal en el sujeto. El error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, mientras que el error vencible permite sólo una atenuación de la pena.

Nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, señala en su artículo 29 fracción VIII, las bases de la nueva regulación sobre el error en los siguientes términos: “Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: **a)** Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; **b)** La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código. Ésta redacción del Código Penal para el Distrito Federal, distingue claramente en los incisos a) y b) del citado artículo 29 fracción VIII, el error de tipo y el error de prohibición. Si bien es cierto que en anteriores proyectos ya se había incluido al error, con esta nueva redacción se le da mayor precisión y amplitud a dicha figura.

CAPITULO IV

LA NEGATIVA DE OTORGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, A LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE OMITAN IMPEDIR LA COMISIÓN DE UN DELITO DE RESULTADO MATERIAL CONSIDERADO NO GRAVE, SI ÉSTOS TENÍAN EL DEBER JURÍDICO DE EVITARLO.

4.1 ANTECEDENTES EN EL DERECHO MEXICANO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN.

4.1.1 Antecedentes en el Derecho Interno.

La omisión impropia o comisión por omisión, no siempre fue tomada en consideración por las normas penales de la época, sin embargo al Código Penal de 1931 le antecedieron dos ordenamientos punitivos federales en los que la omisión impropia o comisión por omisión fue expresamente reconocida. Dichos ordenamientos legales datan de los años de 1871 y 1929; y fueron mejor conocidos como, Código de Martínez de Castro y Código de Almaraz, respectivamente, en honor a sus principales redactores. Sin embargo, no debemos olvidar que sobre nuestro Código Penal, influyeron algunas legislaciones tanto de derecho interno como de derecho externo, resultando por demás necesarias para nuestra legislación actual.

4.1.2 El Código Penal Federal de 1871.

Si bien para algunos autores la primera legislación penal mexicana data desde el año de 1835, lo cierto es que su vigencia fue regional y su trascendencia histórica casi nula.⁽¹²⁴⁾ Sin lugar a dudas la carencia de una importante legislación mexicana en las primeras décadas del siglo XIX, como resultado de los constantes vaivenes políticos que en ese tiempo padeció nuestra nación, obligaron a los autores principales de la época a que fuese más importante en aquellos días conseguir la paz social y la unificación del pueblo en torno a un proyecto de Nación, originando con ello la creación de un Código Penal Federal propio.

Pese a lo anterior, es hasta la época juarista, que una vez restaurada la República, se pudo integrar una comisión legislativa que se encargara de la redacción de un Código Penal Federal. De tal esfuerzo legislativo surgió el Código

124 Dicha legislación se expidió en el Estado de Veracruz, por Decreto de 8 de abril de 1835. Cfr. Fernando Castellanos Tena, Op. Cit., Pág. 45.

Penal Federal de 1871, mejor conocido como Código de Martínez de Castro por ser éste jurista quien presidió su comisión redactora y formuló su exposición de motivos. Postura legislativa que encontró su inspiración doctrinal, siguiendo una corriente clásica basada principalmente en los trabajos e ideas de Francesco Carrara.(125).

Es así, como a la omisión impropia o comisión por omisión, el Código de Martínez de Castro la consideró expresamente como un medio de perpetrar delitos, señalando en su artículo 4° que: *“Delito es: la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda”*; en principio, los delitos de omisión fueron considerados -dentro de este ordenamiento legal-, como un dejar de hacer lo que la ley penal mandaba.

De manera complementaria, en la Parte Especial del Código Penal de 1871, se hizo mención expresa a la omisión como un medio de comisión en algunos delitos de resultado material, tales como el homicidio o las lesiones. Un ejemplo de ello era el que indicaba que el homicidio causal es aquél que resulta de un hecho o una omisión que provocara la muerte sin intención ni culpa alguna del agente (Art. 541). Por último, en el Capítulo XII del Libro Tercero, relativo a la “Exposición y Abandono de Niños y Enfermos”, establecía que los resultados materiales (lesión o muerte) acaecidos en la víctima como resultado de la exposición o el abandono, serían imputables al reo, con lo que expresamente aceptó la comisión por omisión (Art. 617).

4.1.3 El Código Penal Federal de 1929.

Por cuanto hace al Código Penal Federal de 1929, este tuvo una vigencia muy efímera; ya que se inspiró en las ideas del positivismo iniciadas por Augusto Comte en el siglo pasado, siendo también conocido como Código de Almaraz en reconocimiento al Licenciado José Almaraz, quien fue miembro importante de su comisión redactora.(126) Al igual que el Código de 1871, el Código de Almaraz contenía en su Parte General una regla que aceptaba el que los delitos pudiesen ser cometidos mediante la no realización de una acción exigida, ya que en el párrafo segundo del artículo 11, establecía que: Los actos y las omisiones conminados con una sanción en el Libro Tercero de este Código, son los tipos legales de los delitos”. Dicho libro tercero, hacía alusión a los delitos en particular, aceptando a la omisión como un medio para la consumación de los ilícitos de lesiones, homicidio e infanticidio.

125 Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo y otro. *Código Penal Anotado*. Edit. Porrúa, S. A., 15ª edición, México, 1990, Pág. 12.

126 Cfr. Fernando Castellanos Tena. *Op. Cit.*, Pág. 46 y 47.

Por ello, podía darse el caso de que al tipificar el delito de exposición o abandono de niños y enfermos, los resultados materiales ocurridos en la víctima, concretamente las lesiones o la muerte, serían consideradas como producto de la omisión y se sancionarían con las penas aplicables a los delitos de lesiones u homicidio, según fuese el resultado (Art. 1015).

Observamos pues, que tanto el Código de 1871 como el Código Federal de 1929, expresamente aceptaron a la omisión como un medio de comisión idóneo, tratándose de aquellos delitos cuyo resultado eran de tipo material. Bajo estos ordenamientos legales el intérprete debía considerar, viable que entre la omisión y el resultado producido -en el caso de las lesiones o la muerte aquí ejemplificadas-, existía un nexo de causalidad idéntico al que hay entre la acción y sus efectos, empero, no podemos decir lo mismo en relación a la comisión por omisión expresamente reconocida en los delitos de exposición o abandono de niños o enfermos, en donde claramente se dice que las lesiones o el homicidio se imputarán al agente, con lo que lógicamente se da a entender que el abandonante no las causa mecánicamente. En este tenor, equivocadamente se concluyó que el tipo resultativo comprendía a la acción y a la omisión como un medio de consumación, pasando inadvertida la esencia normativa de la omisión.

Así las cosas, con respecto a los delitos de abandono, tanto el legislador de 1871 como el de 1929, consideraron que el resultado material cometido en agravio de la víctima no lo generaba causalmente la conducta del abandonante, empero a éste le debía ser atribuido su resultado para efectos de una sanción, es decir, que se le debía castigar como homicida o lesionante a pesar de que en la realidad el activo no haya privado mecánicamente de la vida a la víctima o le haya causado las lesiones.

4.1.4 El Código Penal de Guanajuato de 1977.

Otro ordenamiento punitivo que sirve como antecedente, es el Código Penal de Guanajuato de 1977, mismo que establecía en su artículo 12° que la omisión es un medio idóneo para la realización de los ilícitos penales, posteriormente añadió en su numeral 13° que la no realización de una conducta por quien deba jurídicamente realizarla, hará responsable al omitente del resultado típico acaecido si no lo impidió si podía hacerlo y si tal evitación le era jurídicamente exigible.

Dentro de este artículo se encontraba evidenciada, la idea principal del legislador guanajuatense al señalar claramente que el resultado se atribuiría normativamente (“respondería”) al omitente cuando éste sea garante del bien jurídico tutelado (“si debía jurídicamente evitarlo”). Sin embargo, en esta cláusula general se omitió indicar cuándo se está, jurídicamente obligado a evitar un resultado, al grado de responder de su integridad; es decir, en este Código no hace referencia alguna a las fuentes del deber de evitación, produciéndose así

ciertos problemas de interpretación que el juzgador debía remediar. Tal legislación plasmó una solución de *lege ferenda* al problema constitucional surgido en torno a los impropios delitos omisivos, situación que evolucionó las ideas, hasta ese momento previstas, con respecto a los delitos de omisión impropia.

4.1.5 El Código Penal de Veracruz-Llave de 1980.

El presente código tuvo su origen en un proyecto formulado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales en 1979 y el cual fue calificado por Sergio García Ramírez como la cantera de las reformas penales posteriores en toda la República.⁽¹²⁷⁾ Es indudable que este Código Penal obedeció a una apropiada técnica legislativa y su tendencia fue modernizadora para su época.

Del mismo modo y con relación a los delitos impropios de omisión, éste Código Penal acepta su existencia y los regula en forma expresa mediante una cláusula general contenida en el párrafo segundo de su artículo 10°, precepto legal que a la letra citaba lo siguiente:

“Art. 10.- El resultado será atribuido al agente cuando fuere consecuencia de una conducta idónea para producirlo, salvo que hubiese sobrevenido en virtud de un acontecimiento extraño a su propia conducta.

Responde también del resultado producido, el que omita impedirlo, teniendo el deber jurídico de evitarlo”.

Este párrafo al igual que el previsto por el Código Penal de Guanajuato, mantienen mucha semejanza, ya que en ambos se indicaba que el resultado solo se atribuiría normativamente al garante del bien jurídico tutelado, negándose así toda la relación causal entre la omisión y el resultado material no evitado.

Así pues, con respecto a las fuentes del deber de evitación, el Código Penal de Veracruz tampoco las señalaba en forma particular, explicándose tal vez esta abstención en virtud de que se considero suficiente con indicar que el deber era jurídico y no moral. Lo que imponía al intérprete de la ley a ser él, quien con base en el propio ordenamiento jurídico vigente, determinara cuando se tiene el deber jurídico de evitación para los efectos del ordinal 10° al que hemos hecho referencia.

¹²⁷ Cfr. Sergio García Ramírez. *Prólogo al Código Penal Federal con comentarios de Marco Antonio Díaz de León*, Pág. XII.

4.1.6 Antecedentes de Derecho Externo.

Resulta notorio que no solamente los Códigos Punitivos anteriormente mencionados ejercieron influencia en nuestro legislador federal, sino que también lo hicieron ciertas legislaciones de derecho externo de entre las que destacan dos por su trascendencia jurídica: El Código Penal Tipo para Latinoamérica (que es un proyecto en el que se hacen recomendaciones) y el Código Penal Alemán de 1975. En este sentido, cabe señalar que resulta de gran importancia para el legislador nacional el derecho comparado ya que ayuda en gran medida a retomar experiencias de otros países para solucionar la problemática propia, haciendo énfasis en que no deben copiarse figuras jurídicas sino adaptarlas para hacerlas acordes a nuestra idiosincrasia y sociedad.

4.1.6.1 El Código Penal Tipo para Latinoamérica.

La idea de elaborar un proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica surgió a raíz de una iniciativa fraguada por el Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile, en su sesión de fecha 8 de Octubre en 1962, siendo presidente del mismo el Doctor Eduardo Novoa Monreal, quien expuso su sentir para que el Instituto se hiciera cargo de propiciar la redacción de un proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, con la participación de los juristas más calificados del continente, presentación que fue acogida de manera unánime, otorgándosele al Señor Novoa, todas las facultades necesarias para hacer realidad dicho proyecto.(128)

Es así, como tomando en consideración la problemática que envuelven los delitos impropios de omisión frente al principio de legalidad, que este proyecto recomendó la tipificación expresa de los mismos mediante la introducción de una cláusula general en la Parte General de los ordenamientos punitivos. La hipótesis normativa que derivó de tal estudio y que fuera sugerida, era la siguiente: *“El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la Ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá de éste quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo”*.

Por ello es que la propuesta planteada por el Instituto de Ciencias Penales de Santiago de Chile, adoptaba una solución de *lege ferenda* que la doctrina consideró en ese entonces recomendable; empero, tal fórmula no fue aceptada de inmediato por la gran mayoría de los juristas de los distintos países

128 Cfr. *Revista de “Información Jurídica” del Ministerio de Justicia*, numero 304, Enero a Marzo de 1970, Madrid, España.

latinoamericanos (en nuestro caso, podemos decir que acogieron esta propuesta en temprana fecha los legisladores que formularon los vigentes Códigos Penales de Veracruz y Guanajuato). Dentro de este proyecto, también se omitió señalar las fuentes del deber de evitación, y solo se mencionó, en forma ambigua, que además de serle al omitente exigible la evitación del resultado material prohibido, la acción de salvamento debía ser posible según las circunstancias.

4.1.6.2 El Código Penal Alemán de 1975.

De gran relevancia para el Derecho Penal Mexicano, resulto ser el Código Penal Alemán de 1975, el cual adoptó una cláusula general de *lege ferenda* que pretendía resolver el problema legislativo de los impropios delitos de omisión, la cual se encontraba contenida en artículo 13º, mismo que establecía que: “*El que omite impedir un resultado perteneciente a un tipo penal, solo será punible según esta ley cuando esté jurídicamente obligado a responder de la no producción del resultado y la omisión equivalga a la realización activa del tipo legal. La pena podrá atenuarse según lo previsto en el * 49, I*”; Dentro de ésta cláusula general se hacía mención expresa a los delitos de omisión impropia, legislándolos únicamente en relación a aquellos de resultado material contenidos en su Parte Especial. Sin embargo y pese a las soluciones legislativas que hasta ahora hemos comentado, la ley germana es la primera que adiciona dos elementos que nos llaman la atención: **a)** La cláusula de equiparación y **b)** La atenuación facultativa de la pena.

- a)** Con respecto a la cláusula de equiparación, ésta se encuentra contenido bajo la expresión: “... y la omisión equivalga a la realización activa del tipo legal”; y tiene como finalidad el servir como un segundo candado para la integración del tipo del delito impropio de omisión. Según Jescheck, la evidente indeterminación de la ley germana se trato de remediar mediante el empleo de este elemento adicional que en realidad en nada facilita la solución del problema. Este autor menciona que “hubiera sido posible, indicado y exigible que la cláusula de equivalencia hubiera esclarecido la cuestión de a qué se refiere propiamente la comprobación de la correspondencia de omisión y hacer positivo”(129).
- b)** Por cuanto hace al segundo elemento, relacionado con la atenuación facultativa de la pena; la cláusula alemana tiene como fundamento principal la consideración general de que la conducta omisiva merece un menor reproche que la conducta activa, lo que debió considerarse como un criterio legal que permitiera al juzgador reducir la pena siguiendo las bases contenidas en el artículo 49 del mismo ordenamiento legal en cita.

129 Heinrich Jescheck. *Op. Cit.*, Vol. II, Pág. 838.

4.1.6.3 El Código Penal Federal de 1931.

Mención aparte merece el Código Penal Federal de 1931; el cual, en principio estableció bajo su ordinal 7° que los delitos son los actos u omisiones que sancionan las leyes penales. Tal definición no causó inquietud alguna para el derecho mexicano, pues por todos fue aceptado que la no realización de alguna acción en ciertos casos debía ser sancionada penalmente. Empero, hubo quienes señalaron que esta sencilla expresión era no necesaria, que estaba de más y que por lo tanto debía ser suprimida del ordenamiento punitivo.

A decir de la autora Olga Islas de González Mariscal, antes de la reforma del 10 de Enero de 1994 no existía una base sólida para la configuración de la comisión por omisión en el Código Penal Federal de 1931(130); por lo que fue a partir de la reforma antes aludida, que el tratamiento de los delitos de omisión cambió radicalmente. A la sola mención de ellos en los delitos de abandono regulados en el Capítulo VII del Título Decimonoveno, se sumó una cláusula general que expresamente los contempla en la Parte General del Código Penal Federal de 1931, agregándose un segundo párrafo, el cual señalaba: *“En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considera que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”*; Con la adición de éste segundo párrafo al artículo 7° del Código antes citado, es de destacar lo siguiente:

- I. Se establecen las fuentes de las cuales emana el deber de evitación, considerando a su vez el deber de evitación como un deber jurídico;
- II. Bajo ésta cláusula, se logro establecer a nivel federal, una solución legislativa al problema constitucional surgido en torno a los delitos de omisión impropia; y,
- III. Claramente se estableció que el resultado típico solo seria atribuible al omitente de manera normativa.

Finalmente, podemos observar que nuestra legislación punitiva ha pretendido derivar a la omisión como: **a)** La imputación del resultado que era causado por el autor (causalidad en la omisión); y **b)** Que el omitente respondiera por el resultado al no haber realizado la acción que habría de impedirlo, siempre y cuando éste tuviera el deber específico de hacerlo y no porque lo hubiese causado”.

130 Cfr. Olga Islas de González Mariscal. *“La Omisión Impropia o Comisión por Omisión”*. *Revista Mexicana de Derecho Penal de la P. G. J. D. F.*, número 12, Abril-Junio de 1974, Pág. 19.

4.2 DEFINICIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO.

Durante los últimos años siempre ha existido una intrincada controversia doctrinal para determinar el concepto de servidor público y la diferencia que existe entre funcionario y empleado. Para referirse a los funcionarios y empleados al servicio de los poderes federales, la Constitución vigente utiliza, con poca precisión, distintas expresiones. Desde luego, entre funcionario y empleado público existen diferencias substanciales.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece un concepto de servidor público, bajo su artículo 108, en donde señala como servidor público, a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y en general, a toda persona que desempeñe un empleo o cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federal, así como, a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes son responsables por los actos u omisiones en que puedan incurrir en el desempeño de sus respectivas funciones. Es decir, que el concepto integra a los funcionarios y empleados de todos los niveles al servicio del Estado. La noción de servidor público que la Constitución Federal emplea en diferentes apartados (Arts. 108°, 109°, 110°, 112°, 113°, 114°, 123°, 124° y 128°), sugiere la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica o no subordinación laboral.

Es interesante observar que, dentro del gran ámbito de los servidores públicos existe una clasificación, que puede llegar a establecer una jerarquía que distingue a unos servidores públicos de otros, de acuerdo a las funciones que desempeñan cada uno de estos. Precisamente de esas funciones se desprende que en la práctica y en la vida cotidiana todavía se emplee el término funcionario público, a pesar de que una de las pretensiones de las reformas al título IV Constitucional, fue suprimir el término de funcionario público, por el de servidor público. El término servidor público es la calidad que se le otorga a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión a favor del Estado, según palabras de su autor Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, citadas en su obra *“El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos”*.⁽¹³¹⁾ Mientras tanto, el Diccionario Jurídico Mexicano, establece que: “el funcionario público en México, es un servidor del Estado, designado por disposición de la ley para ocupar grados superiores de la estructura orgánica de aquél y para asumir funciones de representatividad, iniciativa, decisión y mando⁽¹³²⁾”.

¹³¹ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 2001, Págs. 85-86.

¹³² Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, D-H, Editorial Porrúa, México, 1998, Págs. 1500-1502.

Luego entonces, tenemos que servidor público es todo aquel individuo que presta sus servicios a los poderes federales, estatales o municipales y a los de los organismos paraestatales, en los cuales además hay categorías: alto funcionario (por elección popular o por nombramiento), funcionario y empleado. Otra definición de servidor público es la que se entiende como: “toda aquella persona física, contratada, o designada mediante elección o nombramiento, para desempeñar actividades atribuidas al Estado, a sus órganos gubernamentales o a los de la administración pública”.

Ahora bien, con las reformas constitucionales expedidas en 1982, quedó debidamente establecido, bajo el artículo 108 de nuestra Carta Magna, que: “...se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes judicial federal y judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral”.

Así pues, dentro del género “servidor público”, se comprenden según la Constitución diferentes especies como son: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

4.2.1 Antecedentes históricos.

a) Época prehispánica.

Durante la época prehispánica, en la Ciudad de México-Tenochtitlan, el régimen se integraba de instituciones religiosas, militares y administrativas, que evolucionaban constantemente, sobresaliendo una, la de la fiel observancia de sus leyes mediante una impecable, eficiente y honesta actuación de todo el engranaje gubernamental y administrativo.

Cabe señalar que las altas clases sociales, no constituían élites cerradas y se daba entre ellas gran diversificación en virtud de que se renovaban con la participación del pueblo así: “todo azteca sin distinción de clase, que demostrara su destreza para el combate, culto, comercio o vocación artística, pasaba a formar parte de la clase guerrera, sacerdotal, comerciante o de la clase de los artistas (que eran muy apreciados en la sociedad por su labor creadora); solamente quienes no habían podido sobresalir en estas actividades, estaban condenados a permanecer macehualli(133)”.

133 Chávez Alcázar Margarita. *El servicio civil de carrera, en la administración pública mexicana*, Primera Edición, México, 1985, Pág. 25.

Sin embargo, algunos autores como Hori Robaina, en su trabajo *“La relaciones laborales de los trabajadores al servicio del Estado”*, señala que los mejores cargos públicos estaban ocupados por parientes de los gobernantes. Su preparación era objeto de especial atención y existían escuelas destinadas especialmente para ello. Estrictos en lo que respecta a su sentido de responsabilidad en el desempeño de su función pública, se cuidaba mucho que no fueran borrachos, ni amigos de tomar dádivas. Se castigaba al servidor deshonesto y se estimulaba a quien prestaba buenos servicios. Así, para la selección de cualquier servidor público, desde el Tlatoani hasta el último de ellos, los aztecas tomaban muy en cuenta y era requisito indispensable, el tener las siguientes características personales:

- Espíritu de servicio;
- Honestidad;
- Capacidad física e intelectual para el puesto a desempeñar;
- No tener vicios; y,
- Un interés por el mejoramiento de la comunidad.

Los aztecas, buscaban tener una sociedad en armonía de ahí que respecto a la selección del personal que integraría el poder judicial, es decir, de los jueces, señala Fray Bernardino de Sahagún lo siguiente: “También los señores tenían cuidado de la pacificación del pueblo y de sentenciar los litigios y pleitos que había en la gente popular y para esto elegían jueces, personas nobles y ricas y ejercitadas en los caos de guerra... personas de buenas costumbres, que fueron criadas en los monasterios del Calmécac. Prudentes y sabios, y también criados en el palacio... mirábase mucho en que estos tales no fuesen borrachos, ni amigos de tomar dádivas, ni fuesen aceptadores de personas, ni apasionados... En la designación de sus funcionarios públicos, los aztecas tenían un especial cuidado, como se desprende del texto siguiente: El senado tiene estas propiedades, ser juez y averiguar bien los pleitos; ser respetado, grave, sereno, espantable y tener presencia digna, de mucha gravedad y reverencia... no es aceptador de personas y hace justicia sin pasión. Por su parte López Agustín concluye que los aztecas siempre cuidaron que sus representantes fuesen hombres preparados(134)”.

134 Herrera Pérez, Agustín. *Las responsabilidades de los servidores públicos*. Primera edición. Edit. Carsa, México, 1991. Págs. 21 y 22

b) Época Colonial.

En la época colonial, la administración de los territorios conquistados por la corona española, trajo consigo la necesidad de expedir una copiosa cantidad de disposiciones legales aplicadas según las circunstancias específicas que representaban cada una de las formaciones sociales dominadas. Su compilación mas depurada es conocida como “Leyes de los reinos de Indias (1680)”.

El autor Enrique Serrano relata al respecto: “La explotación de los recursos de sus nuevos dominios requería de un abastecimiento regular de trabajadores forzados, reclutados generalmente entre la población indígena por los empleados menores. Para ello la corona contaba con un enorme aparato burocrático que intervenía hasta en los aspectos mas ínfimos, de ese renglón fundamental de la vida económica, con una amplitud de atribuciones y un grado de corrupción tales, que ninguna iniciativa económica podría tener efecto sin contar con su beneplácito y apoyo”. Los cronistas de la época nos relatan que los cargos públicos eran comprados a la corona mediante “la venta de oficios”. Pero como la prebendas obtenidas por los funcionarios no eran suficientes para compensar el pago que habían hecho por el cargo, éstas se sucedían sin número bajo toda clase de corruptelas y abusos ello con el fin de compensar el gasto realizado; pero sin lugar a dudas que el colmo de dicha situación fue cuando el derecho al cargo se vendía a la muerte de su poseedor, lo que se llegó a conocer como “futuras”.

Durante la colonia no se tenía una clasificación de puestos, es decir, no estaba definida, pues los trabajadores desempeñaban diversas funciones; para la selección de cualquier servidor público, como lo señala la autora Margarita Chávez “desde el virrey hasta el último de ellos, tomaron muy en cuenta los siguientes requisitos:

- Ser español de nacimiento, para los puestos más importantes (virrey, alcalde, delegado, etc.);
- El criollo solo tenía acceso a los puestos de menor importancia dentro del gobierno;
- El aprendizaje o capacitación de los servidores públicos de la Colonia se daba dentro de la administración pública en forma empírica, por no estar sistematizada la capacitación como tal(135)”.

En la recopilación de “Leyes de los reinos de Indias”, de manera sistemática se ordenaron las disposiciones emitidas, tratando con ello de imitar el gran poder que gozaban los funcionarios de la Nueva España al amparo de la lejanía de la

metrópoli. Dicha legislación contemplaba las reglas para el desempeño de los empleados públicos estableciendo la competencia de sus cargos, así como sus sueldos y otros beneficios.

c) México Independiente.

Para una sociedad que se encontraba en una lucha por obtener su independencia, le resultaba bastante complicado elaborar y aplicar un sistema de administración de personal como hoy se conoce; sin embargo, debemos señalar que en esta época de agitación bélica no había sistemas de elección de los servidores públicos; ni tampoco existía una clasificación de puestos aunque se inician los intentos de su establecimiento; mucho menos se contaba con un sistema de capacitación, los ascensos y/o promociones se daban por cambio de la gente en el poder; comúnmente por los golpes de Estado.

La autora Margarita Chávez, nos ilustra en lo siguiente: A pesar de que Don José María Morelos y Pavón en “Los Sentimientos de la Nación” consignara los cimientos de la seguridad social y jurídica de los trabajadores, justo es decir que dada la inestabilidad política reinante, los empleados públicos (sobre todo la base trabajadora) en ocasiones se quedaban sin cobrar un centavo hasta por meses; y estaban expuestos a ser despedidos en cada cambio de gobierno o golpe de estado, pues carecían de protección jurídica.

Es así, como, para el propósito del presente trabajo de estudio, tomaremos como referencia la Constitución de 1824. Esta Carta Magna de corte federalista fue dictada siguiendo el patrón de los Estados Unidos de Norteamérica. En ella se otorgan al Jefe del Ejecutivo amplias facultades, tales como: nombrar y remover libremente a los secretarios del despacho, a los jefes de las oficinas generales de hacienda y de las comisarías generales: al personal diplomático, a los oficiales militares de rango superior y a los diplomáticos de las oficinas de la federación, así como otorgar retiros, licencias y pensiones a los militares y sancionar administrativamente a los empleados infractores de las ordenes y los decretos.

Para 1829 se expidió un decreto para regular la relación de los trabajadores del servicio exterior, fijándose como principales condiciones que fueran mexicanos por nacimiento y mayores de treinta años. Así también, el 30 de Junio de 1833 los empleados públicos (españoles en su totalidad), lograron la expedición de un bando que los retiraba y jubilaba del servicio.

En las leyes Constitucionales de 1836, se modificó el sistema federal, retomando el centralismo y adicionando a los tres poderes establecidos un cuarto, el Supremo Poder Conservador, encargado de vigilar la actuación de los demás e intervenir en los conflictos que se suscitaban entre el Legislativo y el Ejecutivo. Se emitieron abundantes disposiciones para regular el servicio de los funcionarios públicos y sobre sus percepciones. Este periodo se caracteriza por la carencia de

una elemental sistemática jurídica. Por su parte, la Constitución de 1857 marca un retorno al federalismo y otorga al presidente de la república facultad para designar y remover a todos los funcionarios de la Unión. En su artículo 32. Esta Constitución dispone la preferencia de los mexicanos sobre los extranjeros para ocupar un cargo público, también fija la exigencia de prestar juramento de lealtad a la Constitución y a las leyes, previamente a la toma de un cargo público.

d) El servicio público en la reforma.

El presidente Benito Juárez intentó establecer orden y racionalidad a la función pública y a él se le debe el inicio de la reestructuración de la administración pública lográndolo en cierto modo pues la clasificación de puestos, aunque no existió en una forma sistematizada, si se dieron intentos para lograr su establecimiento sin embargo la selección del servidor público no existe, y “en 1871, se comienza a organizar el Gran Circulo de Obreros que propugnaba por peticiones de tipo laboral; posteriormente como ya se dijo surge la Asociación Mutualista de Empleos Públicos, que como es de suponer y como lo establece su propia denominación, se trata de una mutualidad, en donde los trabajadores aportan cuotas y ellos mismos reciben todos igual auxilio en caso de necesidad(136)”. Otro gran acierto del presidente Juárez, surgió en el año 1870, cuando expide la “Ley de Responsabilidades de los Altos Funcionarios de la Federación”.

e) El servicio público en el Porfiriato.

Señala la autora Margarita Chávez, “en 1908 John Kenneth escribía: El soborno es una institución establecida en las oficinas públicas mexicanas y reconocida como un derecho que corresponde al funcionario que ocupa el puesto. Es además una institución respetada, hay dos funciones principales adscritas a cada puesto público. Una de ellas es un privilegio y la otra un deber. El privilegio consiste en usar las facultades especiales del puesto para amasar una fortuna personal; el deber consiste en impedir a la gente emprender cualquier clase de actividad que pueda poner en peligro la estabilidad del régimen existente. Andrés Molina Enríquez, al analizar el sistema de Díaz en 1908, lo resumió en una sola frase: “amistad personal”. En este sistema de amigos, los gobernadores estaban ligados al presidente, los jefes políticos a los gobernadores y los presidentes municipales a los jefes políticos.(137)

136 Chávez Alcázar Margarita. *Op. Cit.* Pág. 56.

137 *Ídem.* Pág. 57.

Con el tiempo, Porfirio Díaz se rodeó de intelectuales y pseudo intelectuales positivistas conocidos con el nombre de científicos, los cuales influyen en las actividades de su gobierno, y por ende, en la administración del personal. Así, para el proceso de selección, y con influencia de José Yves Limantour, Díaz estableció la carrera de empleados en la Escuela de Contaduría y Administración que deberían cursar los aspirantes a un empleo público. Fue también, durante esta época que se dieron los primeros intentos por establecer un sistema de capacitación, sin cristalizar en nada concreto. Sin embargo, para el sistema de ascensos y/o promociones se publicó un trabajo titulado: “Guía Practica del Empleado de la Republica Mexicana”, en la cual se avizoran algunos lineamientos de lo que actualmente conocemos como sistema de meritos, base y sustento del ascenso y la promoción, pensión y jubilación; el servidor público no tenía seguridad o derecho a una vejez digna y tranquila por jubilación.

f) La época contemporánea.

Con su estudio “Las relaciones laborales de los trabajadores al servicio del Estado”, el maestro Guillermo Hori Robaina, señala que a esta época “En los debates del Congreso Constituyente que formuló la Carta Magna, no existe referencia concreta alguna sobre los servidores del Estado. Sin embargo, existen dos textos que según estudiosos de la materia hacen prueba de que estos trabajadores fueron incluidos en el artículo 123 Constitucional. El primer párrafo del artículo 123, en su texto original establecía: “El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos y, de manera general, a todo contrato de trabajo”. De este párrafo tan amplio y del termino “empleados” que el legislador no limitó, ni aclaró, en el sentido de tratarse únicamente de empleados particulares, puede deducirse que los empleados públicos fueron incluidos en la norma constitucional.

4.2.2 Naturaleza de la relación.

Durante largos años, los servicios de carrera en el mundo se consideraron paradigmas de eficiencia y un modelo a seguir para aquellos países cuyos gobiernos no los tenían. Francia, Estados Unidos y el Reino Unido, entre otros, tenían cuerpos de funcionarios con gran prestigio y fuerte estabilidad en el empleo. Sin embargo, poco a poco las condiciones en las que estos servicios civiles se habían desarrollado cambiaron, por lo que se hizo necesaria una transformación. Como señala Johan P. Olsen: “La mezcla de demandas y expectativas cambia y también cambia la concepción de lo que es buen servicio civil y un buen servidor publico. En periodos de transición estas concepciones cambian dramáticamente. El papel del servicio civil es desafiado y redefinido. La

sabiduría convencional se vuelve herejía. Las virtudes administrativas se vuelven vicios. Las viejas aptitudes son descartadas y se demandaban nuevos tipos de conocimientos, habilidades y programas de entrenamiento. Las estructuras, roles y culturas organizacionales se etiquetan como “ilegítimas” y se legitiman unas nuevas”.(138)

Así por los diversos cambios a que se vieron expuestos (Luc Roubain identifica tres: Basados en contratos e inspirados por la administración privada). Por su parte, los países menos desarrollados han avanzado, con mayor éxito, en la instauración de sistemas de carrera para los funcionarios públicos.(139).

La autora, Maria del Carmen Pardo ha señalado que las estrategias seguidas en estos procesos de transformación integran componentes: la revalorización de la eficiencia y el consecuente desplazamiento de la experiencia como factor de cambio; la obligación de la alta burocracia para responder cada vez más a los mandatos de sus superiores políticos; como ejemplo de “buena administración”; y la creciente vinculación como resultado del proceso de globalización e integración de bloques económicos regionales.(140)

Estas condiciones han llevado a una nueva concepción de los servicios civiles, sobre la que puede decirse, en términos generales, que sustituye los servicios de carrera basados en la antigüedad y la permanencia por unos que valoran, ante todo, el mérito y la competencia.

4.2.3 Fundamento Constitucional.

El papel del Estado en el México actual, está especificado en el artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

“Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad

138 *“Civil Service in Transition: Dilemas and Lessons Learned”*, Oslo, ARENA, documento de trabajo Núm. Q 5, 1997, Pág. 4.

139 Méndez José Luis *“La Profesionalización del Estado Mexicano: ¿olvidando o esperando a Godot?, El cotidiano*, 1995, Núm. 72, Págs. 16-19. Para un análisis de las tendencias en América Latina, véase José Luis Méndez, *“¿Vieja o nueva administración pública?. Una propuesta ante los dilemas de la modernización administrativa”*, reforma y democracia, 1999, Núm. 16, Págs. 219-246.

140 Pardo María del Carmen, *“El servicio civil de carrera en México: un imperativo de la modernización”*, *Gestión y política pública*, 4 (1995), Págs. 279-282.

protege esta Constitución. ...”

Por tal motivo, también corresponde al Estado definir quienes conforman su planta laboral, o dicho de otra manera quiénes son servidores públicos, denominación ésta que comprende a todos los empleados federales, estatales y municipales, abstracción hecha de su nivel jerárquico y de sus competencias específicas. Como ya hemos señalado anteriormente el artículo 108 de la Constitución Federal, refiere que: “...se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral...”.

Es decir, que mientras las expresiones “servidores públicos” son adecuadas para referirse a todas las personas que laboran para el Estado en cualquiera de las ramas del poder, bien sea en los órganos centrales o en las entidades descentralizadas o por servicios, los términos “autoridades públicas” se reservan para designar aquellos servidores públicos llamados a ejercer, dentro del ordenamiento jurídico que define sus funciones o competencias, poder de mando o decisión, cuyas determinaciones, por tanto afectan a los gobernados”.

4.2.4 Clasificación de los servidores públicos.

En términos generales, la doctrina suele clasificar a los servidores públicos de la siguiente manera:

- a) Altos funcionarios.-** Son las personas de primer nivel en el ejercicio de la administración pública. Su función se identifica con los fines del Estado; sus actos trascienden a los particulares y afectan o comprometen al Estado y se compone por: en el Poder Ejecutivo: el Presidente de la República y los Secretarios de Estado, Subsecretarios, Oficiales Mayores y Directores Generales, por ejemplo; en el Poder Legislativo: Diputados y Senadores; en el Poder Judicial: los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; en los Estados de la Federación: el Gobernador, los Diputados Locales y los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia de la Nación. En los municipios: los Alcaldes, los Regidores y los Síndicos. El empleador original es el Estado, representado por su gobierno, y los altos funcionarios hacen las veces de sus representantes; son “empleadores físicos” de la persona jurídica Estado. La nota característica de esta categoría en la administración pública, es que la inestabilidad de sus miembros en los cargos asignados o logrados por la vía del sufragio es mucho más marcada que en los niveles inferiores e implica en la mayoría de las veces la culminación de la carrera dentro del servicio civil.

- b) Funcionario público.-** Es la persona que realiza una función pública, que tiene poder de decisión, mando de persona y ejercicio de autoridad. Es, propiamente dicho, el empleado de confianza que cataloga y describe el artículo 5° de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado. Es decir, que es un servidor gubernamental, designado por disposición de la Ley para ocupar grados superiores de la estructura orgánica de gobierno y para asumir funciones de representatividad, iniciativa, decisión y mando.
- c) Empleado público.-** Es toda persona física que presta un servicio para algún órgano del Estado, en virtud de un nombramiento y que se desempeña normalmente en actividades de apoyo al funcionario. Su labor no implica un poder de decisión, disposición de la fuerza pública o representación estatal alguno. Otra definición es la que lo señala como la persona física que desempeña un servicio material o intelectual o de ambos géneros a cualquier órgano gubernamental mediante nombramiento y que no tiene facultades ni de decisión, ni representa al órgano como tal, frente a otros órganos ni frente a los particulares.

Ahora bien, conforme a nuestra legislación, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE), distingue dos categorías de trabajadores, abarcando así, el concepto genérico de servidor público:

A) Trabajadores de confianza, que se encuentran excluidos de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado, y entre los cuales se encuentran los siguientes:

- Los que integran la planta de la Presidencia de la República y aquellos cuyo nombramiento o ejercicio requiere aprobación del Ejecutivo Federal.
- En el Poder Ejecutivo, los que laboran en las dependencias y entidades comprendidas por el apartado B) del artículo 123 Constitucional y que desempeñan algunas de las siguientes funciones: de dirección que implique poder de mando y decisión a nivel de directores generales, directores de áreas, adjuntos, subdirectores y jefes de departamento, de inspección, vigilancia y fiscalización, exclusivamente en el nivel de las jefaturas y subjefaturas, cuando estén consideradas en el presupuesto de la dependencia o entidad de que se trate, así como el personal técnico exclusivo y permanente; Secretario, Subsecretario, Oficial Mayor, Coordinador General y Director General en el Gobierno Federal, así como los destinados presupuestalmente a servir a los funcionarios nombrados por el Presidente de la República e integrantes de la Presidencia; Agentes del Ministerio Público Federal, y del Distrito Federal, Agentes de la Policía Judicial y miembros de las Policías Preventivas, entre otros;
- En el Poder Legislativo: a) Por lo que toca a la Cámara de Diputados: Oficial Mayor (actualmente Secretario General de la Cámara), Director General de Departamentos y Oficinas, Tesorero General, Cajeros de la

Tesorería, Director General de Administración (actualmente Secretario de Servicios Administrativos y Financieros), Oficial Mayor de la Gran Comisión (actualmente Presidente de la Junta de coordinación Política); b) En lo que corresponde a la Cámara de Senadores: Oficial Mayor, Tesorero y Subtesorero; y c) En la Contaduría Mayor de Hacienda, Contador y Subcontador Mayor, Director y Subdirector, Jefe de Departamento, Auditores, Asesores y Secretarios Particulares de los Funcionarios;

- En el Poder Judicial: Secretarios de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Secretarios del Tribunal Pleno y de las Salas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal;

Además de los trabajadores de confianza arriba mencionados, se encuentran también excluidos del régimen de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado, los siguientes servidores: miembros del Ejército y la armada nacional, con excepción del personal civil de las Secretarías de la Defensa Nacional y Marina; personal militarizado o que se militarice legalmente; miembros del Servicio Exterior Mexicano; personal de vigilancia de los establecimientos penitenciarios, cárceles o “galeras” y personas que presten sus servicios mediante contrato civil o que se hallen sujetos al pago de honorarios (ordinal 8° de la LFTSE).

B) Trabajadores de base, a los que se suele denominar “empleados” cuyas relaciones de trabajo se encuentran reguladas por la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado, y entre los cuales se encuentran los siguientes:

A esta categoría pertenecen, por exclusión, todos los servidores públicos no abarcados por la categoría de confianza, ello conforme a la relación anteriormente citada. Los trabajadores de base son inamovibles después de seis meses de servicio, es decir, solo podrán ser removidos cuando incurran en alguna de las causas de terminación de la relación laboral y previa intervención del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.⁽¹⁴¹⁾

4.3 EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Actualmente el Estado Mexicano cuenta con diferentes leyes que regulan el trabajo de los servidores públicos, sin embargo, en este momento señalaremos algunas de ellas, de acuerdo a su importancia y el alcance general de las mismas⁽¹⁴²⁾:

¹⁴¹ *García Ramírez, Sergio. Derecho de los Servidores Públicos. Publicación aportada por el Instituto Nacional de Administración Pública. ISBN 968-6080-42-2. Biblioteca Jurídica Virtual. UNAM. Págs. 8-12.*

¹⁴² *Ibíd.* Págs. 12-15.

- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.-** Diversos preceptos tiene que ver con la materia a estudio, tal es el caso del artículo 123, apartado “B”, que constituye la Norma Fundamental aplicable a este régimen, así como varios otros preceptos que tiene relación con los Poderes de la Federación y los Estados y las normas agrupadas en el Título Cuarto, que habla con respecto a la responsabilidad de los servidores públicos.
- **Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.-** Reglamentaria del apartado “B” del artículo 123 Constitucional, ordenamiento principal que rige las relaciones laborales entre el Estado y los servidores públicos.
- **Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.-** Misma que reglamenta el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de responsabilidad política y administrativa de dichos sujetos.
- **Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.-** Concerniente a la seguridad social de los trabajadores (servidores civiles) de las dependencias y entidades de la administración pública federal, de los pensionistas y derechohabientes y trabajadores al servicio del Estado y Municipios; asimismo, dependencias y entidades de los poderes de la unión a que se refiera la propia ley; secretarios de acuerdos, actuarios y personal administrativo del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (artículo 122 de la LFTSE); de los diputados federales y senadores que durante su mandato se incorporen individual y voluntariamente a éste régimen; y, los miembros de las agrupaciones o entidades que por acuerdo de la junta directiva del ISSSTE se incorporen a éste régimen.
- **Reglamento de Prestaciones Económicas y Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.-** Misma que regula administrativamente la aplicación de la ley del ISSSTE en materia de pensiones, indemnización global, prevención de accidentes y enfermedades de trabajo, subsidios por enfermedades no profesionales y otorgamiento y recuperación de créditos.
- **Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.-** Que establece, entre otras cosas, el número y las atribuciones de las Secretarías de Estado.
- **Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.-** Encargada de organizar el gobierno del Distrito Federal y las correspondientes entidades paraestatales.

- **Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.-** Que establece los lineamientos de la carrera judicial y las responsabilidades de los correspondientes servidores públicos.
- **Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.**
- **Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.-** La cual regula, entre otras materias, el servicio civil de carrera del personal que presta servicios al Congreso de la Unión.
- **Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.-** Mismas que regula la organización y funcionamiento de dicha asamblea.
- **Ley Federal del Trabajo.-** Es el ordenamiento general sobre relaciones laborales, aplicable a servidores públicos en organismos descentralizados y empresas paraestatales que no se hallen expresamente sujetos a la legislación laboral burocrática.
- **Ley del Seguro Social.-** Que rige en materia de seguridad social aplicable a los servidores públicos sujetos al apartado "A" del artículo 123 Constitucional.
- **Ley de Premios, Estímulos y Recompensas Civiles.-** Entre los cuales se encuentran los correspondientes a servidores públicos por el desempeño sobresaliente de las actividades o funciones que tengan asignados, así como por cualquier acto excepcional que redunde en benéfico del servicio al que estén adscritos. Estos estímulos podrán acompañarse de recompensas en numerario o en especie (artículo 4°). A este respecto cabe mencionar los siguientes: premio nacional de antigüedad en el servicio público, premio nacional de administración pública y estímulos y recompensas para los servidores públicos seleccionados de entre aquellos que prestan sus servicios en las dependencias y entidades cuyas relaciones laborales se rigen por el apartado "B" del artículo 123 de la Constitución Federal (artículo 92).
- **Ley a favor de los Veteranos de la Revolución como Servidores del Estado.**
- **Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.-** La cual rige la composición y funcionamiento del Instituto Federal Electoral.
- **Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.-** Misma que regula la actuación de las autoridades con respecto a los derechos humanos.
- **Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.**

- **Código Penal Federal.-** El título décimo del libro segundo prevé los delitos cometidos por los servidores públicos en general y el título undécimo se refiere a los cometidos en la administración de justicia.
- **Código Penal para el Distrito Federal.-** En su título décimo octavo del libro segundo prevé los delitos contra el servicio público cometido por los servidores públicos y en su título vigésimo, aquellos delitos perpetrados por los servidores públicos en contra del adecuado desarrollo de la justicia.
- **Código Fiscal de la Federación.-** Que rige en materia de recursos administrativos.
- **Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.-** A este tribunal compete dirimir las controversias entre los particulares y las autoridades de la administración pública del Distrito Federal.
- **Reglamento Interior del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.-** Compete todos aquellos conflictos individuales, colectivos o intersindicales que se presentan en la relación laboral de los servicios públicos, mismos que serán ventilados ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.
- **Código de Ética de los Servidores Públicos.**
- **Jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.**
- **Decretos y Acuerdos relacionados con la Administración del Personal Federal.**
- **Acuerdos relacionados con la Administración del Personal Estatal y Municipal.**
- **Reglamentos Internos.**
- **Condiciones Generales de Trabajo.-** Estas disposiciones rigen en cada dependencia o entidad y son expedidas por el titular respectivo, tomando en cuenta la opinión del sindicato, estableciendo intensidad y calidad de trabajo; medidas para prevenir riesgos profesionales; medidas disciplinarias y procedimientos para aplicarlas; exámenes médicos de los trabajadores; labores insalubres y peligrosas que no deben desempeñar los menores de edad; protección a las trabajadoras, embarazadas y condiciones tendientes a obtener la eficacia y seguridad en el trabajo.
- **Reglamentos de Higiene y Seguridad.**
- **Circulares.**

- **Normas y Disposiciones de Carácter Interno.**
- **Contratos Colectivos de Trabajo.**

Del mismo modo señalaremos algunos otros ordenamientos que contienen disposiciones con respecto a los servidores públicos adscritos a dependencias y funciones específicas, tales como:

- **Ley Orgánica de la Armada de México.**
- **Ley de Disciplina de la Armada de México.**
- **Ley de Ascensos de la Armada de México.**
- **Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.-** Este instituto es un organismo público descentralizado federal que brinda servicios de seguridad social y administra los recursos de fondo de la vivienda para los miembros del Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada.
- **Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea.**
- **Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicana.**
- **Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea.**
- **Código de Justicia Militar.**
- **Ley del Servicio Exterior Mexicano.-** Dicho servicio se encuentra integrado y atendido por el un cuerpo permanente de funcionarios del Estado.
- **Ley Reglamentaria de la Fracción XXX Bis del Apartado “B” del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.-** Se encuentra encargado de regular las relaciones laborales derivadas dentro del Servicio Público de Bancos y Créditos, el Banco de México y el Patronato del Ahorro Nacional.
- **Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.-** Esta ley establece un servicio civil de carrera.
- **Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.-** Al igual que la anterior, establece un servicio civil de carrera.
- **Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional Seguridad Pública.**

- **Ley de la Policía Federal Preventiva.-** Este ordenamiento reglamenta el artículo 21 de la Constitución Federal en lo relativo a la seguridad pública a cargo de la federación y tiene por objeto regular la organización y el funcionamiento de la Policía Federal Preventiva.
- **Reglamento de la Policía Federal Preventiva.-** Este reglamento establece las estructuras, funciones y atribuciones de las unidades administrativas, los principios de disciplina, prestaciones, estímulos y recompensas, así como las funciones y procedimientos de los órganos colegiados de éste órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación.

4.4 LOS DERECHOS EXISTENTES A FAVOR DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Así como los habitantes de la República Mexicana gozan de derechos públicos subjetivos, inmersos en nuestra Carta Magna, bajo el concepto de “garantías individuales”, mismos que tienen como única limitante a la propia Constitución; también los servidores públicos cuentan con estos derechos, sin embargo para ellos –servidores públicos-, existen otro tipo de derechos los cuales se encuentran contemplados en el apartado B) del artículo 123 de nuestra Norma Suprema; así como en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE), que es la ley reglamentaria, que recoge y amplía los derechos laborales reconocidos por la Constitución Federal; bajo esta idea citaremos algunos de los derechos previstos tanto en la Norma Suprema como en su ley reglamentaria, clasificándolos en forma general y en forma especial.

4.4.1 De forma general.

De entre los derechos, que en forma general se estudian, se encuentran los siguientes(143):

- **Jornada ordinaria.-** Que no excederá de ocho horas cuando sea diurna y de siete horas cuando sea nocturna.
- **Jornada extraordinaria.-** Las horas de trabajo que excedan de los máximos señalados en líneas anteriores, se considerarán extraordinarias, su remuneración será al doble de las ordinarias y no podrán exceder de tres horas diarias, ni de tres veces consecutivas.

143 *Ibíd.* Págs. 17-31.

- **Descanso semanal.-** Un día de descanso cuando menos por cada seis de trabajo, con goce de salario integro, este beneficio se amplió en el acuerdo por el que se establece la semana laboral de cinco días de duración para los trabajadores de las secretarías y departamentos de Estado, dependencias del ejecutivo federal y demás organismos públicos e instituciones que se rijan por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.
- **Vacaciones.-** Consistente en veinte días al año, con las siguientes modalidades: cuando el trabajador tenga más de seis meses consecutivos de trabajo, disfrutará de dos periodos anuales de diez días cada uno, recibiendo una prima vacacional del 30 % por ciento adicional sobre el salario correspondiente a dichos periodos.
- **Día de descanso obligatorio.-** Los cuales se establecen en el correspondiente calendario oficial y en las leyes electorales, por lo que respecta a las jornadas electorales.
- **Licencias.-** En los términos que prevengan las condiciones generales de trabajo de cada dependencia u organismo público.
- **Salario mínimo.-** No podrá ser inferior al mínimo general vigente para los trabajadores sujetos al apartado A) del artículo 123 de la Constitución Federal, sin que pueda renunciarse a él, durante la vigencia del presupuesto de egresos respectivo.
- **Salario igual para trabajo igual.-** Sin que exista diferencia de género.
- **Pago de salario.-** Se hará en el lugar de trabajo y en moneda de curso legal o cheque.
- **Intangibilidad del salario.-** El salario es inembargable judicial o administrativamente y no se puede ceder a terceros, solo podrán hacerse retenciones, descuentos o deducciones por deudas contraídas con el Estado, por anticipo de salarios, pago hechos con exceso, errores, cobros de cuotas sindicales o de aportación para cooperativas o cajas de ahorro, etc.
- **Complemento del salario por antigüedad.-** Se otorga una prima de antigüedad o quinquenio (como complemento al salario) por cada año de servicio, hasta llega a veinticinco.
- **Aguinaldo anual.-** Equivalente a cuarenta días, cuando menos de salario integro, debiéndose entregar el 50 % por ciento antes del quince de diciembre y el resto a más tardar el quince de enero del año entrante.

- **Prestamos a corto plazo.-** Para trabajadores de base que hubiesen cotizado al ISSSTE por más de un año.
- **Prestamos a mediano plazo.-** Para la adquisición de bienes de uso duradero o la venta en tiendas del ISSSTE.
- **Prestamos a largo plazo.-** El derecho a la vivienda se ejerce mediante el acceso a habitaciones baratas pertenecientes al ISSSTE, en arrendamiento o venta, así como préstamos hipotecarios y financiamiento en general para vivienda.
- **Designación del personal.-** Se sustenta principalmente en los conocimientos y aptitudes del servidor público.
- **Promoción.-** Los ascensos se otorgan con base en los conocimientos, las aptitudes y la antigüedad del servidor público
- **Carrera civil.-** Se ha creado en distintas dependencias e instituciones publicas el servicio civil de carrera, también denominado servicio profesional de carrera, servicio civil y carrera administrativa. Acosta Romero señala que por este medio se da oportunidad al individuo de hacer trayectoria laboral dentro de una institución e ir ascendiendo en el escalafón ya se por tiempo, conocimientos o capacitación profesional o de aptitudes.
- **Estabilidad laboral.-** Los empleados de base son inamovibles después de seis meses de servicio sin nota desfavorable en el expediente, esta garantía tiene como limitante el cese justificado del trabajador.
- **No ser trasladado a población distinta de la señalada en el nombramiento.-** Existen algunas excepciones para este tipo de derecho, derivadas de la reorganización o necesidades justificadas del servicio, desaparición del centro de trabajo o por fallo del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.
- **Asociación sindical para la defensa de intereses comunes.-** Su fundamento nace a partir del derecho constitucional de asociarse pacíficamente con fines lícitos y específicamente de asociación sindical.
- **Huelga.-** Los trabajadores tiene derecho a la huelga en caso de la violación a sus derechos laborales consagrados en el artículo 123 Constitucional. Se entiende por huelga a la suspensión temporal del trabajo, acordada por una colisión de trabajadores, en una o varias dependencias del poder publico.
- **Instrumentos de trabajo.-** El trabajador tiene derecho a contar con los elementos necesarios para desempeñar el trabajo encomendado, los

cuales deben ser proporcionados por la dependencia u organismo en el que presta sus servicios.

- **Seguridad social.-** En términos generales las prestaciones de los servicios de seguridad social están a cargo del ISSSTE, órgano descentralizado cuyos órganos de gobierno son la junta directiva, el director general, la comisión ejecutiva del fondo de la vivienda y la comisión de vigilancia.
- **Atención de accidentes y enfermedades profesionales.-** Este derecho abarca el diagnóstico, asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, aparatos de prótesis y ortopedia, y rehabilitación; en su caso, licencias con goce de sueldo cuando el riesgo de trabajo incapacite al trabajador, pensión cuando ocurra una incapacidad parcial permanente, pensión cuando ocurra una incapacidad total permanente, e indemnización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- **Atención de enfermedades no profesionales.-** Abarca la atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria. Quienes sufran estas enfermedades tienen derecho a licencias que les permitan faltar a sus labores, previo dictamen y vigilancia médica.
- **Maternidad.-** En la etapa de embarazo, las trabajadoras no realizarán funciones de gran esfuerzo o que pongan en riesgo su salud, gozarán de un mes de descanso antes y después del parto, con goce de sueldo y conservación de sus derechos laborales.
- **Jubilación.-** Tienen derecho a jubilarse con goce del 100 por ciento de su salario los varones que han trabajado treinta años o más y las mujeres que han laborado veintiocho años o más y durante ese tiempo han cubierto al ISSSTE las aportaciones que les corresponden.
- **Retiro por edad.-** El ISSSTE cuenta con un sistema de ahorro para el retiro (SAR) que impone a las dependencias y entidades públicas la obligación de entregar a la institución de crédito correspondiente un depósito a favor de cada trabajador consistente en el 2 por ciento del sueldo básico de cotización.
- **Pensión de retiro por edad y tiempo de servicio.-** Se otorga esta pensión a los trabajadores que hayan cumplido cincuenta y cinco años de edad y tengan quince de servicio y de cotización al ISSSTE.
- **Indemnización global.-** Esta prestación procede cuando el trabajador no tiene derecho a pensión por jubilación, retiro por edad y tiempo de servicios, cesantía por edad avanzada o invalidez, y se separe definitivamente del servicio.

- **Muerte.-** Cuando el fallecimiento provenga de riesgos de trabajo, los familiares con derecho podrán disfrutar de una pensión del 100 por ciento del salario del trabajador al momento del fallecimiento, si la muerte se produce por causas ajenas al trabajo, se proporcionarían pensiones de viudez, concubinato, orfandad o ascendencia, en su caso, siempre y cuando el trabajador haya cotizado al ISSSTE por más de quince años, o bien cuando la muerte se produzca por más de sesenta años de edad o más y haya cotizado al ISSSTE diez años cuando menos.
- **Asistencia médica a los familiares de los trabajadores y pensionados.-** Consiste este derecho en proporcionar servicios de atención médica de diagnóstico, odontología, quirúrgica, hospitalaria, farmacéutica y de rehabilitación por el lapso que dure la enfermedad y prorrogable hasta cincuenta y dos semanas (artículo 23 y 24 de la LISSSTE).
- **Medicina preventiva.-** Este derecho comprende el beneficio que tiene el trabajador, el pensionista y sus familiares; para el control de enfermedades previsibles por vacunación y enfermedades transmisibles, detección oportuna de enfermedades crónicas – degenerativas, educación para la salud, planificación familiar, atención materno infantil, salud bucal, nutrición, salud mental e higiene para la salud, entre otras.
- **Prestaciones sociales.-** Este derecho contribuye a la protección del poder adquisitivo del salario del trabajador, mediante la promoción de patrones racionales de consumo, proporcionando los siguientes servicios y a precios reducidos: venta de productos básicos y de consumo para el hogar, alimentación económica, centros turísticos y servicios funerarios, entre otros.
- **Prestaciones culturales.-** Tendientes a fortalecer la salud mental y la integración familiar y social del trabajador. Consiste en programas culturales, educativos y de preparación técnica, capacitación, atención a jubilados, pensionados e inválidos, servicios de campo e instalaciones para el fomento deportivo, estancias de bienestar y desarrollo infantil, entre otras.

4.4.2 De forma especial.

Por cuanto hace a los derechos de carácter especial, estos pueden englobarse bajo cuatro grandes categorías, a saber: **a)** Servicio Exterior; **b)** Militares; **c)** Servicio Público de Banca y Crédito; y, **d)** Cuerpos de Seguridad Pública.

Dentro del primer grupo, el cual compete al servicio exterior que se encuentra integrado por personal de carrera, temporal y asimilado. El personal de carrera tiene el carácter de permanente y comprende la rama diplomático-consular y la rama técnico-administrativo. Su desempeño se basa en los principios de preparación, competencia, capacidad y superación constante. El personal temporal desempeña funciones específicas por un plazo definido. El personal asimilado está compuesto por funcionarios y agregados a misiones diplomáticas y representaciones consulares. La protección internacional del cuerpo diplomático y consular se recoge en la convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, que establece la inmunidad de estos agentes en el estado receptor, con el fin de garantizar el desempeño de representantes de los estados.(144)

En segundo lugar se encuentran los militares, los cuales tienen diversos derechos en materia de seguridad social, las correspondientes obligaciones recaen en el organismo descentralizado denominado instituto de seguridad social para fuerzas armadas mexicanas, creadas para dar cumplimiento a la fracción XIII del apartado "B" del artículo 123 constitucional que previene: "El Estado proporcionara a los miembros en activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso "F" de la fracción XI de este apartado (acceso a vivienda en venta o renta, crédito para construcción, reparación y mejora, o pago de pasivos adquiridos por estos conceptos) en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones". Las relaciones entre este instituto y su personal se regirán por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE) y estarán bajo el régimen de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE).(145)

Con respecto al tercer grupo, conformado por el personal de banca y crédito, cabe señalar que éstos servicios pueden ser prestados por los sectores público y privado, por lo que respecta al sector público, sus derechos se encuentran regulados por la ley reglamentaria de la fracción XII Bis del apartado "B" del artículo 123 de la Constitución Federal (Ley Bancaria), misma que se aplica a las relaciones laborales en instituciones publicas que prestan el servicio de banca y crédito, en el Banco de México y el patronato del Ahorro Nacional. La relación laboral se establece en virtud del nombramiento y se distingue entre empleados de base y de confianza, estos son los directores generales y los subdirectores generales; los directores y subdirectores adjuntos; los directores y subdirectores de división o de área; los subgerentes generales; los gerentes; las secretarías de los gerentes y de sus superiores; los contadores generales; los contralores generales; los cajeros y subcajeros generales; así como aquellos que conformen al catalogo general de puestos de las instituciones, administren,

144 *Ibidem*. Págs. 33-35.

145 *Ibidem*. Págs. 35-37.

controlen, registre o custodien información confidencial básica de carácter general de las operaciones, o bien desempeñen funciones de dirección, inspección, vigilancia, fiscalización, investigación científica, asesoría o consultoría, cuando estas tengan carácter general. En el Banco de México, además de los anteriores, son trabajadores de confianza los que señala su Ley Orgánica. Son trabajadores de base, por exclusión quienes no queden incluidos en ninguna de las categorías mencionadas. Estos serán inamovibles después de doce meses en el servicio salvo que medie causa justificada para la separación. En caso contrario optar entre reinstalación o indemnización.(146)

Por último y con respecto a los cuerpos de seguridad pública, dispone el artículo 21 de Nuestra Carta Magna que: “Es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en sus respectivas competencias, tiene en fin –según la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública- de salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos. Esta función se lleva a cabo a través de la Policía Preventiva, el Ministerio Público, los Tribunales, la Autoridad Responsable de la Prisión Preventiva, la Ejecución de Penas y el Tratamiento de Menores Infractores, los encargados de la Protección a las Instalaciones y Servicios Estratégicos del país, y otros que contribuyen a esta finalidad. En enero de 1999 se constituyó la Policía Federal Preventiva, que asumió, de manera gradual, atribuciones correspondientes a las policías administrativas, la federal de caminos, la de migración y la fiscal federal.(147)

4.5 LAS OBLIGACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Al igual que existen derechos a favor de los servidores públicos, la ley impone obligaciones, mismas que son inherentes a la situación que guardan. Estos deberes se hallan directamente vinculados con las actividades genéricas del servidor público y las específicas del cargo que ostentan. Obviamente los servidores públicos, tienen, además las obligaciones correspondientes, que se encuentran inmersas en la Constitución Federal y otras leyes.

Como parte de este apartado, aludiremos a la anteriormente denominada Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo (SECODAM), hoy Secretaría de la Función Pública Federal (SFPF). Cabe señalar que las facultades y obligaciones que otorga la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (LFRSP) a la SECODAM y a su titular, también le fueron conferidas, en el caso del Distrito Federal, a la Contraloría General del Distrito Federal.

146 *Ibidem*. Págs. 37-40.

147 *Ibidem*. Págs. 40-43.

4.5.1 En términos generales.

Las obligaciones de los servidores públicos se hallan dispersas en sendos artículos de diferentes ordenamientos. En el plano constitucional, se señalan obligaciones de los servidores públicos en general y obligaciones específicas, sobre todo de quienes ocupan altos cargos de la federación. De aquello es un claro ejemplo, la obligación que existe de protestar el nombramiento del cargo, para todo funcionario público “sin excepción alguna” (art. 128), y específicamente para el Presidente de la República (art. 87) y los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Unión (art. 97). Refiere el Maestro Acosta Romero, que la protesta del cargo es una promesa política y legal que liga al funcionario público con el Estado, propiciándose con ello, ciertos efectos jurídicos que se relacionan en sí, con la función pública. Resulta de gran trascendencia, lo dispuesto por el ordinal 113 de Nuestra Carta Magna, mismo que obliga al servidor público a salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleo, cargo o comisión. Se puede decir que estos valores conforman el catálogo de deberes del servidor público y justifican la aplicación de sanciones.

Por tanto, haremos referencia a lo preceptuado por el numeral 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, reglamentaria del título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, clasificados convencionalmente, según su materia primordial, haciendo la aclaración que un mismo deber puede quedar inmerso bajo varios rubros(148);

- Cumplir con la máxima diligencia el servicio encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión. El artículo 215 del Código Penal Federal, tipifica y sanciona el abuso de autoridad.
- Custodiar y cuidar documentación e información que por razón de su empleo, cargo comisión, conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, impidiendo o evitando el uso, la sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización de aquellos.
- Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de éste.
- Formular y ejecutar legalmente, en su caso, los planes, programas y presupuestos correspondientes a su competencia, y cumplir las leyes y otras normas que determinen el manejo de recursos económicos.

148 *Ibíd.* Págs. 43-54.

- Abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión, después de concluido el periodo por el cual se le designó o de haber cesado por cualquier otra causa, en el ejercicio de sus funciones. Cuando cesan los efectos del nombramiento o motivo por el cual una persona desempeñaba el servicio público, dicha persona deja de tener la calidad de servidor público y queda fuera del régimen correspondiente. EL Código Penal Federal, en su ordinal 214, tipifica y sanciona el ejercicio indebido del servicio público.
- Abstenerse de disponer o autorizar a un subordinado no asistir sin causa justificada a sus labores por mas de quince días continuos o treinta días discontinuos en un año, así como otorgar indebidamente licencias, permisos o comisiones con goce parcial o total de sueldo y otras percepciones, cuando no lo exijan las necesidades del servicio publico. La concesión de las licencias deberán sujetarse a lo que disponga las condiciones generales de trabajo y solo podrán otorgarse por los motivos previstos en el artículo 43, fracción VII de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
- Abstenerse de desempeñar otro empleo, cargo o comisión oficial o particular que la ley prohíba. El numeral 125 de la Norma Fundamental prohíbe desempeñar a la vez dos cargos federales de elección popular o uno de la federación y otro de un Estrado, que sean también de elección popular.
- Abstenerse de autorizar la selección, contratación, nombramiento o designación de quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de la autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público. A este respecto se debe tomar en consideración que el artículo 215 del Código Penal Federal, considera abuso de autoridad la designación de un servidor público inhabilitado, cuando ello ocurre a sabiendas de la inhabilitación.
- Supervisar que los servidores públicos subalternos cumplan con los deberes previstos en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; y denunciar por escrito, ante el superior jerárquico o la contraloría interna, los actos u omisiones que entrañen responsabilidad administrativa, de los que tengan noticias en el ejercicio de sus funciones. La misma obligación se establece en el artículo 57 de la Ley en cita, en el Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), se establece la obligación del servidor publico de notificar al Ministerio Público cuando tenga conocimiento de la posible comisión de un delito (artículo 117).
- Proporcionar en forma oportuna y veraz la información y los datos solicitados por la institución a la que legalmente compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos a efecto de que ésta pueda cumplir con

las facultades y atribuciones que le correspondan. Este imperativo se refiere a las comisiones de derechos humanos; tanto nacional, como del Distrito Federal y de los Estados de la República, en sus casos respectivos. La Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos –LCNDH- (artículo 67) ordena a las autoridades y servidores, cumplir con las peticiones que formule dicha comisión. En el mismo sentido corre la disposición del artículo 59 de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

- Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición jurídica relacionada con el servicio público.
- Abstenerse en ejercicio de sus funciones y con motivo de ellos de celebrar o autorizar la celebración de pedidos o contratos relacionados con adquisiciones, arrendamientos y enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra pública, con quien desempeñe un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o bien con las sociedades de las que dichas personas forman parte sin la autorización previa y específica de la Secretaria de la Función Pública Federal (SFPF), a propuesta razonada, conforme a las disposiciones legales aplicables, del titular de la dependencia o entidad de que se trate.
- Adicionalmente, el artículo 50 de la LFRSP establece la obligación a cargo de la Secretaria de la Función Pública Federal (SFPF), el superior jerárquico y todos los servidores públicos, de respetar y hacer respetar el derecho a la formulación de quejas y denuncias por el incumplimiento de las obligaciones referidas y de evitar que con motivo de estas se causen molestias indebidas al quejoso. El incumplimiento de esta obligación podría constituir delito de intimidación, en los términos del artículo 219 del Código Penal Federal.
- Utilizar los recursos que tenga asignados, las facultades que le sean atribuidas o la información reservada a que tenga acceso por su función, exclusivamente para los fines a que están afectos.
- Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones, de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, objetos mediante enajenación a su favor en precio notoriamente inferior al que tenga el bien de que se trate en el mercado ordinario, o cualquier donación, empleo, cargo o comisión para sí, o para sus familiares, cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, terceros con las que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o socios o sociedad de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte, y que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el

servidor publico de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto, esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión.

- Desempeñar su empleo cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficio adicionales a las contraprestaciones comprobables que el estado le otorga por el desempeño de su función sean para el o para las personas anteriormente referidas. El incumplimiento de este deber podría generar situaciones constitutivas de enriquecimiento ilícito, delito recogido por el artículo 224 del Código Penal Federal, el servidor público puede recibir donaciones hasta por el equivalente a diez veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de su recepción.
- Presentar con oportunidad y veracidad declaraciones de situación patrimonial. El artículo 80 de la LFRSP, indica quienes deben presentar aquellas. En 1983 se expidió un acuerdo por el que se establecen normas para la presentación de la declaración de situación patrimonial de los servidores públicos que determina la ley (DOF de 9 de febrero de 1983), posteriormente se han llevado a cabo diferentes acuerdos que tiene relación directa con la presente obligación.
- Observar en la dirección de sus inferiores jerárquicos las debidas reglas del trato y abstenerse de incurrir en agravio, desviación o abuso de autoridad.
- Observar respeto y subordinación legítimas con respecto a sus superiores jerárquicos inmediatos o mediatos, cumpliendo las disposiciones que estos dicten en el ejercicio de sus atribuciones.
- Comunicar por escrito al titular de las dependencias o entidad en la que presten sus servicios, las dudas fundadas que le suscite la procedencia de las órdenes que reciba.
- Atender con diligencia las instrucciones, requerimientos y resoluciones que reciba de la Secretaría de la Función Pública Federal (SFPP), conforme a la competencia de ésta.
- Excusarse de intervenir en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquello de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborables o de negocio, o para socios o sociedades de las que el servidor publico o las personas antes referidas formen o hayan formado.

- Informar por escrito al jefe inmediato y, en su caso, al superior jerárquico sobre la atención, trámite o resolución de los asuntos a los que hace referencia el punto anterior, que sean de su conocimiento; y observar las instrucciones que recibe por escrito acerca de su atención, tramitación y resolución, cuando el servidor público no pueda abstenerse de intervenir en ellos.
- Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese o sanción de cualquier servidor público cuando tenga interés personal, familiar o de negocio en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas aludidas anteriormente. La violación de este deber podría constituir el ilícito de ejercicio abusivo de funciones, previsto y sancionado por el ordinal 220 del Código Penal Federal.

4.5.2 En términos especiales.

Al igual que existen derechos de carácter especial para el servicio exterior, también operan en su favor ciertas obligaciones, las cuales se hacen consistir en las siguientes:

- Promover y salvaguardar los intereses nacionales ante otros países, así como en organismos y reuniones de carácter internacional.
- Proteger los derechos de los mexicanos en el extranjero y realizar las acciones conducentes a satisfacer sus legítimas reclamaciones.
- Velar por el prestigio del país en el exterior.
- Actuar con, legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia y coadyuvar en el cumplimiento de las funciones asignadas para este servicio de conformidad con los lineamientos que establece la Secretaría de Relaciones Exteriores.
- Respetar las leyes y reglamentos y observar las costumbres sociales del país ante cuyo gobierno estén acreditados, así como las prácticas diplomáticas internacionales.
- Abstenerse de divulgar los asuntos, que conozcan con motivo de su encargo, incluso después de abandonar el servicio exterior cuando la divulgación del asunto pudimos afectar los intereses nacionales, guardaran imparcialidad política en el ejercicio de su encargo, se abstendrán de llevar a caso cualquier acto de proselitismo y actividad partidista.

- Los jefes de misión deberán, entre otras obligaciones a su cargo, mantiene informada a la Secretaria de Relaciones Exteriores sobre los principales aspectos de la vida política, económica, social y cultural del país ante cuyo gobierno están acreditados, y de sus relaciones internacionales. También informaran respecto de las principales actividades o reuniones intergubernamentales que celebren los organismos internacionales y a las cuales asistan en representación de México.
- Los jefes de oficina consular deberán, -entre otras obligaciones a su cargo- mantener informada a la Secretaria de Relaciones Exteriores sobre la situación de los nacionales mexicanos, especialmente cuando proceda brindarles protección especial, fomentar el intercambio comercial y el turismo con México; y prestar el apoyo y cooperación que solicite la misión diplomática de la que dependan.
- Los jefes de misiones diplomáticas, representaciones consulares y unidades administrativas de la Secretaria de Relaciones Exteriores deberán informar cada seis meses, y siempre que lo estimen necesario, sobre las aptitudes, comportamiento y diligencia de los miembros del servicio exterior que estén a sus órdenes.

Por cuanto hace a los militares, los deberes exigen una mayor exigencia de cumplimiento y disciplina. El servicio de las armas exige que el militar lleve al cumplimiento del deber hasta el sacrificio y que anteponga a interés personal, el respecto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la soberanía de la nación, la lealtad a las instituciones y el honor del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos (artículo 1° de la Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos). Los integrantes de las fuerzas armadas deben conducirse con disciplina, que tiene como base moral; y por objeto el fiel y exacto cumplimiento de los deberes que prescriben los ordenamientos respectivos; además, a su cargo se encuentran los siguientes deberes:

- Demostrar aptitud, buena conducta, amor a la carrera, celo en el cumplimiento del deber, así como respeto para sí mismo y los demás, como condiciones para alcanzar las recompensas legalmente previstas.
- Comportarse conforme a la legalidad y de manera justa y enérgica, a fin de obtener la obediencia y estimación de los subalternos.
- Observar buen comportamiento, para que el pueblo deposite su confianza en el Ejército y la Fuerza Aérea y los considere salvaguarda de sus derechos.
- Observar compostura y marcialidad.
- Conducirse con el más alto grado de caballerosidad y educación en todos los actos sociales.

- Abstenerse de cualquier compromiso que implique deshonor o indisciplina, así como empeñar su palabra de honor respecto de lo que no pudieren cumplir.
- Educar y dirigir a los individuos que la nación ponga bajo su mando.
- Inspirar en los subalternos la satisfacción de cumplir las leyes, los reglamentos y las órdenes superiores.
- Conducirse con disciplina y consideraciones mutuas entre el superior y el subalterno.
- Saludar a los superiores, a los militares de la misma jerarquía y a los subalternos, de conformidad con los reglamentos.
- Abstenerse de murmuraciones con motivo de las órdenes superiores o de las obligaciones impuestas por el servicio. Si tuviere alguna queja, podrá manifestarla en demanda de justicia ante el superior jerárquico de quien le infirió el agravio.
- Abstenerse de propalar y no reprimir que se propalen murmuraciones, quejas o descontentos que impidan el cumplimiento de obligaciones o que depriman el ánimo de los subalternos.
- Manifestar al superior, con discreción y exactitud, el mal estado en que se encuentran las tropas a cargo de quien hace la manifestación.
- Abstenerse de ingresar a centros de vicio y de prostitución, cuando porten el uniforme militar.

Con respecto al servicio público de banca y crédito, tenemos los siguientes deberes:

- Conducirse con probidad, Honradez y de manera pacífica, absteniéndose de afectar la disciplina del lugar de trabajo.
- Conducirse con moralidad, discreción, cumplimiento, obediencia y diligencia en el desempeño del empleo.
- Abstenerse de ocasionar perjuicios durante el desempeño de las labores o con motivo de ellas, en los objetos o inmuebles relacionados con el trabajo.
- Adoptar las medidas preventivas que se les señalen, tendientes a evitar enfermedades o accidentes de trabajo.

- Cuidar la seguridad del establecimiento de trabajo, conduciéndose con prudencia y diligencia.
- Abstenerse de laborar bajo los efectos del alcohol, algún narcótico, droga o enervante, sin mediar prescripción médica.

Finalmente y con respecto de las obligaciones impuestas a los cuerpos de Seguridad Pública, la Ley de la Policía Federal Preventiva, a cargo de los integrantes de éste organismo, son idénticas a diversos deberes contenidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y demás leyes similares, las cuales se hacen cargo de los Agentes del Ministerio Público y de la Policía. Los miembros de aquella, sujetos a los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez, tiene las siguientes obligaciones específicas:

- Conducirse con dedicación y disciplina, con total apego al orden jurídico y completo respecto de los derechos humanos.
- Cumplir sus funciones con absoluta imparcialidad, sin discriminar persona alguna por motivos de raza, religión, sexo, condición económica o social, preferencia sexual, ideología política o cualquier otro motivo.
- Observar un trato respetuoso con todas las personas y abstenerse de cualquier acto arbitrario o limitación indebida de las acciones o manifestaciones que realice la población, pacíficamente y en el ejercicio de sus derechos constitucionales.
- Abstenerse en todo momento y bajo cualquier circunstancia de infligir, tolerar o permitir actos de tortura u otros tratos, o sanciones crueles, inhumanas o degradantes. Si tienen conocimiento de hechos de este carácter deben denunciarlos de manera inmediata a la autoridad competente.
- Prestar auxilio a las personas amenazadas por algún peligro o que hayan sido víctimas de un delito, y brindar protección a sus bienes y derechos. Su actuación será congruente, oportuna y proporcional al hecho.
- Velar por la vida e integridad física de las personas detenidas en tanto se ponen a disposición del Ministerio Público o de la autoridad competente.
- Obedecer las órdenes de los superiores jerárquicos y cumplir sus obligaciones conforme a derecho.
- Desempeñar su misión sin solicitar, ni aceptar compensaciones, pago o gratificaciones distintas de las previstas legalmente, y oponerse a cualquier acto de corrupción.

- Preservar el secreto de los asuntos que conozcan, en el desempeño de sus funciones, con las salvedades que determinen las leyes.
- Practicar detenciones únicamente cuando se satisfagan los requisitos previstos en los ordenamientos constitucionales y legales.

4.6 RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

La voz castellana “responsabilidad” proviene del latín *respondere* que significa: estar obligado; mientras que etimológicamente hablando, la palabra “responsabilidad”, significa el obligado a responder de algo o de alguien. Por cuanto hace a la definición otorgada por el Diccionario de la Lengua Española, la responsabilidad tiene las siguientes acepciones:

“2. f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

3. f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado.

4. f. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.”(149)

En tanto, la enciclopedia Jurídica Mexicana establece que:

“Por responsabilidad puede entenderse la obligación que tiene una persona de subsanar el perjuicio producido o el daño causado a un tercero, porque así lo disponga una ley, lo requiera una convención originaria, lo estipule un contrato, o se desprenda de ciertos hechos ocurridos con independencia de que en ellos exista o no culpa del obligado a subsanar.”(150)

Entre los muchos conceptos formulados al respecto, se entiende por responsabilidad la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consciente y libremente. En otro sentido, viene a ser la relación de causalidad existente entre el acto y su autor, o sea, la capacidad de responder por sus actos. En un sentido mas concreto, la responsabilidad se traduce en el surgimiento de una obligación o merecimiento de una pena en su caso determinado o determinable, como resultado de la ejecución de un acto específico.

149 *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, versión electrónica en: <http://www.rae.es/>.

150 *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, F-L, IJ-UNAM, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 2002, Pág. 168.

Como ya hemos referido el termino “responsabilidad” comprende una obligación que tiene una persona de subsanar el perjuicio producido, o el daño causado a un tercero, porque así lo disponga una ley, lo requiera una convención originaria, lo estipule un contrato, o se desprenda de ciertos hechos ocurridos, independientemente de que en ellos exista o no culpa del obligado a subsanarla.

Los servidores públicos son sujetos de responsabilidad por los actos u omisiones que realicen derivados de sus funciones, es decir, la falta de cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo público produce consecuencias jurídicas. El funcionario o empleado que no las observe incurre en responsabilidad, la cual puede contraerse respecto de terceros o respecto de la administración de que forman parte. En México en materia de responsabilidades de los servidores públicos encontramos dentro del Titulo IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuatro tipo de responsabilidades:

- Responsabilidad política
- Responsabilidad civil
- Responsabilidad administrativa
- Responsabilidad penal.

Responsabilidad política.- Por cuanto hace a la responsabilidad constitucional o política, el titulo IV de la Constitución denominado “De las responsabilidades de los servidores públicos”, regula el juicio de responsabilidad, en contra de Diputados, Senadores, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejeros, Secretarios de Despacho, Jefes de Departamento, Administrativo, Representantes de la Asamblea del Distrito Federal, Titular del Órgano u Órganos de Gobierno del Distrito Federal, Procurador General de Justicia del Distrito Federal, Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito, Magistrados o Jueces del Fuero Común del Distrito Federal, Directores Generales de Instituciones Paraestatales; será acreedor a juicio político, el servidor público que en el ejercicio de sus funciones incurra en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de sus buen despacho.

Responsabilidad civil.- Para algunos autores, la responsabilidad civil es la sanción a una conducta indebida, como se entendió en los primeros estadios del derecho, en los cuáles la respuesta al daño era de aflictivo y penal; es el esquema de la “ley del talión” que, de represalia infligida en la persona del reo, se transforma en compensación pecuniaria con propósito aflictivo y no remuneratorio, mediante el criterio del múltiplo, que generaba una cuantiosa utilidad al perjudicado.

Así también, conforme al criterio de otra corriente doctrinaria que puede considerarse predominante en los tiempos actuales, la responsabilidad civil tiene una finalidad reparatoria y, por tanto busca garantizar la esfera jurídica de los sujetos del derecho, con el propósito de reestablecer la situación patrimonial de la

victima del daño antijurídico. En consecuencia, la indemnización será proporcional al daño sufrido.

En este sentido, la responsabilidad civil carece de carácter punitivo o afflictivo por ser indiscutiblemente reparatoria y, por tanto, no se destina a enriquecer a la victima o a sus deudos. En este orden de ideas, el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, establece: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Luego entonces, cabe la posibilidad de señalar que la responsabilidad civil del servidor publico es la derivada de sus actos u omisiones registrados en el ejercicio de sus funciones, que causen daño económico o moral a otra persona; también tendrá lugar en los casos en que la falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas al titular del cargo produce un menoscabo en el patrimonio del Estado.

Responsabilidad administrativa.- Tiene lugar con motivo de cualquier falta cometida por el empleado en el desempeño de sus funciones, pudiendo ser concomitante con la responsabilidad civil y la penal. La responsabilidad administrativa se exige a todos lo servidores públicos, por actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones.

El artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos contiene en sus 24 fracciones todo un catalogo de obligaciones para tales servidores, cuyo incumplimiento da lugar a imponerles las sanciones administrativas previstas en el artículo 53 del ordenamiento legal en cita, mismas que se hacen consistir en apercibimiento privado o publico, amonestación privada o publica, suspensión, destitución del puesto, sanción económica e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio publico.

Responsabilidad penal.- De conformidad con lo dispuesto por el ordinal 21 de la Constitución Federal y en concordancia con el criterio asumido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la competencia para la imposición de penas incumbe al poder judicial. Así pues, la fracción II del artículo 109 Constitucional señala que la comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal. En este tenor de ideas, resulta importante señalar:

- a) Todos los servidores públicos –como cualquier persona- son susceptibles de ser procesados penalmente por la comisión de cualquier delito, en este caso, dependiendo de los delitos señalados en los Códigos Penales Federal y Local;

- b) Solo las personas que detenten el carácter de servidores públicos pueden encuadrarse en ciertos tipos penales, específicamente, los considerados en los artículos 212 al 227 del Código Penal Federal, y del 256 al 276 del Código Penal para el Distrito Federal;
- c) De entre los servidores públicos, solo los que pertenecen al poder judicial, o que desempeñen funciones de administración y procuración de justicia son susceptibles de encuadrarse en los artículos 290 al 309 del Código Penal para el Distrito Federal.

Para estos delitos se asignan penas que van desde la privación de la libertad, sanción económica, destitución hasta la inhabilitación para desempeñar empleos, cargos o comisiones públicas, así como el decomiso de bienes cuya legal procedencia no se logre acreditar.

En materia penal también existe la protección constitucional, anteriormente denominada para algunos efectos como “fuero”, sin embargo, actualmente en el Título Cuarto de Nuestra Carta Magna, el cual habla: “De las responsabilidades de los Servidores Públicos”, no se prevé como tal, subsistiendo solamente el fuero de guerra el cual está considerado en el ordinal 13 del ordenamiento en cita, sin que deba pasar inadvertido que el numeral 61 de la Constitución Federal, reconoce el fuero constitucional para diputados y senadores. Esta protección en un privilegio procesal en materia penal, que se otorga con el fin de proteger no a la persona, sino el ejercicio de la función pública que tiene a su cargo los servidores públicos de lata jerarquía, y que consiste en que no se pueda proceder penalmente contra funcionarios, sin la autorización previa de la Cámara de Diputados; autorización denominada declaración de procedencia.

El artículo 111º de la Constitución Federal, indica que para proceder penalmente contra los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como el Consejero Presidente y los Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado.

También existe otro tipo de responsabilidad por parte de los servidores públicos, la cual deriva de su ámbito profesional; es decir, que los servidores públicos cuyo desempeño de labores implica el ejercicio de una profesión, pueden incurrir en responsabilidad profesional en casos específicamente previstos en el Código Penal, en la Ley de Profesiones y en la Ley General de Salud.

- **Código Penal.-** Según lo dispuesto por el Código Penal para el Distrito Federal, bajo su numeral 256; *“...es servidor público del Distrito Federal toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejercen la función judicial del fuero común en el Distrito Federal”*; ahora bien, el artículo 322 del código penal en cita, señala que los profesionistas y técnicos, así como sus auxiliares, serán responsables en el ejercicio de sus profesión y, además de las sanciones a que se hagan acreedores en cada caso, podrán ser suspendidos en tal ejercicio de un mes a dos años, o de manera definitiva en caso de reincidencia; quedando obligados a la reparación del daño por los actos propios y por los de sus auxiliares, cuando estos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos. Tal disposición es aplicable a los médicos que, habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad competente.

- **Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal.-** En su artículo 71, este ordenamiento dispone que los profesionistas serán civilmente responsables de las contravenciones que cometan en el desempeño de trabajos profesionales, los auxiliares o empleados que estén bajo su inmediata dependencia y dirección, siempre que no hubieren dado las instrucciones adecuadas o sus instrucciones hubieren sido la causa del daño.

- **Ley General de Salud.-** Esta ley impone a profesionistas, técnicos y auxiliares de la salud, diversas obligaciones cuya inobservancia da lugar a las sanciones previstas en el capítulo II de su título décimo octavo. Por ejemplo, su ordinal 419 dispone sancionar con multa equivalente hasta de dos mil veces de salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, al médico que, sin el conocimiento del paciente, o de quienes señala el artículo 103 del mismo ordenamiento, otorgado por escrito, utilice nuevos recursos terapéuticos o de diagnóstico en el tratamiento de su enfermedad.

4.7 CONCEPTO DE “LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION”.

Antes de entrar al estudio de la “libertad provisional bajo caución”, es importante tener en mente: ¿Qué significa la “libertad”? ¿Qué es la “libertad provisional”? y ¿Cuál es el concepto de caución”?

La palabra libertad, tiene varias acepciones la cual a lo largo de los años se ha ido modificando de acuerdo a la época, país, sistema jurídico y demás factores que de alguna manera influyen en su conceptualización. Una de esas acepciones y que resulta un tanto acertada para la época actual, es la que otorga Guillermo

Cabanellas quien dice: “se trata de la facultad humana de dirigir el pensamiento o la conducta según los dictados de la propia razón y de la voluntad del individuo, sin determinismo superior ni sujeción a influencia del prójimo o del mundo exterior”(151), agregándose que el ser humano es libre independientemente de la existencia de las normas que rigen su conducta y de las sanciones que, como resultado de la priorización optada, se deriven.

La libertad tiene un antecedente nacido de una relación de dependencia, si nos remontamos a los tiempos primeros de la existencia del hombre, como nos dice Juan Monroy; -la única posibilidad que tuvo el animal humano para subsistir dependió de la formación de grupos (clanes, tribus, gangs). Lo que implica un rasgo del hombre tan antiguo como su existencia: su sociabilidad-. Si a esto le sumamos lo acontecido después, desde las viejas concepciones estatales, platónicas como Aristotélicas, Rousseau y su social contract, el nacimiento del constitucionalismo, Montesquieu y la teoría de la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, concluiremos que la libertad forma parte de la evolución del hombre y que ha sido tema de discusión y polémica durante toda nuestra existencia y que además se denota una gran dependencia, o necesidad, del hombre a vivir con otros en sociedad para facilitar la respuesta a sus necesidades.(152)

Actualmente la “libertad” -según la definición empleada por el diccionario de la real academia española- es considerada como: “La facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos; facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres”(153), concepto que coincide en gran medida con el citado por Guillermo Cabanellas.

Por lo que respecta a la “libertad provisional”, el diccionario de la lengua española, la considera como: “una situación o beneficio de que pueden gozar con fianza o sin ella los procesados, no sometiéndolos durante la causa a prisión preventiva”.(154) Asimismo y por cuanto hace a la caución, esta consiste en: “una garantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación actual o eventual”.(155)

151 Cabanellas, Guillermo (1996) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 24ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. Vol. V.

152 Monroy Gálvez, Juan (1996) *Introducción al Proceso Civil*. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis S. A.

153 *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, versión electrónica en: <http://www.rae.es/>.

154 Ídem.

155 Ídem.

En lo que se refiere a la doctrina comparada, Juan Silva señala que; *“la libertad provisional es un status intermedio entre la detención y la libertad incondicional cuya duración se extiende hasta que se determine la responsabilidad del procesado; pero se encuentra siempre la posibilidad de que aún antes pierda dicho derecho por una causal de revocatoria”*.⁽¹⁵⁶⁾ Por su parte Gómez Colomer afirma que: *“la libertad provisional es la última medida cautelar personal a estudiar, consistente en una limitación de la libertad mediante la imposición de obligaciones específicas, de cumplimiento eventualmente garantizado por la prestación de fianza.”*⁽¹⁵⁷⁾

Las anteriores connotaciones permiten introducirnos al tema central de este capítulo, resaltando el hecho de que la definición legal de la libertad provisional gira en torno a la precisión de los requisitos para que proceda esta figura, los cuales, se circunscriben tanto en la teoría del fin de la pena (Ej.: La no imposición de una pena privativa de la libertad mayor a cinco años), la teoría de la probabilidad (Ej.: la probabilidad que el imputado eluda o no la acción de la justicia) y la teoría de la sustitución de medidas que inciden en los derechos de los procesados (Ej.: el pago de una caución); todo ello en su conjunto da forma a la “libertad provisional bajo caución”, que legalmente conceptualizada, no es otra cosa más que: *“el beneficio que la ley concede a quienes se encuentran privados de su libertad a disposición del Órgano Ministerial o de un Juez, para que mediante una garantía, pueda gozar de su libertad”*; o dicho de otra manera; *“es un derecho que la Constitución prevé a favor de toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que, previa la satisfacción de los requisitos en la Ley, pueda disfrutar de su libertad, mientras se le sigue ese procedimiento”*.

4.7.1 Antecedentes históricos.

En la época prehispánica los procesos judiciales fueron en términos generales, un aparato jurídico ágil y racional. En este periodo los juicios daban inicio a través de una acusación o demanda, eran procesos sencillos en donde las partes llegaban ante el Juez y de manera oral le exponían sus pretensiones y un tepantlato (abogado) los asesoraba y auxiliaba, cobrando en ése momento por su labor. Las diligencias llevadas a cabo en dicho proceso, eran recopiladas por un escribano o pintor diestro que se encargaba de tomar especial registro sobre lo acontecido. Las pruebas mas utilizadas dentro de los procesos prehispánicos eran la documental, testimonial, confesional, indiciaria y el juramento religioso, además,

¹⁵⁶ Cfr. Vidal Andreu, Guillermo. *“Detención y Prisión Preventiva”*, En: *Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid-España, 1996, Pág. 53*

¹⁵⁷ Cfr. Gómez Colomer, Juan Luis. *“El Proceso Penal Español (para agentes de la autoridad, criminólogos y no juristas en general)”*, 2da. Edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia-España, 1997, Pág. 380.

en caso de que existiera alguna contradicción entre las partes, existía el careo. La prueba testimonial en materia penal era definitiva, ya que los testigos daban su atesto previo juramento que hacían a la diosa tierra. También existía un castigo para los jueces que retardaban los pleitos y no resolvían de manera definitiva en un plazo de 80 días.

Durante la época colonial, derivado del gran retroceso por la influencia de la época oscura europea, prevalecía un sistema jurídico europeo lento, perezoso e ineficaz. Mientras tanto, en los juicios del orden criminal, el acusado obtenía su libertad bajo fianza a través de la fianza carcelera, y se le otorgaba a quien no tuviera una pena corporal, el fiador era llamado carcelero ya que tomaba la responsabilidad y custodia del reo. Una de las primeras garantías que se le dio al reo, se encuentra plasmada en la Constitución de Apatzingán de 1814 con el principio contemplado en el artículo 30 en donde todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpable. Posteriormente, con Agustín de Iturbide –en el año de 1822-, quedó instituido en el reglamento provincial político del Imperio Mexicano que nunca sería arrestado el que quedara de fiador en los casos en que la Ley no prohibía admitir la fianza; dicho recurso quedaba expedito para cualquier estado del proceso.

Tiempo después, con las Leyes Constitucionales de la República Mexicana sancionadas en 1836, se hablaba de la declaración preparatoria y se comenzó a sancionar las prácticas de tortura. Fue así, que durante los proyectos de Constitución del año 1842 se comenzó a hablar de las reglas para la confesión, se refrendaba el derecho del inculcado para que pudiera saber quien lo acusaba y viera las constancias, tenía derecho a estar presente en los interrogatorios y a preguntar lo necesario para su defensa. El segundo proyecto elaborado en el mismo año fue robustecido con respecto a que ninguna constancia sería secreta para el reo, asimismo, se hizo énfasis en el principio de la defensa la publicidad como uno de los principios máximos.

Por cuanto hace a las bases de la República Mexicana de 1843, éstas señalaban en su artículo 9° que ninguno podría ser estrechado por clase alguna de apremio o coacción a la confesión del hecho por el cual se le juzgaba. En el año 1857 los derechos del acusado se vieron otra vez robustecidos por la celeridad de los procedimientos por un jurado popular y por el derecho del inculcado a carearse con los testigos que deponían en su contra. La última referencia en el siglo XIX la encontramos con el Estatuto Provincial del Imperio Mexicano de 1864 el cual en su artículo 65° establecía los derechos del acusado.

Por último, queda el texto original de la Constitución de 1917, que aún y cuando actualmente ha sufrido diversos cambios en su texto, basta con señalar que originalmente el proyecto presentado el día 02 de enero de 1917 en el teatro Iturbide, en donde, en uso de la palabra del entonces Secretario Fernando Lizardi, diputado por el Estado de Guanajuato, refirió durante la presentación del texto del artículo, lo siguiente: *“...contiene el proyecto tres grandes innovaciones plausibles en el mas alto grado; prohíbe que se obligue a declarar al acusado en su contra*

por medio de la incomunicación o por cualquier otro medio, fija el máximo del termino dentro del cual debe pronunciarse la sentencia en los juicios del orden criminal y pone la libertad bajo fianza al alcance de todo acusado cuando el delito que se le imputa no tiene señalada una pena mayor de cinco años”.(158)

4.7.2 Semblanza de los derechos del hombre.

Sabido es, que los derechos de los hombres en las épocas antiguas eran desconocidos, amén de que existía un gran recelo para su reconocimiento, por ello es que los derechos del hombre sufrieron un cambio lento a través de la historia, desde la edad oscura hasta el inicio del renacimiento y la constitución de los primeros humanistas del mundo. Existen opiniones encontradas en torno a que los franceses no fueron los primeros en reconocer los derechos del hombre, sin embargo, no pretendemos en este momento discutir con respecto a esta primicia, sino mas bien, haremos énfasis a ello por ser un antecedente histórico para nuestra legislación, limitándonos únicamente a realizar un análisis de estos derechos, identificando a la libertad bajo caución desde donde ha estado presente.

La Constitución de Cádiz –1812-, la cual tuvo vigencia para el Estado mexicano durante la colonia, era un breve reflejo al acta de los derechos del hombre, ya que ésta no solo reconocía los derechos del ser humano, sino que los clasificó y numeró de los artículos 1° al 17°; dicha Constitución resaltaba en su artículo 4° la necesidad de proteger a las leyes justas que reconocían la libertad de los seres humanos, así como los derechos que la componen. Esto sirve como fundamento para sostener que la Constitución de Cádiz tuvo gran influencia de la ideología francesa de esa época, sin embargo, la estructura rígida del gobierno español no podía permitir en esos momentos que una constitución con tintes claramente humanista, pusiera en peligro la estabilidad económica y política del reino ya con movimientos separatistas, que buscaban con frenesí la libertad, también visiblemente influenciada por liberales como Rosseau, Montesquieu, Voltaire, y el mismo Maquiavelo, quienes buscaban sin cesar el brillo de la ruptura del yugo español.

Para Isidro Montiel Duarte, los primeros legisladores del acta constitutiva en su artículo 30°, solamente hicieron referencia a que la nación estaba obligada a respetar los derechos del hombre y el ciudadano. Empero, los abusos que mas adelante se vivieron en los años de 1836 con la ley constitucional en su artículo 2° en la que señalaba que se les recetarían los derechos inalienables al hombre siempre y cuando este respetara la religión, en tal caso si alguien era condenado por un delito en contra del fuero eclesiástico este pobre sujeto no tendría derecho ni a lo mas elemental de sus derechos humanos.

158 *Ramírez Zúñiga, José Nahily. Libertad Provisional Bajo Caución. México http://www.monografias.com/trabajo15/libertad_bajo_caucion/.*

Es por ello que algunos estudiosos del derecho, defienden la idea de que la constitución que sembró de manera fehaciente las bases de la nueva política Constitucional Mexicana fue la constitución de 1857, ya que en su artículo 1° señalaba el gran avance que los legisladores habían tendido en esta rama, definiendo conceptualmente estos derechos como aquellos que la justicia natural acuerda a todos los hombres.

Sin lugar a dudas, la Constitución de los Estados Unidos fue una fuente importante de los derechos humanos, ya que, con respecto a la libertad bajo caución, señalaba en sus enmiendas 11 y 18 parte de estas garantías; en la primera la garantía de la libertad si no se ha realizado un acto previo de autoridad competente, y la segunda de no pagar fianzas excesivas.

En tanto, otros países como la Republica de Uruguay no se quedaron atrás, pues desde 1829 contemplaban la libertad bajo caución en su artículo 9, delimitándola a que solo se ejercería este derecho cuando los delitos no tuvieran una pena corporal; bajo la misma circunstancia se encontraba la Constitución Chilena de 1833, la cual en su artículo 12 señalaba lo mismo que la Uruguay, es decir, limitaba la libertad a delitos que no tuviesen pena corporal alguna.

Caso curioso resultaba Brasil, pues aun y cuando era conocido como el Imperio de Brasil, es su artículo 169, párrafo noveno, hacia referencia lo mas cercano a lo que hoy conocemos de la libertad bajo caución, prevenía la contra-garantía de la pena privativa de la libertad mediante la caución, del mismo modo la podía restringir en los casos en que la propia ley lo emitía, señalando como pena máxima para gozar de este beneficio de seis meses o destierro del cantón. Por cuanto hace a países como Paraguay, Argentina, Perú, Colombia, etc., ninguno de éstos hizo referencia alguna con relaciona a la libertad provisional bajo caución, pese a que si realizaron pronunciamientos en sus Constituciones con respecto a los derechos del hombre.

4.7.3 Época moderna y su relación con el Derecho Internacional.

Fue a partir de la Segunda Guerra Mundial en que surgió un ideal más humanitario y racional para confiar al derecho internacional la salvaguarda de los derechos del hombre ante los actos de gobierno. Cesar Sepúlveda refiere que el movimiento internacional en pro de un sistema de derechos humanos comienza prácticamente en el año de 1945, mediante la Confederación de Estados Americanos sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en la Ciudad de México, misma que proclamaba la resolución XL, también llamada “Declaración de México”, por la cual se encargaba al Comité Jurídico Interamericano un proyecto de convención regional sobre los derechos y deberes internacionales del hombre, y se expidió la declaración IX, proclamando categóricamente “la adhesión de las republicas americanas a los principios consagrados en el derecho internacional

para salvaguarda de los derechos del hombre”, y se pronunció por un sistema de protección internacional de esos derechos.

Posteriormente, en 10 de diciembre de 1948 en la Ciudad de París, los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas suscribieron la Declaración Universal de Derechos Humanos. La declaración carece del valor y las consecuencias de un tratado internacional. Su propio texto establece que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas proclama la Declaración “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

Ahora bien, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, signada por países como Argentina, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981), Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela; el día 22 de noviembre de 1969; creó dos órganos para la protección internacional de los derechos humanos en la región: el primero la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el segundo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte tiene la facultad de decidir controversias generadas por la denuncia que presenta un estado parte (los individuos no poseen este derecho) por actos realizados por otro estado en contra de las disposiciones de la Convención. Además, tiene la facultad de expedir opiniones consultivas o dictámenes, o sea la facultad de interpretar la Convención y ciertos tratados de derechos humanos en procedimientos que no refieren a la solución de controversias. Nuestro país aun no ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La convención es un tratado celebrado por el presidente de México con aprobación del senado. En consecuencia, las normas en ella contenidas han pasado a formar parte del Derecho interno de nuestro país, en los términos del artículo 133 de la Constitución. No obstante, hay quien sostiene un punto de vista diverso. El artículo 2 de la Convención, bajo el rubro “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”, establece: “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.(159)

159 *Ibíd*

Del mismo modo, cabe señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Organización de las Naciones Unidas y abierto a firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966 (resolución 2200, XXI) y suscrito por 70 estados. En México fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981. Al igual que la Convención, el Pacto dispone, en su artículo 2.2 que: “Cada estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Bajo este tenor, tenemos que en el Derecho Mexicano las garantías individuales, tal y como aparecen consagradas en la Constitución, son un mínimo de derechos que pueden ser validamente ampliados por el legislador ordinario, por la jurisprudencia y la doctrina. Por lo que hace a la ley, el artículo 6° de la Ley Federal del Trabajo dispone que: “Las leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la constitución serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de vigencia”. Resulta importante recordar la exposición de motivos del decreto de reformas y adiciones al Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de l día 27 de diciembre de 1983, en el que: “Las garantías penales que la constitución expresamente establece, implican sólo el mínimo de derechos que la autoridad debe reconocer al gobernado. En consecuencia, la ley secundaria puede ampliar ese mínimo de derechos y otorgar al individuo nuevos y mayores derechos frente al poder público, cuando ello resulte conveniente y no se vulneren los intereses de la sociedad”. En cuanto a la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: “Si bien es cierto que la Constitución no sólo tiene por objeto garantizar los derechos individuales, sino que persigue también fines netamente sociales, también lo es que las ideas esenciales que animaron al legislador al redactar el artículo 20 constitucional, fue garantizar la libertad de las personas sujetas a proceso, y que sus propósitos no fueron coartar las facultades de las legislaturas locales para fijar condiciones más liberales en el otorgamiento de la libertad caucional; de manera que si en los estados se establecen condiciones más amplias para obtener la libertad bajo fianza, esas disposiciones no contravienen los propósitos del artículo 20 Constitucional”.⁽¹⁶⁰⁾ Por cuanto hace a la doctrina, “las garantías individuales son ciertos márgenes mínimos consagrados en la Constitución. Nada impide que el legislador ordinario conceda a los ciudadanos derechos más favorables o amplios que aquellos que les concede la Constitución”.

Es innegable que la figura de la libertad provisional bajo caución, forma parte trascendental en la vida jurídica de la mayoría de los países que conforman

160 S. J. F., *Quinta Época*, T. XX. Pág. 169, *Amparo Penal en Revisión*, Reséndiz Amado y coagraviados, 19 de enero de 1927, *Unanimidad de 10 votos*.

nuestro planeta, prueba de ello son las similitudes que encontramos con respecto a ella, en nuestra Constitución Política, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a que hemos hecho referencia, en la que quedo de manifiesto lo siguiente: “En todo juicio del orden criminal, inmediatamente que lo solicite, el acusado será puesto en libertad bajo caución que fijara el juez, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le imputa, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo termino medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión (Constitución art. 20, Inciso a), Fracción I; Convención art. 7.5 y Pacto art. 9.3).

4.8 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

Como ya hemos señalado, en nuestro país, los derechos humanos se encuentran reconocidos por la Constitución Federal, dentro del capitulo de las garantías individuales; por lo que tales derechos, al ser reconocidos constitucionalmente, adquieren la naturaleza de derechos subjetivos públicos y, por tanto, las autoridades están obligadas a respetarlos en todas las relaciones de supra a subordinación, entre gobernante y gobernados. Así las cosas, el artículo 20 apartado A, Fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce y protege el derecho básico o fundamental consistente en la libertad provisional bajo caución del inculpado de un delito.

4.8.1 La constitución y la libertad bajo caución.

A manera de complemento, diremos que el texto original de nuestra Carta Magna, establecía que el inculpado tenía la posibilidad de obtener en todo caso la libertad provisional bajo caución sólo por el hecho de que solicitarla al juzgador y encontrarse dentro de los presupuestos exigidos para su concesión –por ejemplo el termino medio aritmético del delito imputado-, hoy en día únicamente se concede en la medida de sus antecedentes y de que sea capaz de asumir la conducta social que se espera del el solicitante en el goce de dicho beneficio; en particular, que no haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley y que no represente, por sus antecedentes, circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para la sociedad o para el ofendido, resultando valido afirmar que no todos los que soliciten dicho beneficio podrán salir libres, ya que solamente serán aquellos que se encuentren cualificados para observar los fines específicos de la garantía.

Ahora bien, una vez definida la libertad bajo caución, así como citado sus antecedentes históricos, es momento de conocer su fundamento legal, para lo cual

citaremos lo dispuesto por el artículo 20 apartado A, Fracción I de la Constitución Federal:

ARTICULO 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

- I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional.

De la lectura del artículo que antecede, se aprecia claramente los supuestos necesarios para gozar del beneficio de la libertad bajo caución; sin embargo, a la par también observamos una serie de problemas derivados de dichos supuestos. En primer lugar está la solicitud del inculpado, es decir, “inmediatamente que lo solicite”; cuando una persona se encuentra privada de su libertad ante el Órgano Ministerial, es su derecho hacerse saber los beneficios que le otorga la Constitución Federal, entre los cuales se encuentra la libertad bajo caución, siempre y cuando el delito que se le impute no sea grave; por ello y a pesar de que lo solicite o no el inculpado, dicha garantía siempre se encontrará limitada por ser una consecuencia de un delito grave. El mismo supuesto se presenta al momento que el inculpado rinde su declaración preparatoria ante el

Juez competente, quien al igual que la Representación Social, le hace saber los beneficios que otorga en su favor el Pacto Federal.

Como segundo supuesto se encuentra el hecho de que no se trate de un delito en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder dicho beneficio, como podemos observar, la constitución es omisa en señalar a los delitos graves, así como cuales son los criterios necesarios para ser considerados como graves, dejando en las leyes reglamentarias dicha obligación la cual debe ser congruente con el texto constitucional, por tal motivo nos remitiremos –por así convenir al presente trabajo de investigación- a lo dispuesto por el Código Penal vigente para el Distrito Federal y como consecuencia de ello a lo preceptuado por el numeral 268 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, mismo que señala cuales son los delitos graves por la ley, estableciendo como graves todos aquellos delitos que rebasaren del término medio aritmético.

En tercer lugar, tenemos que el monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado; sin embargo en la práctica diaria es común enfrentarnos con criterios diferentes que asume la autoridad y que tal parece que en una forma por demás caprichosa fija montos elevados que imposibilitan el pago de una caución, ya que la asequibilidad no es un término fácil de aplicar, pues en muchas de las ocasiones dicha figura –asequibilidad- es confundida como un término subjetivo y completamente alejado de la realidad, volviéndolo hasta realidad, volviéndolo hasta cierto punto irracional, ello por no existir una paridad de criterios al momento de fijar la caución, quedando al libre albedrío de la autoridad establecer los montos que en la mayoría de los casos resultan los máximos que la ley establece, imposibilitando así que sean cubiertos por el inculpado, dejando de lado que la Norma Fundamental es muy clara cuando establece que deben ser asequibles, es decir, que pueda conseguirse o alcanzarse.

Por último, el juez deberá tomar en consideración la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito, resultando evidente que cada hecho delictivo se prepara y ejecuta de manera distinta, aun y cuando se trate de figuras típicas del mismo genero.

4.9 ASPECTOS TEÓRICOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

Por cuanto se ha dicho, la prisión preventiva es una medida cautelar necesaria, que tiene por objeto asegurar el resultado del proceso penal, para el caso de resultar condenatorio, ello a través de la privación de la libertad del inculpado mientras se desahoga el Sumario. Aunque su justificación no deriva sólo de la circunstancia de que se encuentran acreditados los elementos que conforman el cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad del inculpado, éste ultimo, desde el inicio del proceso hasta que se dicte una

sentencia, deberá soportar las consecuencias legales de su aparente conducta ilícita.

Tampoco será suficiente considerar como idea única, el hecho de impedir que dicho infractor regrese a la sociedad, evitando con ello que vuelva a cometer algún ilícito, pues amén de lo señalado, su utilidad también puede ser vista como una medida que impida al inculpado sustraerse de la acción de la justicia, logrando así, la impunidad con respecto a ciertas conductas delictivas.

A resumidas cuentas, la libertad provisional bajo caución tiene por objeto garantizar el resarcimiento del daño y la comisión de algún delito, también garantizar que el inculpado no se sustraiga de la acción de la justicia, quedando obligado a comparecer tantas y cuantas veces lo requiera la autoridad competente, implicando con ello una sanción y un sustitutivo de prisión. Por tal motivo, dicho beneficio implica que el inculpado se constituya frente al estado con un fiador, creándose una trilogía de personas –fiador, beneficiario y juez-, podría decirse que en un primer momento se trata de un contrato de fianza, sin embargo algunos autores señalan que es un guión administrativo, ya que la libertad del fiador al celebrar el acto no tiene los mismo alcances que un contrato de fianza. El fiador no es un deudor secundario sino directo, no es posible que se denuncie el pleito entre el Estado y el fiador, tampoco puede ser considerado como un contrato accesorio pues no tiene las características propias de dicho contrato.

Otro aspecto fundamental es que el inculpado no es un deudor (entendiéndose como deudor aquel que debe pagar una cantidad cierta y en dinero), sin embargo, como el término deudor implica el cumplimiento de algo, observamos con claridad que el afianzador o el fiador no tiene una obligación real, ya que el agravio lo sufre el inculpado y en una proporción mínima el fiador o afianzador.

Por todo ello, cabe señalar que como regla general, la libertad es un derecho que otorga la Constitución, con la salvedad de que cualquier persona que se le impute un delito no grave, podrá gozar de su libertad preparatoria cuando exhiba una caución económica que garantice la sujeción del inculpado, satisfaciendo de esta manera el interés público de garantizar la efectividad de la sentencia y del derecho penal cuando el procesado es responsable de un algún delito, ya sea en fase de investigación o de instrucción, siempre y cuando no sea considerado como grave por la ley, es decir, la prisión preventiva puede ser sustituida por la caución, la *pignus corporis* se convierte en *pignus pecuniae*.

4.10 LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN Y LA LEY PROCESAL.

Ya hemos hecho referencia al fundamento Constitucional de la libertad provisional bajo caución, por lo que ahora corresponde a la ley procesal sentar sus

bases para que cualquier persona que se encuentre bajo los supuestos de la norma fundamental, pueda gozar de dicho beneficio.

La libertad provisional bajo caución se encuentra regulada dentro del artículo 269 fracción III, inciso g), en relación con los numerales 556 al 574 bis (vía incidental), todos ellos del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal; resultando procedente en base a las siguientes circunstancias:

- I. Cuando se solicite durante la fase de averiguación previa, el artículo 271 del Código Adjetivo en cita, contempla la facultad que tiene el Órgano ministerial para determinar durante su etapa de investigación, la libertad bajo caución, otorgándole en primer lugar la facultad al Procurador General de Justicia del Distrito Federal, de especificar el monto de la caución. Del mismo modo, establece que para el supuesto de que el probable responsable sea consignado ante un Juez y este tenga el beneficio de la libertad bajo caución, la Representación Social solicitara a dicha autoridad la presentación del probable responsable, quien en caso de no comparecer ante el Órgano Jurisdiccional, solicitará le sea revocado el beneficio de la libertad bajo caución, haciendo efectiva la garantía previamente otorgada por el inculpado, requiriendo además al Juez de la Causa la respectiva orden de aprehensión.
- II. En caso de que el Ministerio Público decrete la libertad provisional bajo caución, protestará al probable responsable para que comparezca con posterioridad ante dicha autoridad con motivo de futuras diligencias, facultando la ley a dicho Órgano Técnico para el caso de que el inculpado no compareciera ante su presencia cuando así le fuere requerido por ella, durante la etapa de investigación, de hacer efectiva la garantía.

Solo se cancelaría dicha garantía si el Ministerio Público propone el no ejercicio de la acción penal o cuando incumpliendo el probable responsable comparece ante el juez y éste acordara su devolución.

- III. Tratándose del Órgano Instructor, esta se dará bajo las siguientes circunstancias:
 - a) Para el caso de que el inculpado se encuentre bajo jurisdicción del Órgano Instructor, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece en su artículo 287 que dentro de las cuarenta y ocho horas, a partir de que fue puesto a disposición de dicha autoridad, se le deberá tomar su declaración preparatoria y en el supuesto de que el inculpado no hubiese solicitado la libertad bajo caución, se le hará saber nuevamente este derecho (art. 290 del Código Adjetivo en cita).

- IV. Si una vez dictado el auto de plazo constitucional o de sujeción a proceso, el procesado no pudiese cumplir con la garantía que le señaló el Juez de la Causa, éste –procesado- podrá solicitarlo vía incidental, el cual se encuentra regulado por los artículos 556 al 574 bis del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal.

A manera de conclusión señalaremos que, como requisitos necesarios para conceder la libertad provisional bajo caución, el artículo 556 del Código Procesal en cita, establece en términos generales los siguientes:

- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;
- Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias;
- Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones; y,
- Que no se trate de delitos que por su gravedad se encuentren previstos en el Art. 268 de éste código.

Es así, como hemos finalizado este último capítulo, tratando de entender y comprender los conceptos de “servidor publico” y “libertad provisional bajo caución”; temas complementarios para el buen desarrollo del presente trabajo de estudio, por lo que sin más preámbulos daremos inicio a nuestras conclusiones, en las que, pondremos a consideración del personal docente, la propuesta principal que pretende llevar a cabo este proyecto de tesis intitulado: “La negativa de otorgar la libertad provisional bajo caución, a los servidores públicos que omitan impedir la comisión de un delito de resultado material considerado no grave, si éstos tenían el deber jurídico de evitarlo”.

4.11 LA NEGATIVA DE OTORGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL A LOS SERVIDORES PUBLICOS QUE OMITAN IMPEDIR LA COMISION DE UN DELITO DE RESULTADO MATERIAL, SI TENÍAN EL DEBER JURÍDICO DE EVITARLO.

Para concluir con esta investigación, procederemos a establecer nuestra propuesta, la cual, sin lugar a dudas, constituye la esencia del presente trabajo de estudio que hemos venido desarrollando; con lo cual resulta oportuno plantearnos una serie de interrogantes a las que buscaremos darles respuesta –interrogantes que a nuestro parecer son las que en términos generales engloban la esencia de esta tesis-. Bajo este contexto, procederemos a establecer en primer lugar las preguntas y posteriormente las respuestas de acuerdo a lo que aquí hemos venido analizando.

Ahora bien, ¿Por qué negar el que se otorgue el beneficio de la libertad provisional bajo caución, a los servidores públicos que omitan impedir la comisión

de un delito de resultado material considerado no grave, si estos tenían el deber jurídico de evitarlo?, ¿Qué beneficios pudiera traer dicha negativa? y ¿Qué posibilidades existe de que resulte eficaz dicha propuesta en la práctica diaria?; una vez establecidas dichas interrogantes, procederemos a darles contestación, para así saber si en la práctica diaria resultará o no viable; ***“negar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, a los servidores públicos que omitan impedir la comisión de un delito de resultado material considerado no grave, si éstos tenían el deber jurídico de evitarlo”***.

Para dar respuesta a la primer interrogante, debo hacer énfasis en el hecho de que dicho tema me pareció interesante dado los sucesos que en épocas recientes han acontecido en nuestro país, y que supongo yo todos conocemos o nos hemos enterado de ellos en alguna forma (Los linchamientos de dos policías federales en el pueblo de San Juan Ixtayopan en la Delegación Tlahuac; los hechos acaecidos en la Discoteca News Divine o el incendio registrado en una guardería de Hermosillo, Sonora y en el que murieron aproximadamente 49 niños; hechos sin duda lamentables, pero que nos permiten observar con diáfana claridad, conductas omisivas llevadas a cabo por algunos servidores públicos); sin embargo este no fue el motivo principal por el cual necesitaba llevar a cabo este proyecto, darle luz, o ponerlo sobre la mesa para su discusión; el motivo tal vez sale sobrando, pero lo que importa es que el derecho penal es una materia que evoluciona constantemente, existen sucesos que en un principio pueden ser catalogados como delitos y posteriormente estos son eliminados del Código Punitivo sin motivo alguno, quedando en el olvido, por esta razón me pareció más que oportuno, realizar esta propuesta, la cual habrá quien la acepte y quien la cuestione, pero al final generara inquietud en quienes la escuchen tal y como lo hizo conmigo.

No olvidemos que los servidores públicos, gozan de las garantías individuales que otorga nuestra Carta Magna a cualquier ciudadano común y corriente, pero también es la propia Constitución, las leyes, los contratos de trabajo y las órdenes emitidas por personas facultadas para que el servidor ocupe ese cargo; los que colocan a un servidor público en calidad de garante respecto a diversos bienes; por tanto, ¿es ésta razón más que suficiente para que un servidor público se le niegue el beneficio de la libertad provisional bajo caución cuando omita impedir la comisión de un delito de resultado material considerado no grave, si éstos tenían el deber jurídico de evitarlo?; En principio diremos que sí; ya que, una de las obligaciones principales del Estado Mexicano a través de sus representantes, consiste en salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos, por medio de la prevención de delitos, su investigación y persecución para hacerla efectiva, sin discriminación alguna y excepción de persona; por tanto, el esfuerzo mínimo que todo servidor público debe realizar para proteger a los ciudadanos de los abusos contra sus derechos exige a la vez un deber de garantía a cargo del Estado quien deberá establecer mecanismos necesarios a través de las leyes y de las instituciones, para que tal derecho se ejerza plenamente; y en caso de que algún servidor público realice actos que impliquen abusos o excesos en sus

atribuciones, permitan o toleren que los ciudadanos a título personal o colectivamente hablando, actúen libre o de manera impune en menoscabo de derechos de terceros, omitiendo así, cumplir con su deber de actuar con la debida diligencia, serán responsables por los resultados materiales que dichas acciones u omisiones originen.

Para que esto suceda de forma satisfactoria, deberá negarse el beneficio de la libertad provisional bajo caución a dichos servidores públicos que omitan impedir la comisión de un delito de resultado material considerado no grave, si estos tenían el deber jurídico de evitarlo, garantizando con ello que no goce de su libertad durante el proceso que se le siga, hasta en tanto, no exista una sentencia –absolutoria o condenatoria- en la que se haya determinado su responsabilidad con respecto a dicha omisión.

En un principio parece injusta tal negativa, sin embargo más injusto resultaría que la conducta omisiva mostrada por algunos servidores públicos que impiden la comisión de un delito de resultado material considerado no grave, quedara impune, dado el deber jurídico que tienen o tenían de evitarlo, al momento mismo de su omisión; con lo que se afectaría la facultad sancionadora que tiene el Estado (*ius puniendi*) frente a los ciudadanos, en especial con aquellos que detentan un cargo público.

Entre los beneficios que traería esta propuesta, pudieran señalarse los siguientes: a) Una mayor diligencia de los servidores públicos para desempeñar su encargo público; b) Sentar un precedente entre los servidores públicos que impidan la comisión de un delitos de resultado material considerado no grave, si éstos tenían el deber jurídico de evitarlo; c) Como consecuencia de lo anterior, obligarlos a actuar con la mayor prudencia, diligencia y cuidado a fin de evitar la comisión de un delito de resultado material considerado no grave; d) Garantizar que el estado ejerza su facultad sancionadora con prontitud e imparcialidad; e) Evitar que el servidor público evada su responsabilidad, alargando el proceso a fin de que nunca se le llegué a responsabilizar penalmente por su omisión; f) Contribuir a que los servidores públicos no utilicen su encargo para satisfacer necesidades personales en detrimento del bien común de la sociedad; g) Unificar criterios en el Código Penal para el Distrito Federal, ya que existen delitos en los cuales la calidad de servidor público agrava el tipo penal previamente establecido (delito de extorsión, art. 236) ; h) Instrumentar manuales y reglamentos en las diferentes áreas del servicio público, que establezcan su forma de actuar frente a circunstancias de esta naturaleza; i) Las demás que se vayan presentando con motivo de su encargo público.

Finalmente, ¿Qué posibilidades existe de que resulte eficaz dicha propuesta en la práctica diaria?; muchas, porque si no la ponemos en marcha nunca sabremos los beneficios o errores que pudieran resultar de su creación. Si, como toda propuesta, la cual es producto de las necesidades de una comunidad, que cada día exige normas (morales, religiosas, éticas, etc.) que contribuyan a una mejor convivencia y paz social; ésta propuesta, desde mi punto de vista, pretende

cubrir una exigencia de la Sociedad Mexicana (hablando exclusivamente del Distrito Federal). Vemos con impotencia que a menudo servidores públicos, llevan a cabo conductas omisivas que impiden la comisión de delitos de resultado material, no importando si son graves o no, por tal motivo, hoy en día, existe un reclamo por parte de la Sociedad la cual implica que todos los servidores públicos garanticen el buen desempeño de sus funciones encomendadas con motivo de su encargo público.

Sin duda, el tiempo dará respuesta a esta interrogante, pero mientras esto sucede, consideramos oportuno adicionar al artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, un párrafo que contemple: **“LA NEGATIVA DE OTORGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, A LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE OMITAN IMPEDIR LA COMISIÓN DE UN DELITOS DE RESULTADO MATERIAL CONSIDERADO NO GRAVE, SI ESTOS TENÍAN EL DEBER JURÍDICO DE EVITARLO”**; empero, ¿Por qué en el Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal y no en la Constitución?; la respuesta es simple porque, como ya hemos dicho fue el Constituyente que otorgó facultades al legislador ordinario, para que éste determinara, en su caso, cuáles son aquellos delitos respecto de los cuales decida prohibir la concesión de dicho beneficio, con lo que queda sujeto a la diversidad de soluciones que proporcionen las legislaciones secundarias.

Esta propuesta, para bien o para mal, es una solución que pretende dar respuesta a la impunidad con que algunos servidores públicos se encuentran, ya, porque no han sido denunciados o porque a pesar de existir un proceso en su contra, gozan del beneficio de la libertad provisional bajo caución y peor aún, siguen ejerciendo un cargo público.

Deseo concluir este trabajo de estudio, estableciendo mi propuesta –esto a título personal-, misma que debería quedar inmersa dentro del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, en su Título Quinto “Incidentes”, Capítulo III, mismo que hace referencia a la “libertad provisional bajo caución”, específicamente en su numeral 556, el cual –ya con la propuesta planteada- deberá establecer lo siguiente:

“Artículo 556.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

- I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;

- II. Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;
- III. Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y
- IV. Que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el quinto párrafo del artículo 268 de este Código.

En el caso de los servidores públicos, será negada la libertad provisional bajo caución, cuando omitan impedir la comisión de un delito de resultado material considerado no grave, si éstos tenían el deber jurídico de evitarlo.”

Puede ser, que dicha propuesta no cumpla con las expectativas que muchos estudiosos del derecho tienen con respecto a los temas que aquí hemos desarrollado; empero, si la misma ha generado controversia en cuanto a su viabilidad; esto es prueba fiel de que tal propuesta satisface en mucho las expectativas del suscrito, pues ha generado el interés de algunos compañeros, que estoy seguro retomaran este tema para proyectos futuros.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Derecho Penal es un medio de control social que regula la conducta humana en sociedad, valiéndose de la amenaza o del castigo y que se encuentra sujeto a una regulación de estricta observancia. Desde un punto de vista objetivo, el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, ya sean de carácter prohibitivo o de mandato y que asociadas a hechos, estrictamente determinados por la ley (delitos), impone la sanción que a éstos se asocian y las reglas para su vinculación, ello con objeto de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana. Su misión no se limita a enlistar las conductas consideradas como delitos y las penas que a cada uno de ellos corresponde, sino que, principalmente se encarga de salvaguardar los valores sociales fundamentales y solo puede recurrirse a él cuando los demás de protección sean insuficientes para ello (principio de la intervención mínima)..

SEGUNDA.- Desde luego que nuestro Código Punitivo, se encuentra preferentemente basado en un derecho penal de “hecho” y no en un derecho penal de “autor”, por lo que la imposición del castigo se da en función del comportamiento humano efectivamente desplegado por el agente, sancionándosele por lo que hace y no por lo que es. Dentro de este planteamiento, el tipo penal sirve como un mecanismo de discriminación de la conducta punible.

TERCERA.- Así también, consideramos que el comportamiento humano es la manifestación de la voluntad dirigida (teoría finalista); mientras que el delito, desde una perspectiva sustantiva o material; lo definimos como una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, a la que se asocia la punibilidad como su legítima consecuencia. Por otro lado, consideramos incorrecto el llamado concepto amplio de acción en virtud de que, con él se trata de englobar dos elementos de esencia evidentemente contraria, como lo es la acción y la omisión de ella. La acción es natural y existe en forma independiente al derecho, mientras que la omisión es normativa y solo puede concebirse a través de la norma. Sólo puede omitir quien tiene la obligación previa de hacer, definiéndose la omisión como la no realización de una acción concreta, exigible y de posible ejecución.

CUARTA.- Resulta valido afirmar que el Derecho Penal no crea al concepto de omisión, sino que se sirve de éste para configurar a los llamados “delitos omisivos”, los cuales se actualizan mediante la no realización de un mandato, sin que para su consumación se requiera inexorablemente de la total inactividad del hombre. En consecuencia, solo existen dos clases de delitos de omisión que se distinguen entre si por su muy particular estructura típica: Los llamados delitos “propios” de omisión y los denominados “impropios” de omisión. En ambos, el autor sólo viola una norma de mandato y no una norma prohibitiva.

QUINTA.- También, en el Derecho Penal se ha dado por definir a los delitos impropios de omisión como delitos de “comisión por omisión”, sin que hoy en día exista consenso entre los diferentes autores con respecto a esta terminología, pues si bien es cierto no es la más adecuada, más cierto resulta que se sigue utilizando por su arraigo en el ámbito penal. Bien pudiera llamarse a los impropios delitos de omisión como “delitos de omisión de resultado material”. Conforme a la doctrina imperante en materia penal, la estructura típica, de los delitos impropios de omisión está conformada por los siguientes elementos; El Tipo Objetivo, dentro de los cuales se encuentra integrados: I.- La situación típica; II.- La no ejecución de la acción debida; III.- El resultado material y la imputación normativa de éste; IV.- La posición de garante; y, V.- La posibilidad real de evitación. Mientras que en el tipo subjetivo, se encuentra conformado por; a).- El dolo o la culpa; y, b) El elemento subjetivo diverso al dolo y la culpa, que contempla el tipo penal, siempre y cuando exista.

SEXTA.- Con respecto al resultado material descrito en el tipo objetivo de los impropios delitos de omisión, cabe señalar que éste no es causado mecánicamente por el sujeto activo de la omisión, empero se le atribuye normativamente su producción en virtud de que no lo evitó pudiendo y debiendo hacerlo; por lo cual, esta atribución normativa del resultado material la da al omitente su peculiar posición respecto del bien jurídico tutelado por la norma, es decir que, para ser autor de un delito impropio de omisión se requiere tener una específica calidad que convierte a estos ilícitos en delitos “especiales propios”.

SÉPTIMA.- Respecto al tipo subjetivo de los impropios delitos de omisión, el dolo se encuentra conformado por la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo; en tanto que la culpa surge a partir de que se omite, infringiendo un deber de cuidado a cargo del garante, siendo los casos más comunes de omisión culposa: a) Cuando se aprecia en forma incorrecta la situación típica; b) Cuando el mandato se cumple defectuosamente; c) Cuando se aprecia en forma indebida la posibilidad física de evitación; y, d) Cuando la causa generadora de la calidad de garante se aprecia con falta de cuidado. Cuando estudiamos a la culpa en la figura de la omisión, deben considerarse en forma especial los llamados delitos cometidos “por olvido”, en los que el omitente es indiferente a su deber de evitación, sin interesarle en lo mas mínimo si permite o no la producción del resultado material prohibido.

OCTAVA.- Por lo que hace a la figura de los servidores públicos, ésta quedo claramente definida como: “toda aquella persona física, contratada o designada mediante elección o nombramiento, para desempeñar actividades del Estado, Órganos Gubernamentales o de Administración Publica”. Bajo este esquema, los servidores públicos se clasifican en: a) alto funcionario público; b) funcionario público; y, c) empleado público; señalando las diferencias entre uno y otro, en base a las funciones que desempeñan cada uno de éstos. Del mismo modo, quedó establecido su fundamento constitucional bajo el artículo 108 -en concordancia con el ordinal 256 del Código Penal para el Distrito Federal-, numeral que en términos generales define quienes son los “servidores públicos”,

denominación que nace a partir de la reforma expedida en 1982, la cual cambia el termino de “funcionarios públicos” –como hasta entonces se conocía- por el de servidores públicos; pretendiendo con ello cambiar la imagen que tenían los “funcionarios públicos” con respecto a la ciudadanía, la que casi siempre estaba marcada por actos de prepotencia, negligencia y desdén. Sin embargo y pese a lo anterior, la supresión de “funcionarios públicos” por la de “servidores públicos” no se da totalmente, ya que, actualmente los artículos 124 y 128 del Pacto Federal siguen regulando dicha figura.

NOVENA.- Desde luego, que la falta de cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo público produce consecuencias jurídicas. El servidor público que no las observe incurre en responsabilidad, la cual puede contraerse respecto de terceros o respecto de la administración de que forma parte. La responsabilidad de los servidores públicos frente a la administración puede ser de carácter civil, penal, administrativa o constitucional. Con esto, y atendiendo al principio de igualdad ante la ley, se pretendió establecer la responsabilidad de todos los servidores públicos a nivel constitucional, independientemente de su jerarquía, rango, origen o lugar de empleo, cargo o comisión. Responsabilidad que se encuentra contemplada por el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, bajo el rubro “De las responsabilidades de los servidores públicos”.

DÉCIMA.- Por último, analizamos la “libertad provisional bajo caución”, teniendo como punto de partida el concepto de “libertad”, el cual entendemos como un derecho fundamental de rango constitucional que solo puede ser restringido por los propios preceptos constitucionales o por normas de rango inferior a la Constitución. En el caso de México, el poder Constituyente permitió restringir la libertad provisional bajo caución a través de normas de rango inferior a la Constitución; es decir, se trata de una cláusula de reserva, conforme a la cual, se autoriza al legislador a imponer restricciones mediatamente constitucionales, para el caso de que opte por determinar cuales delitos son calificados como graves a fin de prohibir expresamente en la ley la procedencia de la libertad provisional bajo caución. Dicho de otra manera, no es la Constitución Federal la que restringe la garantía de la libertad provisional bajo caución, sino que el Constituyente facultó al legislador ordinario, para que éste determinara, en su caso, cuales son aquellos delitos respecto de los que decida prohibir el beneficio dentro de la ley ordinaria.

DÉCIMA PRIMERA.- Hemos de reconocer, que la libertad provisional bajo caución ha ido evolucionando de manera gradual en nuestra Constitución Política, su fundamento previsto en el ordinal 20, no mantiene el mismo texto original que le diera vida, tal y como la conocemos actualmente, observamos pues, cambios fundamentales en su concesión ya que antes de la reforma de 1993, la libertad provisional bajo caución se regía por el criterio del termino medio aritmético del delito imputado y sus calificativas, que era obligatorio para todas las legislaturas de la República Mexicana como requisito básico para conceder dicha libertad, empero, a partir de dicha reforma corresponde a la legislación ordinaria penal y

procesal penal, federal y estatal, *ad libitum*, señalar los casos en que procede su concesión o negar dicho beneficio, en virtud de que será a este cuerpo normativo indicar cuando un delito es grave o no, para obsequiar esta *garantía individual*. Es decir que no es la Constitución Federal la que restringe la garantía de la libertad provisional bajo caución, sino que el Constituyente facultó al legislador ordinario para que éste determinara, cuáles -en su caso- son aquellos delitos respecto de los que decida prohibir la concesión del multicitado beneficio de la libertad bajo caución,

DÉCIMA SEGUNDA.- Es un hecho que en la omisión impropia o comisión por omisión, el legislador no toma en cuenta la causalidad mecánica, aun y cuando esta existe, pues produce un resultado en el mundo exterior, sino más bien, toma en cuenta el efecto y significado social de la no evitación del hecho, para responsabilizar a quien creó el resultado. Finalmente, los servidores públicos como representantes del Estado, merecen una mayor responsabilidad con respecto a su actuar omisivo, en especial cuando produce un resultado en el mundo exterior, por lo que deberá negársele el beneficio de la libertad provisional bajo caución por encontrarse en un plano diferente al de cualquier ciudadano común y corriente (pues como ya hemos dejado claro, los servidores públicos gozan tanto de las garantías individuales que le confiere nuestra Carta Magna como de aquellos derechos y obligaciones derivadas de su encargo publico), por tanto, es el propio Estado quien deberá garantizar que sus representantes cumplan con su encargo, haciéndolos responsables -ya sea penal, civil, administrativa o constitucionalmente- de aquellas acciones u omisiones que deriven de su encomienda, evitando así que queden impunes éste tipo de actos.

BIBLIOGRAFÍA.

ANTOLISEI, Francisco. La Acción y el Resultado en el Delito, Edit. Jurídica Mexicana, México, 1959.

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Manual de Derecho Penal, El Delito, Edit. Arazandi, Pamplona, España, 1985.

BACIGALUPO, Enrique. Delitos Impropios de Omisión, Edit. TEMIS. 2ª edición, Bogota, Colombia, 1983.

BAUMANN, Jürgen. Derecho Penal, Conceptos Fundamentales y Sistema, Edit. Depalma, 4ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1973.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa, s. a., 44ª edición, México, 2003.

FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal, Introducción y Parte General. Edit. Abeledo-Perrot, 12ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1989.

GALLAS, Wilhelm. La Teoría del Delito en su momento actual. Edit. Bosch, Barcelona, España, 1959.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho de los Servidores Públicos. Publicación aportada por el Instituto Nacional de Administración Pública. ISBN 968-6080-42-2. Biblioteca Jurídica Virtual. UNAM.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito. Edit. Abeledo-Perrot, 4ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1958.

HERRERA PÉREZ, Enrique. Practica Metodológica de la Investigación Jurídica. Ciudad de Buenos Aires, Astrea de A. y R. Depalma, 1998.

HUERTA TOCILDO, Susana. Comisión por Omisión y Principio de Legalidad. Revista Mexicana de Justicia No. 2, Vol. III. Abril.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. La Omisión Impropia o Comisión por Omisión. Revista Mexicana de Derecho Penal de la PGJDF No: 12, Abril-Junio de 1974.

JIMENEZ DE ASÚA, Luís. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal. Edit. Abeledo-Perrot, 3ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1989.

MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín. Culpa y Omisión en la Teoría del Delito. Edit. Porrúa, S. A., México, 1993.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Fundamento de los Delitos de Omisión. Edit. Depalma, S. A., Buenos Aires, Argentina, 1984.

SILVA SÁNCHEZ, José Maria. El Delito de Omisión, Concepto y Sistema. Edit. BOSCH. Barcelona, España, 1986.

LEYES Y CÓDIGOS:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal.
- Código Penal para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- Código Penal Tipo para Latinoamérica.