

38



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

“DELITOS IMPROPIOS DE OMISION EN LA LEGISLACION MEXICANA”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MINERVA CAMPOS GARCIA

ASESOR: LIC. AARON HERNANDEZ LOPEZ

281684



ACATLAN, ESTADO DE MEXICO, JULIO DE 2000.



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.

DEDICATORIA:

A MIS PADRES

INDICE

DELITOS IMPROPIOS DE OMISION EN LA LEGISLACION MEXICANA

INTRODUCCION.....	01
-------------------	----

CAPITULO I

TIPO Y TIPICIDAD

1. Tipo y tipicidad.....	04
2. Tipo en sentido amplio ó tipo garantía individual.....	06
3. La acción y la omisión.....	10
4. La antijuridicidad.....	14
5. La culpabilidad.....	18
6. Las condiciones objetivas de punibilidad.....	20

CAPITULO II

EL TIPO SISTEMATICO

1. Estructura del tipo sistemático.....	23
2. El elemento objetivo del tipo penal.....	27
3. El elemento subjetivo del tipo penal.....	28

CAPITULO III

LA SISTEMATIZACION DE LOS DELITOS EN LA NORMA PENAL

1. El tipo sistemático en los delitos dolosos de acción.....	31
2. El tipo sistemático en los delitos dolosos improprios de omisión o comisión por omisión.....	39
3. El tipo sistemático en los delitos de acción en tentativa.....	46
4. El tipo sistemático en los delitos dolosos de omisión impropia o de comisión por omisión en tentativa.....	53
5. El tipo sistemático en los delitos dolosos de omisión propia.....	56
6. El tipo sistemático en los delitos culposos de acción o de omisión	61

CAPITULO IV

LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISION

1. El problema en los delitos improprios de omisión.	68
2. Soluciones dogmáticas.	70
3. Posición de garante.	73
4. La omisión.	77
5. Capacidad para evitar el resultado material.	78
6. El resultado material.	82
7. El dolo.	85

CAPITULO V

DERECHO COMPARADO

1. Los delitos improprios de omisión en el Código Penal de Guanajuato de 1977.	92
2. Los delitos improprios de omisión en el Código Penal de Veracruz de 1980.	99
3. Los delitos improprios de omisión en el Código Penal del Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia federal.	109
CONCLUSIONES.	129

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación versa sobre los delitos de omisión, (simple y de comisión por omisión), es decir, sobre los distintos planteamientos que se han realizado a través de las distintas doctrinas que existen al respecto, debiendo mencionar que son los planteamientos de la vida diaria los que han dado origen al estudio de dichas conductas, pues al realizarse diversas situaciones que no se encuentran detalladas en la legislación penal, lo único que se ha hecho es que queden impunes los autores de las mismas.

Existen ciertos antecedentes que explican seriamente la inquietud por realizar una serie de estudios respecto del presente tema, mismos que ilustran perfectamente la situación a tratar, tal es el caso del poseedor de un animal bravío que ataca a un tercero, ocasionándole con ello lesiones gravísimas; asimismo, el claro ejemplo de la madre que deja de alimentar al hijo, causándole la muerte, o el guardia que hace caso omiso a la petición de ayuda que hace un prisionero, causando con ello la muerte del mismo.

Enrique Bacigalupo explica en su obra Delitos impropios de omisión, la trayectoria histórica que han tenido este tipo de problemas que se han planteado a través de los tiempos, realizando un estudio sobre las distintas doctrinas que se han establecido en un esfuerzo por situar este tipo de conducta en la legislación penal, a efecto de que las mismas no quedaran dentro de la impunidad. Así, hace referencia sobre el derecho danés, respecto de la ley IV-12, del rey Erich, la cual "establecía que aquel que utilizara un caballo, con la

costumbre de patear hacia atrás, sabiéndolo y diera ocasión para ello, sería responsable de la misma manera que el mismo hubiera pegado el golpe, en caso de que alguien resultara lesionado”¹. También cita diversos ejemplos, tales como el derecho jónico, en el que se contemplaba que el poseedor de animales bravíos que causaran daños a terceros, serían responsables por los mismos, así como la ley Sax 13, de origen germánico, en la cual se estipulaba que el guardia que provocara la muerte de un prisionero por causas de inanición, sería responsable por la muerte del mismo, y así, sigue mencionando diversos casos en los que se palpa claramente que la omisión de una conducta activa por parte del agente por evitar que se lesione algún bien protegido por la misma sociedad dio ocasión a que se comenzara a legislar sobre este tipo de situaciones, por lo que atento a lo prescrito por la legislación penal en la que se establecen solamente dos formas de verificación de los tipos penales que va en relación directa al tipo de norma que la respalda, es decir, en los tipos de comisión se habla de una norma prohibitiva, la cual prohíbe precisamente la realización de una conducta activa que sea motivo o causa directa de la producción de un resultado, y los tipos omisivos, que emanan precisamente de una norma de carácter imperativo, la cual impone la realización de una determinada acción tendiente a evitar que se produzca el resultado lesivo. Asimismo, comienzan a aparecer distintas opiniones doctrinales con respecto de los problemas que se plantean con la omisión, tales como la implantación de la tipicidad de estas conductas como garantía con respecto del estado de derecho; integrándose para ello el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

¹ Bacigalupo, Enrique, Delitos improprios de omisión, Primera edición, Ediciones Pannedille, Argentina, 1970, p. 12.

Es por ello que se ha tratado de realizar un estudio concienzudo sobre la dogmática doctrinal de la teoría de comisión a efecto de poder determinar la problemática que ha planteado en el devenir del tiempo los delitos de carácter omisivo, en el cual se estudian las distintas opiniones que la doctrina ha creado, así como los diversos autores que han dado un tratamiento formal para este tipo de conductas.

Motivo por el cual presentamos el presente trabajo, no con el objetivo de aportar nuevas ideas, sino el de estudiar las distintas opiniones que existen al respecto y tratar de entender el principio rector de los delitos de omisión.

CAPITULO I

EL TIPO PENAL

I. Tipo y tipicidad.

Recordando que el delito deriva “del verbo delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley”¹, es necesario hacer alusión a lo establecido por otros autores, tales como Guillermo Sauer, quien establece que “el delito resulta de la unión de los presupuestos de la pena”², sintetizando los conceptos para normar el carácter del delito en : a) injusto y culpabilidad, b) obrar y querer, antijurídicos, y c) justicia y bien común.

Para Franz Von Liszt el delito es “un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena”³, Ernesto Von Beling

¹ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Decimosexta edición, Ed. Porrúa, México, 1981, p. 125.

² Sauer, Guillermo. Derecho Penal, Parte General, Primera edición, Bosch, Casa Editorial, España, 1956, p. 43.

³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Novena edición, ed. Porrúa, México, 1990, p. 166.

lo define como “la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad”⁴. Edmundo Mezger lo considera “una acción típicamente antijurídica y culpable”⁵ concepto que también acepta Carlos Fontan Balestra.

Estos autores concuerdan en que solamente el hombre es sujeto de delito, ya que solo una conducta humana que transgrede las leyes que rigen a la sociedad es susceptible de pena, por consiguiente, los elementos componentes del delito son los siguientes: a) la conducta o el hecho, b) la tipicidad, c) la antijuridicidad, d) la culpabilidad, y e) la punibilidad.

Estableciendo que tipo y tipicidad no significa lo mismo, debemos decir que la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta a una descripción legal, o sea, el tipo penal.

Es en Alemania en donde se considera a la tipicidad como un conjunto de caracteres integrantes del delito y se toma en consideración los elementos objetivos y subjetivos, tales como el dolo y la culpa, dando por resultado que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuridicidad, argumentándose entonces que deben existir causas justificantes para no tenerla por cierta. Algunas opiniones que existen al respecto serán citadas a continuación; Edmundo Mezger afirma que “el tipo en el propio sentido jurídico penal, significa mas bien el injusto descrito por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal”⁶. Jiménez de Asúa lo define como “la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para definición del hecho que se

⁴ Ibidém. p. 166

⁵ Ibidém. p. 166.

⁶ Ibidém, p. 271.

cataloga la ley como delito”⁷. Jiménez Huerta concibe al tipo como “el injusto recogido y descrito en la ley penal”⁸.

Entonces, el tipo penal es la descripción de una conducta o hecho que es considerada como delictuosa y susceptible de penalizarse en la ley, y por el contrario, cuando no se cumplen los requisitos señalados por la ley en el tipo, es decir, cuando no hay adecuación al tipo legal, estamos ante la presencia de una atipicidad, citando a continuación algunas causas que la originan:

1. Cuando falta la calidad exigida por el tipo del sujeto activo, o en su defecto, del sujeto pasivo.
2. Cuando hay ausencia de objeto; o en caso contrario, cuando existiendo éste, no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto hace a sus características.
3. Cuando al verificarse una conducta delictiva, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el mismo tipo.
4. Cuando no se dan en la conducta o hechos concretos los medios de comisión señalados por la ley.
5. Cuando están ausentes los elementos objetivos y subjetivos del injusto requeridos expresamente por el tipo penal.

II. Tipo en sentido amplio o tipo garantía individual.

Es forzosa la consideración de que la descripción típica está claramente señalada en la ley, en virtud de la fórmula *nullum crimen sine lege*, es decir, la conducta o hecho que no se

⁷ Ibidém. p. 271.

⁸ Ibidém. p. 271.

encuentra prevista por la legislación penal no puede ser susceptible de ser sancionada. Para que el Estado pueda intervenir en el caso de que exista o se presuma la existencia de un delito, es indispensable que la conducta o hecho realizados se adecuen a la descripción hecha en la ley, aduciéndose que “el principio de intervención legalizada no sólo tiene un fundamento político, sino también jurídico”⁹.

Asentando la base jurídica en la formulación latina *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, es que la intervención que tiene el Estado para determinar, regir y sancionar el delito, contemplando y poniendo a salvo los derechos fundamentales del hombre, que debe existir un principio regulador del poder punitivo estatal, mismo que se conoce como el principio de legalidad, referido éste al sistema sancionador estatal. El principio de intervención legalizada o de legalidad sirve para evitar el ejercicio arbitrario o ilimitado del poder punitivo estatal, esto en virtud de que “por muy grave que sea un hecho, su autor sólo podrá ser castigado si ese hecho ha sido considerado previamente como delito por una ley y sólo con la pena prevista en esa ley, aplicada y ejecutada conforme también a dicha ley”¹⁰. Considerando el poder punitivo del Estado para castigar conductas o hechos que lastimen o afecten seriamente la persona o bienes de los ciudadanos, es necesaria una garantía jurídica del que es considerado como delincuente frente a este poder punitivo, a fin de que se pueda determinar la culpabilidad misma del delincuente, imponiéndoseles como consecuencia lógica de esta situación, la pena fijada para el delito cometido.

Para que puedan establecerse los elementos del tipo amplio o tipo garantía individual, es necesario que queden

⁹ Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal, Primera edición, Bosch, Casa Editorial, España, 1975, p. 86.

¹⁰ *Ibidem*. p. 80

perfectamente descritos los elementos objetivos del tipo penal, siendo aquellos que son susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que puede ser materia de imputación y de responsabilidad penal. A contrario sensu, cuando no existe la integración total de todos y cada uno de los elementos descritos por el tipo penal, estamos ante el aspecto negativo del delito, mejor conocido como *atipicidad*, es decir, existe una ausencia de adecuación de la conducta o hecho verificados al tipo, entendiéndose que si la conducta no es considerada como típica, no podemos hablar de delito.

Esta situación va ligada estrechamente al tipo garantía individual, en virtud de que si la conducta que se trata de reprochar al sujeto activo no se adecua perfectamente en todos sus elementos objetivos del tipo penal, no podemos hacer referencia a un delito, debiéndose tomar en cuenta que los elementos objetivos del mismo son una calidad exigida por la ley en los referente al sujeto activo y al sujeto pasivo, la existencia del objeto material o jurídico, las referencias temporales o espaciales requeridas por el tipo, que no exista causa de justificación aceptada por la ley, la existencia de los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos y la existencia de la antijuridicidad especial.

Es claro que la imposición de una pena sólo puede fundamentarse en una ley formal, debiendo considerarse los siguientes principios de legalidad:

1. "La exclusión del Derecho consuetudinario en el sentido de que no pueden crearse nuevos delitos ni agravarse la pena de los ya existentes a través suya (*nullum crimen sine lege scripta*)"¹¹.

¹¹ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vól. I, Tercera edición, Bosch, Casa Editorial, España, 1981, p. 179.

2. "Está prohibida la analogía como medio de creación y ampliación de preceptos penales, así como de agravación de las penas y de las medidas ya existentes (*nullum crimen sine lege scripta*)"¹², este apartado está referido a los elementos del tipo de injusto y del de culpabilidad, así como las causas de anulación y de exclusión de la pena, a las condiciones objetivas de punibilidad, y en general a todas las sanciones y medidas, sin que deban confundirse los presupuestos procesales, ya que éstos no entran en este apartado.
3. "La determinación en la ley penal (*nullum crimen sine lege certa*)"¹³. La ley penal debe estar redactada en términos precisos, no debiéndose emplear conceptos que no estén perfectamente determinados, conteniendo marcos de legalidad penal cuya extensión sea limitada.
4. "La prohibición de retroactividad (*nullum crimen sine lege praevia*)"¹⁴. En este apartado debe tratarse previamente la validez temporal de la ley y el tiempo de comisión del hecho punible, referido éste al momento en que se realiza la conducta, es decir, al momento en que se manifiesta la voluntad y no por el momento en que se produce el resultado.

Así, en los delitos de omisión, el tiempo de comisión se determina por el momento en que el autor debería haber actuado.

¹² Ibidém. p. 180.

¹³ Ibidém. p. 182-183.

¹⁴ Ibidém. p. 183.

III. La acción y la omisión.

Partiendo del hecho que el sujeto activo de un delito solo puede ser el hombre, y que el delito en sí es resultado de una conducta humana, debemos definir la diferencia que existe entre acción y omisión, esto es, tomando en consideración que la conducta del hombre se encuentra constituida por una acción o por una omisión, por un hacer o por un no hacer, voluntario o involuntario, dirigidos a la producción de un resultado, ya sea típico o no; al ser la acción una forma de conducta, debemos establecer los elementos que la constituyen, debiéndose satisfacer las distintas exigencias en lo relativo a la función que desempeña en la teoría del delito, es decir, deben de contemplarse las distintas formas del actuar humano que son relevantes en el Derecho Penal, tales como el comportamiento doloso o culposo, un hacer activo o una omisión, además debe atenderse a las categorías jurídicas referentes a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sin que se trate de rebasar los elementos generales del delito, excluyendo las formas de comportamiento que en ningún caso poseen relevancia jurídica alguna, penalmente hablando, ya que “según la concepción tradicional en la ciencia penal alemana y extranjera, la acción es un comportamiento humano, dependiente de la voluntad (voluntario) que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior”¹⁵

Se debe señalar que el factor psíquico es predominante en todo tipo de conducta, en virtud de que es la causa determinante para la realización de la voluntad, la cual es reflejada en un hacer o un no hacer.

¹⁵ *Ibidém.* p. 292.

Atendiendo a los elementos que constituyen la acción citaremos tres puntos relevantes: a) la voluntad o el querer, b) la actividad, y, c) el resultado. Aún cuando muchos estudiosos opinan que la relación de causalidad es otro de sus elementos.

Por lo que hace a la voluntad, esta se encuentra relacionada con el factor psíquico del cual emana precisamente la voluntad del sujeto, siendo considerada como la libre determinación del espíritu que provoca una manifestación positiva o negativa del sujeto activo.

El segundo elemento está conformado por la actividad, o sea, el despliegue de una actuación, siendo ésta la manifestación externa de la voluntad del sujeto; este movimiento corporal debe ir unido siempre con el elemento psíquico en virtud de ser el medio idóneo por el cual se dá existencia a la actividad, sin atenderse de ningún modo al resultado que se obtenga, ya que la acción "se refiere a la actividad misma del sujeto y no al efecto que ésta causa"¹⁶, siendo importante esta actividad para el Derecho, cuando existe una vulneración a la norma causado directamente por el resultado obtenido. Al respecto mencionamos que el resultado es considerado como "la modificación del mundo exterior no consistente en la actuación misma del sujeto, es el efecto de esa actuación"¹⁷, pues es importante aclarar que el resultado tiene su relevancia jurídica en la valoración que se hace del mismo como tal, ya que aún cuando hay una acción puede no haber lesión jurídica por mediar causa de justificación.

La acción, entonces, debe de ser considerada como el acontecimiento exterior causado por el hombre, tal y como la ley lo describe y delimita. Dentro de la acción positiva que marcan las descripciones contenidas en las figuras especiales

¹⁶ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo I, Primera reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Argentina, 1951, p. 296.

¹⁷ Ibidém. p. 299.

de los delitos, tenemos a la comisión, respecto de la cual mencionamos que “cometer un delito es ejecutarlo por medio de una serie de movimientos corporales , que es la forma mas corriente, aunque no la única, de realizar una infracción”¹⁸, haciendo la aclaración de que cuando el tipo legal describe únicamente una acción o una omisión se hace referencia a una conducta, pero cuando además de éstas la ley requiere de la producción de un resultado material unido por un nexo causal, hablaremos de hecho.

Entre la acción, misma que es medida por la conducta corporal, y el resultado, debe de mediar una relación de causalidad en virtud de ser necesario que la conducta desplegada esté vinculada directamente con el resultado material.

La omisión consiste en la violación de una ley sin que exista la participación activa del sujeto, es decir, se comete el delito por medio de una abstención de hacer, siendo esta de dos clases: a) la omisión simple “que consiste en el no hacer, voluntario e involuntario (culpa) violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición”¹⁹, esto es, existe una norma positiva que exige una determinada actuación de tal modo que el delito se verifica al no hacer lo que la ley manda, constituyéndose entonces como el hecho punible que se agota en la no realización de una acción que es exigida por la ley, verificándose el contenido del deber jurídico de obrar dentro de la norma penal (falta de pago de impuestos).

Por el contrario, en los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, se impone al garante un deber de evitar el resultado, constituyéndose así una contrapartida con los

¹⁸ Ibidém. p. 301.

¹⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte general de Derecho Penal, Tomo I, Decimotercera edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 239.

delitos de omisión simple (la obligación del policía de evitar un delito).

Francisco Pavón Vasconcelos advierte que “la esencia de la omisión impropia, también denominada comisión por omisión, se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material”²⁰, esto es, la producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que vulnera su deber de evitar el resultado se ve agravado con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado obtenido. Ahora bien, es importante aclarar que en la omisión simple es la misma abstención del sujeto activo lo que integra el delito, mientras que en la omisión impropia o de comisión por omisión, es el resultado material lo que configura el tipo punible, pero es importante establecer ciertas diferencias entre uno y otro, y así tenemos: “a) Delitos de pura omisión, a cuyo tipo no pertenece mas que una conducta omisiva, b) Delitos de omisión y de resultado, en cuyo tipo a una conducta omisiva se anuda un determinado resultado, c) Delitos de comisión por omisión, que surgen cuando la figura legal se limita a prohibir la causación de un determinado resultado en independencia de que el mismo sea el efecto de un hacer positivo o de un omitir”²¹, estas diferencias las tenemos claramente marcadas con Francisco Pavón Vasconcelos, quien las propone de la siguiente forma: “a) En la omisión simple se viola únicamente una norma receptiva penal en tanto en los delitos de comisión por omisión se violan una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal; b) En los delitos de omisión simple sólo se dá un resultado jurídico, en los de comisión por omisión se

²⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 201-202.

²¹ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. Cit. Vól. I, p. 179.

produce un resultado tanto jurídico como material; y c) En la omisión simple es la omisión la que integra el delito, mientras en la comisión por omisión, es el resultado material lo que configura el tipo punible”²².

IV. La antijuridicidad.

La antijuridicidad es la contradicción de la acción con una norma jurídica, es decir, implica una contradicción del Derecho teniendo su esencia en un comportamiento violatorio del deber jurídico de actuar o de omitir establecido en una norma jurídica. Es importante remarcar la situación de que hablamos de antijuridicidad cuando hay una contradicción de la acción con una norma jurídica, y hablamos de injusto cuando lo hacemos de la propia acción valorada antijurídicamente; por tanto, la antijuridicidad formal es la contradicción de la acción con el mandato de la norma, y la contradicción material contempla el menoscabo en el bien jurídico protegido por la norma.

Tomando en consideración que toda norma jurídica es una norma objetiva de valoración que permite enjuiciar el actuar del hombre desde la perspectiva del orden comunitario, no hay que perder de vista que la misión del Derecho es determinar en el hombre un querer objetivamente correcto en virtud de que “la consecuencia teórica de la concepción imperativa es la de que la voluntad de la acción debe constituir el elemento central de la antijuridicidad de un hecho, pues es la voluntad opuesta

²² Pavón, Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 204.

al imperativo del Derecho lo que vulnera el mandato o la prohibición contenida en la norma”²³.

La antijuridicidad solo atiende la conducta externa, sin apreciar la situación psicológica que la origina, pues para poder llegar a una afirmación en el sentido de que la conducta es antijurídica es necesario un juicio de valor, esto es, debe de existir una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado, por lo que debe entonces concebirse como norma de valoración.

Cuando el tipo penal recoge el desvalor del resultado o de la acción, ésta de inmediato se convertirá en el injusto del resultado de la acción, por lo que “en la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegida reside el desvalor del resultado del hecho, en la forma de su comisión el desvalor de la acción. El desvalor de la acción consiste tanto en las modalidades externas del comportamiento del autor, como en las circunstancias que radican en su persona”²⁴, por lo que debemos tener presente que el desvalor del resultado o de la acción se convierten en el injusto del resultado o de la acción, respectivamente, en el momento en que son contemplados por el tipo penal. Así, “Es antijurídica una acción cuando contradice las normas del Derecho. La doctrina se encuentra acorde en considerar a la objetividad del injusto como un juicio de valor acerca de la relación entre el hecho y la norma de Derecho lesionada”²⁵, por tanto, se habla del criterio objetivo cuando, haciendo a un lado la voluntad humana se valora la conducta (acción y omisión) o hecho (conducta-resultado) en relación a su contradicción con el orden jurídico establecido, por tanto “es acertada la fórmula que declara que la antijuridicidad es la violación de las normas objetivas de

²³ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. Cit. Vól. I, p. 320.

²⁴ *Ibidém.* 323.

²⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 295.

valoración. Nada importan los rasgos subjetivos de quien cometa el acto, sea su autor un infante, un hombre maduro y normal o un enajenado, el homicidio es antijurídico”²⁶.

El criterio de la responsabilidad objetiva marca la independencia de lo antijurídico y de lo culpable, contemplando en la ley de forma objetiva lo ilícito en relación al daño resultante, sin tomar en consideración la culpabilidad real del sujeto, pues basta que exista una conducta humana violatoria del ordenamiento jurídico para que se acredite el elemento objetivo del delito consistente en el resultado, atendiéndose única y exclusivamente al interés jurídico, pues “el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa”²⁷

La antijuridicidad será formal cuando implique la transgresión a una norma establecida por el Estado, y material, cuando signifique una contradicción a los intereses colectivos. Ahora bien, existe una ausencia de antijuridicidad cuando hay una causa de justificación para la conducta típica que está en aparente oposición al Derecho, así, tenemos que “las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representa un aspecto negativo del delito; en presencia de algunas de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones, la acción realizada, a pesar de apariencia, resulta conforme a Derecho”²⁸.

Las causas justificantes de la antijuridicidad deben ser diferenciadas de las de la culpabilidad, pues las primeras están referidas al hecho mismo, son totalmente impersonales, y son

²⁶ Ibidém. p. 298.

²⁷ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 176.

²⁸ Ibidém. p. 181.

“erge omnes respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo”²⁹, mientras que la segunda tiene el carácter de ser personal e intransitiva y está referida a la conducta capaz de un sujeto (capacidad mental), sin hacer alusión a las causas de inculpabilidad del autor, pues éstas afectan precisamente el presupuesto de capacidad para obrar penalmente en lo referente a la forma y grado del delito, por lo que “las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa”³⁰. Esto se deriva de la existencia

de dos intereses que son incompatibles ante el Derecho, implicando la imposibilidad de la subsistencia de ambos, debiéndose salvar el interés de mayor valía como el único recurso para la conservación de la paz social.

En la norma penal, son contempladas las causas de exclusión del delito, como cuando no existe la voluntad del agente, por faltar alguno de los elementos del tipo penal, cuando existe consentimiento del titular del bien afectado o de su legitimado legal (cuando el bien jurídico sea disponible y que el consentimiento no esté viciado), la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, la falta de capacidad mental (por transtorno mental o desarrollo intelectual retardado), por caso fortuito, por error invencible, atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

²⁹ Ibidém. p. 182.

³⁰ Ibidém. p. 182.

V. La culpabilidad

Siendo la culpabilidad uno de los elementos constitutivos del delito, debemos entenderlo como el juicio de reproche que se le hace al autor del mismo; sólo el hombre es objeto de imputación en la comisión de un delito, por tanto, debe contemplarse a este sujeto bajo las condiciones ideales en el ejercicio pleno de sus facultades de entender y querer, es decir, además de tener una aptitud intelectual y volitiva con base en la libertad de decisión que tenga según el contenido de sus valores y normas, determinará su actuación según la capacidad que tenga para controlar sus impulsos, esto es, debe ser capaz para diferenciar las actitudes de Derecho.

Es necesario establecer las diferencias entre una culpabilidad moral y una culpabilidad jurídica, siendo ésta última la que nos interesa, pues la culpabilidad moral permanece en el ámbito de la conciencia del sujeto, aún cuando ésta se halla conectada íntimamente con los presupuestos jurídicos como lo es propiamente la culpabilidad jurídico penal, por lo que "en la concepción normativa de la culpabilidad hoy dominante intenta influir la totalidad de los elementos psíquicos del hecho bajo un solo concepto material que permita la valoración de la parte interna del hecho y haga comprensible qué factores pertenecen a la culpabilidad y cómo debe enjuiciarse la falta de sus elementos particulares"³¹.

Deben de considerarse las condiciones mínimas necesarias para determinar en el hombre la posibilidad abstracta que le sea atribuible un hecho punible (como producto de la actividad (psico-física de la personalidad del sujeto), siendo uno de los

³¹ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. Cit. Vól. I, p. 323.

elementos principales para ejercer juicio de reproche sobre el sujeto activo la salud mental, derivada directamente de la imputabilidad, ya que es requisito indispensable para la existencia de la culpabilidad; ya que si el autor de la conducta ilícita detenta manifestaciones de deficiencia mental (perturbaciones), no será censurable la transgresión jurídica en virtud de faltar capacidad de autodeterminación que es imprescindible para que ésta exista.

Otro de los elementos que constituyen la culpabilidad es la conciencia plena del autor al realizar la conducta o hecho punible, es decir, debe estar plenamente conciente de que el hecho o la conducta está previamente prohibida por la ley, y aún así, el sujeto activo despliega una actitud que es desaprobada por la misma norma jurídica, siendo atribuible esta situación en juicio de reproche al sujeto activo, por lo que “el concepto formal de culpabilidad abarca aquellos elementos psíquicos del hecho que en un ordenamiento jurídico dado se exigen positivamente como presupuestos de la imputación subjetiva. El concepto material de culpabilidad, en cambio, descubre las razones por las que ciertos factores psíquicos se toman como presupuestos de la imputación subjetiva y en caso de faltar determinan la desaparición del juicio de culpabilidad”³², pues debe recordarse que la imputabilidad es la base esencial de la culpabilidad, pues sin la primera no existe la segunda, al respecto “Porte Petit define la culpabilidad como un nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto”³³. Debemos recordar que nuestra legislación penal contempla las formas de culpabilidad como dolosa o culposa, esto es, en todos los delitos se contempla el querer del resultado (dolo), o en caso contrario, éste último no se desea, pero surge por la actuación

³² *ibidém.* p. 580.

³³ Castellanos Tena, Fernando. *Op. Cit.* p. 232.

descuidada o imprudente del agente (culpa), no siendo admitida una tercer forma de culpabilidad (preterintencionalidad), siendo así entonces que la culpabilidad tiene un carácter personalísimo, de igual forma el sujeto activo debe de ser considerado como sujeto de Derecho para poder ejercer en su contra el juicio de reproche (capacidad mental y mayoría de edad).

De especial mención es la concurrencia del error de prohibición, pues la actitud del sujeto activo no podrá ser censurable cuando el error es inevitable (no puede hablarse de parricidio cuando el homicida desconocía el parentesco), siendo indudable que existen circunstancias exonerantes para una conducta delictiva, pues al concurrir ciertas circunstancias en el hacer delictivo se establece una inculpabilidad para el sujeto, de tal forma, que la ley establece la circunstancia excluyente de responsabilidad en beneficio de este (el médico que no interrumpe el embarazo de una mujer por causas terapéuticas, creyendo que el aborto es ilegal).

VI. Las condiciones objetivas de punibilidad.

Siendo la punibilidad otro de los elementos constitutivos del delito, al ser fuente de la *obligatio juris* y al hacer alusión a una sanción como consecuencia del delito, hacemos referencia a la punibilidad, entendiéndose esta como “la amenaza que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social”³⁴, por lo que los elementos principales que sientan sus bases para la aplicación de una pena son

³⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 453.

precisamente el injusto (antijuridicidad) y la culpabilidad, mismos que están referidos a las circunstancias personales del autor del delito, esto es, el sujeto activo se hace acreedor de sufrir una sanción cuando existe condición objetiva producida durante o después del hecho, aún cuando el sujeto no la conozca o no pueda prever su aparición, entendiéndose con esto que "las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que se encuentran en relación con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de culpabilidad"³⁵.

Son de suma importancia las circunstancias que deben de contemplarse antes de imponer una sanción, ya que las condiciones de punibilidad son puras causas de restricción de la pena, por lo que no pueden ser objetadas desde el punto de vista del principio de culpabilidad, ya que el legislador considera innecesaria la pena ante la ausencia de una circunstancia que afecte el hecho o la situación que se desarrolla tras él, es decir, debe existir un menoscabo real en los valores del orden en que se encuentran contempladas por el precepto penal para que pueda reconocerse la necesidad de la aplicación de una pena; también están las que constituyen causas de agravación encubiertas en virtud de que en esencia pertenecen al tipo de injusto, pero formalmente se hayan configuradas como condiciones de punibilidad, por lo que el legislador quiere sustraerlas a la existencia del dolo o la imprudencia, así como también hay circunstancias que son excluidas de los límites del injusto y la culpabilidad, propiamente. Es importante diferenciar las condiciones objetivas de punibilidad de los presupuestos procesales, tomando en cuenta que las primeras observan un menoscabo

³⁵ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. Cit. Vól.II, p. 763.

en el orden jurídico protegido en cada uno de los casos contemplados, mientras que los presupuestos procesales hacen referencia a las circunstancias propias de un proceso penal, resaltando la cuestión de que las condiciones objetivas de punibilidad son indiferentes al lugar y al tiempo de la acción, salvaguardando desde luego, las garantías de los elementos del tipo. También es importante señalar que el error no tiene significación jurídica en virtud de que las condiciones objetivas de punibilidad no se encuentran contempladas por el tipo, por tanto, éstas se hallan excluidas del dolo y la culpa, siendo esencial la distinción de las circunstancias que agravan una pena de las que constituyen elementos fundamentadores de ésta.

CAPITULO II

EL TIPO SISTEMATICO

I. Estructura del tipo sistemático.

El sistema jurídico penal explica el sentido y la función propia del tipo sistemático como el conjunto de acciones y omisiones que por su propia naturaleza encuentran en su desarrollo la aplicación de una pena, siendo el Estado el órgano que ejerce la función social del castigo a los delincuentes, tomando en consideración la existencia de condiciones idóneas para el ejercicio de la justicia penal dentro del sistema legal, así, “para que el Estado nacional obre como órgano de Derecho es preciso que la conciencia nacional del contenido del Derecho sea la norma de sus operaciones sobre el individuo; esta conciencia nacional del contenido de Derecho se formula en el Derecho positivo por medio de la ley penal”¹, por lo que se toma en consideración el principio de legalidad en el sentido de que no hay hecho punible si la ley no lo ha considerado

¹ Pessina, Enrique. Elementos de Derecho Penal. Vól. IV, Cuarta edición, Ed. Reus, España, 1936, p. 90.

previamente, determinando en su caso la penalidad correspondiente, debiéndose, por el contrario, absolver por el juzgador si en la ley no está contenida la legitimidad de existencia de ese hecho; por lo que queda desprendido que no puede haber castigo para el sujeto activo si no se han cumplido los requisitos procedimentales que marca la ley, debiéndose tener la conciencia social de que el autor de un delito lo ha realizado conscientemente y conocido previamente esa circunstancia ilícita en su conducta para que pueda ser juzgado acorde a las formalidades legales contenidas en las normas de la materia, esto es, en la ejecución de los juicios penales está el cumplimiento de la justicia penal, salvo los casos previstos en la misma ley en que no se debe perseguir el delito o no debe castigarse a su autor, contemplando siempre la situación de que nadie puede ser sometido a una pena sino después de una sentencia irrevocable que muestre el pleno convencimiento de que el sujeto ha delinquido.

Tomando el principio de que el bien jurídico está constituido por los intereses de la vida en comunidad (sociedad), y que son protegidos por el Estado mediante normas jurídicas que prohíben, bajo pena, el menoscabo de los intereses sociales con base en la estructura de interpretación de los tipos penales, constituyéndose así el bien jurídico protegido, por lo que es de establecerse entonces que “el bien jurídico ha de entenderse como valor ideal del orden social jurídicamente protegido en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad y que puede atribuirse, como a su titular, tanto el particular como a la colectividad”².

En la descripción del tipo penal se utilizan conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de significado jurídico que describen objetos del mundo real. Los elementos normativos

² Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vól. I, Tercera edición, Bosch, Casa Editorial, España, 1981, p. 351.

del tipo son, en cambio, aquellos que se refieren al valor y sentido de hechos que pueden existir bajo un presupuesto lógico de la norma (el deber de suministrar alimentos a los hijos).

Guillermo Sauer cita tres principios que fundamentan su idea del Derecho y que son los siguientes: a) "El ejercicio formal de derechos y facultades acuñados típicamente"³, en este apartado prevalece el concepto de seguridad jurídica, amparado por la justicia y el bien común; b) "El fomento de intereses vitales en dirección del bien común"⁴, aquí se encuentra propiamente la justicia basada en la seguridad jurídica; y, c) "La protección de intereses vitales en especial por la desviación del peligro y la ayuda en la necesidad"⁶, haciendo referencia al derecho de defensa y necesidad basada en un fin justo.

El tipo sistemático prevé los elementos del deber jurídico comprendidos como las circunstancias de la antijuridicidad, cuya función es fundamentar o excluir lo injusto de la conducta, alejando al mismo tiempo la antijuridicidad formal, obteniéndose así "una aclaración de suposición sistemática, así como de los problemas que de ellos surgen en relación al error y a la tentativa, se resuelven separando los elementos determinantes de lo injusto y total valorados. En la medida en que ellos contienen las circunstancias objetivas pertenecientes al sustrato del juicio de injusto, pertenecen sistemáticamente al tipo y su desconocimiento excluirá el dolo, así como la suposición errónea de ellos servirá para fundamentar la existencia de una alternativa, pero en la medida en que ellos

³ Sauer, Guillermo. Derecho Penal, Parte General, Primera edición, Bosch, Casa Editorial, España, 1956, p. 109.

⁴ Ibidém, p. 108

⁵ Ibidém, p. 109.

subrayan la antijuridicidad, solo acentúan la consecuencia necesaria de la acción típica y su desconocimiento deja el dolo intacto así como su suposición errónea conduce a un delito putativo”⁶, por lo que la vinculación del Derecho Penal al principio de legalidad es una garantía de certeza y seguridad jurídica. Partiendo del hecho en que “al juicio de desvalor sobre el hecho se le llama injusto o antijuridicidad; el juicio de desvalor que recae sobre el autor, culpabilidad. Injusto es, pues, la desaprobación del acto por el legislador, culpabilidad o reproche que se dirige contra el autor de ese acto”⁷. Debemos de tomar en cuenta que el desvalor de la acción tiene su principal característica en la peligrosidad para los bienes jurídicos protegidos, existiendo una diferencia entre las conductas delictivas de otras que no lo son, es decir, dependiendo del valor que se le otorgue a ciertos bienes jurídicos, el ataque que a ellos se les imponga va en relación directa a la sanción punitiva que se establezca.

El desvalor del resultado, que es la lesión en sí del bien jurídico, es otra de las características del delito, constituyendo así la base fundamental de lo injusto y las circunstancias excluyentes, así como la fundamentadora de lo injusto, mismas que son excluyentes del dolo, conformándose así el criterio legislativo por medio del cual se crea el tipo penal, considerando primordialmente los caracteres objetivos y subjetivos del mismo.

⁶Roxin, Claus. Teoría del Tipo Penal, Primera edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1979, p. 296.

⁷ Muñoz conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal, Primera edición, Bosch, Casa Editorial, España, 1975, p. 29.

II. El elemento objetivo del tipo penal.

En los elementos objetivos del tipo encontramos todo lo que se relaciona con el mundo exterior, es decir, son todos aquellos objetos y procesos del mundo, aprehensibles por los sentidos y que son determinados por procesos psíquicos o valoraciones jurídicas y sociales; son todos aquellos elementos “susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal”⁸, mismos que se encuentran referidos a la acción, al objeto de la acción (el resultado), las circunstancias externas del hecho y la persona del autor, son aquellos elementos que se encuentran íntimamente ligados con la antijuridicidad, apreciándose el hecho independientemente del motivo de las condiciones internas del autor.

Hablamos de conducta cuando el tipo legal descrito en la ley contempla una acción o una omisión, y de hecho, cuando además de la acción o de la omisión descrita en la ley, ésta requiere de la producción de un resultado material, unido por un nexo causal; por tanto, el elemento objetivo del delito presenta las formas de una acción, omisión, comisión por omisión, derivadas éstas de una conducta humana voluntaria, positiva o negativa, encaminada a un propósito o fin determinado. Tomando en consideración que la ley describe tipos penales en los que no existen juicios de valor propiamente dichos, pues no basta con que una acción “corresponda a una figura para que aquella sea antijurídica;

⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Novena edición, Ed. Porrúa, México, 1990. P. 276.

para constituir delito, la acción, además de adecuada, tiene positivamente que ser antijurídica”⁹, esto es, para que ocurra la violación de un derecho subjetivo, que es el que le otorga al hecho típico su carácter antijurídico, es necesario que concurra la lesión del bien jurídicamente protegido.

Siendo la antijuridicidad “una categoría objetiva porque constituye un baremo para todos igual. En este contexto el concepto de lo objetivo debe entenderse, pues, en el sentido de validez general”¹⁰, deben entenderse las circunstancias externas del hecho; pues son las que caracterizan la situación en la que la acción ha de tomar un resultado punible, atendiendo la causalidad, misma que es la fundamentadora de la imputación objetiva en la comisión del resultado típico.

III. El elemento subjetivo del tipo penal.

Los elementos subjetivos del tipo penal encuentran su fundamento en la culpabilidad, tomando en consideración la relación íntima que existe entre la voluntad del agente y el hecho exterior, es decir, entre el dolo y la culpa como presupuestos de la imputabilidad, en todas aquellas circunstancias que de algún modo forman la voluntad del agente en sentido negativo, reflejándose la actitud interna que ha dado fundamento para la comisión del hecho.

Siendo el dolo la figura que “constituye el núcleo de lo injusto personal de la acción en los hechos dolosos, por lo que puede caracterizarse como el elemento subjetivo general

⁹ Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo I, Primera reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Argentina, 1951, p. 347.

¹⁰ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. Cit. Vól. I, p. 374.

del tipo. El dolo determina el curso, la dirección y la meta de la acción”¹¹. Es la doctrina la que aporta varios criterios al respecto, por lo que citamos a Max Ernesto Mayer, quien estableció que “los elementos subjetivos pertenecen a la antijuridicidad”¹². Guillermo Sauer estableció que “el carácter objetivo del delito es el injusto, el subjetivo la culpabilidad. Objetivo es el hecho, subjetivo la voluntad del autor”¹³; según Binding “el delito es la acción culpable. Por tanto, el tipo penal subjetivo del delito tiene que referirse a una acción”¹⁴; para Celestino Porte Petit “la doctrina hace hincapié en los elementos subjetivos del injusto, que consisten en características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor”¹⁵. Jiménez de Asúa asevera que “los elementos subjetivos no se vinculan propiamente a la culpabilidad. En los casos en que esos elementos subjetivos del tipo no figuran expresamente en él (y a veces aunque se hayan taxativamente descritos), se precisa una valoración para determinar su existencia y su eficacia”¹⁶.

En relación a los elementos subjetivos del tipo, resulta sumamente discutida su clasificación, observándose claramente que cuando se incluye el dolo en el tipo de injusto, éste tiene una significación práctica en su delimitación frente a los elementos de la culpabilidad. Por tanto, los elementos subjetivos constituyen parte integrante del tipo de injusto en la

¹¹ Ibidém. Vól. I, p. 434.

¹² Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., pp. 280-281.

¹³ Sauer, Guillermo, Op. Cit., p. 43.

¹⁴ Kaufmann, Armin. Teoría de las normas, Primera edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1977, p. 30.

¹⁵ Porte Petiti Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Tomo I, Decimotercera edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 346.

¹⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit. p. 281.

correspondiente clase de delito, incluyendo su aplicación en las medidas de seguridad o de corrección a inimputables.

Los elementos subjetivos deben de concurrir solo en el autor del delito, y si hubiesen varios, es una calidad que deben revestir todos los autores del mismo (coautoría), al contrario de la complicidad, ya que en ésta, los elementos subjetivos se observan en el autor con el pleno conocimiento del cómplice.

CAPITULO III

LA SISTEMATIZACION DE LOS DELITOS EN LA NORMA PENAL

I. El tipo sistemático en los delitos de acción.

La necesidad de salvaguardar los bienes fundamentales del individuo, la sociedad y el Estado, determinan la creación de normas que establecen una serie de sanciones para las conductas que son consideradas delictuosas, lográndose la creación de tipos penales que son descritos por la norma penal, debiéndose considerar que para una correcta sistematización de éstas debe existir una estructura jurídica objetiva que agrupe tipos penales acordes a los bienes jurídicos que se pretenda salvaguardar o tutelar.

El Derecho Penal sistematiza las normas en función de las conductas que el ser humano despliega en su interacción social, comprendiéndose desde luego que éste se encuentra determinado por un querer objetivamente correcto.

Recordando el principio "*nullum crimen sine conducta*" se establece que solo una conducta humana, reflejada en un hacer o no hacer, relacionado con un efecto lesivo en contra de un bien jurídicamente protegido se considera como delictivo, esto es, la conducta emanada por el sujeto activo contraviene las normas jurídicas que protegen los intereses de

la colectividad que son tutelados por el Estado. Solamente la conducta humana es jurídicamente relevante para el Derecho Penal, debiendo satisfacerse las distintas exigencias para ajustarse a la descripción que formula la norma penal cuando describe las distintas conductas delictivas, así, encontramos en el Código Penal del Distrito Federal que se considera como delito el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En el entendido que antijuridicidad significa “contradicción con el Derecho, debiéndose entender como una violación del deber de actuar o de omitir del agente, que es establecido por una norma jurídica”¹, por lo que la acción debe ser concebida en un sentido puramente objetivo, considerado como el acontecimiento exterior causado por el hombre, tal y como la ley lo describe y delimita, ya que “la acción es un comportamiento humano, dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior”².

Se habla de comisión cuando el delito se ajusta en forma positiva de obrar, es decir, las figuras delictivas descritas por la ley establecen por medio de una forma positiva la actuación del sujeto, acreditándose de esta forma el principio “*nullum crimen, sine conducta*”, mismo que nos indica que solo la exteriorización de la voluntad humana, reflejada en un hacer positivo (acción) o en un no hacer (omisión), jurídicamente relevantes en el Derecho Penal, deben ser considerados estrictamente en un sentido objetivo, esto es, “para que se pueda decir que determinada alteración del mundo exterior ha sido cometida, es necesario que entre la fase subjetiva de la acción (conducta corporal) y la fase objetiva de la misma (resultado), medie una relación, p.ej. es preciso que en el

¹ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vól I, Bosch, Casa Editorial, España, 1981, p. 315.

² Ibidém, p. 292.

homicidio, la muerte de un hombre (resultado) se vincule en algún modo a los actos que el sujeto realizó (acción voluntaria)”³.

El delito se contempla en un carácter puramente de acto (considerado *latu-sensu*), y no de hecho, en virtud de que éste último contempla cualquier acontecimiento de la vida, lo mismo producto de la mano del hombre, que del mundo de la naturaleza. Tomando en consideración que el acto es una “manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda”⁴. Sólo el hombre es capaz de cometer un delito, ya que sólo él realiza acciones voluntarias; tan es así, que la norma penal establece la responsabilidad en la comisión de un delito única y exclusivamente a personas físicas, ya sea en forma individual, ya en forma colectiva, siendo importante mencionar que las personas morales no cuentan con ningún tipo de personalidad para ser sujeto de responsabilidad penal en la comisión de un delito (culpabilidad), en virtud de que no se cuenta con los elementos necesarios que enmarca la ley para ser considerados como sujetos activos, esto es, no cuentan con capacidad de conocimiento de los hechos y de su significación injusta, por lo que no puede considerárseles como culpables ni pueden ser sujetos de pena alguna, debido a que los elementos intelectuales del dolo hacen imposible que las personas morales sean reputadas como responsables en la comisión de un delito al no acreditarse los elementos solicitados por el dolo en cuanto al conocimiento de los hechos y de su

³ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo I, Primera reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Argentina, 1951, p. 301.

⁴ Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito, Principios de Derecho Penal, Undécima edición, Ed. Sudamericana, Argentina, p. 210.

significación; es indiscutible que la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior adquiere relevancia para el Derecho Penal, pues es precisamente la violación del deber de actuar o de omitir establecidos por la norma jurídica, la que nos marca la esencia de la antijuridicidad, esto es, “la persona moral no tiene vida mas que para lo lícito, luego está muerta para el delito. Los individuos que la componen, cuando se desvían de ese fin bueno (por cuyo reconocimiento existe la *universitas*), no obra como persona moral, sino como otras tantas personas individuales, delincuentes y responsables con este carácter”⁵.

Ahora bien, la característica dominante de la acción es la “externa actuación de la voluntad del sujeto, a la que suele llamarse manifestación de voluntad, es el lado subjetivo externo

del hecho; consiste en desplegar y omitir determinada serie de movimientos por los cuales el autor hará surgir ese estado de hecho que, innovando en el mundo exterior, constituye el resultado que la ley define y prohíbe”⁶. Habida cuenta que los imperativos de las normas se dirigen a todos aquellos sujetos a los que afecta su contenido, sin hacer distinción de raza, sexo ni cultura de los destinatarios de la norma penal, pues “la consecuencia teórica de la concepción imperativa es la de que la voluntad de la acción debe constituir el elemento central de la antijuridicidad de un hecho, pues es la voluntad opuesta al imperativo del Derecho lo que vulnera el mandato o prohibición contenido en la norma”⁷. Por tanto, el legislador debió haber meditado previamente el sentido de la norma jurídica, contemplando como viable su objetivo al promulgarla,

⁵ Pessina, Enrique. Elementos de Derecho Penal, Vól. IV, Cuarta edición, Ed. Reus, España, 1936, p. 321

⁶ Soler, Sebastián, Op. cit. Tomo I, p. 298.

⁷ Jescheck, Hans-Heinrich. Op, cit., Vól. I, p. 320.

ya que no debe perderse de vista que la finalidad de la norma penal es la protección de los bienes jurídicos reflejados en la forma y medida de la puesta en peligro del objeto de la acción previsto en el tipo, pues “la norma jurídica, por tanto, no ha de concebirse solo como norma de determinación, sino al mismo tiempo también como norma de valoración: la norma vincula el mundo del pensar al mundo de actuar”⁸. Los tipos penales no se determinan solamente por la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido, sino que es obligatorio observar la forma de comisión del hecho, sustentándose así las bases para la aplicación de la penalidad correspondiente. Por lo que “en la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido reside el desvalor del resultado del hecho, en la forma de su comisión el desvalor de su acción.

El desvalor de la acción consiste tanto en las modalidades externas del comportamiento del autor como en las circunstancias que radican en su persona”⁹, por lo que debemos entender que el desvalor del resultado se convierte en injusto del resultado y el desvalor de la acción (personal) se convierte en injusto de la acción, al ser ambos absorbidos en el tipo penal, así, los elementos de autoría pertenecientes al injusto personal de la acción se hallan referidos a la redacción de los tipos penales, esto es, se encuentran redactados de tal forma que cualquier persona puede realizar las conductas descritas en la norma penal, pero existen algunos tipos penales que se hallan restringidos a determinadas características de autoría que consideran a los elementos subjetivos que conforman una determinada posición de deber de actuar (el policía que tiene la obligación de evitar un asalto), así como el señalamiento de una penalidad agravada en razón a la lesión del deber que el hecho implica (el médico que se

⁸ Ibidém, p. 321.

⁹ Ibidém. p. 323

abstiene de prestar auxilio y atención requeridos para un enfermo).

De igual forma deben de ser contemplados los elementos subjetivos del injusto, mismo que contempla la dirección de la voluntad que el autor acciona en la lesión del bien jurídico que va a vulnerar, constituyéndose como elemento central el dolo en el injusto personal de la acción al presentarse la voluntad de acción del autor en contra del mandato de la norma (causar un daño específico). Es claro que el dolo constituye el elemento central en la voluntad de la acción dirigida a vulnerar el mandato de la norma, pero no debemos perder de vista que cuando el dolo es determinante en la dirección del comportamiento, constituye el elemento central del injusto típico de la acción, pero cuando está vinculado al proceso de motivación del autor, pertenece a la culpabilidad, por lo que la realización del propósito criminoso es una modificación que se lleva a la realidad exterior por la actividad humana, evidenciándose que ocurre algo como consecuencia de la determinación volitiva del agente; no debiéndose perder de vista que “el querer interno del agente no debe ser referido al evento o resultado externo, pues el estudio de esa relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad. El se refiere a la actividad misma del sujeto y no al efecto que este causa”¹⁰. No se debe confundir la simple acción de un hombre a la acción culpable, pues aquí el contenido subjetivo varía, tal es el caso de la violencia que se ejerce (vis absoluta) en la participación subjetiva del agente, ya que en este caso, el violentado no quiere obrar, aquí la acción no es producto de la actividad suya, contrario a la situación de que el agente es objeto de coacción (es amenazado y obligado) de cualquier modo a hacer o dejar de hacer algo. En el entendido de que el bien jurídico representa el valor ideal del orden social

¹⁰ Soler, Sebastián, Op. cit. Tomo I, p. 296.

jurídicamente protegido y mantenido por el interés colectivo de la comunidad.

Cuando existe una relación entre la acción y el objeto de la acción se distinguen dos tipos de delito: 1. Los delitos de resultado: son lo que "presuponen en su tipo la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado de la acción y separable de ella espacio-temporalmente"¹¹, (el homicidio, el robo, el fraude). Los delitos cualificados por el resultado contienen una especial peligrosidad inherente a determinadas acciones por sí solos ya punibles, siendo pertinente castigarlas con una pena aún mayor cuando el peligro típico del hecho encierra un resultado lesivo (las lesiones de graves consecuencias o con resultado de muerte; el robo con resultado de muerte), de ahí que la imputación objetiva del resultado mas grave a los casos en que éste constituya la consecuencia inmediata de la comisión del delito base, pues el fundamento de la pena radica en el peligro específico que conlleva el delito base (no se acepta la responsabilidad de la muerte de la víctima de un robo, si sufre una caída mortal en la persecución del ladrón), ya que "es preciso distinguir de los delitos cualificados por el resultado aquellos tipos en los que el resultado opera fundamentalmente la pena. El resultado es en ellos condición objetiva de punibilidad, y, al mismo tiempo, es preciso su producción para que la acción base, que en sí ya es merecedora de pena, resulte punible"¹².

Cuando los delitos de resultado se extienden a lo largo de un determinado espacio de tiempo, constituyen delitos permanentes o de estado, en el entendido de que "en los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico cerrado por la acción punible dependa de la voluntad del autor,

¹¹ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit., Vól. I, p. 355.

¹² Ibidém. p. 357.

de manera que, en cierto modo el hecho se renueva continuamente”¹³ (la conducción de un vehículo de automotor en estado de ebriedad); por el contrario, “en los delitos de estado el resultado consiste también en la producción de un resultado antijurídico, pero jurídicamente el hecho se perfecciona ya en el momento de producción del resultado”¹⁴(la bigamia); y,

2. Delitos de actividad: mismos que son los que se agotan en la acción del autor sin que se produzca un resultado en el sentido de efecto exterior separado por el espacio-tiempo, ya que éste se haya configurado de forma que el solo hacer alcance el objeto de la acción (allanamiento de morada).

De acuerdo al menoscabo de la acción, tenemos a: 1) los delitos de lesión, en los que existe suposición de daño al objeto de la acción protegido; y, 2) los delitos de peligro, en los que solo se contempla la probabilidad bajo concretas circunstancias actuales, la producción de un daño cuya posibilidad resulta evidente. Así, “el ordenamiento jurídico mide todavía la gravedad del delito, en primer lugar, según la peligrosidad y la dañosidad del hecho, por consiguiente según la gravedad del resultado”¹⁵. Desprendiéndose entonces que el Derecho Penal es esencialmente un Derecho Penal de resultado, pues muestra una valoración creciente de gravedad del delito consumado en relación a la culpabilidad, así como la medición de la pena en los casos de tentativa, por lo que el legislador no puede prohibir y castigar el resultado y el daño, sino solamente la acción u omisión humanas que se consideren apropiadas para producir el resultado que sea perjudicial a la sociedad.

¹³ Ibidém. p. 357.

¹⁴ Ibidém. p. 357.

¹⁵ Sauer, Guillermo, Derecho Penal, Parte General, Primera edición, Bosch, Casa Editorial, España, 1956, p. 56.

No debemos perder de vista la existencia de causas justificantes en el actuar típico que corresponden al conocimiento del autor en la concurrencia de la situación justificante del hecho, cuya actuación está basada en el ejercicio de la facultad conferida o por el contrario, en el cumplimiento del deber que se le impone (la legítima defensa en la que el sujeto amenazado dá muerte a su ofensor). Ante la presencia de una causa de justificación se excluye la antijuridicidad de la acción típica, esto es, la acción sigue siendo típica, pero para efectos legales, se haya permitida sin perder de vista que éstas permiten los ataques a los bienes jurídicos a cuyo titular se refiere la proposición permisiva, pero cuando se lesionan intereses jurídicamente protegidos, estos siguen siendo antijurídicos, excepto en los casos de necesidad, en los que se contempla la protección del orden público (el conductor ebrio que atraviesa su vehículo en una avenida para evitar un secuestro; la acción policiaca que se desarrolla para evitar desmanes colectivos). De igual forma, cuando el autor rebasa los límites de la causa de justificación, la antijuridicidad de la acción es de menor grado al que corresponde a la acción injustificada (el exceso de la legítima defensa).

II. El tipo sistemático en los delitos dolosos impropios de omisión o comisión por omisión.

Siendo la acción un requisito en el concepto de delito, y que esta puede asumir dos formas diversas, como lo son el hacer o no hacer, consideremos solamente en este apartado la segunda de las formas citadas. Toda vez que la omisión se

encuentra incluida en el concepto general de acción, esta es considerada entonces, como un hecho exterior que refleja la voluntad del hombre, esto es, la omisión consta de dos elementos esenciales: un interior o psíquico (moral), y otro exterior o físico (material).

Si tomamos en cuenta que la acción está compuesta por una serie de movimientos corporales denominados "actos", tenemos entonces que el conjunto de estos actos constituyen la acción, contrario a esto, se encuentra la omisión, es decir, "la omisión no es la simple negación de una acción, ella comprende siempre una actividad, la cual constituye el otro aspecto del comportamiento humano. Este comportamiento tiene dos aspectos: uno negativo, en cuanto falta la presencia de una determinada acción, y uno positivo, en cuanto se encuentra en el sitio de esta acción, otra que es una actividad irreconciliable con la que debería ser desarrollada"¹⁶, esto es, la falta de acción siempre se encuentra acompañada de un hecho positivo, considerada como otra actividad; en este caso no podemos decir que el hombre permanece inerte, por el contrario, el omitente hace cualquier cosa, si no lleva a cabo la acción que esperábamos de él, realiza otra, por lo que la omisión no se agota en la negación de una determinada acción sino que implica la presencia de otra acción. Esto se comprende cuando el delincuente viola la norma jurídica penal sin mover un solo músculo de su cuerpo, en virtud de su abstención de movimiento corporal. Tomando en consideración que en los delitos de omisión encontramos los elementos que caracterizan a la acción: voluntariedad y resultado.

Recordemos que "el delito de comisión es aquel en el cual el objeto de la prohibición es un hecho positivo, de modo que el

¹⁶ Antolisei, Francesco. La acción y el resultado en el delito, Primera edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, p. 42-43.

evento que lo consuma es el resultado del modo de obrar"¹⁷, mientras que "el delito de omisión es aquel en el cual el objeto prohibido es una omisión, una abstención"¹⁸, entendiéndose que en los delitos de comisión la norma es de carácter negativo (no matar), mientras que su precepto legal es positivo (el que priva de la vida); en los delitos de omisión, el carácter de la norma es positiva (la obligación del policía de denunciar delitos), mientras que el precepto legal es negativo (el que deje de comunicar).

En los delitos de omisión se distinguen los delitos de omisión propia, en los que la inactividad corporal produce un resultado típico frente al imperativo expresado por una disposición preceptiva, es decir, los delitos de omisión propia siempre se encuentran regulados por la ley (la omisión de brindar ayuda a un lesionado, la omisión de cerciorarse de la procedencia lícita de la cosa que va a adquirir). De igual forma se contemplan los delitos de omisión impropia, que consisten precisamente en no impedir un resultado típico pese a la existencia de un deber de garante; estos delitos se derivan vía interpretación de las descripciones de los delitos de comisión (al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia; las omisiones que afectan gravemente al consumo nacional tales como: la obligación de indicar en la mercancía envasada el precio máximo oficial de venta al público).

Todos los delitos de omisión (propios o impropios) se encuentran basados en la infracción de las normas preceptivas en las cuales se establece una acción determinada traducida en un hacer positivo, por lo que los delitos de omisión contemplan "hechos punibles que se agotan en la no

¹⁷ Soler, Sebastián. Op. cit., Tomo I, p. 282.

¹⁸ Ibidem. p. 282.

realización de una acción exigida por la ley. Ciertamente, mediante la acción exigida debe encontrarse, en último término, un resultado valorado objetivamente por el ordenamiento jurídico, pero el legislador no convierte la evitación del resultado en un deber para el omitente ni tampoco, por tanto, la producción de un determinado resultado en elemento del tipo. Los delitos de omisión propia constituyen, por ello, la contrapartida de los delitos de mera actividad¹⁹. Por el contrario, en los delitos de omisión impropia si se impone un deber de evitar el resultado al garante, ya que la producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que vulnera su deber de evitar el resultado se ve agravado con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico obtenido.

En la teoría de la relación del querer y del obrar, se percibe que “la omisión es causal cuando la acción esperada (sociológicamente) hubiese probablemente evitado el resultado, de otro modo: Cuando la omisión de esta acción es peligrosa socialmente, por el contrario, la acción hubiese apartado el peligro”²⁰. Dentro de los delitos de omisión existen elementos positivos y elementos negativos que son indispensables para verificar el peligro social, debiéndose tomar en consideración la dirección y tendencia de la actuación del sujeto en la serie de acontecimientos que se desarrollan para obtener un resultado, esto es, socialmente debió de haber obrado en forma contraria a como lo hizo con el fin de evitar el resultado lesivo en contra de la sociedad. Aquí, lo que realmente es importante, es la conducta socialmente esperada y no la conducta prohibida jurídicamente (la omisión del hacer del conocimiento de las autoridades la comisión de un delito), ya que los orígenes del

¹⁹ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit., Vól. II, p. 832-833.

²⁰ Sauer, Guillermo. Op. cit., p. 150.

deber de actuar se verifican en la ley, sin ser correcta la afirmación que este deber jurídico de obrar debe ser extensible a los deberes morales y sociales, ya que nadie está obligado a ayudar a otro, a costa de su propia seguridad (el que omite salvar a un niño que se está ahogando, en virtud de no saber nadar), con excepción de los que legalmente sí están obligados (el salvavidas de la playa está obligado a auxiliar a las personas que se metan a nadar en el mar), pues no es correcto afirmar que la distinción entre los delitos de omisión propia y los de omisión impropia verse según la clase de norma que vulnera.

En los delitos de omisión impropia, el garante que omite la acción esperada, también infringe un mandato de actuar y no la prohibición de causación del resultado; así como tampoco vulnera el deber de garante que representa el elemento de distinción, ya que en un juicio de punibilidad se sopesan objetivamente los actos socialmente peligrosos y provechosos, y, en forma subjetiva, los movimientos de la voluntad ético-socialmente reprochables; así como los obligatorios, pues “en el delito de omisión impropia, el resultado típico se imputa al garante, que no ha evitado su producción igual como si lo hubiera ocasionado mediante un hacer positivo”²¹.

Derivado de lo establecido por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se prohíbe el uso de las analogías, el Código Penal para el Distrito Federal contempla en su artículo 7° la responsabilidad penal de quien no evite, faltando a un deber jurídico, el resultado previsto en el tipo, constituyéndose de este modo un deber jurídico en el deber de actuar que determina la obligación de evitar el resultado sin perder de vista que en la omisión existe el nexo causal entre la conducta

²¹ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit., Vól. II, p. 835.

adoptada y la omisión en la evitación de un resultado. Toda vez que no existe legalmente la descripción general de tipos penales equiparables a la acción, no basta que en la causalidad hipotética y la posición de garante establezcan que la omisión se encuentra equiparada a la acción en virtud de que tal equivalencia indica la existencia de una analogía, misma que se encuentra prohibida en la Carta Magna, por ser contraria a Derecho.

La omisión, en un sentido legal, no significa “no hacer”, sino que su significado real es “no hacer algo determinado”, esto es, que vistas en forma conjunta todas las circunstancias de la situación que prevalece, lo fundamental es la protección del objeto jurídico de la conducta ante la lesión o puesta en peligro típica, entendiéndose esto como la situación que se deduce en cada caso concreto dependiente del grado de deber de actuar.

Cuando la ley regula la situación típica, lo hace de acuerdo al tipo penal que lo describe, en virtud de que al mismo tiempo indica el bien jurídico a proteger, las circunstancias que lo delimitan y las características que la propia acción exige sean llevadas a cabo. Por lo que los delitos de omisión contemplan hechos punibles que se agotan en la no realización de una acción exigida por la ley, sin que la propia evitación del resultado se convierta en un deber obligado para el omitente, por lo que la producción del resultado obtenido no conforma ningún elemento del tipo; solamente en los delitos de omisión impropia se impone al garante el deber de evitar el resultado, que aquí es procedente contemplarlo como elemento del tipo penal, ya que la vulneración del deber de actuar constituye una responsabilidad jurídico-penal derivada del resultado típico.

Así, tenemos que “la esencia de la omisión se basa en un no hacer que implica haber omitido la realización de una acción exigida. Ese no hacer, que debía haberse llevado a cabo, indica

que existe una acción esperada, pero dicha acción jurídicamente hablando, debe tener una condición indispensable: que sea exigible”²², sin que en este caso se pueda pensar en una analogía, ya que el omitente, al faltar a un deber jurídico que trae aparejado un resultado material de carácter típico, crea una responsabilidad penal en su contra.

La situación típica que se describe en el deber de actuar de cada caso concreto debe ser atendido de conformidad al bien jurídico protegido, por lo que pertenece, naturalmente, al tipo de delito de omisión la ausencia de la acción exigible con arreglo a la situación típica (el que acepta defender a un reo sin promover prueba alguna en su beneficio ni dirigirlo en su defensa), en el sentido de que el hombre que se encuentra en la total posesión del conocimiento y capacidad física le es exigible un comportamiento individual y determinado para hacer lo que le es exigido de forma conveniente por la sociedad (el funcionario electoral que sin causa justificada se abstiene de cumplir con sus obligaciones electorales con perjuicio del proceso electoral). Por el contrario, en los delitos de omisión impropia, es imprescindible que se verifique la producción del resultado típico (la omisión de dar aviso a la autoridad cuando se está perpetrando un delito, o de prestar ayuda sin riesgo personal, causando con ello la muerte de una persona lesionada que se encuentra abandonada en cualquier sitio), sin perder de vista que ese resultado es imputable directamente al omitente, ya que éste es el causante del resultado; esto es, al Derecho solo le interesa la relación causal cuando ésta importa una acción posible para el omitente de evitar el resultado. En la omisión no existe la certeza plena de la relación de causalidad que existe en los delitos de acción, ya que no se basa en un suceso real, sino

²² Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Tomo I, Octava edición, Ed. Porrúa, México, 1983, p. 306

únicamente se presenta como una mera posibilidad de establecer, sin tener la plena seguridad de que va a suceder el hecho.

III. El tipo sistemático en los delitos dolosos de acción en tentativa.

Antiguamente, la doctrina fundamentaba jurídicamente la punibilidad de la tentativa en el peligro próximo de que se produjera el resultado y no en la voluntad del autor, es decir, en la concreta puesta en peligro del objeto de la acción protegida por el tipo. La teoría objetiva "conduce a limitar la punibilidad de la tentativa frente a los actos preparatorios y a rechazar la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea"²³; actualmente, la doctrina dominante fundamenta a la tentativa como "la voluntad manifestada contraria a derecho. Para ella, lo decisivo es, por tanto, no la real puesta en peligro del objeto de acción protegido por el hecho, sino lo injusto de la acción realizado en el propósito criminal manifestado"²⁴.

La teoría subjetiva contemplaba la voluntad que era contraria a Derecho como una ampliación de punibilidad de la tentativa (idónea e inidónea), así como la de los delitos consumados, ya que consideraba que la voluntad contraria a Derecho en estos casos es idéntica. La teoría Clásica toma conceptos de la teoría Subjetiva, añadiendo elementos objetivos, según la cual "el fundamento del castigo de la tentativa es, ciertamente, la voluntad contraria a una norma de conducta, pero la punibilidad de la exteriorización de la

²³ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit., Vól. II, p. 701.

²⁴ *Ibidém*, p. 701.

voluntad dirigida al delito sólo podrá ser afirmada cuando por su causa pueda resultar minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y resultar dañado el sentimiento de seguridad jurídica, y, con él, la paz jurídica (teoría de la impresión)²⁵, fundamentando además esa punibilidad de acuerdo a la peligrosidad del autor.

Tomando en cuenta los elementos que conforman a la tentativa, y que son: a) La intención dirigida a cometer un delito (elemento moral); b) Los actos que realiza el agente con un afán de ejecutar (elemento material); y, c) Que el resultado no se verifique por causas ajenas a la voluntad del agente; haremos una clara diferenciación entre actos preparativos y actos ejecutivos.

De conformidad a la cercanía de los actos del agente y la voluntad de cometer un delito, depende expresar si estamos ante la presencia de actos preparatorios o de actos ejecutivos, esto es, la lejanía del acto en relación al resultado que se persigue son considerados como actos preparatorios (remotos), y son actos de ejecución los próximos al evento querido y que no es realizado; en los primeros, la naturaleza de sus actos es equívoca (equivocidad), en los ejecutivos, los actos son unívocos (univocidad); el carácter del acto preparatorio es condicional, en los ejecutivos es de causa; en los actos preparatorios no existe la manifestación de la voluntad del agente que existe en los actos ejecutivos.

No podemos confundir el delito imposible con la tentativa, ya que el primero es considerado como la conducta que no puede realizar el resultado típico debido a la inidoneidad de los medios que emplea el agente (el deseo de matar a una persona que ya está muerta), caso contrario es la tentativa, en virtud de que en ésta se requiere la representación de la conducta o el hecho, así como de la voluntad en la ejecución de los actos.

²⁵ Ibidem, p. 702.

En los delitos imposibles no existe el objeto en el que se va a causar un daño, es decir, la acción que se persigue no tiene posibilidad de causar el daño querido ni tampoco pone en peligro ningún bien jurídicamente protegido; la conducta carece de punibilidad (el acto de querer hacer abortar a una mujer que no se encuentra embarazada), esto es, “se dice que el delito es imposible por inexistencia del objeto cuando falta el objeto jurídico tutelado por la norma penal o bien el objeto material, o sea, el elemento constitutivo que representa la entidad física principal respecto de la cual se desarrolla la actividad criminosa del agente”²⁶.

En la tentativa se contemplan elementos subjetivos como el dolo, en virtud de que no existe tentativa por imprudencia, así como los especiales elementos subjetivos típicos que existen en el delito en general; también existen elementos objetivos, tales como emprender actos inmediatos a la realización del tipo penal sin llegar a la consumación por causas ajenas a la voluntad del autor, “cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenarla y va dirigida claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo, y la figura a que dá lugar se denomina “tentativa”. Esta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito”²⁷.

La tentativa se distingue de los actos preparatorios en la representación que se hace el autor de los hechos, es decir, se debe determinar el curso de los hechos y en que forma se comenzaría a ejecutar la acción típica, por lo tanto, los actos preparatorios “son aquellos que no constituyen la ejecución

²⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit., p. 484.

²⁷ Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit., 474.

del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución”²⁸.

La punibilidad de la tentativa se encuentra fundada en la voluntad criminal, en el peligro concreto en que ha estado el bien jurídico protegido y el daño social ocasionado. La tentativa se considera en la vida del delito como un grado de éste, así, el artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal establece la punibilidad de la tentativa cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; se considera que la alteración del sentimiento social de seguridad jurídica es base suficiente para aplicar una penalidad en los delitos en que figura la tentativa, es decir, debe existir una prevención para aquellas conductas delictivas que, aún cuando no son consumadas totalmente, si importan un peligro para la sociedad; solo el desistimiento de la ejecución o el impedimento a la ejecución del delito resultan relevantes para no aplicar pena alguna al agente. Los actos preparatorios quedan impunes en virtud de que se encuentran demasiado alejados de la consumación del delito, es decir, no crean una alteración en el sentimiento de seguridad jurídica de la comunidad.

La aplicación de sanciones para la tentativa encuentra su fundamento en el artículo 63 en relación a los artículos 51 y 52 del Código Penal del Distrito Federal.

Si el autor desiste de la actividad ejecutiva realizada como expresión determinante de su voluntad al abandonar la finalidad criminal, esta conducta deberá quedar impune.

Hablamos de tentativa inidónea “cuando la acción del autor dirigida a la realización de un tipo penal en las circunstancias

²⁸ Ibidém, p. 471.

dadas no puede llegar a la consumación por razones fácticas o jurídicas. Sucede esto en los casos de inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto”²⁹; así como cuando el objeto del delito se encuentra fuera del lugar de comisión del delito (inidoneidad del medio). La peligrosidad mínima en el actuar del agente en una tentativa radica en que la consumación total del delito no se obtiene en virtud de que los medios empleados no eran los idóneos para tales efectos (la tentativa de abortar tomando té de yerbabuena, tentativa de robo al meter la mano a un bolsillo vacío, tentativa de homicidio al disparar sobre un cadáver).

Dentro de la tentativa inidónea, encontramos al delito putativo, que consiste en la errónea representación que se hace el agente de su conducta conforme a la ley, esto es, el autor cree en forma errónea la existencia de una norma prohibitiva (creer que rendir una declaración de hechos falsos ante una autoridad judicial en condición de acusado es delito), de igual forma existe la creencia errónea en los límites de un precepto legal existente (el sujeto piensa que los cupones comerciales son documentos de carácter crediticio); así como el desconocimiento de una causa justificante contenida en un precepto permisivo (el médico que no interrumpe el embarazo por razones terapéuticas en virtud de creer que éste es punible).

Cuando el error se refiere al supuesto de hecho se habla de tentativa inidónea, cuando el error versa en el ámbito normativo se habla de delito putativo.

Cuando existe inidoneidad del sujeto activo, éste debe revestir las cualidades que el tipo requiere, en virtud de que si no existe este supuesto podríamos encontrarnos en presencia de un delito putativo, esto es, el sujeto piensa que posee la cualidad exigida en el tipo penal para ser autor, siendo que en

²⁹ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit. Vól. II, p. 725.

realidad no tiene dichas condiciones, esto es, estaríamos ante un caso de ausencia de tipicidad en virtud de faltar las cualidades exigidas al sujeto activo de la infracción (la calidad de juez en la prevaricación, La calidad de servidor público en el cohecho).

El artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal concede impunidad total en beneficio del sujeto activo en caso de que éste desista en forma voluntaria de la tentativa de su acción. Cuando el sujeto detiene su conducta en forma voluntaria, se concede la impunidad, dado que el peligro que representaba su actuar en perjuicio de la sociedad ha desaparecido, motivo por el cual la ley concede la gracia de dejar de penalizar dicha conducta, de igual modo ocurre cuando el agente procura destruir o disminuir los efectos de la conducta que estaba llevando a cabo, y solo cuando ésta no haya causado alteración alguna en la paz social.

La doctrina que sostenía Feuerbach, denominada "*del puente de plata*", establecía que "la promesa de la impunidad debe significar para el autor un estímulo para desistir de la tentativa antes de la consumación e impedir la producción del resultado"³⁰. Cuando "el autor no ha ejecutado todavía la conducta que se ha propuesto y que según su desición debía producir el resultado delictivo"³¹, hablamos de una tentativa inacabada.

La regulación que hace la ley referente al desistimiento del agente, se hace principalmente en la tentativa acabada así como en la tentativa inacabada, esto es, el legislador parte de la idea de que para que la conducta del agente quede impune, el delito no debe ser consumado debido al desistimiento voluntario que hace el sujeto de proseguir con su conducta. Cuando el autor dá comienzo para llevar a cabo una conducta

³⁰ Ibidém. Vól. II, p. 737.

³¹ Sauer, Guillermo, Op. cit., p. 184.

que la ley regula como delictiva, proveyéndose de elementos y recursos para lograr su fin, estamos hablando de meros actos preparatorios, pero cuando esos mismos actos se comienzan a ejecutar a efecto de llevar a cabo la conducta ilícita, entonces hablamos de un delito en tentativa, ahora bien, la tentativa inacabada se produce cuando a pesar de que se ha producido materialmente un peligro de dañosidad en perjuicio de la sociedad, debido al desistimiento voluntario que hace el propio agente de llevar a fin su deseo, el resultado material del ilícito no se lleva a cabo, evitándose con ello un daño a la comunidad; por el contrario, hablamos de tentativa acabada cuando las condiciones son ideales para materializar un resultado, el agente entonces deberá procurar evitar la consumación de dicho resultado. En la tentativa inacabada basta que el autor omita seguir actuando para que cese el peligro del bienestar común; en la tentativa acabada el autor deberá desplegar un comportamiento activo para evitar que se realice un resultado (la consumación del delito), contando además con el riesgo de que no se consiga la evitación del resultado.

En la tentativa inacabada, el autor no ha realizado todo lo necesario para la consumación del delito; en la tentativa acabada, por el contrario, en la representación que se hace el propio autor, éste habrá dado todos los pasos para la consumación del ilícito, aún cuando su actuar represente dudas para él en lo referente a que si su acción es suficiente para llevar a cabo el resultado material deseado.

Es así como claramente se observa que la voluntad del agente de desistir de su conducta delictiva produce la impunidad legal de la conducta desplegada en virtud de que no se obtiene la consumación formal del delito.

IV. El tipo sistemático en los delitos dolosos de omisión impropia o de comisión por omisión en tentativa.

Es indudable que la doctrina ha distinguido a la omisión propia, la cual ha sido equiparada con los delitos de actividad, con los delitos de omisión impropia, en los que es necesario distinguir el contenido del deber de actuar; pero las especiales características que revisten la figura de la tentativa hacen imposible su aplicación a los delitos de omisión simple y de comisión por omisión.

Los elementos que constituyen el principio de ejecución y el desvalor de la acción en su aspecto mas grave hacen considerar al elemento subjetivo como la ideación y decisión que hace el sujeto de realizar una conducta determinada que es contraria a la ley; el elemento objetivo, que consiste en dar principio a la realización de esa conducta, allegándose todos los elementos necesarios para ello; el tercer elemento, está constituido por la no producción del resultado querido, sea cual sea la causa que lo impida. Actualmente la doctrina se encuentra dividida en la admisión de la fase de la tentativa en los delitos de omisión, propios e impropios, pues algunos autores piensan que si es posible hablar de una tentativa en este tipo de delitos, tanto en la forma idónea como inidónea, pero también existen autores (como los finalistas), quienes "piensan que no es posible hablar de una tentativa de omisión, sino que, en la falta de una acción, el fenómeno correspondiente es el de la omisión del intento de cumplir con el mandato"³².

³² Bacigalupo, Enrique. Delitos impropios de omisión, Primera edición, Ediciones Pannedille, Argentina, 1970, p. 153.

En los delitos de actividad, se da una primera fase, que consiste en idear y tener la voluntad y el propósito de llevar a cabo una conducta determinada que es contraria a la ley, situación que es completamente contraria a una omisión, ya que ésta es la negación de una acción en la que no es posible hablar de etapas de realización, aún cuando haya autores que manifiesten que “como todo retraso de la acción exigida constituye ya la consumación del hecho, en los delitos de omisión propia, la tentativa sólo resulta imaginable en la modalidad de inidónea”³³; cuestión que no es correcta, pues en los delitos de actividad es esencial un comienzo de ejecución, situación que es contraria en los delitos de omisión, en los que se habla del comienzo de lesión del deber, así “la posibilidad de un comienzo de ejecución definido en tales términos fue cuestionado para los delitos propios de omisión en la medida en que se los equipara con delitos de pura actividad –tendencia que hoy no es admitida-”³⁴.

Es importante resaltar que la mayoría de los autores aceptan que es posible que exista una tentativa en los delitos de omisión propia cuando se habla de delitos de resultado. Habida cuenta que en los delitos de omisión, el comienzo de ejecución (delitos de actividad) es equiparado como el comienzo del estado de peligro que hace exigible la intervención del sujeto, por lo que “tal lesión del deber comienza, por tanto, allí donde la no ejecución de una acción dá lugar o aumente el peligro, para lo cual también aquí, en los casos de tentativa inidónea, es decisiva la representación del autor”³⁵.

Desde el momento en que en el delito de omisión no existe ningún momento comparable a dar principio a la realización de

³³ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit., Vól. II, p. 879.

³⁴ Bacigalupo, Enrique. Op. cit., p. 154.

³⁵ *Ibidém*, p. 154.

la comisión activa, se debe atender al momento en que el objeto de la acción se halla puesto en peligro, o que éste se haya elevado considerablemente, pero esta situación pone en tela de juicio cuál es el momento a elegir para discernir una tentativa, el momento inicial en que es dable la acción, o el momento final de ésta. A este respecto citemos las siguientes hipótesis:

“a) En primer lugar, es posible que el mandato de acción sea cumplible mediante diversas clases de acciones y con indiferencia respecto al momento temporal en que se las ejecuta.

b) Es factible que las posibilidades de acción se den, en cambio, como tales a lo largo de un lapso temporal mas o menos dilatado.

c) Es posible que el resultado del delito exija una omisión que dure durante un cierto tiempo para que se produzca y que todavía sea posible, dentro de éste, una intervención capaz de evitar el resultado. A esta clase pertenecería el caso del que, siendo garante, no impide que un tercero –que comenzó el ataque del bien jurídico- continúe con el mismo sin que, sin embargo por causas ajenas a la voluntad de éste, el resultado no se producirá.

d) La última posibilidad... es una variante de la primera, pero en la medida en que la intervención se dilata, aumenta el peligro para el bien jurídico”³⁶.

Estos criterios realizados y propuestos por Schröder plantean en que momento el mandato de acción debe cumplirse pero en los incisos c) y d), no se habla de un comienzo de ejecución de una omisión, sino de la omisión de intentar cumplir con el mandato. Así, “en el caso propuesto por Schröder en que el garante no impide que un tercero desarrolle una acción conducente al resultado. Lo decisivo no

³⁶ Ibidém, p. 155.

es el comienzo de ejecución del delito por el tercero, sino el momento en que se produce la lesión concreta que el garante debe evitar"³⁷, aplicándose este criterio al inciso c).

Habida cuenta que en los delitos impropios de omisión la falta de acción entraña solamente un conocimiento por parte del autor del peligro para el bien jurídico tutelado y una resolución respecto de éste, no es posible hablar de tentativa. Aún cuando la dogmática alemana hace alusión a la posibilidad de una tentativa acabada e inacabada, de acuerdo a nuestro Derecho Penal vigente, no existe base de sustento para ello, por lo que resulta imposible concebir una aplicación del concepto de tentativa a los delitos propios e impropios de omisión, ya que las características especiales que revisten a esta figura, imponen la imposibilidad de determinar con precisión el principio de ejecución.

V. El tipo sistemático en los delitos dolosos de omisión propia.

Los presupuestos bajo los cuales la no evitación de un resultado típico es equiparable a su producción mediante un hacer positivo, ha sido un problema fundamental en el tema de los delitos de omisión, que las mas de las veces, no se encuentran regulados en la ley penal. Grande ha sido la doctrina que ha tratado de estudiar la causalidad en la omisión en relación al resultado no evitado, contemplando la posibilidad de equiparar algunos delitos de especiales elementos de acción, sin perder de vista el deber jurídico de evitar el resultado lesivo.

³⁷ Ibidém, p. 156.

Tomando en consideración que dentro de la norma penal existe la siguiente clasificación: a) Normas prohibitivas.- son las que impiden una acción determinada, ordenando al sujeto al que va dirigida una omisión de dicha conducta (la vulneración de la norma consiste en hacer lo que está prohibido); b) Normas preceptivas.- son aquellas que ordenan una acción determinada, imponiendo un hacer positivo (la vulneración de la norma consiste en la omisión de esta acción prescrita); es posible afirmar que los delitos de omisión (tanto propios como impropios) son constitutivos de infracciones de normas de carácter preceptivas (al que abandone a un niño que sea incapaz de cuidarse él solo).

Si bien es cierto que nuestra legislación penal contempla en forma predominante las normas prohibitivas porque no se puede obligar a la salvación de bienes jurídicos que se hallan en peligro con la intervención personal de todo sujeto que viva en sociedad, también es cierto que dentro de la norma penal existen diversos y muy variados tipos de carácter omisivo que son punibles.

Cuando nos enfrentamos ante un caso práctico que plantea la disyuntiva sobre si se trata de delitos de acción o de omisión, es necesario verificar a que tipo pertenece el resultado de lesión o de peligro en que se haya encontrado el bien jurídico protegido, ya que estos pueden ser cometidos mediante la no evitación del resultado en la medida en que haya concurrido un deber jurídico de actuar, así, en una riña entre dos sujetos, uno de ellos golpea a su contrincante, ocasionando con ello que este caiga al suelo y se golpee la cabeza, muriendo este sujeto a consecuencia del golpe, sin haber sido auxiliado por su contrincante. En este caso, es posible que se hable de un homicidio causado por un hacer positivo (acción), así como por una omisión indebida al negarle el auxilio.

Existe una gran diversidad de casos prácticos en los que, la infracción al deber de cuidado con que se actúa sin las debidas precauciones, ocasiona hechos que contemplan, al mismo tiempo, un hacer positivo así como una omisión, (el médico que prescribe a un paciente una dosis de penicilina para combatir una infección, ocasionándole con ello la muerte, al omitir preguntar si este paciente era alérgico a tal medicamento. El propietario de una casa que impide a una mujer embarazada el acceso a su vivienda al suscitarse una manifestación violenta en la calle, exponiéndola al peligro de ser lesionada o muerta por los mismos manifestantes).

Ahora bien, ante este tipo de casos, es necesario pensar si el autor ha actuado en forma dolosa o culposa, para los efectos de una valoración jurídico-penal, ya que "si alguien ha causado el resultado mediante un hacer positivo objetivamente típico, éste constituye el punto de referencia importante para el Derecho Penal (criterio de la causalidad)"³⁸.

No se debe perder de vista que los elementos que integran la omisión son: a) la voluntad, que consiste en el no querer realizar una acción determinada que es esperada; b) una conducta inactiva, que es la abstención, voluntaria o culposa, de realizar los movimientos corporales que debieron haberse realizado, violando con ello una norma preceptiva, o en su caso, imperativa; y, c) el deber jurídico de obrar, el cual solo puede encontrarse en una norma de carácter penal, y que es el incumplimiento a los mandatos de hacer contenidos en los tipos legales conducentes, pues "un deber jurídico impuesto en un ordenamiento no penal originaría una omisión típica, pues precisamente lo que constituye delito es la simple omisión típica sin resultado material"³⁹, por tanto, en la omisión simple no se verifica una "mutación del mundo

³⁸ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit. Vól. II, p. 830.

³⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit., p. 201.

fenomenológico, por ser el resultado puramente jurídico o típico”⁴⁰, así, “a un hacer positivo imprudente puede, en todo caso, seguir una omisión dolosa. Asimismo, también un hacer positivo ajustado a Derecho puede hallarse acompañado de una omisión antijurídica imprudente”⁴¹

No debemos perder de vista que “la causalidad es también en la omisión, igual que en el delito de acción, la tendencia, la actuación, la dirección de los acontecimientos hacia el resultado”⁴², es decir, la omisión es causal cuando la acción esperada hubiese probablemente evitado el resultado.

En los delitos de omisión, los deberes morales y sociales cobran una gran significación, ya que estos van aparejados de los deberes jurídicos, tal es el caso de la asistencia entre parientes, en los deportes, en las comunidades, sin que por ello sea exigible una responsabilidad por el valor de las cosas.

También, en los delitos de omisión, es importantísimo tomar en consideración las relaciones sociales entre los participantes, así como la distribución de los deberes, el provecho y el daño realizado para poder determinar en forma correcta la antijuridicidad material en este tipo de delitos, ya que no existe ningún deber jurídico de salvar a una persona que se está ahogando a riesgo de la propia vida de uno; caso contrario es el deber profesional del que está obligado a enfrentar determinados riesgos, tales como los bomberos, los policías, los salvavidas.

De igual forma, se debe tomar en cuenta si la puesta en peligro del bien jurídico tutelado fue causado por el omitente, o hasta qué punto llegó a ponerlo en riesgo, ya que el deber de éste aumenta cuando el riesgo fue producido directamente por éste, (la víctima es atropellada en la calle por la omisión de un

⁴⁰ *Ibidém*, p. 202.

⁴¹ Jescheck, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, Vól. II, p. 831.

⁴² Sauer, Guillermo, *Op. cit.*, p. 150.

deber de cuidado del conductor), aquí se verifica un deber elevado de responsabilidad en la situación de peligro de carácter culposo que se ha verificado. Al contrario, el deber del omitente disminuye cuando el propio afectado fue el que causó el momento de peligro (el conductor de un vehículo de automotor que atropella a un menor de edad que se suelta de la mano de su madre y corre hacia el arroyo de circulación, provocando con ello el accidente), aquí estamos hablando de una responsabilidad jurídico-penal disminuida para el conductor, debido a la propia imprudencia de la madre.

El deber de obrar existe solo en la propia posibilidad de obrar del omitente, debiendo desaparecer, por consiguiente, con la propia incapacidad material o física de éste, (el médico que no puede acudir al llamado de auxilio de un paciente por estar atendiendo a otro de mayor gravedad). Así, “en el juicio de la punibilidad se han de sopesar en particular, uno frente a otro, objetivamente, los actos socialmente peligrosos y provechosos, y subjetivamente los movimientos de la voluntad ético-socialmente reprochables y los obligatorios”⁴³.

Para medir la peligrosidad objetiva en la omisión (injusto material), se toma en consideración la agravación de un peligro ya existente para el bien jurídico tutelado, así como la entrada en una situación de peligro existente con un deber jurídico agravado (la actuación del cuerpo de bomberos ante un incendio), existiendo ciertas modalidades en esta peligrosidad, tales como que la gravedad del daño sea previsible, la proximidad y urgencia del peligro, contemplándose aquí dos factores en el peligro: a) el transcurso normal del acontecimiento; ó, b) que el resultado pueda ser evitable por la intervención directa de un tercero, así como la irrelevancia en la esfera del poder. En este apartado también se toma en consideración la actuación subjetiva del

⁴³ Ibidem, p. 157.

autor cuando ésta es contraria al deber que le es impuesto (culpabilidad material), la fundamentación y graduación del deber jurídico que tiene el omitente en relación a la creación y agravación del peligro que haya creado el mismo autor, su entrada en una situación de peligro que ya existe, así como la estrecha relación vital con el arriesgado (la confianza generada por largas relaciones como el matrimonio), así como las bases generadas en un vínculo social fundamentadas concretamente en la vida social (como las relaciones económicas o mercantiles).

El cumplimiento del deber jurídico por parte del omitente se encuentra sujeto a la elección del medio que lo rodea, las limitaciones del cumplimiento del deber que le es exigido por peligros desproporcionados que implican sacrificios para el omitente, así como la disminución de estos deberes de actuar que le son exigidos al omitente a causa de la infracción del deber arriesgado generado por faltas graves contra los deberes morales y jurídicos de la vida común de los hombres, por la ligereza y/o la audacia de terceros o por la necesidad, enfermedad y desamparo no ocasionados por el omitente (con excepción de los peligros causados por efectos naturales o peligros que por su gran número se han de producir del mismo modo (pánico colectivo).

VI. El tipo sistemático en los delitos culposos de acción o de omisión.

Cuando un sujeto que vive en sociedad deja de observar y cumplir con ciertos requisitos que su actuar le impone, tales como la prudencia, la atención, la pericia, ciertas reglas,

órdenes, disciplinas, etc., que a su vez son deberes impuestos por la ley que rige a esa sociedad a la que él pertenece y ocasiona o produce un resultado determinado que es previsto en la ley como delito, hablamos de culpa.

Francisco Pavón Vasconcelos define a la culpa "como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres"⁴⁴, definición que se acomoda perfectamente a los elementos y características que revisten a esta figura legal tan especial.

Los elementos constitutivos de la culpa son: a) Una conducta voluntaria (ya sea activa u omisiva); b) Que se verifique un resultado que se adecue perfectamente a un tipo penal previsto en la norma penal, que este resultado sea, además de típico, antijurídico, a efecto de que resulte contrario a la norma en el juicio objetivo de valoración; c) Que entre esa conducta (activa u omisiva) y el resultado que se verificó exista un nexo causal, el cual tiene el objeto de poder atribuir al autor el resultado lesivo obtenido; d) Que la naturaleza del evento sea previsible y evitable, ya que esta se funda principalmente en los deberes de cuidado impuestos en la ley y la sana razón (no se puede reprochar si el evento es imprevisible o inevitable); e) La completa ausencia de voluntad en el resultado verificado, esto es, queda completamente excluído el dolo en esta figura, en la culpa no debe existir la intención delictiva, el resultado sobreviene por la falta de previsión o por la esperanza de que éste no se produzca; f) La violación de los deberes de cuidado que la ley y la convivencia diaria en sociedad imponen al autor.

⁴⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. cit., p. 411.

Quando el sujeto viola el deber de cuidado que le es impuesto, genera con esta conducta contraria una responsabilidad culposa al momento de producirse el resultado lesivo.

El resultado lesivo del bien que es jurídicamente tutelado acaece precisamente por la falta de previsión del autor, y éste, a su vez, debe su existencia al deber de cuidado que la ley le impone, esto es, "la imprevisión o la previsión concurrentes con el acto inicial voluntario, que casualmente produce el resultado, son culposas precisamente a virtud del incumplimiento de ese deber de cuidado, pues éste tendía específicamente a evitar el daño concretamente producido"⁴⁵.

La culpa se clasifica en dos clases: 1. Culpa conciente, y 2. Culpa inconciente. En la culpa conciente el autor se representa la posibilidad de que con su acción u omisión se produzcan ciertos hechos dañosos, pero tiene la esperanza de que estos no se verifiquen (un excursionista va al bosque de paseo y arroja una colilla de cigarro encendida entre el pasto, el conductor de un camión de pasajeros que permite que su acompañante viaje en el estribo, colgando; la madre de familia que pone sustancias venenosas en una botella de refresco). En la culpa inconciente "el reproche de culpabilidad se refiere al hecho de que el autor ha actuado descuidadamente pese a haber previsto la realización del tipo como posible consecuencia de su hacer"⁴⁶, aquí es imprescindible que exista el conocimiento de probabilidad.

En la culpa inconciente existen tres presupuestos: a) el autor no ha prestado una atención suficiente a la situación peligrosa; b) no ha derivado del peligro en sí advertido la puesta en peligro del objeto de la acción; ó, c) no ha concedido a la conciencia de dicha puesta en peligro la importancia

⁴⁵ Ibidém, p. 412.

⁴⁶ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit., Vól. II, p. 780-781.

bastante al adoptar su actitud. En la culpa inconciente el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

La culpa se castiga, precisamente, por la falta de atención debida a la actitud interna del sujeto, derivada a una desconsideración, indiferencia, falta de cuidado por otras personas, y en general, a un mal funcionamiento del sentimiento de valor, sin que por ello se pueda exigir al sujeto más de lo que es capaz de dar, así, en la culpa inconciente la culpabilidad radica en la actitud que adopta el sujeto al no prestar la más mínima atención objetivamente requerida por la norma jurídica para evitar que se realicen menoscabos o daños en valores, bienes o personas, sin perder de vista que esto va en relación directa a la edad, fuerza física, profesión o experiencia que el sujeto tenga y que hagan posible el cumplimiento a dicha exigencia.

El artículo 9º del Código Penal para el Distrito Federal, en su segundo párrafo refiere: "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales"⁴⁷. Asimismo, el ordenamiento legal invocado, en su artículo 60, habla de actos u omisiones culposas calificadas como graves, al respecto observamos que la gravedad de la infracción de la norma de cuidado es el momento normativo relacionado al tipo penal, es decir, en el Derecho Penal no aparece la clasificación que el Derecho Civil menciona, como lo es la culpa lata, culpa levis y culpa levissima, sino que el grado de la culpa es general, con excepción hecha en el artículo 60 del ordenamiento legal antes citado, que es la culpa grave, para determinados individuos.

⁴⁷ Agenda Penal, compendio de leyes penales, Tercera edición, Ediciones Fiscales ISEF, México, 1999, p. 3.

En nuestra legislación, así como en la práctica legal, es observable que se toman en consideración principalmente tres formas o especies de culpa: 1) La imprudencia, que consiste en la temeridad del sujeto frente al resultado criminoso previsto como posible, pero que no fue querido (culpa conciente) (el salvavidas que observa que el mar está embravecido y aún así no realiza ninguna acción para impedir que los bañistas entren al mar, confiando en que no va a suceder ningún percance). 2. La negligencia, que se caracteriza "porque el autor, en razón de su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. La falta de precaución ha hecho que el autor ignore o yerre acerca de la naturaleza de lo que hacía o de su resultado posible"⁴⁸, (el electricista que al hacer una conexión, no se percató que dos cables sin hule protector quedan unidos, y sin revisar antes dicha conexión eléctrica, acciona el interruptor de energía, provocando con ello un incendio en el lugar). 3. La impericia, consistente en la falta de pericia en la práctica de una profesión, arte u oficio, derivada de la deficiencia técnica y que origina resultados lesivos en contra de otros por la carencia de la debida preparación técnica (el médico cirujano que confía en que el anestesista cuenta con los conocimientos correctos de su profesión, y provoca daños en la salud de la paciente debido a una sobredosis de anestecia).

La falta de reflexión o de cuidado van en íntima relación con la imprudencia y la negligencia, y no se tratan de figuras independientes, por lo que al ser subsumidas por estas, no se tratan por separado. Ahora, para poder medir la culpabilidad imprudencial se debe tomar en consideración si el sujeto

⁴⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit., p. 417.

estaba en condiciones de dirigir su actuar de forma tal que hubiere podido evitar el proceso causal que originó el suceso dañoso y prohibido, además de verificar si el sujeto no realizó su conducta de acuerdo a la situación correcta, siendo capaz para impedir los efectos lesivos, es decir, verificar si actuó con la prudencia necesaria, o si por el contrario, actuó con falta de cuidado o de atención, derivado de la falta de previsión de aquello que era previsible por su naturaleza, y que dadas sus condiciones personales tenía obligación de preveer, o si en su defecto, al haber previsto el hecho típico, confió sin motivo en que no se produciría.

En la legislación del Distrito Federal encontramos una gran diversidad de delitos en los que se contemplan los caracteres del dolo y la culpa al mismo tiempo, esto es, se requiere el dolo para la acción, y la culpa va en relación al resultado o puesta en peligro (tal es el caso del conductor ebrio, quien habiendo ingerido bebidas embriagantes y sabiendo de antemano que el alcohol disminuye ostensiblemente las capacidades mental y física de una persona, aún así aborda su vehículo, circulando en él hasta que provoca un percance con otro automovilista, ocasionando daños materiales, lesiones y homicidio contra terceros), en este tipo de situaciones, existe una gran duda sobre qué tratamiento se le debe dar a esta problemática, es decir, si se debe tratar a los delitos con carácter doloso, culposo o en forma mixta, siendo que en la actualidad se juzgan en forma separada e independiente una de la otra, dándoles a unos delitos el tratamiento de dolosos (ataques a las vías de comunicación) y a otros como culposos (lesiones, homicidio y daño en propiedad ajena).

En la combinación de los delitos culposos y dolosos, la vulneración del deber de cuidado va en relación al resultado, el cual se basa precisamente en la acción dolosa que precede (un taxista que en su prisa por llevar a un pasajero a su lugar de

destino, invade áreas de paso que le son prohibidas, poniendo en peligro la vida y seguridad de los peatones y de su propio pasajero).

Otro tipo de delitos en los que se combina el dolo y la culpa son aquellos cualificados por el resultado, en los que se verifica un alto contenido de peligrosidad, que al realizarse, el peligro que conlleva el tipo básico provoca una penalidad mas alta (el

policía que jugando con la pistola, acciona accidentalmente el gatillo, disparando con ello el arma y provocando la muerte de otra persona).

Por último, en los delitos imprudentes o culposos, no cabe hablar de tentativa, en virtud de las especiales características que revisten esta figura jurídica y que no son aplicables a este tipo de delitos, como ya quedó señalado anteriormente.

CAPITULO IV

LA PROBLEMÁTICA EN LOS DELITOS DE OMISION

I. El problema en los delitos impropios de omisión.

Tomando en consideración que el mandato y la prohibición son conceptos completamente distintos, y que estos son instrumentos para poder llevar a cabo la finalidad de la norma penal, en virtud de que esta prescribe, en forma generalizada, los bienes que no deben lesionarse, hablamos entonces que los tipos penales se encuentran respaldados por normas que contienen una serie de mandatos y prohibiciones dirigidos a todos los individuos que viven en sociedad, con el objeto de salvaguardar bienes jurídicos que son esenciales para la convivencia armónica del grupo social.

Cuando el tipo penal exige la realización de una acción, se hace referencia a tipos impositivos, los cuales son una forma secundaria y extrema de proteger un bien jurídico (proporcionar alimentos y cuidados a los hijos); por el contrario, en los tipos prohibitivos se encuentra una forma primaria de protección a un bien jurídico, sin que exista la posibilidad de excluir una forma del mandato de la acción en algunas y determinadas circunstancias (no debes de privar de la vida a otro).

El desvalor del resultado en los delitos de comisión es igual al desvalor del resultado en los delitos impropios de omisión,

en virtud de que este se mide en relación al daño producido al bien jurídico protegido.

Otro de los problemas que surgen de los delitos de acción en referencia a los delitos impropios de omisión, es el círculo de autores que predominan en los segundos, esto es, la posición de garante y el deber de garantía son elementos de la autoría que se encuentran definidos expresamente en los delitos impropios de omisión (el encargado de la fuerza pública que se niega indebidamente a prestar ayuda a la autoridad que legalmente se lo requiere), mas no así en los tipos penales de acción, en virtud de que en estos se define la conducta, pero no las características del autor por obscuridad propia de la ley (el que roba, el que mata, el que defrauda), en virtud de que cualquier persona puede ser autor de delito.

Solo quien es garante frente a la orden legal de que no se produzca un resultado, es autor de un delito impropio de omisión, y esta posición se obtiene como consecuencia de la estrecha relación del autor con el bien jurídico (el médico con su paciente, el instructor de natación con sus alumnos), así, "las circunstancias de hecho que fundamentan la posición de garante, pertenecen al tipo, en tanto éste debe alcanzar también las omisiones de impedir un resultado. El deber emergente de la posición de garante se relaciona en la antijuridicidad y no pertenece al tipo"¹.

Solo una clase de autores puede realizar el tipo penal en los delitos impropios de omisión, por lo que los elementos de la autoría pertenecen al tipo penal al depender de los caracteres de éste (el servidor público), no debiéndose olvidar que los elementos de la autoría son considerados como la antijuridicidad de la acción del autor, por lo que no pueden considerarse como meras circunstancias del hecho.

¹ Bacigalupo, Enrique. Delitos Impropios de Omisión, Primera edición, Ediciones Pannedille, Argentina, 1970, p. 170.

Otro de los problemas de los delitos de omisión propia y los delitos de comisión por omisión, reside en que estos últimos se caracterizan por la posición de garante en que incurre el autor y que solo es característica de estos delitos. Existen dos formas en que se presenta la posición de garante, una de ellas es en la que el autor aparece como defensor de uno o varios bienes jurídicos de los posibles ataques que se puedan sufrir (el guía en relación con los turistas a su cargo, la madre con respecto al cuidado de los hijos, el maestro con sus alumnos), en la segunda de las formas, el garante se enfrenta a un encauzamiento y custodia del peligro que emana de una fuente determinada, en relación a un bien jurídico que pueda resultar afectado por ella (el cuerpo de bomberos, la autoridad policiaca). El deber de garantía solo se admite hasta en tanto el sujeto es capaz de impedir el resultado, y para ello es necesario que el autor tenga conocimiento de la situación típica a efecto de valorar su voluntad jurídicamente.

II. Soluciones dogmáticas.

De conformidad al desarrollo del presente trabajo de investigación, se observó que “la doctrina ha sostenido, en general, que la suposición errónea de un deber de acción daba lugar a una tentativa inidónea. De acuerdo con lo que antecede... debe afirmarse que la suposición de un deber inexistente da lugar a un delito putativo (imaginario) impune”².

También es importante resaltar que el criterio dogmático, al apoyarse en la existencia de un deber que contiene la evitación de un resultado, fracasa en el criterio anterior, ya que también

² Ibidém, p. 171.

los delitos propios de omisión contemplan la ejecución de una acción a efecto de evitar un resultado lesivo, y al respecto decimos que “la teoría clásica que apoya la razón de la equivalencia de acción y de omisión en la infracción de un deber de ciertas características realiza, por lo general, una interpretación extensiva de la ley, pues difícilmente ésta proporciona deberes de los que surjan esos caracteres.

Tampoco logra explicar –una vez superada la vieja fundamentación causal- la razón de ser de un deber emergente del hecho anterior, que se ha buscado también en un derecho consuetudinario del que falta una prueba adecuada a su existencia. El contrato, a su vez, fue rápidamente reemplazado por la aceptación de una obligación de cuidar y proteger, cuya fundamentación legal tampoco resulta convincente”³.

También tenemos que la teoría de la posición de garante es la especificación de las relaciones estrechas que deben existir entre autor y bien jurídico para que una infracción de un determinado deber de acción caiga en el ámbito de un delito de comisión, en virtud de que el deber de garante toma en consideración la relación directa que tiene con el bien jurídico sin que importe la fuente del deber de evitar un resultado.

Es imposible querer determinar que todos los tipos de acción se puedan adecuar a los delitos impropios de omisión, en virtud de que en algunos delitos de acción existen cualidades específicas que no se pueden ministrar a los delitos impropios de omisión. Aún cuando la doctrina imperante considera que en los delitos de omisión, tanto propios como impropios, no es dable pensar en una coautoría, debido a las especiales características que revisten a estos delitos, pues precisamente en la omisión falta la voluntad de realización que evita una resolución conjunta que sea común al hecho que se verifica, la realidad que se vive nos demuestra

³ Ibidém, p. 171.

claramente que si es posible pensar en una coautoría en este tipo de delitos (la pareja de policías que omiten el auxilio que les es requerido por un ciudadano, la enfermera que cede al requerimiento del familiar de un paciente para no administrarle los medicamentos prescritos –eutanasia-). Para ello es imprescindible citar la siguiente tesis jurisprudencial:

“Imprudencia, delito de: Cuando el conductor y el maquinista de un tren se distraen y no perciben la luz roja del semáforo que significa que la vía se halla ocupada por tren o convoy que se desplaza en sentido contrario, y prosigue su marcha, determinando con ello la colisión, tal comportamiento de los imputados implica la violación de un deber jurídico de cuidado, que se desprende de las reglas 71, 72 y 87 del Reglamento de Transportes de los Ferrocarriles Nacionales de México, siendo punible tal conducta en grado de imprudencia.” Quinta Época: Suplemento 1956, Pág. 260. A.D. 7495/45. Rodolfo Castillo Rivera y Tomás Sanromán Rodríguez. Unanimidad de 4 votos.

Lo que nos demuestra claramente que si es posible pensar en una coautoría, e incluso en una participación en este tipo de delitos.

Ahora bien, por lo que hace a la tentativa en los delitos de omisión impropia, como ya ha quedado manifestado, el desenvolvimiento activo de una voluntad de realización en la omisión es obstáculo insalvable para que se pueda hablar de las etapas de realización a que se hace alusión en los delitos comisivos, ya que el garante, en estos casos, solo cuenta con el conocimiento de una situación de peligro para el bien jurídico, y a lo mas se tiene una resolución de omisión de hacer, pero nunca se habla de un comienzo de ejecución, por lo que las especiales características que revisten a la tentativa en los delitos de comisión hacen imposible aplicarla a los delitos omisivos, tanto propios como impropios.

III. La posición de garante.

El principio de libertad de acción que rige para todos los ciudadanos, mismo que los autoriza para comportarse en la forma en que lo deseen, no incluye la facultad para transgredir el orden social que impera, pues en tal caso, al quebrantar la ley, el status del sujeto infractor cambia radicalmente; esto es, cuando por la conducta desplegada de un sujeto se viola una norma jurídica, éste se convierte de inmediato en sujeto activo de delito. Así, “en los delitos de comisión, la imputación objetiva descansa en la causación del resultado típico. En los delitos de omisión impropia no basta, por el contrario, el hecho de que una posible acción hubiera evitado el resultado para poner a cargo de todo aquel sujeto capaz de actuar la lesión del bien jurídico como injusto del que debe responder, pues no puede existir un deber de prestar ayuda donde quiera que haga falta”⁴.

La posición de garante contiene la exigencia de resguardar activamente los bienes jurídicos amparados por una norma prohibitiva, esto es, todo aquel sujeto sobre el cual recae una obligación jurídica de impedir un resultado jurídico tiene la obligación de salvaguardar el bien jurídico amenazado, pues al incumplir esta obligación está proyectando la equiparación de su actitud omisiva con una conducta activa en la realización del tipo penal correspondiente, sin olvidar “que la existencia de un deber de actuar es un presupuesto ineludible de la responsabilidad del autor, pero en sí, nunca será suficiente.

Será preciso que, además, pueda afirmarse que él se encuentra vinculado de una manera tal con el bien jurídico que

⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vól. II, Tercera edición, Bosch, Casa Editorial, España, 1981, p. 854.

es garante de la no producción de lesiones o de que no será puesto en peligro”⁵.

Tenemos entonces que “la posición de garante requiere esencialmente que el sujeto esté encargado de la protección o custodia del bien jurídico que aparece lesionado o amenazado de lesión”⁶; por lo que actualmente se acepta en forma unánime que el deber moral no es fundamental para determinar una posición de garante, pues “el deber jurídico de obrar se desprende en primer lugar de la ley, del Derecho consuetudinario, del contrato, del compromiso tácito semejante al contrato, y ante todo, de la fundamentación y aumento del peligro. Solamente dentro de estos límites resulta acertado contemplar la acción precedente como un fundamento de Derecho para evitar el resultado dañoso”⁷, sin perder de vista que “fundamentalmente lo que determinará el deber de evitar el resultado, cuya infracción será adecuada al tipo de un delito de comisión, será la estrechez de la relación del sujeto con el bien jurídico que impondrá su tarea de defensa frente a cualquier amenaza de lesión. Esta estrechez está dada aquí por la relación social que el omitente guarda con el titular del bien jurídico”⁸, sin que se tomen en consideración los deberes morales ni sociales, pues solo se tomarán en cuenta los que tengan vinculación jurídica para poseer plena eficacia jurídico-penal.

La diferencia vital “entre quien se halla en posición de garante y está obligado por ello a la protección de ciertos bienes jurídicos ajenos, y quien obra en legítima defensa propia o ajena, es que este último reacciona ante una

⁵ Bacigalupo, Enrique. Op. cit., p. 116.

⁶ Ibidém, p. 119.

⁷ Sauer, Guillermo, Derecho Penal, Parte General, Primera edición, Bosch, Casa Editorial, España, 1956, p. 151.

⁸ Bacigalupo, Enrique. Op. cit., p. 121.

determinada agresión ilegítima de un tercero, mientras que el que obra como garante debe impedir activamente cualquier lesión que amenace a un bien jurídico penalmente protegido que se halle a su cargo o que provenga de una fuente de peligro que él debe asegurar. Además, la legítima defensa constituye un derecho y no una obligación de quien se defiende, salvo que se trate de dar adecuada respuesta en calidad de garante⁹; de donde se desprende que quien asume la posición de garante adquiere una condición jurídica especial al pesar sobre de él una intervención activa para impedir el resultado prohibido, convirtiéndose en protector activo del bien jurídico protegido.

Al hablar específicamente del deber de actuar del garante hacemos referencia a un deber que “está restringido tan sólo a aquellos sujetos que están muy estrechamente vinculados a determinado bien jurídico, al punto que deben protegerlo activamente. Este deber está destinado a servir como reductor de aquellos que han de asumir la posición de garante en relación con los delitos impropios de omisión”¹⁰. Al hacer referencia del deber jurídico constreñido al garante, se hace mención de tres criterios relacionados con el deber jurídico de obrar que tiene el sujeto que adquiere la posición de garante, siendo los siguientes: a) la ley, en la que el deber de obrar del garante “deriva de un precepto jurídico, bien sea... de la ley o de una ordenanza equiparada a ella... resultando determinante el total Derecho Público y Privado”¹¹, (el policía, el ministerio público). b) El negocio jurídico o contrato, pero éste solamente se toma en cuenta cuando se “haya producido una situación

⁹ Novoa Monreal, Eduardo. Fundamentos de los delitos de omisión, Primera edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1970, p. 121.

¹⁰ Ibidem, p. 138.

¹¹ Pavón Vasconcelos Francisco, Derecho Penal Mexicano, Parte general, Novena edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 202.

especialmente peligrosa o un aumento del peligro ya existente y la aceptación tiene lugar al objeto de evitar dicho peligro”¹² (servicios de seguridad privada) debiendo considerarse su validez durante la vigencia del contrato mismo, en virtud de que una vez expirado el tiempo de vida de éste, sus consecuencias quedarán sin efecto alguno. c) El tercer criterio está referido a la acción precedente como fundamento de Derecho para evitar un resultado dañoso, esto es, cuando “el sujeto, con su actuar, ha creado una situación de hecho de la cual puede surgir la violación de bienes jurídicos, con la producción de un resultado material antijurídico, nace el deber para el mismo realizar lo necesario a fin de evitar la lesión al Derecho”¹³.

Es clara la situación que el actuar precedente de peligro que dá origen al deber jurídico que el agente debe realizar no tenga un carácter doloso, pues en caso contrario estaríamos ante la presencia de un delito de acción y no de omisión, pues las actividades dolosas están encaminadas a la producción activa de un resultado ilícito, pues el agente tiene la obligación precisa de no hacer, consecuentemente al desplegar exteriormente una conducta activa viola el deber jurídico de abstención, a diferencia de los delitos de omisión impropia, en los que “la actividad o hacer precedente requiere, para fundamentar el deber jurídico de obrar que pueda lesionar intereses jurídicos mediante la creación de una situación de peligro, pues sólo ante esa posibilidad tiene la obligación el sujeto de actuar para eludir la producción del resultado antijurídico”¹⁴

¹² Ibidém, p. 203.

¹³ Ibidém, p. 203.

¹⁴ Ibidém, p. 203.

IV. La omisión.

Uno de los problemas fundamentales de la omisión radica en el momento bajo qué presupuestos la no evitación de un resultado típico puede equipararse a la producción de éste mediante una acción o hacer positivo. Cuando hablamos de una acción, hacemos referencia a una serie de movimientos corporales derivadas de una voluntad del sujeto, por el contrario, la omisión consiste precisamente en un no hacer, una inactividad del cuerpo humano, esto es, que frente a una conducta activa (positiva) se encuentra una conducta omisiva (negativa).

A este respecto, la omisión cobra importancia jurídica en el momento preciso en que, derivado de esa inactividad se crea una situación de peligro o riesgo para un bien jurídicamente tutelado por el Estado, ya sea que ese bien jurídico sea lesionado o no, así, encontramos que la omisión se divide en a) omisión simple o propia; y, b) omisión impropia o de comisión por omisión.

Al considerar los elementos que integran a la omisión, hablamos de una voluntad, la cual está basada en una actitud mental del sujeto, ya sea una voluntad objetiva, o en su defecto, que sea una voluntad no querida (el olvido); asimismo, se hace referencia a una conducta inactiva que cobra importancia cuando el omitir una conducta equivale a un no hacer lo esperado y exigido por una norma penal, ya sea que ese mandato de obrar sea omitido, así como el deber de actuar, en forma dolosa o culposa. El tercer elemento lo constituye precisamente el deber jurídico de obrar, el cual se encuentra contemplado en una norma de carácter penal, ya que precisamente los delitos omisivos constituyen un

incumplimiento a determinados mandatos de hacer contenidos en los tipos penales, por lo que "un deber jurídico impuesto en un ordenamiento no penal no originaría una omisión típica, pues precisamente lo que constituye delito es la simple omisión típica sin resultado material"¹⁵.

Así, podemos decir que la omisión es una comparación de lo acaecido con lo exigido en referencia a la conducta realizada, esto es, dentro del contexto de la omisión simple existe una violación a una norma preceptiva penal, mediante la cual se dá un resultado jurídico y es precisamente esa omisión la que integra el delito (abandono de persona). Por el contrario, dentro de la omisión encontramos a los delitos de comisión por omisión, los cuales son considerados como violaciones de normas preceptivas de carácter penal o de otra rama del Derecho (ley fiscal) y una norma prohibitiva, que es exclusivamente en materia penal, obteniéndose con ello un resultado tanto jurídico como material, y es precisamente este resultado lo que configura el tipo punible.

Aquí se impone al garante un deber de evitar el resultado (el servidor público que no cumple con una disposición que legalmente le es comunicada por su superior competente, sin que exista causa fundada para ello).

V. Capacidad para evitar el resultado material.

Tomando en consideración que la doctrina establece que la acción precedente es un fundamento de Derecho que tiene como fin evitar un resultado dañoso del cual se desprende un deber jurídico de obrar basado en la ley, la cual establece un

¹⁵ Ibidém, p. 201.

presupuesto intelectual por parte del garante, referido al conocimiento que tiene el autor de determinadas circunstancias que acrecientan la posibilidad de que se produzca una lesión al bien jurídico que es tutelado (el transeunte que camina por una calle y observa un vehículo estacionado, sin darle mayor importancia prosigue su camino, lo que ocasiona que no se percate que en el interior del mismo se encuentra una persona lesionada que necesita atención médica); en este caso no se encuentran satisfechos los requisitos que son exigidos por la ley en virtud de que no existe un conocimiento real de la situación de peligro del bien jurídico que la ley protege, además de que en los delitos de omisión impropia, el deber de garantía solo es admitible en la medida en que el autor es capaz de impedir el resultado (un niño pequeño sufre quemaduras en su cuerpo, la madre decide lo que debe hacerse, si basta la sola aplicación de una pomada contra quemaduras, o en su defecto debe presentarlo en un hospital para su atención médica); a este respecto, la situación en que se deduce el contenido de deber de actuar en cada caso concreto, se le denomina "situación típica", ya que en los delitos de omisión surgen distintas medidas o circunstancias del deber de actuar (así, en una casa de asistencia social, el director provoca maltrato a las personas alojadas en dicha casa, causando con ello un peligro para la salud de las personas que dependen de una custodia correcta, mismas que se encuentran sujetas a su protección, aquí, la acción que es exigida a los trabajadores de la casa de asistencia social es la de evitar el maltrato, estando obligados a prestar la asistencia necesaria según las circunstancias que la custodia les imponga), por lo que es necesario que el garante tenga conocimiento de la fundamentación y el aumento de peligro para un bien jurídico tutelado por el Derecho, ya que el deber jurídico de obrar tiene como consecuencia una

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

responsabilidad jurídico-penal para evitar la lesión de un bien jurídico tutelado.

Este deber jurídico de obrar tiene sus bases de sustentación en los conocimientos especiales que se adquieren mediante una técnica o profesión, así como por circunstancias sociales, económicas e higiénicas, en las relaciones comunitarias; esto es, cuando un bien jurídico se encuentra en peligro por causas imputables al omitente, se debe examinar si esa puesta en peligro es realmente relevante para los amenazados, así como si el daño posible es igualmente relevante para el omitente, o en su caso, ser aún mayor (no existe ningún deber jurídico de salvar a una persona que se está ahogando cuando existe el riesgo de poner en peligro la propia vida, caso contrario es la del salvavidas profesional, el cual, aún a costa de su propia vida tiene la obligación de salvar al bañista).

Cuando el omitente ocasiona la puesta en peligro del bien jurídico, se habla de que la responsabilidad de este aumenta; pero este disminuye cuando el afectado influyó notablemente en esa puesta en peligro (existe responsabilidad elevada para el autor cuando el médico omite preguntar al paciente si es alérgico al medicamento que le está recetando, poniendo en peligro la vida del paciente; por el contrario, existe responsabilidad disminuida (e incluso no hay responsabilidad penal) cuando se ocasiona la muerte del paciente que padece una enfermedad crónica incurable y no resiste los efectos de la anestesia en la intervención quirúrgica).

Es claramente visible que la causa jurídica mas poderosa y evidente que puede originar deberes de garante es la vinculación natural, la cual, sin embargo, para poseer eficacia jurídico-penal, ha de descansar en un vínculo jurídico, así como en las relaciones comunitarias, o la asunción voluntaria a favor del que se encuentra en peligro, ante éste o un tercero

(el alpinista experimentado que guía a un grupo de excursionistas a escalar una montaña).

Cuando existe una prohibición de lesionar a terceros se habla de un hacer peligroso por el garante, produciéndose una perturbación al orden social, mismo que protege los bienes jurídicos, existiendo la obligación para el garante de cuidar que ese peligro que él creó no se convierta en un resultado físico (el conductor ebrio que no se encuentra en condiciones de conducir, ante una situación de urgencia mayor es obligado a hacerlo). Asimismo, el garante tiene la obligación de cuidar que la actuación de terceros no conlleve un peligro para la estabilidad legal de los bienes jurídicos tutelados (el maestro está obligado a vigilar y evitar que sus alumnos cometan hechos delictivos en el tiempo que estos permanezcan dentro del plantel escolar). No debemos perder de vista que "algunos delitos requieren, además, la concurrencia de especiales elementos de autoría. Los mismos pueden concurrir sin más en el omitente si se trata de elementos que definen una situación jurídica (por ejemplo, el funcionario..., o médico...). Por el contrario, en los delitos que requieren una determinada forma de vida... o que únicamente pueden realizarse de propia mano..., se halla excluída la posibilidad de autoría por omisión, puesto que en ellos únicamente puede ser autor quien vive de la forma incriminada o bien comete el hecho personalmente"¹⁶.

Por tanto, el deber de obrar que le es exigible al garante existe solamente cuando hay posibilidad razonable de obrar, ya que ésta desaparece cuando existe alguna incapacidad física o mental (el médico que no acude al llamado de auxilio de un paciente por estar atendiendo a otro de mayor gravedad; el guardacostas que no presta ayuda por estar auxiliando a otros sujetos que corren peligro en el mar).

¹⁶ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit., Vól. II, p. 865.

Quando el estado de necesidad es una manifestación parcial del concepto material del injusto, la preferencia se otorga al deber que tenga el valor mas alto; en caso de que existan bienes de igual importancia, se dará preferencia al bien que esté más próximo al garante. No se puede exigir al omitente la salvaguarda de un bien jurídico determinado cuando con ello expone su propia vida al peligro, y en caso de los delitos de omisión impropia, se deben examinar en forma concienzuda los actos que sean socialmente peligrosos, o en su defecto, provechosos, y en forma subjetiva los movimientos que origina la voluntad ético-social que sea reprochable por ser obligatoria para el autor.

VI. El resultado material.

Quando una acción humana implica un movimiento corporal, se habla de una fuerza física o mecánica, misma que determinará una serie de modificaciones en el mundo fenomenológico exterior, constituyéndose de esta forma una serie de consecuencias por los efectos de dicha acción. Estos efectos pueden ser, desde el punto de vista legal, físicos, fisiológicos, psicológicos, sociales, económicos, etc.

La doctrina penal considera al resultado material cuando “se produce una mutación en el mundo exterior de naturaleza anatómica, fisiológica, psíquica, económica, descrita por el tipo”¹⁷, entendiéndose de este modo que el resultado es “un obrar u omitir del hombre, que produce un conjunto de efectos en el mundo naturalístico. Dentro de tan amplio concepto, se

¹⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Tomo I, Decimotercera edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 326.

identifica el resultado como un acontecimiento o suceso, comprendiéndose en él tanto el actuar positivo o negativo, como los efectos producidos"¹⁸, pero es mejor separar el resultado de la conducta, y tomar en consideración solamente las modificaciones que en el mundo fenomenológico produce, poniéndose de relieve la diferencia que existe entre los efectos naturales y los efectos jurídicos de la conducta humana, pero aún cuando el resultado es precisamente una consecuencia de la conducta humana, ésta solamente adquiere un carácter jurídico cuando así lo prevé la ley.

Cabe aclarar que el resultado se debe observar desde un punto de vista jurídico y jurídico material, atendiendo desde luego al tipo que describe la conducta, sea ésta activa u omisiva, esto es, cuando existe una conducta humana que viola el ordenamiento jurídico se acredita el elemento objetivo del delito, consistente en el resultado, pues éste se atiende acorde a la lesión del interés jurídico, aún cuando no se haya producido un resultado material, tal como sucede en los delitos omisivos; así, "los llamados delitos de omisión simple tienen un resultado identificado como el daño resultante de la violación al ordenamiento jurídico, resultado convivente con el material en aquellos delitos productores de efectos naturales de orden material, según la descripción del tipo"¹⁹.

Considerando que el resultado material es una consecuencia lógica de la conducta, ya sea positiva o negativa, constituyente del hecho como uno de los elementos principales, se le debe dar una naturaleza material cuando se verifica una mutación física en el mundo real, esto es "hay resultado siempre que se ha verificado un cambio que lógicamente corresponde en su presupuesto y en su

¹⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit., p. 205.

¹⁹ Ibidém, p. 206.

consecuencia a los requisitos de un contenido de delito bien concreto y determinado”²⁰.

Porte Petit argumenta que “el resultado material es una consecuencia de la conducta (acción u omisión) y elemento constitutivo del hecho, el cual a su vez, es elemento objetivo del delito, cuando se describe un resultado material”²¹, debiéndose entender que el resultado es precisamente la consecuencia de la conducta desplegada por el sujeto, considerada como elemento del hecho, mientras que el daño es considerado como el mutamiento físico de la naturaleza material, producto mismo del delito y considerado como elemento objetivo del delito; los efectos que se consideran son los psíquicos, físicos, fisiológicos, económicos, siendo estos los efectos naturales de la acción.

Jurídicamente se ha definido al resultado como “la realización de un estado de hecho, de una situación en relación con el principio de causalidad y por eso es sinónimo de consecuencia, de efecto”²², es decir, ese efecto natural de la acción debe ser relevante para el Derecho Penal. Bajo ninguna circunstancia debe confundirse al resultado material con el daño, en virtud de que éste último consiste en el perjuicio o perturbación de un interés garantizado por una norma jurídica, precedida siempre de un hecho o un suceso natural en el que se verifica una modificación del mundo exterior, esto es, el daño es considerado como la lesión de un interés garantizado por el Derecho.

²⁰ *Ibidém*, p. 206.

²¹ Porte Petit Candaudap, Celestino. *Op. cit.* p. 330.

²² Antolisei, Francesco. *La acción y el resultado en el delito*, Primera edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, p. 132.

V. El dolo

Quando hablamos de dolo, hacemos referencia a uno de los elementos que configuran la culpabilidad, siendo éste el conocimiento y el querer del ilícito en cuestión; es decir, se contempla el elemento intelectual (conocimiento) por parte del agente de que el resultado causado con su acción es totalmente ilícita (antijurídico), debiéndose entender que la conciencia del agente debe ser clara y objetiva en lo referente al despliegue de su conducta exterior, la cual concluirá con la obtención de un resultado material lesivo del bien jurídico protegido, y así, “obrará pues, con dañada intención aquél que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representándose las circunstancias y la significación de la acción. Un querer algo ilícito, voluntario e intencionadamente es la base sobre la que se sustenta el concepto legal del dolo”²³.

Para que se verifique el dolo es necesario el conocimiento y la previsión del resultado ilícito, esto es, el elemento intelectual es el conocimiento por parte del sujeto de que el resultado querido es totalmente ilícito, es decir, antijurídico. Dentro del actuar del agente debe de existir el conocimiento de las circunstancias pertenecientes al tipo penal, debiéndose prever los elementos que constituyen el resultado y el proceso causal que se instaura con su actitud, sin que se tome en consideración la existencia dolosa de la intención antes y después del hecho, ya que solamente cuenta el dolo al momento de ocurrir la conducta ilícita, estableciéndose entonces que “el dolo existe cuando se produce un resultado

²³ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Decimosexta edición, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 442.

típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y el curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”²⁴.

Los elementos esenciales del dolo consisten en la apreciación objetiva del agente respecto a los objetos del mundo real; el conocer y querer, conscientemente, la lesión del bien jurídico protegido, o en su caso, la concreta puesta en peligro del objeto de la acción (delitos de peligro), debiéndose abarcar de igual modo el nexo causal que proceda; el conocimiento previo de la legalidad o ilegalidad de su conducta, así como la valoración total del hecho y los elementos subjetivos del tipo.

Cuando el autor persigue la acción típica o el resultado requerido por el tipo, hablamos de intención, dominando el factor de voluntad del dolo, ya que “la intención del autor solo puede referirse a algo futuro. Cuando se habla de dolo respecto de las circunstancias que anteceden o acompañan al hecho no se alude a la intención, sino a la certeza, a la duda o al desconocimiento”²⁵

Para que podamos hablar de dolo es necesario el conocimiento previo de los elementos componentes del resultado, pues si éste faltare, entonces no puede reputarse un actuar doloso, en todo caso se estaría hablando de error, que a diferencia de la ignorancia (que es la total carencia de conocimientos), quedaría entendido como un falso o equivocado conocimiento acerca de algo, siendo precisamente el elemento intelectual del dolo lo que marca la prohibición del

²⁴ Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito, principios de Derecho Penal, Undécima edición, Ed. Sudamericana, Argentina, 1980, p. 365.

²⁵ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit., Vól. I, p. 413.

resultado; el error es, entonces, lo inverso del dolo; o sea, la falta precisa de la prohibición del resultado, pues precisamente “el dolo significa conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal”²⁶.

De la existencia de la intención primeramente requerida se pasa a la voluntad del resultado, siendo suficiente la aceptación del mismo y requiriéndose la previsión de dicho resultado para la existencia del dolo, debiéndose aclarar que no es preciso que el resultado sea previsto como cierto, siendo suficiente la sola previsión de la posibilidad, si ella no detiene al autor en su acción, obteniéndose la voluntad dolosa y lesiva al momento activo en que el agente vulnera el bien jurídico protegido, pues “el actuar doloso supone de parte de su autor el conocimiento previo al acontecer causal y consecuentemente, el dominio de los hechos en el caso concreto”²⁷. La doctrina ha considerado al dolo en tres clases: a) Dolo directo; b) Dolo eventual; y, c) Dolo específico.

Hablamos de dolo directo cuando se hace referencia a la situación en que “el autor sabe seguro que concurren o van a realizarse durante su acción determinados elementos del tipo y en particular que preveé como segura la producción del resultado típico”²⁸, es decir, el resultado de éste corresponde a lo previsto y querido por el agente, quien actúo con el propósito de producir el resultado obtenido, siendo el elemento principal el psicológico, por el que se requiere la relación del sujeto con su acción y con el resultado de ella, así como el elemento de negación del Derecho, el cual consiste en el conocimiento de que su acción es contraria al orden jurídico

²⁶ Ibidém, p. 398.

²⁷ Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Segunda edición, Ed. Abeledo Perrot, Argentina, p. 257.

²⁸ Jescheck, Hans-Heinrich. Op. cit., Vól. I, p. 413.

establecido, abarcando las consecuencias que constituyen el fin que el agente se propuso.

El dolo indirecto es “conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se representa cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho”²⁹, aquí son abarcadas las consecuencias no comprendidas en los fines del agente, pero que, para el logro de estos es necesario su producción, es decir, el agente desea la producción de un resultado determinado pero para lograrlo es necesario que se ligue a otro efecto, representándolo inexorablemente unido a dicho deseo, pues al realizar éste el agente tendrá que aceptar las consecuencias irremediables que acarreará con su primera intención.

Referente al dolo eventual, éste se verifica “cuando el sujeto se presenta la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción ratifica en una última instancia”³⁰, aquí se presenta una conducta libre y voluntaria que se representa como posible un resultado, y aún cuando no se quiere directamente, se acepta indirectamente.

El dolo indeterminado, consiste en la intención genérica de delinquir, sin que exista un deseo real de que se produzca un resultado delictivo en especial (actos terroristas), pero la mayor de las veces se incluye este tipo de dolo dentro de la esfera del dolo indirecto.

Los elementos que entran en el análisis de la culpabilidad y aún los que resultan de la valoración relativa de los bienes jurídicos que hubieren resultado lesionados como

²⁹ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales del Derecho Penal, Decimosexta edición, Ed. Porrúa, México, 1981, p. 240.

³⁰ Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. Principios de Derecho Penal, Undécima edición, Ed. Sudamericana, Argentina, 1980, p. 367.

consecuencia del plan propuesto, y los que fueron objeto de lesión por efecto del resultado que realmente se produce, sin olvidar la relevancia jurídica del nexo causal determinado en cada tipo legal, conforman un conjunto de factores que mantienen intacta la culpabilidad en caso de error accidental, como los de *error in personae* y *abstractio ictus*, en tales casos, el resultado producido no coincide con el querido o aceptado, pero para el orden jurídico ambos son equivalentes y sancionables como tal. Caso contrario es la culpa, la cual necesita de tres requisitos esenciales para su plena existencia, es decir, debe de haber una falta de precaución en la manifestación de la voluntad, así como una falta de previsibilidad por parte del agente ante el resultado obtenido y el reconocimiento negativo de la significación antisocial de su acto.

En el aspecto normativo solo debe contemplarse la imposición de una pena cuando la misma ley imponga hacer o dejar de hacer algo, es decir, es la obligación impuesta a un grupo social de ajustar su conducta a las exigencias de la vida en común, esto es, el incumplimiento de los deberes enmarcados por la ley son penalmente punibles cuando lesionan algún bien jurídico.

El hecho culposo es, entonces, objetivo en cuanto supone la creación de un riesgo innecesario, y subjetivo, en el momento en que se dá un incumplimiento en el deber de diligencia por el que consecuentemente se causa el resultado típico antijurídico. La falta de diligencia se manifiesta con las siguientes modalidades de la culpa, tales como: a) la imprudencia, b) la negligencia, c) la impericia en un arte o profesión, y, d) la inobservancia de los reglamentos, ordenanzas o deberes de cargo.

En la culpa es necesario la existencia de un nexo causal entre la conducta del autor y el resultado típicamente

antijurídico que acontece, es decir, la culpa es penada precisamente debido a la impericia o negligencia del sujeto que ocasionó la lesión del bien jurídico tutelado, pues es precisamente debido a la existencia de la culpa “cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo”³¹(sic).

A diferencia del Derecho Civil, en el que se contemplan la *culpa lata*, la *culpa leve* y la *culpa levissima*, en el Derecho Penal no tienen eficacia alguna, pues la doctrina penal las ha denominado: a) Culpa conciente: Es en la que el autor se representa el resultado; y, b) Culpa inconciente: Es en la que el autor no se ha representado el resultado.

En la culpa conciente se expresa la duda sobre el conocimiento de las circunstancias del hecho, es decir, la no probabilidad de la producción del resultado; en este caso, el autor no está interiormente de acuerdo, pues espera que el resultado que se representó no se producirá, aquí “se añade la conciencia de la antijuridicidad material del hecho y el querer de la actividad voluntaria causante del resultado. La falsa esperanza de que el resultado no se producirá, descansa en la negligencia de un deber concreto, cuyo cumplimiento le es exigible al autor como miembro de la comunidad”³².

La culpa inconciente consiste en la ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado, “esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender por

³¹ Jiménez de Asúa, Luis. Op cit. p. 371-372.

³² Ibidem, p. 378.

que su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir la forma de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad”³³.

En resumen, diremos que los elementos de la culpa consisten en un actuar humano voluntario, una falta de cautela o precaución que son exigidas por la ley, la obtención de un resultado lesivo por medio de un acto que pudo ser previsible y evitable, que se encuentre tipificado penalmente dicho resultado y que exista una relación de causalidad entre el hacer o no hacer y el resultado obtenido, pero que no es querido. Esto es, “existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas”³⁴

En los delitos culposos no existe la figura de la tentativa, en virtud de que existe la presunción de que el comienzo de ejecución de un delito contiene un dolo de consumación, situación que no es conciliable en los delitos culposos, ya que estos suceden precisamente en forma azarosa y sin que medie la voluntad del agente para que se realice el hecho.

³³ Ibidém, p. 378.

³⁴ Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., p. 246-247.

CAPITULO V

DERECHO COMPARADO

Debido a la gran diversidad de Códigos Penales existentes en la República Mexicana, ya que debido a la autonomía estatal, cada estado cuenta con su propia legislación de la materia, y que esta no se encuentra unificada de ninguna forma en sus conceptos y su contenido, la exponente del presente trabajo de investigación, solo tuvo a bien aplicar el estudio en los mas representativos para la misma, sin hacer alusión a los demás estados, pero no con un ánimo despreciativo, sino con el único fin de poder desarrollar en forma armónica y hacer evidente y palpable la falta de actividad legislativa en el apartado de los delitos omisivos, por lo que a continuación hacemos referencia a los Códigos Penales elegidos para este trabajo.

I. Los delitos impropios de omisión en el Código Penal de Guanajuato.

En la reforma que se realizó del Código Penal de Guanajuato de 1932, mismo que comienza a regir en 1933, se tuvo a bien establecer en la exposición de motivos que el legislador estatal realizó en el Código Penal del estado libre y soberano de

Guanajuato, el cual se reformó el 28 de febrero de 1978, habiendo cobrado vigencia el 2 de marzo de 1978, es claramente observable que se hace un estudio sobre el delito y sus formas, citando los elementos esenciales y características conceptuales a efecto de hacer una ordenación sistemática de las normas penales en él contenidas. Así, "en el artículo 11 se establece que el delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible; y en ese orden el proyecto va tratando cada uno de esos elementos, tanto en su aspecto positivo como negativo; así respecto al primer elemento, o sea la conducta, se establecen las formas que la misma puede revestir, esto es, la comisión y la omisión (incluyendo esta última la comisión por omisión), para después en el artículo 14 tratar el debatido tema del nexo causal"¹. Esto se encuentra originado por la ausencia de su tratamiento en el texto anterior, existiendo aquí un gravísimo problema legal al estipular el legislador que: "Este tema, que no se encuentra tratado en el ordenamiento vigente, se resuelve en base a una regla de carácter general con la suficiente amplitud para comprender tanto la relación de su causalidad material entre la conducta y el resultado, como también la que pudiéramos llamar causalidad psicológica (aplicable al delito de fraude), por ejemplo, sin afiliarse a ninguna de las múltiples teorías que la doctrina ha elaborado al respecto, ya que se estimó que el problema debe resolverse fácticamente conforme al recto criterio del juzgador"², como se ve, la apreciación judicial es la que define este grave problema, sin que se justifique legamente dicha situación, aunque también es de considerar que son contemplados por primera vez los delitos de omisión,

¹ Exposición de Motivos del Código Penal de Guanajuato, Primera edición, Talleres de litográfica, México, 1978. p. 5.

² Ibidém, p. 5.

los cuales el texto anterior no los trataba ni mencionaba, y así tenemos que: “también en el mismo artículo 14 se establecen las normas que resuelven la causalidad en los delitos de omisión, cuestión que tampoco se encuentra tratada en el Código vigente”³.

En este apartado, se trata de hacer un estudio y razonamiento de la causalidad en los delitos de omisión simple así como en los de comisión por omisión, también se señala la autoría en ellos, con el único objeto de evitar la impunidad causada por la falta de previsibilidad que dio origen el texto normativo anterior, por lo que citamos lo siguiente: “... se estatuye una fórmula que resuelve la causalidad en la omisión y que comprende los casos de ejecución dolosa y culposa del delito, y, desde luego, los de comisión por omisión, señalando las bases para atribuir un resultado al autor de una conducta omisiva, al establecer que responde del resultado quien no lo impida si podía hacerlo y debía jurídicamente evitarlo. De esta manera, la causalidad material en la omisión queda tratada en forma completa, de tal suerte que aún cuando de la omisión, del no hacer, no puede derivarse un resultado material, éste se atribuye jurídicamente al agente con base en esta disposición. La falta de una disposición similar en el Código vigente determina la impunidad en los casos de comisión por omisión dolosa y en general, en todos aquellos en que la conducta, por no ser causa material de un resultado de la misma naturaleza, no es subsumible en el tipo por falta de una disposición que atribuya ese resultado al autor de la omisión”⁴.

En estas reformas también se alude al deber jurídico de actuar, así como el deber jurídico de evitar el resultado, enunciando que: “en cuanto al deber jurídico de actuar o evitar el resultado, la comisión decidió no señalar limitativamente las

³ Ibidém, p. 5.

⁴ Ibidém, p. 5-6.

fuentes concretas de ese deber, como algunos proyectos lo hacen, en virtud de las dificultades inherentes a toda enumeración exhaustiva, prefiriéndose simplemente aludir al carácter jurídico del deber, no importando de donde emane, éste es de la ley, de un contrato, etc.”⁵.

Por otro lado tenemos en el capítulo referente a las causas de justificación, el cumplimiento de un deber, así como el ejercicio de un derecho, aduciéndose que estos deben ser solamente legal el primero, y el segundo debe ser legítimo, aún cuando no estén consignados en la ley, ya que “con esto se consigue el propósito de ampliar los alcances de la justificante. Se habla de deber legal, en el sentido de que no es necesario que esté expresamente consignado en la ley, sino originado en la misma, incluso puede derivar de un cargo o empleo público, etc., esto es, mediata o inmediatamente, en la ley, aunque no esté expresamente consignado en ella”⁶.

Por lo que tenemos entonces los siguientes artículos en donde se observa claramente el tratamiento que se dá a los delitos omisivos en su fase de omisión simple y comisión por omisión, así como su autoría, causas de justificación y algunos delitos mas representativos de estos, mismos que en el devenir del tiempo han sufrido algunas reformas, sin que por ello haya cambiado el espíritu que los creó, y de esta forma citamos los siguientes artículos:

“Artículo 11.- Delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.

Artículo 12.- El delito puede ser realizado por acción o por omisión.

Artículo 13.-Nadie podrá ser sancionado por un delito, si el resultado del cual depende la existencia del mismo, no es consecuencia de la propia conducta.

⁵ Ibidém, p. 6.

⁶ Ibidém, p. 24.

Responderá del delito producido quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo”⁷.

En lo referente a la autoría y participación, citamos:

“Artículo 20.- Es autor el que comete el delito por sí o por medio de otro que sea inimputable o inculpable y quedará sujeto a la sanción prevista por el delito cometido”⁸.

Por lo que toca a las causas de justificación, mencionamos:

“Artículo 33.- Son causas de justificación...

fracción III.- Cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesione otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) que el peligro sea actual o inminente;**
- b) que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro;**
- c) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.**

No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro”⁹.

En lo referente a la responsiva médica, se cita el artículo 158, que estipula: “...al médico que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de algún lesionado, lo abandone en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente...”¹⁰

En el encubrimiento, se observa de nueva cuenta un tratamiento claro a las conductas omisivas, leyéndose en el artículo 170 lo siguiente: “Al que teniendo conocimiento de la

⁷ Código Penal del Estado de Guanajuato, Primera edición, Talleres de litográfica, México, 1978, p. 5.

⁸ Ibidém, p. 5.

⁹ Ibidém, p. 10.

¹⁰ Ibidém, p.41

comisión de un delito que se persiga de oficio no lo denunciase a la autoridad..."¹¹

Referente a los delitos contra la familia, ubicados en los delitos contra el orden familiar, observamos que se establece el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar en el artículo 196, que dice: "Al que injustificadamente deje de satisfacer obligaciones alimentarias, no suministrando a otros los recursos necesarios para que subsistan, ..." ¹². En los delitos contra la filiación y el estado civil, encontramos el artículo 197, fracción II, que establece: "Omita la inscripción de un hijo suyo con propósito de hacerle perder los derechos derivados de su filiación..." ¹³.

En los delitos contra la vida y la salud personal, así como en los delitos de peligro para la vida y la salud, encontramos los siguientes artículos:

"artículo 230.- Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla ...

artículo 231.- Al que omita prestar el auxilio necesario, según las circunstancias, a una persona que se encuentre amenazada de un peligro, cuando pudiere hacerlo sin riesgo alguno o dejare de dar aviso inmediato a la autoridad...

artículo 232.- Al que habiendo atropellado a una persona la dejare en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia..."¹⁴

En general, este ha sido el tratamiento que se ha dado legalmente a los delitos de omisión, y como ha podido observarse, es un Código pobre al respecto, siendo que el legislador, aún cuando aceptó que los problemas derivados de los mismos eran de importancia suprema, no ha tenido el

¹¹ Ibidém, p. 44

¹² Ibidém, p. 52.

¹³ Ibidém, p. 52.

¹⁴ Ibidém, p. 59.

talante suficiente para poder aplicar un criterio mas apegado a la realidad al crear una norma legal para el tratamiento de los delitos omisivos. Este Código solo ha sufrido dos adiciones hasta la actualidad, la primera con el Decreto número 204 del día 19 de julio de 1991, en los delitos en materia electoral, en el que refiere en el artículo 292 lo siguiente: "Fracción I.- Estando obligado a hacerlo, no se inscriba en el Registro de Electores;

Fracción II.- No actualice su credencial para votar en los términos que preveé el Código electoral para el Estado de Guanajuato;

Fracción V.- Debiendo votar, se abstenga de hacerlo o vote en lugar distinto en el que legalmente deba hacerlo;

Fracción VII.- Sin causa justificada, se niegue a desempeñar o no cumpla con la función electoral que le haya sido asignada por los organos competentes para ello; ..."15 El segundo es el Decreto número 222, de fecha 20 de agosto de 1991, en el que se observa solamente dos artículos tratados, siendo estos:

"Artículo 231.- Al que omita prestar el auxilio necesario, según las circunstancias, a quien se encuentre amenazado de un peligro personal, cuando pudiere hacerlo sin riesgo alguno, o al que no estando en condiciones de auxiliar omita dar aviso de inmediato a la autoridad...

Artículo 232.- Al que sin dolo hubiere atropellado a una persona lo dejase en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia..."16

Siendo todo lo que encontramos respecto de nuestro tema tratado en la presente legislación del Estado de Guanajuato, y observando que el legislador estatal no ha contribuido en gran cosa en lo referente a los delitos de omisión, pasamos al siguiente Código Penal estatal.

¹⁵ Periódico oficial del Estado de Guanajuato, 20 de julio de 1991, p. 15.

¹⁶ Periódico oficial del Estado de Guanajuato, 21 de agosto de 1991, p. 2344.

II. Los delitos impropios de omisión en el Código Penal de Veracruz, de 1980.

El Código Penal del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave, remonta su creación al día 22 de diciembre de 1947, habiendo comenzado a regir el 1º de julio de 1948, sin que se detecte ninguna alusión a los delitos de omisión, ya que el legislador no trata ni siquiera de acercarse a esta figura jurídica, por lo que no es sino hasta el 20 de octubre de 1980, en que se reforma en su totalidad el código anteriormente citado, apreciándose en la exposición de motivos que hace el legislador de la H. LI Legislatura del Estado, lo siguiente: “El Código Penal vigente en el artículo 8º idéntico al 9º del proyecto del Código de Defensa Social veracruzano, se ocupa de la relación causal, adoptando la Teoría de la Causación adecuada, complementada con la limitación a la misma, en el caso en que se apruebe que el resultado sobrevino a virtud de un acontecimiento extraño a la conducta; precepto que resuelve la causalidad para todos los delitos que tengan resultado material”¹⁷.

Existe un apartado que habla de la comisión por omisión, el cual dice así: “El mismo artículo 10 del proyecto contiene también lo relativo al delito de comisión por omisión y se establece que responde del resultado producido el que omite impedirlo, teniendo el deber jurídico de evitarlo. La Comisión consideró necesario hacer hincapié en la circunstancia de que los delitos pueden cometerse por acción o por omisión, y en este último caso por omisión simple propia o por comisión por

¹⁷ Exposición de motivos del Código penal del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave. Colección de Leyes Mexicanas, Serie Leyes del Estado de Veracruz, Editorial Cajica, México, 1984, p. 139.

omisión, es debido a que estos delitos suelen no estar regulados en los ordenamientos penales”¹⁸. Es aquí en donde se observa claramente la falta de aplicación legal para aquellas conductas que debían ser encuadradas como tipos penales, perfectamente descritos y racionados por la ley penal, en cambio, existe una gran ausencia legal al respecto, habiendo dado por resultado un reclamo social generalizado al crearse situaciones contrarias a la ley que debían quedar dentro de una impunidad total por la misma abstinencia por parte del legislador para con este tipo de delitos, por lo que en continuación de nuestro estudio, mencionamos: “Ha sido considerado tanto por legisladores como penalistas, la necesidad de reglamentar la comisión por omisión. Para resolver el problema se tenían dos alternativas: una, el precisar las diversas fuentes del deber de actuar, o bien, utilizar una expresión que incluyera todos estos deberes. La comisión trató de lograr un precepto que abarcara en forma total los deberes de actuar por parte del sujeto, considerándose que la frase “teniendo el deber jurídico de evitarlo” soluciona la cuestión en forma definitiva”¹⁹.

También inserta, dentro de las circunstancias excluyentes de responsabilidad, el ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento de un deber, explicándolo así: “El artículo 13 fracción V del Código vigente hace alusión al ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber, como causas excluyentes de incriminación, consignadas en la ley. Varias cuestiones análogas se presentan respecto de estas causas de justificación, como son las relativas a la inutilidad del precepto y a la fuente de estas causas de licitud. Con relación al primer problema, es sabido que las opiniones son antagónicas, pues hay quienes sostienen la conveniencia de un precepto que se

¹⁸ Ibidém, p. 140-141.

¹⁹ Ibidém, p. 140-141.

refiera al ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber, y las que estiman que es innecesario su inclusión en el Código Penal. Por su parte, la Comisión fue del criterio, que era benéfico precisar estas causas de licitud en el proyecto de referencia.

En cuanto a que el Código actual exprese que el cumplimiento del deber y el ejercicio de un derecho se encuentren consignados en la ley, debemos aceptar que están en lo cierto quienes opinan desfavorablemente, porque es evidente que una cosa es que estén consignados el derecho y el deber en la ley y otra, que provengan de la misma ley, constituyendo dicha expresión una auténtica limitación, ya que por ejemplo, un individuo puede encontrarse ante el ejercicio de un derecho o cumplimiento de su deber que provenga de la ley, y no obstante tales derechos o deberes no están consignados en aquélla.

Tomando en cuenta las consideraciones que anteceden, se expresa en el artículo 20, fracción VI, que excluye la incriminación actuar en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho”²⁰.

Resulta a todas luces interesante observar como las situaciones reales dieron origen a una serie de modificaciones así como a la creación de nuevas figuras que en el primer código no se contemplaban, tal es el caso del apartado de la omisión de auxilio, por lo que es necesario transcribir lo aludido por el propio legislador, quedando de esta forma: “Omisión de auxilio. Se hicieron modificaciones de fondo en el capítulo referente al “Abandono de personas”, optando la comisión por un nuevo precepto respecto al delito que se trata, para corregir los errores técnicos de que adolece el actual. El precepto se redactó en los siguientes términos: “Al que omita prestar el auxilio necesario a una persona que encuentre o

²⁰ Ibidém, p. 163.

este en su presencia y estuviera amenazada de un peligro personal, siendo aquel capaz de otorgarlo y según las circunstancias o al que no estando en condiciones de llevarlo a cabo, no diere aviso inmediato a la autoridad..., El numeral contiene las siguientes modificaciones:

- a) Se dice que “encuentre o esté en su presencia”, lográndose abarcar en forma total las hipótesis que se puedan presentar.**
- b) Se incluye la expresión: “amenazada de un peligro personal”.**

Se consideró conveniente utilizar únicamente la expresión antes anotada, sin acudir a casos especiales, como abandonado o perdido o a una persona incapaz de cuidarse a sí misma, por que en cualquiera de estos casos, la persona está en peligro, o sea, que se adopta un término sin limitación, además se consigna que el peligro debe ser personal, como la doctrina lo ha indicado.

- c) Se agregó la frase: “siendo capaz de otorgarlo”. Esta redacción resuelve la alternatividad o no del deber jurídico de obrar”²¹.**

Es imperativo remarcar que ninguna persona está obligada a realizar lo imposible o a poner en riesgo su seguridad personal cuando la ley no se lo impone, caso contrario son aquellos quienes si cuentan con la obligación de exponer sus vidas por salvar la de otros, tales como la policía, los bomberos, etc. De esta forma queda demostrado que el círculo de autores en los delitos de omisión es sumamente restringido, y se debe tener ciertas características especiales para ser considerado como autor garante, por lo que es evidente la influencia que comenzaba a tener la doctrina imperante en esos momentos y que en capítulos anteriores quedó detallada en su estudio, por lo que resulta de nueva cuenta útil volver a citar lo expuesto

²¹ Ibidém, p. 203-205

por el legislador en este apartado: "Del texto actual se desprende que el deber jurídico de obrar es alternativo, pero no es así, pues la omisión de auxilio está condicionada a la capacidad del agente para suministrarlo, y en caso contrario, deberá dar aviso inmediato a la autoridad"²².

El mismo legislador incluye otra figura relacionada con la omisión, y está referida precisamente a la omisión de cuidado, adecuándolo de este modo: "Se estimó con relación al delito de "omisión de cuidado", que debía mantenerse en esencia el artículo 250 del Código vigente, porque representa una mejoría técnica respecto a otros códigos que a este particular expresan: "Al que abandone a una persona incapaz de cuidarse a sí misma, teniendo la obligación de cuidarla...". La redacción de este artículo es mas clara, dejando la expresión: A una persona incapaz de valerse por sí misma, que contiene el Código vigente de Veracruz, a virtud de que con ella se obtiene una ventaja a todas luces indudable, por que se considera como sujeto pasivo a toda epersona incapaz de cuidarse a sí misma, acabando con el casuismo respecto de las víctimas, contenido en otros ordenamientos penales"²³.

Por último, citaremos lo relacionado a la omisión de auxilio a atropellados: "Al delito de "omisión de auxilio a atropellados" se le dieron nuevos contornos, procurando circunscribirlos a la verdadera esencia de este delito. Se agrega que el atropellamiento sea por culpa o por caso fortuito, descartando el dolo pues es ilógico suponer que deba prestar auxilio quien quiere causar el daño, y exigiendo además, que la asistencia sea inmediata"²⁴.

Es necesario citar algunos de los artículos, así como algunas de sus reformas o adiciones en el presente Código

²² Ibidém, p. 205.

²³ Ibidém, p. 205.

²⁴ Ibidém, p. 206.

Penal veracruzano para lograr dar una mejor exhibición de la forma en que fueron tratados los delitos de carácter omisivo, el círculo de autores y los requisitos necesarios a cubrir para ser considerado como garante, por lo que exponemos:

“Artículo 9º.- El delito puede ser realizado por acción u omisión.

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

Responde también del resultado producido, el que omite impedirlo, teniendo el deber jurídico de evitarlo”²⁵

“Artículo 20.- Son causas que excluyen la incriminación:

fracción IV.- La necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro grave, actual o inminente, que no tuviere el deber jurídico de afrontarlo, no provocado por el agente dolosa o culposamente, lesionando otro bien jurídico de igual o menos valor”²⁶.

“Artículo 134.- Al que omita prestar el auxilio necesario a una persona que esté en su presencia y que estuviere amenazado de un peligro personal, siendo aquél capaz de otorgarlo, sin riesgo de su parte, o al que no estando en condiciones de llevarlo a cabo no diere aviso inmediato a la autoridad...”²⁷.

“Artículo 135.- Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla...”²⁸.

“Artículo 136.- Al que culposa o fortuitamente atropelle a una persona y no le prestare o facilitare asistencia de manera inmediata, ...”²⁹.

²⁵ Código Penal (nuevo) para el Estado Libre y Soberano de Veracruz, Tercera edición, Editorial Cajica, México, 1984, p. 14

²⁶ Ibidém, p. 16.

²⁷ Ibidém, p. 58.

²⁸ Ibidém, p. 58

“Artículo 138.- Al que padeciendo alguna enfermedad grave y transmisible, ponga en peligro de contagio a otro, violando un deber de cuidado, ...”³⁰.

“Artículo 182.- Al que sin tomar las medidas indispensables para cerciorarse de la procedencia legítima de los animales, adquiera ganado producto de abigeato, o comercie en pieles o carnes u otros derivados obtenidos del abigeato, ...”³¹.

“Artículo 202.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, a su cónyuge o a la persona a quien legalmente tenga el deber de dar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, ...”³².

“Artículo 207.- ...al que, con el fin de alterar la filiación o el estado civil (sic)

fracción II.- Omita la inscripción teniendo dicha obligación, con el propósito de hacerle perder los derechos derivados de su filiación...”³³

A partir de la fecha citada anteriormente, con motivo de la creación del nuevo Código Penal veracruzano, se han hecho algunas reformas y adiciones al mismo, con el fin de mejorar o contemplar algunas figuras que son imprescindibles por su importancia social, citando algunas de ellas, a efecto de continuar con nuestra exposición: En la ley del 23 de septiembre de 1953, impresa en la Gaceta Oficial del Estado, encontramos en el artículo 288, segundo párrafo: “...a los que adquieran ganado robado y a las autoridades que intervengan en la operación, si no tomaron las medidas indispensables para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado”³⁴.

²⁹ Ibidém, p. 58.

³⁰ Ibidém, p. 59.

³¹ Ibidém, p. 75.

³² Ibidém, p. 82.

³³ Ibidém, p. 82.

³⁴ Ley 102 del 13 de diciembre de 1954, Gaceta Oficial del Estado de Veracruz, p.4.

"Artículo 197.- Al que después de la ejecución del delito y sin haber participado en él, con ánimo de lucro o uso, adquiera, reciba u oculte el producto del delito... si no tomó las medidas indispensables para cerciorarse de la legítima procedencia...,

Artículo 201.- Al que sin motivo justificado deje de cumplir con la obligación de dar alimentos a sus hijos...

Artículo 202.- Al que con motivo justificado abandone, a persona distinta de sus hijos, a quien legalmente tenga el deber de dar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, ..."³⁵.

Poir reforma publicada en la Gaceta Oficial del Estado de fecha 23 de enero de 1991, encontramos:

"Artículo 134.- Al que omita prestar el auxilio necesario a una persona que esté en su presencia y que estuviere amenazada de un peligro personal, siendo aquel capaz de otorgarlo, sin riesgo de su parte, o al que no estando en condiciones de llevarlo a cabo no diere aviso inmediato a la autoridad...,

Artículo 135.- Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla...,

Artículo 136.- Al que culposa o fortuitamente atropelle a una persona y no le prestare o facilitare asistencia de manera inmediata...,

Artículo 138.- Al que padeciendo alguna enfermedad grave y transmisible, ponga en peligro de contagio a otro, violando un deber de cuidado...,

Artículo 201.- Al que sin motivo justificado deje de cumplir con la obligación de dar alimentos a sus hijos, ...,

Artículo 202.- Al que sin motivo justificado abandone a persona distinta a sus hijos, a quien legalmente tenga el deber

³⁵ Ley 348, del 18 de septiembre de 1996, Gaceta Oficial del Estado de Veracruz, p. 5

de dar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia..."³⁶.

No es sino hasta el año de 1994 en que se comienza a vislumbrar la necesidad de dar mayor uniformidad a la conceptualización del delito y sus elementos, describiendo marcadamente lo que se considera el concepto de conducta y hecho, por lo que en la reforma y adición que se le hace al Código Penal veracruzano por medio del Decreto del 1º de septiembre de 1994, mediante la Gaceta Oficial del Estado, se establece que: "Artículo 10.- El resultado será atribuido al agente cuando fuere consecuencia idónea para producirlo, salvo que hubiese sobrevenido en virtud de un acontecimiento extraño a su propia conducta.

Artículo 11.- Responde también del resultado producido, el que omite impedirlo teniendo el deber jurídico de evitarlo"³⁷.

Como se puede observar, comienza a contemplarse a la omisión como una figura jurídica que por sí misma tiene sus propiedades y características, describiendo sus elementos principales, aún cuando no lo hacen en forma total y detallada, el legislador si comienza a darle ya un tratamiento mas formal, describiendo los elementos necesarios para que se pueda verificar que la situación obtenida tenga ese carácter antijurídico que es señalado por la misma ley, obteniéndose con ello un alto a la impunidad que este tipo de situaciones venía gozando ante la incredulidad de la ciudadanía, por lo que debemos proseguir en nuestra exposición citando la ley número 96 de fecha 24 de enero de 1998, que dice en el artículo 177 bis segundo párrafo: "Al que sin tomar las medidas indispensables para cerciorarse de su procedencia legítima, adquiera o comercie mercancías o bienes

³⁶ Decreto número 105, de fecha 23 de enero de 1991, Gaceta Oficial del Estado de Veracruz, de fecha 19 de febrero de 1991, p. 3-5.

³⁷ Decreto del 1º de septiembre de 1994, Gaceta Oficial del Estado de Veracruz, p. 114.

procedentes de robos realizados a vehículos que circulen en carreteras o caminos...”³⁸; siguiendo con la misma ley, citamos en lo referente a delitos de los servidores públicos: “Artículo 188.- Inmediatamente que conozca de los hechos delictivos, el Ministerio Público o el Juez, dictarán las providencias necesarias, a solicitud del ofendido, para restituirlo en el goce de sus derechos, siempre que estén legalmente justificados...; Artículo 189 segundo párrafo.- La autoridad que ejecute una orden de aprehensión deberá poner a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su mas estricta responsabilidad...”³⁹. En estos dos tipos penales debe entenderse que los autores son única y estrictamente el servidor público, y que la conducta que dá origen a la antijuridicidad es precisamente la omisión del mandato contenido en la norma.

Como hemos podido observar, el legislador del Estado de Veracruz ha considerado necesario hacer la incursión de los delitos omisivos en la norma penal, por ser estrictamente indispensable para una correcta aplicación e impartición de la justicia y del Derecho, aún cuando no ha desarrollado en su totalidad los conceptos inherentes a este tipo de situaciones y que han quedado detallados en capítulos anteriores, lo que sí es importante es el hecho de que este Código es mas adelantado en sus conceptos que el Código Penal de Guanajuato, por lo que debiendo proseguir con nuestro estudio debemos citar lo concerniente al Distrito Federal.

³⁸ Ley número 96, del 24 de enero de 1998, Gaceta Oficial del Estado de Veracruz, de fecha 20 de febrero de 1994, p. 17..

³⁹ Ibidém, p. 18.

III.- Los delitos impropios de omisión en el Código Penal para el Distrito Federal, así como en el Código Penal Federal.

No cabe duda que uno de los Códigos Penales, si no es que es el único, que ha sufrido una gran infinidad de cambios, tanto en su denominación como en su contenido, desde sus orígenes en 1871, es el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia federal, siendo en extremo interesante su respectivo estudio.

El primer Código Penal tuvo la denominación Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la federación, y fue creado bajo el mando del presidente Benito Juárez, a cargo de José María Sandoval, en el año de 1871, en el que se especificaba en su artículo 4º.- “Delito es: la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda”⁴⁰.

En este Código ya se hablaba sobre las conductas intencionales o dolosas, omisivas o culposas, como formas de delito, por lo que es necesario citar los siguientes artículos:

“Artículo 6º.- Hay delitos intencionales y de culpa.

Artículo 7º.- Llámese delito intencional: el que se comete con conocimiento de que el hecho o la omisión en que consiste son punibles.

Artículo 9º.- Siempre que á un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, á no ser que se

⁴⁰ Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la federación, Primera edición, Imprenta del gobierno, México, 1871, p. 4

averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito.

Artículo 11°.- Hay delito de culpa:

I.- Cuando se ejecuta un hecho ó se incurra en una omisión, que aunque lícitas en sí no lo son por las consecuencias que producen, si el culpable no los evita por imprevisión, por negligencia, por falta de reflexión o de cuidado..."⁴¹.

Es imprescindible hacer notar que en esos tiempos difíciles por los que el país atravesaba, la conducta omisiva antijurídica era considerada como culposa y no dolosa, situación que ofrecía a ese tipo de autores una penalidad mucho mas atenuada con respecto a los delincuentes que obraban con dolo, por lo que siguiendo con la exposición citamos, en el capítulo I en el que se verificaban las reglas generales sobre aplicación de las penas, encontramos:

"Artículo 182.- Se prohíbe imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada en una ley exactamente aplicable al delito que se trate, anterior á el y vigente cuando éste se cometa. Pero se exceptúan en favor del reo los casos siguientes: ... IV.- Cuando una ley quite á un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley anterior les daba; ..."⁴².

También se hablaba sobre una penalidad agravada en el artículo 195, el cual establecía: "Siempre que un hecho ejecutado en un solo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen penas diversas, se aplicará la mayor..."⁴³; pero esta regla tenía como excepción lo marcado por el artículo 201, que establecía: "Lo prevenido en los artículos anteriores tiene cinco excepciones..."

⁴¹ Ibidém, p. 5-7.

⁴² Ibidém, p. 54

⁴³ Ibidém, p. 57.

II.- Cuando la culpa consiste en no impedir un delito ...”⁴⁴

Es importante señalar que en este código se contemplaba la responsabilidad civil nacida de la comisión de un delito, con la siguiente salvedad: “Artículo 326.- A nadie se puede declarar civilmente responsable de un hecho ú comisión contraria á una ley penal, si no se prueba: que se usurpó una cosa ajena: que sin derecho causó por sí mismo o por medio de otro, daños o perjuicios al demandante; o que pudiendo impedirlo el responsable, se causaron por persona que estaba bajo su autoridad”.⁴⁵ En este código el artículo 513 consideraba que “las lesiones y el homicidio se calificaban como casuales cuando resultaban de un hecho u omisión, sin intención ni culpa de su autor”⁴⁶, así mismo, el artículo 542 establecía que el homicidio se consideraba como casual cuando “resulta de un hecho u omisión, que causan la muerte sin intención ni culpa alguna del homicida”⁴⁷. De igual forma, el artículo 621 contemplaba “la exposición de una persona enferma por el que la tiene á su cargo, y cuya vida corra peligro por falta de auxilio”⁴⁸. Por otro lado, el artículo 622, establecía: “el que encuentre abandonado en cualquier lugar a un niño recién nacido, ó en lugar solitario á un menor de siete años; será castigado con ..., si dentro de tres días no lo presentare a un juez del estado civil en el primer caso, ó á la autoridad política mas inmediata en el segundo”⁴⁹. También el artículo 623 cita en este apartado que: “Se castigará... al que encontrare abandonada a una persona enferma y expuesta á perecer, ó á sufrir un grave daño por falta de auxilio; si pudiendo, no se lo

⁴⁴ Ibidém, p. 59

⁴⁵ Ibidém, p. 88

⁴⁶ Ibidém, p. 134

⁴⁷ Ibidém, p. 140-141.

⁴⁸ Ibidém, p. 159.

⁴⁹ Ibidém, p. 159.

proporcionare ni diere parte á la autoridad para que se lo proporcione”⁵⁰.

Por otro lado, en los delitos contra el estado civil de las personas, se contemplaba en el artículo 777, fracción I.- “Cuando los padres del infante no lo presenten al juez del estado civil para su registro”⁵¹. Tocante a los delitos contra el orden público, en loterías-rifas, encontramos el artículo 876, que enunciaba: “Todo empleado en la policía que, teniendo la obligación de perseguir el juego, dejare de hacerlo voluntariamente en algún caso ...,”⁵². También se contemplaban delitos de asentistas y proveedores, en el artículo 896, el cual decía: “Los asentistas y proveedores que voluntariamente dejen de hacer los suministros á que estén obligados, causando grave mal al servicio;”⁵³.

El artículo 904 se encuentra referido al que “sin causa legítima, rehusare prestar un servicio de interés público á que la ley lo obligue, ó desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad pública o de la gente de ésta, sea cual fuere su categoría, ...”⁵⁴. También se cita el artículo 905, que dice: “El testigo que se negare á comparecer en juicio ó á dar su declaración cuando se lo exija una autoridad...”⁵⁵.

Es claramente visible que para la época que se realizó el primer Código penal para el Distrito Federal, se encontraba bastante avanzado por cuanto hace a contemplar distintas conductas de carácter omisivo; posteriormente, durante los gobiernos de Manuel Gonzalez, así como en la dictadura de Porfirio Díaz, hubo una nula legislación al respecto, aún

⁵⁰ Ibidém, p. 159.

⁵¹ Ibidém, p. 197.

⁵² Ibidém, p. 217.

⁵³ Ibidém, p. 221.

⁵⁴ Ibidém, p. 222.

⁵⁵ Ibidém, p. 197.

cuando en este periodo (1908), se cambia la denominación de dicho código para quedar como Código Penal para el Distrito y Territorios federales sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación; el segundo código se dá durante el gobierno de Emilio Portes Gil, en que nuevamente vuelve a cambiar su denominación para quedar como Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, cobrando vigencia el 15 de diciembre de 1929, derogando en su totalidad al Código Penal del 7 de diciembre de 1871, en el que se encuentran diversas disposiciones sobre los delitos de omisión, por lo que, ante su mayor número y gran vastedad de reformas y adiciones que ha venido sufriendo, solo se enunciará su contenido, para dar una muestra sobre el desarrollo que ha tenido el código penal del distrito federal, así como las distintas denominaciones que al mismo le han dado los legisladores a través del tiempo, por lo que es procedente enunciar al artículo 11, que contempla al delito como: “la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal. Los actos y las omisiones consumadas con una sanción en el Libro tercero de este Código son los tipos legales de los delitos”⁵⁶. En este Código se dividían a los delitos en intencionales e imprudenciales punibles, y se encontraban plasmados en el artículo 13 que dice: “Se considera delito intencional el que se comete con el fin de causar daño o de alcanzar un beneficio con violación de los preceptos que informan la ley penal”⁵⁷ (sic).

De igual forma citamos el artículo 16 que dice: “Cometen imprudencia punible:

I.- Los que ejecutan un hecho o incurren en una omisión que producen igual daño que un delito intencional, si el agente no

⁵⁶ Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, Primera edición (edición oficial), Talleres gráficos de la Unión, México, 1929, p. 7.

⁵⁷ *Ibidém*, p. 7

evita el daño por imprevisión, por negligencia, por falta de reflexión o de cuidado, por no hacer las investigaciones convenientes, por no tomar las precauciones, por inobservancia de deberes especiales o reglamentos, o por impericia en un arte o ciencia, cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño”⁵⁸

Es claro que en ese tiempo se pensaba en los delitos de omisión como una forma de imprudencia, y se castigaba como tal, sin pensar siquiera que la figura de la omisión pudiese también estar revestida de dolo, ya que solo se distinguían dos momentos de un delito intencional, citando: “Artículo 20.- En los delitos intencionales se distinguen:

I.- El delito consumado, y

II.- La tentativa o conato.

Artículo 21.- Delito consumado es: el acto pleno por la práctica de todos los medios de ejecución, según el tipo legal establecido para cada una de sus especies en el Libro tercero de este Código”⁵⁹, Asimismo, en el artículo 37 se reputaba como autor de un delito a: “VIII.- Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir o sancionar un delito, se obligan con el delincuente a no estorbarle que lo cometa, o a procurarle la impunidad en caso de ser acusado”⁶⁰ (sic).

Por lo que hace al delito de encubrimiento, este se encontraba contemplado en el artículo 43, II, que decía: “los que adquirieran para su uso o consumo, sin propósito de especulación mercantil, alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de esta circunstancia, si concurren ...: Primera.- Que no hayan tomado las precauciones convenientes para

⁵⁸ Ibidém, p. 8.

⁵⁹ Ibidém, p. 10.

⁶⁰ Ibidém, p. 13-14

asegurarse que la persona de quien recibieron la cosa tenía derecho para disponer de ella”⁶¹.

Así como éste, se citan varios de los preceptos que estipulan los delitos de omisión descritos correctamente, tales como: el artículo 482: “al empleado de un telégrafo o teléfono que concientemente dejare de transmitir un mensaje que se le entregue con ese objeto”⁶²; o el artículo 484: “al que sin causa legítima, rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad”⁶³; también citamos el artículo 485: “el testigo que se negare a comparecer en juicio o a dar su declaración cuando legalmente se lo exija una autoridad”⁶⁴.

En este código, se contemplaba la hipótesis de la comisión de un delito por parte de algún alto funcionarios de la Federación, siendo un claro ejemplo en este caso el artículo 596, que estipulaba “Los mismos funcionarios incurren en omisión punible por negligencia o inexactitud en el desempeño de las funciones anexas a sus respectivos cargos”⁶⁵.

También se contemplaban delitos de omisión cometidos por los médicos, citando para ello al artículo 381 que dice “Cuando se trate de practicar alguna operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause la pérdida de un miembro, o ataque la integridad de una función vital, los cirujanos estarán obligados a recabar la autorización del paciente”⁶⁶. Por otra parte, también citamos el artículo 879, “Se impondrán... por la supresión de infante; l.- Cuando sus padres, con el fin de hacerle perder su estado civil, no lo

⁶¹ Ibidém, p. 15

⁶² Ibidém, p. 117.

⁶³ Ibidém, p. 118.

⁶⁴ Ibidém, p. 118.

⁶⁵ Ibidém, p. 140.

⁶⁶ Ibidém, p. 188-189.

presenten al Registro Civil”⁶⁷, de igual forma, el artículo 881 establecía: “Es reo de ocultación de infante el que, estando encargado de un niño menor de diez años, rehusare hacer la entrega o presentación de él a la persona que tenga derecho de exigirlo”⁶⁸. Resulta interesante observar el tratamiento que se le daba al delito de lesiones en la siguiente hipótesis que establecía el artículo 936: “Las lesiones se calificarán de casuales: cuando resulten de un hecho u omisión sin intención o imprudencia de su autor”⁶⁹. Por último, citamos el artículo 1100, que establecía: “A todo funcionario que teniendo conocimiento de una privación ilegal de libertad, no la denunciare a la autoridad competente, o no la haga cesar, si esto estuviese en sus atribuciones”⁷⁰.

El tercer código penal se dá posteriormente en 1931, durante el gobierno de Pascual Ortiz Rubio, en donde se cambia de nueva cuenta la denominación del Código citado anteriormente, para quedar como “Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal”, resultando importante señalar lo establecido en el artículo 7º, que dice: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”⁷¹, también se hace alusión al artículo 9º: “La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias: ...II.- Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho

⁶⁷ Ibidém, p. 197.

⁶⁸ Ibidém, p. 197.

⁶⁹ Ibidém, p. 206.

⁷⁰ Ibidém, p. 239.

⁷¹ Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, Primera edición, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1931, p. 6.

u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado”⁷². Por otro lado, tenemos dos circunstancias excluyentes de responsabilidad que resultan importantes para nuestro tema y que son enunciadas por el artículo 15: “...V.- Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley; ...VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo”⁷³. Es procedente citar algunos de los artículos mas ejemplificativos de delitos de omisión que de este Código: artículo 178.- “Al que, sin causa legítima, rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad...”⁷⁴, Artículo 277.- “... a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes: ...III.- A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil; ...”⁷⁵. Por cuanto hace al abandono de personas, citamos los artículos siguientes: “Artículo 335.- Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos...”⁷⁶; “Artículo 336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, ...”⁷⁷. “Artículo 340.- Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona

⁷² Ibidém, p. 7.

⁷³ Ibidém, p. 8.

⁷⁴ Ibidém, p. 27.

⁷⁵ Ibidém, p. 61.

⁷⁶ Ibidém, p. 43.

⁷⁷ Ibidém, p. 43.

herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera... si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal”⁷⁸. Aquí ya se incluye esa formulación que caracteriza a los delitos simples de omisión y que es hacer lo que la ley manda cuando esté dentro de sus posibilidades y sin que implique riesgo alguno para su propia integridad. “Artículo 341.- El automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia, a persona a quien atropelló por imprevisión, imprudencia o impericia, ...”⁷⁹.

Durante el gobierno de Lázaro Cárdenas, no se observa ninguna actividad legislativa tocante a los delitos de omisión, y no es sino hasta 1945, durante el gobierno de Manuel Ávila Camacho, que se modifica el artículo 60 del Código antes enunciado, para agravar la penalidad del círculo de autores exclusivo para este tipo de delitos, en la siguiente hipótesis: “...Cuando a consecuencia de actos u omisiones imprudentes que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera, o de cualesquiera otros transportes de concesión federal, se causen homicidios de dos o mas personas...”⁸⁰.

Se reforman los artículos 387 y 400, para quedar como sigue: “Artículo 387.- ...Fracción I.- Al que obtenga dinero, valores o cualquier otra cosa ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección o patrocinio en un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquella, o no realizó esta, sea por que no se haga cargo legalmente de la misma, o por que renuncie o abandone el

⁷⁸ Ibidém, p. 43

⁷⁹ Ibidém, p. 72.

⁸⁰ Ibidém, p.

negocio o la causa sin motivo justificado”⁸¹. “Artículo 400.- ...Fracción I.- No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio.

Fracción II.- No haya tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien recibió la cosa en venta o prenda tendría derecho para disponer de ella, si resultare robada.

Fracción III.- Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.”⁸².

En los gobiernos de Miguel Alemán Valdéz, Adolfo Ruíz Cortines, Gustavo Díaz Ordaz y Luis Echeverría Alvarez, no se localizó ninguna actividad legislativa referente a los delitos de omisión, y es hasta el periodo presidencial de José López Portillo en que nuevamente salen a relucir este tipo de delitos, por lo que enunciamos que por reforma del 5 de diciembre de 1979 se establece en el artículo 253: “Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional... Fracción I.- Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional...”⁸³.

También referimos que por reforma de fecha 30 de diciembre de 1980, queda como sigue el artículo 254 fracción VI.- “...a los

⁸¹ Ibidém, p. 3.

⁸² Ley que reforma el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, Única edición, Diario Oficial de la Federación, Tomo CLV, Sección primera, número 8, México, 1946, p.3.

⁸³ Decreto por el que se reforma a los artículos 253 y 254, y derogación del 253 bis, del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, Diario Oficial de la Federación del día 5 de diciembre de 1979, México, 1979, p.2

funcionarios o empleados de cualquiera entidad o dependencia pública que entreguen estos insumos a quienes no tengan derecho a recibirlos; o que indebidamente nieguen o retarden la entrega a quienes tienen derecho a recibirlos...”⁸⁴.

Posteriormente tenemos las reformas y adiciones que se implantan durante el gobierno de Miguel de la Madrid Hurtado, sobre todo en el artículo 7º del Código Penal del Distrito Federal, que establece por reforma de fecha 13 de enero de 1984 que: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”⁸⁵, también es importante señalar lo referido en el apartado de las circunstancias excluyentes de responsabilidad, sobre todo en la fracción XI del artículo 15, que dice: “Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta”⁸⁶.

Posteriormente, por reforma del 13 de diciembre de 1985, se establece una innovación en el artículo 400 de dicho ordenamiento legal, estableciéndose que: “Para los efectos del párrafo anterior, los adquirentes de vehículo de motor deberán tramitar la transferencia o regularización de vehículo, cerciorándose de su legítima procedencia”⁸⁷. De igual manera

⁸⁴ Decreto por el que se adiciona el artículo 254 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. Diario Oficial de la Federación del día 30 de diciembre de 1980, segunda sección, México, 1980, p. 3.

⁸⁵ Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, Diario Oficial de la Federación del día 13 de enero de 1984, México, 1984, p. 4.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁷ Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia federal, Diario Oficial de la Federación, del día 23 de diciembre de 1985, México, 1985. p.3

se reforma en fecha 7 de noviembre de 1986, el artículo 214, para quedar como sigue: "comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que: V.- Teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma, propicie daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos que se encuentran bajo su cuidado"⁸⁸. Por reforma de fecha 7 de noviembre de 1986, se leé en el "Artículo 385.- Se considera como Abuso de Confianza... se niegue sin justificación a entregar un vehículo recibido en depósito de autoridad competente, relacionado con delitos por tránsito de vehículos, habiendo sido requerido por la autoridad que conozca o siga conociendo del caso"⁸⁹.

Posteriormente, en el transcurso del mandato de Carlos Salinas de Gortari, se comienza de nueva cuenta a legislar sobre el tipo penal de omisión, vislumbrándose apenas un esbozo de los delitos antes citados, por lo que ejemplificamos con la reforma de fecha 14 de agosto de 1990, el "Artículo 405.- II.- ...se abstenga de cumplir, sin causa justificada, con sus obligaciones electorales con perjuicio del proceso.

V.- No entregue... la entrega oportuna de documentos oficiales, sin mediar causa justificada"⁹⁰. También tenemos por reforma

⁸⁸ Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, Diario Oficial de la federación, 17 de noviembre de 1986, México, 1986, p. 2.

⁸⁹ Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. Diario Oficial de la Federación del 19 de noviembre de 1986, México, 1986, p. 3

⁹⁰ Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en

de fecha 16 de diciembre de 1991, los siguientes artículos: "Artículo 176.- Al empleado de telégrafo, estación telefónica o estación inalámbrica que concientemente dejare de transmitir un mensaje que se le entregue con ese objeto, o de comunicar al destinatario el que recibiere de otra oficina, si causare daño...; Artículo 178.- Al que sin causa legítima rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de autoridad...; Artículo 182.- El que debiendo ser examinado en juicio, sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código o por el de Procedimientos Penales, y agotadas sus medidas de apremio, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar, ...; Artículo 336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia...; Artículo 341.- El automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia, a persona a quien atropelló por imprudencia o por accidente... "⁹¹.

En la reforma del 21 de diciembre de 1993, se comienza a establecer ciertos lineamientos normativos que deben regir y ser tomados en consideración para los delitos omisivos, y así tenemos que: "Artículo 7.- En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos, se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que

materia de fuero federal. Diario Oficial de la Federación del 15 de agosto de 1990, México, 1990, p. 87.

⁹¹ Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código penal para el Distrito federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de diciembre de 1991, México, 1991, p. 3.

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

Artículo 8.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente;

Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente;

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho...;

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

Artículo 60.- Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposas, calificadas como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera, o de cualquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o mas personas...;

Artículo 225.- ...IX.- Abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda de una persona que se encuentre detenida a su disposición como probable responsable de algún delito, cuando ésta sea procedente conforme a la Constitución y a las leyes de la materia, en los casos en que la ley les imponga esa obligación...;

XVII.- No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición...;

XX.- ... realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez en el término señalado...;

XXVII.- No ordenar la libertad de un procesado, decretando su sujeción a proceso...;

Artículo 340, Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera... si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal;

Artículo 341.- Al que habiendo atropellado a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere, pudiendo hacerlo...”⁹².

Ahora bien, en el transcurso del mandato de Ernesto Zedillo Ponce de León, no se ha vislumbrado, de ninguna forma, que el legislador se haya preocupado por sistematizar los delitos de omisión, ya que solo enuncia algunas figuras típicas, sin describir de ninguna manera las características que debe revestir un garante, así como el autor de los tipos penales omisivos, y solamente enuncian a las personas responsables de delito en forma generalizada, sin hacer distinción de ninguna clase para los autores de delitos de acción, de omisión simple o de comisión por omisión, así como tampoco se determina en que forma deben quedar legalmente dichas figuras típicas, enunciando encubiertamente la mayor parte de ellas con sinónimos de omitir, por lo que es procedente enunciar a continuación la actividad legislativa que ha operado con el presente mandatario, y así tenemos que por reforma de fecha 29 de abril de 1996 se cita el “Artículo 253.- Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional...”⁹³.

⁹² Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de enero de 1994, segunda sección, México, 1994, p. 1.

⁹³ Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de mayo de 1996, 1º sección, México, 1996, p. 2.

Se cita el siguiente artículo que por reforma de fecha 19 de noviembre de 1996, quedó de la siguiente forma: "Artículo 405.- ...II.- Se abstenga de cumplir, sin causa justificada, con las obligaciones propias de su cargo, en perjuicio del proceso electoral.

V.- No entregue... la entrega oportuna de documentos o materiales electorales, sin mediar causa justificada"⁹⁴. Al siguiente artículo que se cita y que se estableció por reforma de fecha 13 de diciembre de 1997, se le quiso dar un cariz de novedoso, mas sin embargo, con el mismo solo se demuestra la falta de conocimiento sobre el tema tocante del legislador, ya que no se encuentra debidamente descrito como puede observarse a continuación: "Artículo 343 bis.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones"⁹⁵ (sic). De igual forma se cita la última reforma de fecha 2 de diciembre de 1998, y que se realizó antes del cambio del Código Penal citado en líneas anteriores, por lo que establecemos: "Artículo 178.- Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar

⁹⁴ Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, Diario Oficial de la Federación de fecha 22 de noviembre de 1996, 2° sección. México, 1996, p. 93.

⁹⁵ Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de diciembre de 1997, 1° sección, p. 2.

una demarcación geográfica, dictadas por autoridad judicial competente”⁹⁶.

El decreto por el que se modifica la denominación del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal de fecha 29 de abril de 1999, crea el Código Penal Federal, en el que se establece el artículo 1º, que dice “Este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal”⁹⁷, así como también crea un grave vacío para la aplicación de la norma penal dentro del territorio del Distrito Federal, ya que no se establece si sigue o no operando el Código Penal anterior, y no es sino hasta el 17 de septiembre de 1999, en el que se publica el Código Penal para el Distrito Federal, lo que demuestra el gran desatino de los legisladores tanto federales como locales, ya que durante el lapso de tiempo en el que se estipula la separación de ambos códigos dejaron a la ciudadanía sin la protección de normas jurídico-penales, del mismo modo que la nueva denominación de ninguna forma crea nuevas normas ni estipula reformas que fueran dignas de tomarse en consideración, ya que lo único que realizó el legislador del Distrito Federal fue la separación de ambos códigos y la nueva denominación, por lo que es procedente citar las únicas reformas de fecha 1º de octubre de 1999, realizadas al mismo tiempo e insertadas en el Código Penal para el Distrito Federal: “Artículo 15.- El delito se excluye cuando... VI.- La acción o la omisión se realicen en

⁹⁶ Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de febrero de 1999, México, 1999, p. 3.

⁹⁷ Decreto por el que se modifica la denominación del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, para quedar como sigue: Código Penal Federal. Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de mayo de 1999, 1º sección, México, 1999, p. 2.

cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro; Artículo 179.- El que sin excusa legal se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración, cuando legalmente se le exija, no será considerado como reo del delito previsto en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado o apercibido por la autoridad judicial o administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar”⁹⁸; “Artículo 214.- Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que: ...III.- Teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que puedan resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de algunos de los órganos locales de gobierno del Distrito Federal, por cualquier acto u omisión y no informe por escrito a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades...”⁹⁹. Dentro del ejercicio indebido del propio derecho, se establece la siguiente regla: “Artículo 227.- Las disposiciones anteriores se aplicarán a todos los servidores públicos, cuando en el ejercicio de su encargo ejecuten los hechos o incurran en las omisiones expresados en los propios artículos”¹⁰⁰(sic).

Como ha podido observarse, nuestra legislación penal es pobre en cuanto a los delitos de omisión, sin que hasta la fecha los legisladores, tanto federales como locales, hayan realizado actividad alguna para esquematizar y sistematizar en

⁹⁸ Decreto por el que se modifica la denominación del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, para quedar como sigue: Código Penal para el Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 17 de septiembre de 1999, p. 2

⁹⁹ Ibidém, p. 10.

¹⁰⁰ Ibidém, p. 10

forma acorde las reglas que deben regir para los delitos de acción, así como para los delitos de omisión, ya sean simples, ya por comisión por omisión, así como las características que deben revestir los autores de los mismos y una congruente caracterización de la descripción típica en la ley.

CONCLUSIONES

1.- En el desarrollo del presente trabajo de investigación, la exponente ha detectado una falta legislativa en el apartado de los delitos de carácter omisivo para adecuar las conductas omisivas dentro del cuadro típico antijurídico, procreando graves consecuencias en detrimento de una mejor impartición de justicia.

2.- Se considera como necesario e indispensable que el legislador proponga dentro del Título Primero, Capítulos I, II y III del Código Penal, una descripción detallada de lo que se considera como delito de acción, delito de omisión, en sus dos facetas, y las características de los autores de cada uno de ellos, a efecto de que no se les dé un tratamiento equivocado a los delitos de carácter omisivo, al pretender equipararlos con los delitos de actividad, cuando en realidad estos cuentan con sus propias características.

3.- Se debe describir perfectamente dentro del artículo 7° del ordenamiento legal antes citado, cuando una conducta es de simple omisión, o cuando debe ser considerada como de omisión impropia (comisión por omisión), pues aún cuando se estableció que se atribuye el resultado típico producido a quien omite impedirlo, teniendo el deber jurídico de evitarlo, no basta esta simple afirmación para tener por ciertos los elementos que constituyen un delito omisivo, ya que como

quedó establecido, no todos los delitos son de simple omisión, ni tampoco son todos de comisión por omisión.

4.- Por lo que hace a la tentativa, establecida en el artículo 12 del Código Penal de referencia, en este apartado la ley también es omisa al respecto, ya que no establece con certeza cual es el momento que debe tomarse en consideración para tener por cierta la tentativa en los delitos de carácter omisivo, pues dada la naturaleza de los mismos, es sumamente difícil señalar esta situación, ya que no se cuenta con los principios rectores de los delitos de actividad, como ya quedó demostrado en páginas anteriores, por lo que de acuerdo a la descripción de esta figura legal que rige en el momento, se está hablando de delitos omisivos consumados y no de una tentativa.

5.- Ahora bien, dentro del apartado de las personas responsables de los delitos, contemplado por el artículo 13 del ordenamiento legal ya invocado, solo se habla de autores y partícipes de delitos de actividad, pero de ningún modo se hace referencia al exclusivo círculo de los autores de delitos omisivos (garantes), pues no se ha establecido en que momento se constituye una posición de garante en este tipo de delitos ya que por sus propias características es considerado como el sujeto que teniendo una estrecha relación con el bien jurídico protegido, se pone frente al ordenamiento jurídico que establece la no producción del resultado lesivo.

BIBLIOGRAFIA

1. Antolisei, Francesco. La acción y el resultado en el delito, Primera edición, Editoria jurídica mexicana, México, 1959.
2. Bacigalupo, Enrique. Delitos impropios de omisión, Primera edición, Ediciones Pannedille, Argentina, 1970.
3. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano, parte general, Decimosexta edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
4. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales del Derecho penal, Decimosexta edición, Edición Porrúa, México, 1981.
5. Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
6. Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho penal, Parte general, Volúmenes I y II, Tercera edición, Bosch, casa editorial, España, 1981.
7. Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito, Principios de Derecho Penal, Undécima edición, Editorial sudamericana, Argentina, 1980.
8. Kaufmann, Armin. Teoría de las normas, Primera edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1977.
9. Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho penal, Primera edición, Bosch, casa editorial, España, 1975.
10. Novoa Monreal, Eduardo. Fundamentos de los delitos de omisión, Primera edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1970.
11. Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho penal mexicano, parte general, Novena edición, Editorial Porrúa, México, 1990.
12. Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto. Derecho penal mexicano, parte especial, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 1981.
13. Pessina, Enrique. Elementos de derecho penal, Volúmen IV, Cuarta edición, Editorial Reus, España, 1936.
14. Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho penal, Tomo I, Decimotercera edición, Editorial Porrúa, México, 1990.
15. Roxin, Claus. Teoría del tipo penal, Primera edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1979.
16. Saber, Guillemos. Teoría del tipo penal, Primera edición, Bosch, casa editorial, España, 1956.
17. Soler, Sebastián. Derecho penal argentino, Tomo I, Primera reimpresión, Tipográfica editora argentina, Argentina, 1951.

BIBLIOGRAFÍA AUXILIAR

- 1.- Alimena, Bernardino. El Derecho Penal en México, 1º edición, Editorial Suárez, España, 1915.
- 2.- Altavilla, Enrico. La culpa, 1º edición, Editorial Tamis, Colombia, 1956.
- 3.- Antolisei, Francisco. El estudio analítico del delito, traducción del italiano de Ricardo Franco Guzmán, 1º edición, Ediciones de anales de jurisprudencia, México, 1954.
- 4.- Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la teoría del delito, 1º edición, Editorial Astrea, Argentina, 1974.
- 5.- Beccaria, César. Tratado de los delitos y de las penas, 3º edición facsimilar, Editorial Porrúa, México, 1988.
- 6.- Brunner, Emil. La justicia, 1ª edición, Editorial U.N.A.M., México, 1961.
- 7.- Busch, Richard. Modernas transformaciones de la teoría del delito, 1º edición, Editorial Tamis, Colombia, 1969.
- 8.- Carrara, Francisco. Programa del curso de Derecho criminal, parte general, Vól. I, 1º. Edición, Editorial Tamis, Colombia, 1971.
- 9.- Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel. Presupuestos de error sobre la prohibición, 1º. Edición, Editorial Edersa, España, 1987.
- 10.- Córdoba, Roda, Juan. El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, 1º edición, Editorial Bosch, España, 1962.
- 11.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, parte general, Tomo I, 4ª edición, Editorial Bosch, España, 1937.
- 12.- Cházaro G. María Isabel. Ensayo sobre la causalidad en la omisión, Veracruz, México, 1959.
- 13.- De Lardizábal y Uribe, Manuel. Discurso sobre las penas, edición facsimilar de la 1º edición de Madrid, 1782, Editorial Porrúa, México, 1982.
- 14.- García Ramírez, Sergio. Derecho Penal, 1º edición, Editorial U.N.A.M., México, 1990.
- 15.- García Ramírez, Sergio. La imputabilidad en el Derecho Penal mexicano, 1º edición, Editorial U.N.A.M., Instituto de investigaciones Jurídicas, México, 1983.

- 16.- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, 1º edición, Editorial Porrúa, México, 1970.
- 17.- Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del delito, parte general, Primera reimpresión, Editorial Civitas, España, 1988.
- 18.- González de Murillo, Luis Serrano. Teoría del delito imprudente, doctrina general y regulación legal, 1º edición, Editada por el Ministerio de Justicia, España, 1991.
- 19.- Hassemer, Winfred y Muñoz Conde, Francisco. Introducción a la criminalia y el Derecho Penal, 1º edición, Editorial Tirant lo blanch, España, 1989.
- 20.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal; Tomo III, 4º edición, Editorial losada, Argentina, 1963.
- 21.- Jiménez Huerta, Mariano. La antijuridicidad, 1º edición, Editorial Imprenta Universitaria, México, 1952.
- 22.- López Betancourt, Raúl Eduardo. Imputabilidad y culpabilidad, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
- 23.- López Betancourt, Raúl. Manual de Derecho positivo mexicano, 1º edición, Editorial Trillas, México, 1992.
- 24.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del delito, 3º edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
- 25.- Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Teoría legalista del delito (propuesta de método de estudio), 2º edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
- 26.- Márquez Piñeiro, Rafael. Derecho Penal, parte general, 1º edición, Editorial Trillas, México, 1986.
- 27.- Márquez Piñeiro, Rafael. El tipo penal, 1º edición, Editorial U.N.A.M., México, 1986.
- 28.- Mezger, Edmundo. Derecho Penal, parte general, 2º edición, Cárdenas, editor y distribuidor, México, 1990.
- 29.- Mezger, Edmundo. Teoría de Derecho Penal, Tomo II, 1º edición, Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1946.
- 30.- Moreno Hernández, Moisés, Consideraciones dogmáticas y político criminales en torno a la culpabilidad, Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, 1981.
- 31.- Moreno Hernández, Moisés. Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana, Criminalia, año LVIII, número 3, México, 1992.

- 32.- Monterroso, Jorge Efraín. Culpa y omisión en la teoría del delito. 1º edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
- 33.- Muñoz Conde, Francisco. El error en Derecho Penal, 1º edición, Editorial Tirant lo blanch, España, 1989.
- 34.- Muñoz Conde, Francisco. Teoría general del delito, 2º edición, Editorial Tirant lo blanch, España, 1989.
- 35.- Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Teoría del delito, Sistemas causalista y finalista, 1º edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
- 36.- Pavón Vasconcelos, Francisco. La causalidad en el delito, 1º edición, Editorial Jus, México, 1977.
- 37.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal mexicano, parte general, 2º edición, Editorial Porrúa, México, 1967.
- 38.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Revista jurídica veracruzana, Tomo IV, Jalapa, Veracruz, número 2.
- 39.- Roxin, Claus. La culpabilidad y prevención en Derecho Penal, 1º edición, Editorial Reus, España, 1981.
- 40.- Tozzini, Carlos A. Dolo, error y eximientes putativas, 1º edición, Editorial Depalma, Argentina, 1964.
- 41.- Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y justificación, 3º edición, Editorial Trillas, México, 1990.
- 42.- Vidaurri Aréchiga, Manuel. Sobre la culpabilidad en el pensamiento de Claus Roxin, artículo en la revista ARS-IURIS, de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, 1990, número 4.
- 43.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal mexicano, parte general, 5º edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
- 44.- Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal, 2ª edición, Editorial Reus, España, 1927.
- 45.- Weizel, Hans. La teoría de la acción finalista, 1º edición, Editorial Depalma, Argentina, 1951.
- 46.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, parte general, 2º edición, Cárdenas, editor y distribuidor, México, 1991.
- 47.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomos I a IV, 1ª edición, Cárdenas, editor y distribuidor, México, 1988.