

# DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN IMPROPIA DOLOSOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL MEXICANO UNA REFLEXIÓN COMPARADA

Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Incorporación de la cláusula general sobre los delitos de comisión por omisión en el Código penal español de 1995 y en el Código penal federal mexicano.* III. *Requisitos fundamentales para que concurra el tipo de los delitos de comisión por omisión.* 1. *La posición de garante.* 2. *La equivalencia de la omisión a la acción según el sentido del texto de la Ley.* IV. *Estructura de los delitos de comisión por omisión dolosos.* V. *Antijuridicidad.* VI. *Culpabilidad.* VII. *Tentativa.* VIII. *Autoría y participación.* IX. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del presente trabajo tiene por objeto presentar una reflexión comparativa con relación a los denominados delitos impropios de omisión o de comisión por omisión en cuanto a su regulación en el Código penal español y en el Código penal federal mexicano<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Para quienes no están habituados con la aplicación de la legislación penal mexicana; cuando se hace referencia al Código penal federal mexicano se suele aún invocar al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia Federal que fuera promulgado en el año de 1931 por el Presidente Constitucional Pascual Ortiz Rubio en uso de facultades extraordinarias que le concediera el Congreso de la Unión; no obstante que este último ordenamiento ya no tiene vigencia. La razón de ello estriba en que la facultad que tenía en forma exclusiva el Congreso de la Unión para legislar en materia penal federal como para la ciudad de México, fue reformada en el año de 1996 al introducirse precisamente reformas a la Carta Magna en su artículo 122 cuyo objeto fue definir las nuevas condiciones y características del gobierno de la ciudad de México. Así, en

dejando de lado la referencia a los diversos códigos penales que existen en la República Mexicana, cuyo ámbito de aplicación no es el federal,<sup>2</sup> pues sin perjuicio que en algunos de ellos<sup>3</sup> el tratamiento de los delitos impropios de omisión no sigue la estructura del Código penal federal, acudir a los mismos es una tarea que excedería en mucho del objeto trazado en esta reflexión.

el artículo 122 en su Base primera, fracción V, inciso h) se otorga la facultad de legislar en materia penal para el Distrito Federal al órgano legislativo para la ciudad de México denominado Asamblea Legislativa que se crea con la propia reforma, perdiendo de esta manera el Congreso de la Unión dicha facultad. La reforma inició su vigencia el día 1 de enero de 1999, pero como la legislación penal federal y la de la ciudad de México se contenían todavía en ese entonces en un solo Código Penal, su separación se llevó a cabo, por lo que toca al ámbito federal con la emisión de un Decreto que adoptó como suyo el que fuera el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, para con posterioridad llevar a cabo las reformas conducentes ajustar su ámbito competencial. A contrario, el legislador de la ciudad de México nada hizo al respecto, lo que le valió, entre otras, severas críticas que llegaron incluso a sostener la ausencia de Código penal para el Distrito Federal. Al respecto véase a René GONZÁLEZ DE LA VEGA. "De cómo se perdió nuestro Código Penal en el Distrito Federal". *Revista Criminalia*, Ed. Porrúa, año LXV, núm. 3 (sep-dic. 1999), pp. 125 a 130. Con motivo de la referida reforma constitucional, surgieron dos Códigos Penales. Uno el Código Penal para el Distrito Federal y otro denominado Código Penal Federal que es hoy el vigente en este ámbito y al cual se habrá de referir esta exposición.

<sup>2</sup> Los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de su Constitución Política se constituyen como una República representativa, democrática, federal compuesta por Estados Libres y Soberanos. En términos de su artículo 43, como parte integrante de la federación y del territorio nacional cuenta con treinta y dos estados incluyendo al Distrito Federal y, toda vez que no es facultad exclusiva del Congreso de la Unión legislar en materia penal por lo que corresponde al territorio de cada una de las entidades federativas, éstas, acorde con el diverso artículo 124 de la Constitución Política de los Mexicanos están facultadas para legislar dentro de sus límites territoriales en dicha materia. Así se tiene que en México existe hoy día un Código penal por cada una de las distintas entidades federativas que integran su territorio, ello sin demérito del Código penal federal mexicano de aplicación en todo el territorio nacional.

<sup>3</sup> Un ejemplo claro de ello se encuentra en el nuevo Código penal para el Estado Libre y Soberano de Tabasco que, en su artículo 9 respecto de los delitos de comisión por omisión dice: Artículo 9. El delito puede ser realizado por acción o por omisión. Quien omita evitar un resultado material descrito en un tipo de acción, será considerado autor del mismo sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, era garante del bien jurídico y su inactividad es, en eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es garante del bien jurídico el que: a) aceptó efectivamente su custodia; b) voluntariamente forma parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) con una culposa o fortuita actividad precedente generó el peligro para el bien jurídico, o d) se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia. *Vid. Nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Tabasco*, 2a. ed., Ed. Cajica, Puebla, 1998.

Como es sabido, los delitos de omisión se clasifican en delitos de omisión propia<sup>4</sup> y en delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.<sup>5</sup> Se trata de una tradicional clasificación bipartita que, como refiere Rodríguez Morullo<sup>6</sup> según la terminología alemana se distingue entre *delitos propios de omisión* y *delitos impropios de omisión*, pero según la denominación española se distingue entre *delitos de pura omisión* y *delitos de comisión por omisión*. Respecto a las solu-

<sup>4</sup> Que son aquellos en los que el tipo describe una conducta omisiva, imponiéndose pena por la infracción del deber de actuar, ello independientemente del resultado que la misma no haya impedido. Hanz WELZEL. *Derecho penal alemán. Parte general*, 11a. ed., 4a. ed. castellana. Trad. del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Ed. Jurídica Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 237 y ss.; señala que desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Ambas se comportan en el sentido como A y no A. Si bien la omisión se refiere necesariamente a una acción, pues no existe omisión "en sí", sino sólo la omisión de una acción determinada, entonces la omisión no es un concepto negativo, sino limitativo: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona).

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 240 y ss., recuerda que el delito de omisión impropio se consideró en un principio un caso especial de los delitos de comisión, sin embargo, estos últimos no pueden ser transferidos sin reparo a los delitos de omisión, ya que siendo esta una no acción, resulta que al aplicar a los delitos de omisión las reglas de los de comisión tienen que "invertirse", por así decirlo, "los signos". Cfr. Santiago MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., 2a. reimp., Reppertor, Barcelona, 1999, p. 300. Es preferible hablar de omisión pura y de comisión por omisión, que de omisión propia e impropia, pues al efecto señala que, no obstante que un sector importante de la doctrina los considera equivalentes, otros reservan el nombre de omisión impropia para los casos que no se hallan expresamente previstos por la ley, incluyendo en la omisión propia las figuras legales, sean de pura omisión, sean de comisión por omisión. Juan BUSTOS RAMÍREZ y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de derecho penal*, vol. II, 1a. ed., Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 202; critican la denominación de estos delitos como de *comisión por omisión* al sostener que se trata de verdaderos delitos de omisión y que no es acertado referirse a ellos como delitos de *comisión por omisión* ya que conduce al equívoco de entender que se trata de una comisión y, en consecuencia, de la vulneración de un precepto prohibitivo. Enrique BACIGALUPO. *Lineamientos elementales de la teoría del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 155 y ss. Sólo es correcta la expresión "delitos impropios de omisión" y no "delitos de omisión impropia", pues la impropiedad se refiere al delito, no a la omisión, que, como tal, se da o no se da pero no es ni propia ni impropia. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, "La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición". *Ensayos penales*. Nota de pie 21, Ed. Tecnos, 1999, p. 264, sostiene que la expresión <omisión impropia> hace referencia a que, en realidad, se trata de una omisión que debería ser considerada como una acción; la de <comisión por omisión>, a que sería, en realidad, una comisión en sentido estricto, esto es, una acción.

<sup>6</sup> Gonzalo RODRÍGUEZ MORULLO. "La cláusula general sobre la comisión por omisión", en *Política criminal y responsabilidad penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan Del Rosal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, p. 905 y ss.

ciones bipartitas, Silva Sánchez<sup>7</sup> sostiene que están apoyadas en criterios de diversa naturaleza, como: 1) La infracción de mandatos o prohibiciones; 2) la tipificación legal expresa o no; 3) la infracción de deberes de actividad o deberes de evitación de resultado; 4) el paralelismo con los delitos de mera actividad o los delitos de resultado; 5) la ostentación por el sujeto de una posición de garante o no; 6) la equivalencia con la comisión o no. Algunos de estos criterios arriban a delimitaciones similares. Sin embargo, tomando como base un criterio de tipificación legal expresa o no, el criterio de clasificación bipartita se convierte en tripartita, a saber: a) delitos de pura omisión, b) delitos de omisión y resultado y c) delitos de comisión por omisión.<sup>8</sup>

Para Olga Islas,<sup>9</sup> denominación de estos tipos, refiriéndose a los delitos impropios de omisión, no puede ser otra que la de tipos de comisión por omisión, pues nacen, inexorablemente, de los tipos de acción con resultado material.

Por otro lado y partiendo de una diferenciación entre los denominados delitos formales o de simple actividad y delitos materiales o

<sup>7</sup> Jesús María SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 319.

<sup>8</sup> Vid. RODRÍGUEZ MORULLO, *op. cit.*, p. 906 y ss., quien desde esa perspectiva sostiene hay: a) delitos cuyo tipo describe una conducta omisiva, considerada con independencia de los resultados que la misma no haya impedido (delitos de mera omisión) citando el supuesto del delito de omisión de socorro previsto en el párrafo primero del artículo 489 del Código penal español; b) delitos en cuyo tipo a una determinada conducta se anuda, como consecuencia, un cierto resultado (delitos de omisión y resultado) caso del delito del artículo 395 que sanciona la conducta del funcionario que por abandono diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales públicos o efectos públicos, y c) delitos cuyo tipo, sin contener una descripción expresa de una omisión, tiene el sentido de prohibir todas aquellas conductas, activas u omisivas, que conlleven a la producción de un determinado resultado (delitos impropios de omisión o de comisión por omisión). En el Código penal federal mexicano como ejemplos de dichos delitos respectivamente se citan los casos de la omisión de auxilio a personas en peligro o la omisión de cuidado de incapaces de proveerse a sí mismos previstos respectivamente en los artículos 340 y 335 del Código penal federal mexicano (omisión simple); o el caso del delito de fraude previsto en el artículo 386 en la hipótesis de aprovechamiento de error, que incluye el aprovechamiento bien por acción o bien por omisión (delito de omisión y resultado) y como supuesto de comisión por omisión el delito de homicidio previsto en el artículo 308 del referido Código penal. En igual sentido Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL. "Reflexiones sobre la omisión", en *Liber Ad Honorem*, Sergio García Ramírez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie E, varios, Un. 95, tomo II, México, 1998, p. 1233.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 1234.

de resultado externo, se acepta que los delitos de omisión simple o pura u omisión propia se equivalen con los delitos de simple conducta; mientras que, los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado externo, en los que precisamente se exige el evitar un resultado. Estos últimos, a decir de Cerezo<sup>10</sup> se caracterizan por contener un mandato de realizar una acción tendente a evitar la producción de un resultado delictivo, que si finalmente se produce, se le imputa al omitente que no lo impidió pudiendo hacerlo. Este tipo de delitos, según refieren Bustos/Hormazábal<sup>11</sup> no están directamente tipificados por el legislador, sino que son construidos por el intérprete a partir de tipos de comisión; por ello Welzel<sup>12</sup> asienta en el sentido que son sólo en parte tipos de formación legal y, en parte, por el contrario, de formación judicial, pues sólo una parte del tipo se encuentra legalmente descrita <la conducta del autor> por lo que corresponde al juzgador complementar la otra parte <las características objetivas de autor>. Esto ha dado lugar a que los delitos de comisión por omisión, como tipos abiertos<sup>13</sup> que son, sean tachados por algunos como inconstitucionales,<sup>14</sup> sin embargo, tal inconstitucionalidad no existe pues en todo dichos injustos encuentran suficiente apoyo legal.<sup>15</sup>

Además, como en los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión la autoría tiene que ser fundada independientemente,

<sup>10</sup> José CEREZO MIR. *Derecho penal. Parte general. Lecciones 26-40*, 2a. ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 225. Del mismo autor véase *Curso de derecho penal español. Parte general. III. Teoría jurídica del delito/2*, Ed. Tecnos, Grupo Anaya, Madrid, 2001, p. 261.

<sup>11</sup> *Loc. cit.*

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 248.

<sup>13</sup> Gonzalo QUINTERO OLIVARES. *Curso de derecho penal. Parte general* (acorde con el Nuevo Código Penal de 1995). Con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 309.

<sup>14</sup> Cfr. Eugenio RAÚL ZAFFARONI. *Derecho penal. Parte general* (con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar), Ediar, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2000, pp. 548, 552 y ss. Señala que precisamente por ser tipos abiertos y en razón a que a más de lo descrito en la norma penal el juzgador habrá de complementarlos, se ha cuestionado la constitucionalidad o no en los delitos de comisión por omisión no escritos, en tanto que, la creación en los códigos penales de una cláusula o fórmula general de equiparación a pesar de existir delitos impropios de omisión escritos, conlleva a la elaboración analógica de los no escritos.

<sup>15</sup> WELZEL, *ibid.*, p. 28, para quien los reparos que podrían hacerse quedan atenuados por el hecho que la ley ofrece al juez, por lo menos, puntos de apoyo para la complementación del tipo.

junto a la conducta típica, por características especiales de autor, en este sentido estos delitos son delitos especiales propios.<sup>16</sup>

## II. INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL SOBRE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995 Y EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL MEXICANO

Con anterioridad al Código Penal español de 1995, la doctrina y la jurisprudencia españolas fueron las que se ocuparon del tratamiento de los delitos impropios de omisión elaborando una fórmula dogmática *supralegal*<sup>17</sup> para colmar el vacío normativo existente, sobre todo en casos de delitos de omisión impropia no regulados expresamente en la ley,<sup>18</sup> pues al respecto se cuestionó su compatibilidad con el principio de legalidad al no contener una disposición que estableciera el complemento normativo de todos los delitos activos mediante la realización omisiva del tipo. No fue sino hasta con el nuevo Código penal que se incorporó en su artículo 11 lo que la Doctrina pena-

<sup>16</sup> WELZEL, *ibid.*, p. 247. En el mismo sentido BUSTOS/HORMAZÁBAL, *ibid.*, p. 213, sostienen que el deber jurídico especial que recae en el autor de estos delitos los cualifica como delitos especiales. Igual MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *ibid.*, p. 278 y ss. En contra Olga ISLAS, *ibid.*, p. 1242, quien señala que se olvida que un tipo especial lo es frente al tipo fundamental del cual emerge, por lo que los tipos de comisión por omisión son especiales únicamente cuando nacen para extender un tipo especial de comisión por acción (ejemplo: el parricidio) y serán fundamentales cuando surgen para extender a un tipo fundamental de comisión por acción (ejemplo: el homicidio).

<sup>17</sup> Vid. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Luis ARROYO ZAPATERO, Nicolás GARCÍA RIVAS, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ y José Ramón SERRANO PIEDECASAS. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 1a. ed., Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p. 152. QUINTERO OLIVARES, *ibidem*, p. 307, destaca que hasta la promulgación del Código penal de 1995; la omisión impropia era primordialmente una construcción doctrinal.

<sup>18</sup> Los delitos de comisión por omisión excepcionalmente se prevén de manera expresa en la Parte Especial del Código penal; así en España el artículo 382 que castiga a quien: *origine un grave riesgo para la circulación...no estableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo*. Caso contrario, es el de la mayoría de delitos que admiten la omisión impropia que no están expresamente tipificados, por ello se exigía del juzgador en el caso particular su complementación efectuada por vía de la analogía. Así, el caso de la madre que deja morir al hijo al no amamantarlo o al no amarrarle el cordón umbilical que obligaban al juzgador a considerar esas omisiones como si equivalieran a la realización activa de los tipos de causación, ello a pesar que, la ley no describía las condiciones legales para que así fueran imputados.

lista española ha tenido como una novedad, que se hace consistir en una cláusula prevista en la Parte General de dicho Código que vino a establecer una regulación expresa de los delitos de comisión por omisión, al establecer de modo general bajo que condiciones ciertos delitos de acción pueden dar lugar también a la construcción de un delito de omisión<sup>19</sup> y que, como refiere Zaffaroni<sup>20</sup> la inclusión de una norma como la referida ha sido en los últimos años el camino seguido por diversos países. Se trata de una <cláusula general de equiparación de la omisión a la acción>. Sin embargo, esto no quiere decir, como refieren Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>21</sup> que el derecho penal español no haya conocido desde siempre esta forma de conducta. Dicho artículo establece:

Artículo 11. Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico de autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

<sup>19</sup> Una exposición sobre los antecedentes de la cláusula general de equiparación de la omisión a la acción prevista en el artículo 11 del Código penal español, puede verse en Susana HUERTA TOCILDO. *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 19 y ss., y en RODRÍGUEZ MORULLO, *op. cit.*

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 548.

<sup>21</sup> Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás S. VIVES ANTÓN. *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 390. Señalan que en casos particulares, es indudable que el derecho penal español tipifica *omisiones a las que, como si de acciones se tratase, atribuye determinados resultados*. Cualquiera que sea la posición que se adopte en orden a la admisibilidad genérica de la *comisión por omisión*, no puede negarse que el derecho penal español ha conocido desde siempre esta tercera forma de conducta, a veces llamada "*omisión impura o impropia*". *Cursivas en texto original*. Para el caso mexicano, puede verse el Código Penal del 7 de diciembre de 1871 (*Código Martínez de Castro*) que aceptó que el delito se podía cometer por infracción voluntaria de la ley penal, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda (art. 4); que los delitos son intencionales y de culpa (art. 6) y al prever una presunción de dolo (art. 10) entre otros, no se destruía cuando *el daño que resultaba fue consecuencia necesaria y notoria de la omisión en que consistió el delito*. En similares términos recogió esta fórmula el Código Penal de 1929 (*Código Almaraz*) el cual, como cita José Ángel CENICEROS. *El Código Penal de 1929. Datos preliminares del Nuevo Código de 13 de agosto de 1931*, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1931, p. 10. El Código nuevo (refiriéndose al de 1929) no es sustancialmente distinto del que reemplaza (Código de 1871) corchetes y texto en los mismos agregados.

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Frente a ello, si bien parte de la Doctrina española se ha expresado positivamente por estimar que con su inclusión se favorece el principio de legalidad,<sup>22</sup> tampoco se ha mostrado pacífica respecto de dicha cláusula,<sup>23</sup> siendo incluso rechazada por algún importante sector de la misma.<sup>24</sup> De cualquier forma, la inclusión de la cláusula del

<sup>22</sup> Vid. CEREZO MIR *Lecciones...* p. 225 y ss., y *Curso DPG...* p. 261 y ss. Resalta la necesidad o la conveniencia que existía de introducir en el nuevo Código penal español una regulación expresa de los delitos de comisión por omisión por atender ello en mayor medida las exigencias del principio de legalidad, es decir, de la seguridad jurídica. En igual sentido MIR PUIG, *op. cit.*, p. 302 y nota 23 en la misma. FRANCISCO MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARAN, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 276, quienes sostienen que la cláusula del artículo 11 ofrece a la praxis una base legal y unas directrices para que, cuando llegue el caso, pueda resolverlo sin recurrir a criterios extralegales o puramente doctrinales que pueden infringir el principio de legalidad. MIGUEL POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, tomo II. *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 304. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *et al.*, *op. cit.*, p. 153. Su inclusión vino a colmar la laguna legal existente en los delitos de comisión por omisión. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 204 y ss. Esta cláusula viene a satisfacer las exigencias mínimas del principio de legalidad.

<sup>23</sup> CEREZO MIR, *loc. cit.* A pesar de sostener como positiva la inclusión de la cláusula de equiparación, sostiene que el legislador debió establecer un criterio de excepcionalidad como lo hizo para los delitos imprudentes para el castigo en caso de comisión por omisión, pues lo cláusula general del artículo 11 permite a los tribunales la posibilidad que en todos los delitos de resultado analicen la posibilidad de la omisión impropia lo que daría lugar a una ampliación del ámbito de las conductas punibles más allá de las necesidades político-criminales; por lo que debió optarse por un criterio de excepcionalidad del castigo en la omisión impropia como se hizo con las conductas imprudentes y crear un artículo que declarara que <la comisión por omisión sólo será punible cuando expresamente lo disponga la ley>, debiéndose además, indicar en la Parte Especial en que delitos de resultado es punible la comisión por omisión. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *loc. cit.* Sostienen que la cláusula del artículo 11 no está exenta de objeciones. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *et al.*, *loc. cit.*, quienes califican dicha cláusula de poco afortunada y tímida al atarse a concepciones doctrinales poco sensibles con los requerimientos sociales que gravitan detrás de la posición de garantía. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *loc. cit.* Lo ideal habría sido una *numerus clausus* de comportamientos omisivos punibles, en lugar de una cláusula que consideran, en principio, remite a todos los delitos de acción. En igual sentido, vid. HUERTA TOLCILDO, *ibid.*, p. 49 y ss.

<sup>24</sup> Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal. Cinco cuestiones fundamentales*, José Ma. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 59, 60 y 64, para quien la situación marco del Código penal derogado era perfectamente sostenible desde el principio de legalidad, no siendo en su opinión necesaria ni una tipificación de la omisión impropia en forma expresa en la Parte Especial, como tampoco la inclusión de una cláusula genérica en la Parte gene-

artículo 11 generalmente es aceptada, pues ocurría que en el anterior Código penal se contenían algunos delitos impropios de omisión en la parte especial, pero su mayoría se entendía que estaban implícitamente comprendidos en las figuras de los delitos de resultado. De ahí que, como refiere Cerezo,<sup>25</sup> si no todo el que no evita un resultado pudiendo hacerlo puede ser sujeto activo de un delito de comisión por omisión, lo que se deduce de la existencia misma de los delitos de omisión, ocurriría que la existencia de estos últimos carecería de justificación si todo el que no evita un resultado pudiendo hacerlo pudiera ser sujeto activo de un delito de comisión por omisión. El propio Welzel<sup>26</sup> destaca que no toda persona con poder del hecho que no evita el resultado típico puede ser considerada por ello autor de este tipo de delitos, pues solamente el no evitar un resultado típico por parte de una determinada persona con poder para ello, la convierte en autor en el sentido de un delito de omisión impropio, por lo que se requiere en el sujeto la posición de garante, lo que implica que el autor deba guardar respecto del bien jurídico lesionado una rela-

ral, ello en virtud de la vocación limitadora de la atribución de responsabilidad en comisión por omisión de la praxis judicial española que en su opinión puede cambiar con la inclusión de este precepto y conducir a una no deseable extensión de la punibilidad. *Idem. El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 369, en donde señala que considera como solución más satisfactoria la reducción de la auténtica comisión por omisión a un escaso número de supuestos que no ofrezcan duda alguna, junto con la tipificación de omisiones de gravedad intermedia como cualificaciones de las omisiones puras generales y no, haber incluido en la Parte General del Código penal español un precepto que regule el problema de la equiparación. María del Carmen ALASTUEY DUBÓN, "Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1992, fasc. 3, p. 969 y ss., citada por CEREZO MIR, *loc. cit.* p. 226 y *Curso DPG...*, p. 262, señala el peligro que representa la inclusión de la cláusula general de equiparación de la acción a la omisión, pues en su opinión dicha cláusula puede dar lugar a que los tribunales estudien en todos los casos de delitos de resultado la posibilidad de comisión por omisión y amplíen así el ámbito de las conductas punibles más allá de las necesidades político-criminales. Susana HUERTA TOLCILDO, "Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión", citada por SILVA SÁNCHEZ, *El Nuevo Código...*, p. 59 y nota de pie 47, propone la creación de un *numerus clausus* de tipos específicos de comisión por omisión en los delitos en que ello se estime procedente. COBO/VIVES, *op. cit.*, p. 393, para quienes resulta discutible la necesidad de la inclusión de esa cláusula específica ya que para ellos el sentido de la práctica jurisprudencial no había rebasado los márgenes previsibles del principio de legalidad no habiendo por tanto incurrido en los excesos que motivaron que esa cláusula se incluyera.

<sup>25</sup> Cfr. *Lecciones...*, p. 226

<sup>26</sup> Vid. WELZEL, *op. cit.*, p. 246 y ss.

ción estrecha. Por esta razón, resultaba claro sostener, en casos en que faltaba la regulación legal expresa de la comisión por omisión, que la seguridad jurídica quedaba en entredicho.

Por su parte, en el entonces vigente Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, anteriormente a su reforma de enero de 1994, no se hacía referencia alguna respecto de los delitos de comisión por omisión. El precepto tan sólo mencionaba una definición formal de delito.<sup>27</sup>

Así, la Doctrina mexicana,<sup>28</sup> si bien atendió el estudio de los delitos impropios de omisión, lo cierto es que durante un largo periodo no se cuestionó sobre la evidente afectación al principio de legalidad que conllevaba la ausencia de una norma que previera el tratamiento que debía darse a los supuestos de comisión por omisión. Estos delitos, como señalaba Carranca y Trujillo<sup>29</sup> estaban consignados para su punición casuísticamente; dando por igual ese tratamiento a delitos de resultado, porque también se interpretaba que en ellos se contenía a la comisión por omisión;<sup>30</sup> el caso fue, como se observa, similar a lo que ocurría en el derecho penal español.

<sup>27</sup> El artículo 7 del Código penal antes de su reforma establecía: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. De ello podía apreciarse con claridad que, los tipos penales solo podían cometerse mediante acción o mediante omisión, en ambos casos, con o sin resultado material, pero no se encontraban previstos los delitos impropios de omisión, de ahí que, su aplicación a casos particulares por la autoridad judicial carecía de sustento legal. Su texto es el del hoy Código penal federal mexicano.

<sup>28</sup> Fernando CASTELLANOS TENA. *Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general*, 17a. ed., Ed. Porrúa, México, 1982, p. 152 y ss. Raúl CARRANCA Y TRUJILLO. *Derecho penal mexicano. Parte general*, 2a. ed., Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, México, 1941, p. 215 y ss. Ignacio VILLALOBOS. *Derecho penal mexicano. Parte general*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1960, p. 245 y ss.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 218, además Cfr. Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 5a. ed., Ed. Porrúa, México, 1980, p. 314.

<sup>30</sup> Por ejemplo cuando se trataba de estos delitos continuamente se acudía al ejemplo del homicidio de la madre que queriendo matar al hijo lo abandonaba sin alimentarlo hasta que perdiera la vida, sin embargo, escasamente se cuestionó sobre las fuentes de las que emanaba el deber de actuar pues la ley nada refería a este respecto. En este sentido Celestino PORTE PETIT, citando a JIMÉNEZ DE AZÚA señala que, la decisión de si un delito ha de estimarse de naturaleza comisiva o de si es de los llamados de comisión por omisión, depende de momentos subjetivos (ánimicos) del agente y, destaca, como es que es la doctrina es la que ilustra de donde debe emanar el deber de obrar en este tipo de delitos. *Op. cit.*, p. 314 y ss. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, *op. cit.*, p. 1246 destaca cómo los penalistas mexicanos, antes de la reforma penal de 1994, teorizaban sobre su estructura y funcionamiento, tanto en la teoría general del delito como en el análisis específico de los delitos en particular. En

No fue sino hasta la reforma del mes citado y cuya vigencia inició el día 1 de febrero del mismo año, que el legislador incluyó en el artículo 7 una referencia particular a los delitos impropios de omisión estableciendo al igual que como posteriormente lo hiciera el legislador español, una norma que viniera a dar una mejor respuesta en estos supuestos que fuera acorde con el principio de legalidad el cual, como señala Moreno,<sup>31</sup> con la reforma anotada se ve reforzado. Sin embargo, se destaca que el legislador penal federal mexicano, a diferencia del español, no previó expresamente una cláusula de equiparación de la omisión a la acción, sino que dejó la misma a la interpretación. Así, la reforma penal mexicana del 10 de enero de 1994 adicionó al precepto aludido el párrafo siguiente:

Art. 7. En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico

forma muy especial trataban el tema a propósito del homicidio. Claro ejemplo de ello por todos *Vid.* FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS. *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*, Ed. Porrúa, 3a. ed., México, 1976, p. 20 y ss., al referir a la clasificación del delito de homicidio en orden a la conducta y el resultado, entre otras, señala que es un delito de *comisión por omisión*; de la misma manera p 106 y s respecto del delito de lesiones.

<sup>31</sup> Moisés MORENO HERNÁNDEZ. *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, 1a. ed., Ed. *Ius Poenale*, México, 1999, p. 186. Incluso, la Comisión Legislativa para dar explicación a esta reforma señaló: "Se propone adicionar un párrafo al actual artículo 7 del Código Penal, para establecer la base del delito de omisión impropia o también llamado comisión por omisión. Lo anterior en virtud de la opinión abundante en la doctrina, de que es violatorio al principio de legalidad el aplicar una penal al que no evita la producción de un resultado típico, toda vez que la forma de realización omisiva —con excepción de los casos de omisión propia— no está descrita en la ley". A su vez, *Cfr.* La exposición de motivos de la reforma penal del 10 de enero de 1994, contenida en la iniciativa presidencial y, particularmente el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados. Por otro lado, un importante sector del Poder Judicial de la Federación, en los trabajos celebrados con el objeto de profundizar, intercambiar puntos de vista y sentar criterios de interpretación respecto de esta reforma, los cuales se denominaron como Comentarios a las Reformas en Materia Penal y a diversas disposiciones legales, que tuvo lugar del 17 al 21 de enero de 1994 y que reunió a Magistrados de Tribunales Colegiados de Circuito, Magistrados de Tribunales Unitarios de Circuito y Jueces de Distrito, todos ellos en Materia Penal del Primer Circuito y otros del Segundo Circuito; al respecto se pronunciaron señalando: En este precepto al que se adicionó un párrafo segundo, se incluye la comisión por omisión respecto de las personas que tienen el deber jurídico de evitar el delito, estimando que el deber legal debe derivarse de una ley, de un contrato o de la propia actuación precedente. Se pretende sancionar la indiferencia, no sólo de autoridades que por apatía no intervengan en impedir la comisión del delito, sino también de los particulares en los casos que se mencionan.

de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Con dicha adición, se establece por primera vez en la legislación penal federal mexicana una norma respecto de la conducta omisiva por medio de la cual se pretende, como cita González Quintanilla,<sup>32</sup> en la comisión para los delitos de resultado, hacer equiparable la omisión a dicha comisión, condicionando para ello en opinión de Díaz de León<sup>33</sup> a que el injusto surja de un deber jurídico determinado que específicamente vincule al sujeto activo con el bien jurídico tutelado.

Moreno,<sup>34</sup> respecto del delito impropio de omisión sostiene que al sujeto se le atribuirá el resultado como si lo hubiese producido a través de una acción; la consecuencia jurídico-penal, en este caso, es la misma que la prevista para el resultado producido por una acción, sobre todo por lo que hace a la penalidad; es decir, lo que ontológicamente es distinto, para el derecho penal tiene la misma significación.

Al igual que acontece con el Código penal español; en el Código penal federal mexicano los delitos de comisión por omisión admiten la forma de comisión dolosa, como la culposa; sin embargo, respecto de esta última se destaca que sólo en los particulares casos que cada una de esas leyes penales lo permita, se podrá sancionar a título de omisión impropia un delito imprudente de resultado.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA. *Derecho penal mexicano. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*. 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 1997, p. 202.

<sup>33</sup> Marco Antonio DÍAZ DE LEÓN. *Código Penal Federal con comentarios*, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 9.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 205.

<sup>35</sup> Ambos códigos penales sancionan como delito las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley. El Código penal español, en su artículo 10, también se refiere a las faltas, las que el legislador mexicano no refiere como tal pues los delitos castigados en forma leve, en la legislación penal mexicana continúan designándose como delitos. El artículo 12 del Código penal español contempla un principio de excepción para sancionar las conductas imprudentes en comisión por omisión únicamente cuando así lo disponga expresamente la ley; por su parte el Código penal federal mexicano recoge en su artículo 60 el mismo principio pero previendo esa excepción en el propio precepto al incorporar un *numerus clausus* para los delitos culposos, pues al respecto señala en su segundo párrafo

### III. REQUISITOS FUNDAMENTALES PARA LA CONCURRENCIA DEL TIPO DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

Según el legislador español, para poder imputar un resultado<sup>36</sup> a una omisión acorde con la cláusula de equiparación referida, se necesita dar satisfacción a dos requisitos fundamentales, a saber: a) que quien omite tenga una posición de garante y b) que la omisión sea equivalente a la acción según el sentido del texto de la ley. Para el legislador penal federal mexicano también se exige como requisito fundamental para la configuración de los delitos en comisión por omisión que el autor ostente la posición de garante; sin embargo, a diferencia del ordenamiento español, nada refiere en el sentido que la omisión

que: las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los artículos 150, 167 fracción VI, 169, 199 Bis, 289 Bis parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este Código. Al respecto, confrontar *Código penal español*, 6a. ed., 2001. Revisada y actualizada a las Leyes Orgánicas 7/2000 y 8/2000, de 22 de diciembre, con comentarios, jurisprudencia y legislación complementaria, Ed. Colex, 2001, y *Código penal federal mexicano*, Ed. Andrade, México, 2000.

<sup>36</sup> El Código penal federal mexicano hace referencia expresa al *resultado material*. Debe destacarse que el resultado no es producido por la inactividad del sujeto, sino causado por una causa externa al sujeto, que tan sólo se limita a no interferir en ese proceso causal natural que desemboca en el resultado material; o sea, el sujeto no evita el resultado material. Para MORENO, *loc. cit.*, según lo prevé el nuevo párrafo segundo del artículo 7o. del código penal, los supuestos de comisión por omisión solamente se pueden plantear con relación a los llamados "delitos de resultado material" *comillas en texto original*. Por el contrario, el Código penal español no hace referencia al tipo de resultado necesario para que se de la comisión por omisión. Al respecto, BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 203, señalan que los tipos que se deben de construir con el auxilio del artículo 11 del Código penal al remitir expresamente a delitos de resultado, requieren necesariamente que la omisión produzca un resultado naturalístico y para su consumación una lesión efectiva al bien jurídico. CEREZO MIR, *Lecciones...* p. 227, nota de pie 23, sostiene que la palabra resultado alude al descrito en las figuras típicas de la Parte especial y puede ser material o consistir en el peligro concreto del bien jurídico. Para POLAINO NAVARRETE, *op. cit.*, p. 305, le resulta criticable y un error descriptivo que el legislador español no se hubiere referido al resultado material, pues señala que, todos los delitos tienen un resultado típico, jurídico o normativo relevante para el derecho penal, de ahí que en su opinión el legislador español debió describir correctamente a que se refería con la palabra resultado desprendiéndose de ello que en su opinión el legislador debió hacer referencia expresa al resultado material. SILVA SÁNCHEZ. *El Nuevo Código...* p. 74 y ss., sostiene que el artículo 11 del Código Penal refiere al resultado material, pues el juicio de equivalencia de dicho precepto se realiza entre una <no evitación (del resultado)> y su <causación>, todo lo cual indica una restricción del ámbito del precepto a los delitos de resultado material, ya que causación en sentido estricto sólo la hay en este tipo de delitos.

equivalga a la acción <según el sentido del texto de la ley> dejando de esta manera a la interpretación cuando se ha de estar frente a esa equivalencia. A su vez, los dos códigos penales parten del criterio del deber jurídico y, por tanto, de una concepción formal de la posición de garante, fundando así el deber jurídico de actuar en fuentes formales.<sup>37</sup>

### 1. La posición de garante

Ambos códigos penales requieren que el sujeto que omite tenga un deber jurídico especial de evitar el resultado, esto es, una posición de garante.<sup>38</sup> Ésta implica una relación especial y estrecha entre el suje-

<sup>37</sup> Tradicionalmente el deber de actuar del garante para impedir el resultado antijurídico se fundamentó en fuentes formales. Esta fundamentación encontraba su origen en la llamada *Teoría formal del deber jurídico*, cuyo origen se encuentra en FEUERBACH para quien el ciudadano no estaba originariamente obligado a omitir, razón por la que un delito de omisión presupone siempre un fundamento jurídico (ley o contrato) a través del cual se fundamenta la obligación de actuar. Cfr. Anselm V. FEUERBACH. *Tratado de derecho penal*, Trad. al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Criminalistas Perenes/I, Colección dirigida por Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Eugenio Raúl Zaffaroni, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 66. Respecto a la *Teoría formal del deber jurídico*, véase Enrique BACIGALUPO *Principios de derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Ed. Akal, Madrid, 1998, p. 398 y ss. Plenamente extendida en México por influencia de obras que siguen esta línea y que tuvieron gran penetración en el ámbito mexicano tales como: JIMÉNEZ DE ASÚA, particularmente su *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., actualizada. Trad. a la 6a. ed. alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi, Ed. Lozada, Buenos Aires, 1963; Edmundo MEZGER. *Derecho penal. Parte general*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958; Trad. a la 6a. ed. alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi. Eugenio CUELLO CALÓN. *Derecho penal*, tomo I. *Parte general*, 18a. ed., vol. I, Bosch Casa Editorial, España, 1980. SEBASTIÁN SOLER. *Tratado de derecho penal, tomo I*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978. Asimismo, en la doctrina mexicana véase Mariano JIMÉNEZ HUERTA. *Tratado de derecho penal, tomo I. Introducción al estudio de las figuras típicas*, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1980. PORTE PETIT, *op. cit.* Ignacio VILLALOBOS, *op. cit.* En España, además, Cfr. José María RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho penal español. Parte general*, 10a. ed., revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 1986, p. 387 y ss.

<sup>38</sup> Cfr. GIMBERNAT, *ibid.*, p. 265, que refiere que la posición de garante es la que destaca a una persona (o personas) de entre todas las demás, que le hace responsable del bien juridicopenalmente protegido, y que, en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción. La expresión <garante> como omitente responsable del resultado, porque garantiza frente a la comunidad la integridad del bien jurídico, se debe a BINDING, *Normen II*, 1926, 2a. ed., p. 553 y ss., y fue NAGLER, *GS, III* (1938), p. 59 y ss., quien la resucitó e incorporó en definitiva al vocabulario juridicopenal, citados por el propio GIMBERNAT, *loc. cit.*, nota de pie 24. Respecto del pensamiento de Nagler y su aportación a la ciencia penal en cuanto a la calidad o posición de garante Vid. Enrique BACIGALUPO. *Delitos improprios de omisión*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1969, p. 38 y ss.

to activo y el bien jurídico que se ha establecido precisamente para su salvaguarda. Es, como dice Olga Islas,<sup>39</sup> la relación especial, estrecha y directa en que se halla un sujeto y un bien singularmente determinado creado para la salvaguarda del bien. El ocupar una posición de garantía nos permite comprender por qué a una determinada persona (o personas) le es exigible un determinado comportamiento frente a un bien jurídico y no a los demás, así como por qué a esa persona (personas) se le atribuye el resultado y no a los otros. Se trata de una calidad adquirida por quien previamente y por algún hecho o circunstancia de la vida se ha colocado en la posición de garante.

Respecto del artículo 7 del Código penal federal mexicano, Moreno<sup>40</sup> señala que, con relación al sujeto de quien proviene la omisión, se requiere que éste haya tenido en el caso concreto el "deber jurídico de actuar", es decir, que haya tenido la *calidad de garante* o que se haya encontrado en *situación de garantía*, derivada de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

En todo caso, no habrá que confundir la calidad específica exigida por algunos tipos como elemento necesario para su configuración, con la calidad de garante que resulta necesaria para poder extender el tipo de acción con resultado material, ya existente, a la comisión por omisión.<sup>41</sup>

Por ello Zaffaroni,<sup>42</sup> con razón señala que no es el mero deber de actuar, sino la particular posición en que se halla el sujeto activo respecto de un bien jurídico o frente a una fuente de peligro lo que fundamenta la posición de garantía.

La posición de garante que se incluye en ambos códigos penales, si bien fue reconocida previamente a su incorporación en los mismos, ésta no se encontraba prevista en ley, sino en todo caso en el *derecho consuetudinario*, de ahí el *problema de legalidad* que en su momento suscitó,<sup>43</sup> sobre todo si se considera que en este tipo de delitos

<sup>39</sup> *Op. cit.*, p. 1240.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 250, por lo que en estos casos de omisión impropia o de comisión por omisión, no es suficiente que el sujeto no haya evitado el resultado típico, para afirmar la existencia de la autoría, sino que es necesario que en ese sujeto concurra una característica especial, como es la de tener la calidad o posición de "garante". *Cursiva en texto original.*

<sup>41</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, *op. cit.*, p. 1242.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 549.

<sup>43</sup> Vid. BACIGALUPO, *Principios...*, p. 399, y *supra*, nota de pie 17.



sólo es sujeto activo quien reúna ciertas características, las que, en ninguno de dichos ordenamientos se indicaba cuáles eran.<sup>44</sup>

Su incorporación en los referidos ordenamientos penales vino a salvaguardar el principio de legalidad. Además, el acierto en su incorporación es evidente, si se considera que no todo el que no evita un resultado pudiendo hacerlo responde en comisión por omisión, pues de lo contrario dejarían de tener sentido los delitos de omisión simple en los que a diferencia de aquellos no existe en el sujeto un deber jurídico especial de evitar el resultado.

Por su parte, los artículos 11 del Código penal español y 7 del Código penal federal mexicano establecen las que se consideran fuentes de la posición de garante partiendo del criterio del deber jurídico<sup>45</sup> y, por

<sup>44</sup> Vid. *Supra*, p. 4 y ss., y nota de pie 16.

<sup>45</sup> Con referencia al deber jurídico véase Eduardo NOVOA MONREAL. *Fundamentos de los delitos de omisión. Bases jurídicas de la omisión. La influencia ideológica liberal-individualista. La reacción socializante. Configuración típica. Delitos de acción y delitos de omisión. Causas, factores y diferencias*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 19 a 22 y 31 y ss., para quien la obligación de actuar del garante (como denomina al deber jurídico) se circunscribe a sólo aquellos sujetos que están muy estrechamente vinculados con determinado bien jurídico, al punto que deben protegerlo activamente. GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 264, el deber jurídico que fundamenta la obligación de actuar del garante es un deber *extrapenal* en razón a que lo contrario, o sea, un deber *estrictamente penal* no fundamentaría ninguna posición de garante ya que bajo este supuesto todos los ciudadanos tendrían que responder en casos de delitos de omisión propia como responsables de comisión por omisión (*cómo responder de un asesinato o participación en él si no lo impiden*), con lo que la omisión simple nunca entraría en juego como tal, sino que pasaría a ser la base de una posición de garante general y esta, a la vez, serviría de base para una omisión impropia. JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 621, citados por GIMBERNAT, *ibid.*, nota de pie 23. Los deberes de garante no pueden deducirse de la situación típica de un delito propio de omisión, porque ahí se trata de deberes jurídicos que afectan a *todo el mundo*. Sin embargo, respecto de la polémica acerca de si obligaciones extrajurídicas, como morales o sociales podrían operar como fuentes de la posición de garante, el propio GIMBERNAT, *ibid.*, p. 268 y ss., destaca que, en los años treinta en Alemania frente a las declaraciones de principio como lo eran sostener sobre la base del principio de legalidad que, si sólo el derecho (no la moral) era el idóneo para establecer la punibilidad por acción, lo mismo debería regir para una omisión (teoría del deber jurídico); y aceptando que la teoría del deber jurídico nunca se aplicó consecuentemente pues algunas relaciones familiares o intrapersonales, aunque en sentido juridicoprivado no dieran lugar a deberes de guarda, si podían sustentar una posición de garante basado ello en la asunción fáctica de la obligación contractual; que el contrato aún después de extinguido o siendo civilmente nulo podía seguir dando lugar a una comisión por omisión, conllevó a algunos juristas, bajo el argumento de que era necesario liberar el derecho penal de la influencia civilista y ello, con la concepción jurídico penal del nacionalsocialismo *<como sentido popular y derecho penal de autor>* a renunciar al fundamento que todo deber de garante debiera ser jurídico, dando así paso a la aceptación de obligaciones morales o socia-

tanto, con base en un criterio formal. Por ello pudo decir Gimbernat,<sup>46</sup> que el artículo 11 del Código penal español regula la comisión por omisión optando por una determinada dirección *<que parece anclada en el planteamiento de Mezger de 1933>*, observación del todo válida para el ordenamiento penal federal mexicano que se analiza, pues desde luego no parece ser lo acertado sostener aún un fundamento formal para el deber de actuar del garante, cuando ocurre que las relaciones de vida no sólo permiten, sino que exigen en muchos casos considerar como garante del bien jurídico a quien omite su protección no obstante su estrecha relación con el mismo. Así es el sentir general de la doctrina, frente al fracaso probado de la teoría formal de las fuentes de la posición de garante.

Dicha calidad debe derivar de alguna de las fuentes que la ley penal prevea, pues de no ser esto así, se violaría el principio de legalidad. Estas fuentes formales,<sup>47</sup> contempladas en ambos ordenamientos punitivos son la ley<sup>48</sup> (en el sentido de precepto jurídico), al con-

les para fundamentar la comisión por omisión; lo cual, según cita, si bien es abandonado por un sector mayoritario de la Doctrina desde el final de la Segunda Guerra Mundial, hoy un sector de la doctrina abiertamente vuelve a deberes extrajurídicos (sobre todo morales y sociales) para fundamentar la posición de garante. Vid. la evolución de ello en la amplia doctrina que cita en notas de pie 30 a 39. Vid. en la doctrina mexicana, PORTE PETIT, *op. cit.*, p. 315 y ss. En contra del deber *extrapenal* como deber jurídico que fundamenta la obligación de actuar del garante, Vid. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, *op. cit.*, p. 1239, para quien el deber jurídico debe ser un deber jurídico penal y que en los delitos de comisión por omisión se dirige al garante en forma de mandato: pues se ordena tanto la acción como la evitación del resultado material necesario para la lesión del bien jurídico (en el tipo de consumación), paréntesis en texto original.

<sup>46</sup> Citado por POLAINO NAVARRETE, *op. cit.*, p. 306.

<sup>47</sup> Vid. *Supra* nota de pie 37.

<sup>48</sup> La palabra ley es utilizada aquí como norma jurídica en sentido amplio. JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, p. 138 y ss., refiere a la ley, que señala muchas veces no ser penal, como una fuente del deber de actuar, al lado de la cual menciona citando a MEZGER en su Tratado, tomo I, p. 245, a las disposiciones administrativas de orden superior jerárquico o de sentencia judicial como fundamentadoras del deber jurídico. Se excluye en tal sentido a la costumbre como fuente del deber jurídico, principalmente porque no existen deberes jurídicos que imperativamente obliguen fundados en la costumbre por ser ésta oriunda de hábitos individuales y sociales, múltiples veces de contradictorios culturales signos. GIMBERNAT, *ibid.*, p. 266, refiere que el concepto de ley se entiende en sentido amplio, por lo que incluye la Ley, el Decreto, Reglamento, Orden Ministerial y Ordenanza Municipal, sobre todo en la imprudencia y atribuye a FEUERBACH la idea de que las obligaciones derivadas de las leyes *extrapenales* de derecho público (*como deberes funcionariales de vigilancia*) o de derecho privado (*como deberes familiares de guarda*), así como los contratos convierten al omitente en responsable del resultado no impedido. *Idem* ver nota de pie núm. 26. POLAINO

trato<sup>49</sup> (entendido éste como asunción o aceptación voluntaria) y el hacer precedente.<sup>50</sup> Sin embargo, se destaca que dichas fuentes no se

NAVARRETE, *op. cit.*, p. 293, quien respecto de la ley como fuente de la posición de garante se expresa en el sentido de *norma jurídica* la que sostiene es por todos fuente indiscutida y aceptada en sentido amplio al comprender todo precepto jurídico positivo cualquiera que sea el rango normativo del mismo (ley, reglamento, directiva, decreto-ley, etc...). Para ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 550, invocando las tesis más corrientes de la posición de garante en sentido material, sostiene que el deber de actuar derivado de la ley misma se erige en deber de garantía: a) cuando imponga el cuidado de una persona (como el padre respecto del hijo), pero no cuando se trate del deber legal general como es el de ayuda; b) cuando el sujeto es legalmente responsable de un determinado ámbito o sector de la sociedad (como el médico de guardia respecto de la asistencia de un paciente); c) cuando el sujeto activo tuviese un especial poder respecto de la protección o vigilancia para bienes jurídicos de terceros (como los empelados de las fuerzas de seguridad) y d) el deber legal que emerge de la relación del sujeto con una fuente de peligro (como el conductor de un automóvil o el propietario de una fiera).

<sup>49</sup> Convenio en términos del artículo 1792 del nuevo Código Civil Federal es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; mientras que el diverso artículo 1793 dice: Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Si bien contrato y convenio no son equivalentes, ha de entenderse que el término contrato previsto en el artículo 7 del Código penal federal debe ser interpretado en sentido amplio abarcando la noción de convenio, pues de fondo este no es más que un acuerdo de voluntades que incide en el contenido obligacional pactado entre las partes y lo que interesa al derecho penal es precisamente esa voluntad pactada para hacer nacer de la misma una obligación de actuar para el garante, además de la asunción fáctica. Se trata de la *aceptación o asunción libre o voluntaria* de una particular obligación que coloca al sujeto en garante del bien jurídico y que, asumida de hecho lo hace responsable de la salvaguarda del mismo. Interpretación en contra llevaría al absurdo de considerar que, habiéndose celebrado un contrato entre dos partes y modificado posteriormente su contenido obligacional por convenio, naciendo de ello un deber especial de garantía respecto de un bien jurídico, la omisión de su protección sea impune por estar frente a un convenio y no a un contrato. Tampoco interesa al derecho penal si el contrato está afectado de ilicitud, nulidad o inexistencia o incluso si se ha rescindido o terminado, pues si la posición de garantía se asume y mantiene aun cuando se esté en cualquiera de esos supuestos, hasta en tanto el garante no sea sustituido en su posición de garantía frente al bien jurídico que se obligó a resguardar es responsable de la omisión en que incurra de la que resulte afectación del bien jurídico. En este sentido JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, p. 140 y ss., *Vid.* MIR PUIG, *op. cit.*, p. 311 y ss., que destaca que la mera existencia formal del contrato no es siempre necesaria ni suficiente para dar lugar de hecho a la equivalencia real que requiere el artículo 11, pues entiende que lo decisivo seguirá siendo una asunción voluntaria del riesgo que aumente éste y, por todos, el admitir que la posición de garante no puede depender de la validez civil de eventual contrato (como ejemplo cita: aun siendo nulo el contrato entre padres y profesor de natación este es garante de la vida del niño que de hecho le ha sido confiado); como tampoco el que la posición de garante pueda derivarse de cualquier relación contractual sino solamente de los contratos cuyo contenido esencial atribuye a una de las partes una posición de confianza, con deberes de protección, custodia o vigilancia. Para BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 229, no basta solamente con el perfeccionamiento del

comprenden en su sentido más antiguo o primario, que es más estrecho, sino conforme a la ampliación que sufrió la teoría formal para

contrato en sentido jusprivatista, para hacer exigibles las obligaciones que del mismo se desprendan, sino es necesario que la obligación de velar por un determinado bien jurídico se haya asumido fácticamente. WELZEL, *op. cit.*, p. 253 y ss., destaca que el deber de garante no es idéntico al deber contractual vigente, pues de lo contrario se correría el peligro que la punición se extendería a todo quebrantamiento de un deber de fidelidad del deudor. Lo decisivo es asumir fácticamente la posición de deber correspondiente al contrato, de ahí que la posición de garante sólo surja sobre la base del asumir fáctico, y cuando comienza la situación de peligro de cuyo manejo está encargado el garante. ZAFFARONI, *loc. cit.*, sostiene que la equiparación civilista de la obligación contractual con la legal no sería útil, dado que precisamente se busca reafirmar que no toda obligación legal es constitutiva del deber de garantía, afirmando así, que el contrato sólo es fuente de la posición de garante cuando de la confianza depositada emerge un particular deber de cuidado, vigilancia o protección, por lo que, aquí la fuente es la confianza y no el contrato, aunque no se requiere que la confianza sea mutua (cursiva añadida). Tal es el caso que cita de STRATENWERTH del bañero que no salva a un ahogado al que se castiga pues no puede tomarse en cuenta si la víctima conocía la vigilancia y si confiaba en ella.

<sup>50</sup> La injerencia como también se le conoce, a decir de GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 273, consiste en que, el que mediante un hacer precedente (injerente) crea un riesgo de lesión a un bien jurídico, responde de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente. Esta idea viene siendo aceptada generalmente pues una conducta previa contraria al deber que expone al peligro, obliga a quien lo ha creado a evitar el resultado típico. MIR PUIG, *op. cit.*, p. 315, al lado de la modalidad agravada de omisión de socorro que prevé el artículo 195.3 del Código penal español, destaca críticamente la fórmula adoptada en el artículo 11 <cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente>, pues sostiene que la misma viene a afirmar la comisión por omisión, ya que dicha fórmula al no hacer distinción respecto a que esa acción u omisión precedente haya creado dolosa o imprudentemente el riesgo, ni exija la imprudencia anterior, da a entender que todo actuar precedente genera posición de garante y si hay resultado, comisión por omisión; mas sin embargo no acepta la omisión impropia en casos de creación fortuita del riesgo. Para CEREZO MIR, *DPG...*, p. 264 y ss., y nota de pie 47 y *Lecciones...*, p. 228, nota de pie 28. Los supuestos de injerencia requieren de una acción u omisión ilícita como creadoras de la ocasión de riesgo, la cual puede ser voluntaria o consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Además, en caso del artículo 195.3, si el accidente se debe a imprudencia se aplica la regla del concurso de leyes debiéndose resolver con base en el principio de alternatividad de no concurrir los elementos del tipo de comisión por omisión doloso, sostiene un concurso real de delitos entre un delito de acción imprudente y el delito propio de omisión agravado, sin que acepte que la ocasión de peligro provenga de un modo fortuito. *Cfr.* VIVES y GIMBERNAT citados por CEREZO, en *Curso DPG...*, p. 265. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 230 y ss., prever el legislador en el artículo 11 del Código penal la injerencia como lo hizo y frente a la presencia del artículo 195.3, tipificó un delito de omisión propia cuyo activo es un garante por injerencia presentando así un problema concursal teniendo por un lado al delito del 195.3 y, por el otro, al de comisión por omisión. Lo que resuelven por no sancionar en el supuesto del caso fortuito, pero sí en caso de imprudencia.

permitir soluciones adecuadas al sentido de justicia,<sup>51</sup> permitiendo superar así la estrechez de los meros deberes legales al extender los deberes de solidaridad a las estrechas comunidades de vida permitiendo así superar la estrechez de los meros deberes legales; o bien prescindiendo del negocio jurídico en el sentido civil para establecer como fuente del deber la simple aceptación de un deber de actuar. De cualquier manera, continúa siendo criticable la determinación del deber jurídico de actuar fundado en este tipo de fuentes de las que por principio de legalidad no se les puede apartar, de ahí que al menos con Cerezo<sup>52</sup> se acepte deba privar un criterio de asunción fáctica del garante para la protección del bien jurídico.

Para Bustos/Hormazábal,<sup>53</sup> a pesar que el artículo 11 del Código penal español sigue un criterio formal en la determinación de las fuentes de la posición de garante, el que se exija en el autor un especial deber jurídico y además, que deba existir equivalencia entre los comportamientos activos y omisivos <<según el sentido del texto de la ley>>, no es aceptable ser interpretado en el sentido que baste con la mera constatación formal de la existencia de una obligación legal, contractual o derivada de hacer precedente, para dar por establecida la identidad entre la acción y la omisión, pues en su opinión una interpretación en tal sentido permitiría extender el ámbito de la punibilidad de un delito de acción, ya que la posible construcción de un delito de omisión a partir de uno de acción se sujeta a condiciones de carácter material y no meramente formales.

Por el contrario, para el legislador penal federal mexicano, la enumeración de las fuentes formales fundamentadoras de la posición de garantía es claramente taxativa,<sup>54</sup> de ahí que, por principio de legalidad no sea factible aceptar alguna otra que no sean las previstas por el legislador. En este sentido, se puede decir que para el legislador

<sup>51</sup> BACIGALUPO, *Principios...*, p. 398.

<sup>52</sup> *Vid. Infra* nota de pie 58.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 213 y ss.

<sup>54</sup> La interpretación del artículo 7 del Código penal federal no da lugar a duda en este sentido. Moisés MORENO, *op. cit.*, p. 205, refiere que en los delitos de resultado material, además de que, con relación al sujeto de quien proviene la omisión, requiere que ésta haya tenido en el caso concreto el "deber jurídico de actuar", es decir, que haya tenido la calidad de garante o encontrado en situación de garantía, derivada de una ley, de un contrato o de su actuar precedente; que son datos que deben ser acreditados por la autoridad correspondiente. Comillas en texto original.

penal federal mexicano queda excluida la posibilidad de fundamentar el deber jurídico de actuar en criterios materiales, que no son más que fundamentos que surgen de las situaciones reales que emergen del desarrollo de las relaciones humanas y de la funcionalidad social. Es decir, el especial deber jurídico de evitar el resultado del omitente se limita por esas tres fuentes formales clásicas del deber de actuar.

Así, para el legislador penal federal mexicano, los delitos de omisión impropia o comisión por omisión se castigarán, de existir identidad entre omisión y acción en la causación del resultado, pues se acepta aquí, al seguir la teoría del deber jurídico, que la omisión sea equiparable a la acción de acreditarse la existencia de un deber jurídico de actuar fundamentado en ley, contrato o actuar precedente y que exista causalidad entre la acción omitida y la afectación al bien jurídico; causalidad ésta que ha de ser hipotética, pues el juicio de causalidad aquí no se refiere a una realidad, sino a determinar si la persona garante podría haber evitado el resultado con su actividad, es decir, aceptando la hipótesis mediante un juicio *ex ante* de que esa acción de haberse realizado hubiera evitado el resultado.<sup>55</sup>

A ello, habrá que agregar que, en la teoría formal de las fuentes del deber, la posición de garante es el fundamento del deber cuya infracción determina la equivalencia entre el comportamiento típico activo y la no evitación del resultado.<sup>56</sup>

Por su parte, la doctrina española se encuentra dividida, ya que mientras para algunos<sup>57</sup> la enumeración hecha por el legislador en el

<sup>55</sup> *Vid* BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 214 y ss., quienes destacan que el fundamento y eje del delito de omisión impropia para la teoría del deber jurídico descansa en dos puntos esenciales: *una acción esperada que se omite y la causalidad entre la acción omitida y la afectación del bien jurídico.*

<sup>56</sup> BACIGALUPO, *Principios...*, p. 399.

<sup>57</sup> CEREZO MIR, *Lecciones...*, p. 230 y Curso DPG..., p. 267; para quien la interpretación sistemática y teleológica del precepto (artículo 11 del Código penal español) conduce a considerar que la voluntad de la ley es indicar cuando existe un deber jurídico especial de evitar el resultado, es decir, *acepta como taxativa la enumeración que el artículo 11 hace de las fuentes de la posición de garante* (las cursivas son mías), aunque está en contra de fundamentar el deber de actuar en fuentes formales. *V. Infra* nota de pie 58. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *idem*, p. 227, no obstante no aceptar el criterio formal en la determinación de las fuentes del deber jurídico de actuar, sostienen que no pueden ser admitidas otras fuentes distintas de las previstas en el artículo 11 del Código penal español, pues lo contrario violaría el principio de legalidad al no existir base legal alguna que permita fundar otros deberes jurídicos de actuar que no sean los que taxativamente enumera ese artículo, por lo

artículo 11 de su Código penal es taxativa; para otros<sup>58</sup> el precepto es interpretable de tal manera que da cabida a la aceptación de criterios materiales para fundamentar la posición de garante. El acuerdo común, al menos en la doctrina moderna, estriba en considerar que debe de abandonarse el criterio formal referido.

Así se tiene que, para quienes sostengan que el legislador español en el artículo 11 del Código penal tipificó, de acuerdo con un criterio

que, en su opinión, no existe un *numerus apertus* de posiciones de garantía sino lo contrario. En el mismo sentido POLAINO NAVARRETE, *op. cit.*, p. 306, sostiene que las fuentes legales del deber jurídico fundamentador de la comisión por omisión que se contiene en el artículo 11 del Código penal español <obligación legal o contractual y creación de riesgo por una acción precedente> le resulta un catálogo parco y cerrado de fuentes inadecuado con la moderna dogmática jurídico-penal para solventar los problemas que en ella se originan. COBO/VIVES, *op. cit.*, p. 395, señalan que el legislador español optó por enumerar las fuentes del deber especial (posición de garantía) refiriéndose a las especiales obligaciones legales o contractuales y al riesgo creado por una actuación precedente. De la misma opinión QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, p. 308 y ss., al señalar que la nueva fórmula legal incorpora: c) tres fuentes de origen de la posición de garante: el deber legal, el deber contractual (deberes jurídicos previos), y el deber derivado de la injerencia en la seguridad el bien afectado (deber sobrevenido por peligro causado por el autor). MORALES PRATS, citado por MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 280, sostiene que las fuentes señaladas en el artículo 11 no son ejemplificativas sino taxativas. En el mismo sentido Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, *et al.*, *op. cit.*, p. 153, al señalar que el legislador español se decantó por delimitar las fuentes en base a *consideraciones formales*, cuando exista <una específica obligación legal o contractual>, y no *materiales*.

<sup>58</sup> CEREZO MIR, *loc. cit.*, *Lecciones...*, y *Curso DPG...*, sostiene, sin embargo, un concepto mixto formal-material de la posición de garante al exigir además de la concurrencia del deber jurídico específico de evitar el resultado, la asunción fáctica de la función de protección del bien jurídico, o de control de una fuente de peligro. BACIGALUPO, *Principios...*, pp. 402 y 409, se muestra partidario de la doctrina moderna y sostiene que el artículo 11 del Código penal establece dos niveles: su primer párrafo que se orienta a la *teoría funcional* y otro, el segundo párrafo, que se orienta a la *teoría formal de las fuentes de los deberes*, por lo que frente a esa mezcla incomprensible, considera que en realidad dicho precepto, más que *contradictorio es repetitivo*: en el segundo párrafo se repite parte de lo que se establece en el primero; además, cuando el artículo 11 del Código penal señala las tres fuentes formales clásicas del deber de actuar, sólo establece que *en todo caso* se debe reconocer la existencia de un deber jurídico cuando se dan dichas fuentes, pero no limita los <especiales deberes jurídicos> a la obligación legal, el contrato o el hecho anterior riesgoso. SILVA SÁNCHEZ, *El Nuevo Código...*, p. 68, sostiene que, o bien la enumeración del inciso segundo del artículo 11 del Código penal es ejemplificativa, en cuyo caso aún y cuando en supuestos no sea posible constatar la vulneración del deber legal, contractual o derivado de la injerencia, será posible construir la equivalencia o, que teniendo la enumeración carácter taxativo, en casos de asunción fáctica se da un actuar precedente peligroso doloso. Para MIR PUIG, *op. cit.*, p. 306, el segundo inciso del artículo 11 no debe interpretarse literalmente (<se equiparará>), sino como ejemplificador de supuestos en que puede darse la efectiva equivalencia material que requiere el inciso primero; por ello para el mismo lo que importa es cuando se da esta equivalencia material, para lo cual sostiene deberá de acudir a la teoría de las funciones.

formal, las fuentes de la posición de garante; no deberá ser admisible, en un plano de legalidad, acudir a criterios materiales para fundamentar la misma. Por el contrario, los que sostienen que en el referido artículo el legislador asumió la teoría funcional, aceptarán acudir, *además de las fuentes formales clásicas previstas*, a criterios de orden material para fundamentarla. Así se tiene que la doctrina penalista española se cierne en esta discusión, que en todo caso se muestra muy alejada de la realidad mexicana que se comenta.

La no aceptación de la teoría del deber jurídico como fundamentadora de la posición de garante basado en fuentes formales, se debe a que, al paso del tiempo, quedaron demostrados los defectos de la misma,<sup>59</sup> lo que dio lugar a que en su corrección surgiera la denominada teoría de las funciones atribuible a Kaufmann, a la que se suele identificar como la moderna doctrina y para la cual la posición de garante ha de determinarse con criterios materiales, es decir, en la relación funcional *materialmente* existente entre el sujeto y el bien jurídico.<sup>60</sup> Así, por ejemplo, Wessels,<sup>61</sup> siguiendo a Kaufmann reduce la situación de garantía conforme a criterios materiales a dos po-

<sup>59</sup> De la misma se señaló que no consideraba el contenido del deber jurídico. Así véase a BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 216, que en crítica a la *teoría del deber jurídico* destacan que, al fundar exclusivamente en fuentes <formales el deber de actuar sin considerar la legitimidad material de la fuente y sus límites. Así, por ejemplo no podía fundamentar el deber de actuar entre novios o entre tío y sobrino no obstante vivir bajo el mismo techo al no existir entre ellos obligación contractual ni legal. Por otro lado fundamentaría la posición de garantía y consiguiente responsabilidad entre cónyuges aunque no divorciados si separados por mucho tiempo, incluso siendo incapaces de reconocerse en la calle. Vid. Crítica a la teoría formal de las fuentes del deber, en BACIGALUPO, *Principios...*, p. 398.

<sup>60</sup> MIR PUIG, *ibid.*, p. 306. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *loc. cit.* La teoría de las funciones se planteó una fórmula que fundamentaría el deber jurídico de actuar a partir de la vinculación real concreta del sujeto con el bien jurídico en peligro. BACIGALUPO, *Principios...*, p. 399 y ss., siguiendo a KAUFMANN señala que esta teoría que vino a reemplazar a la teoría de las fuentes formales, procura explicar materialmente los fundamentos de la posición de garante, siendo que la *posición de garante* se caracteriza en la moderna teoría funcional según la *función defensiva o protectora del omitente* respecto del bien jurídico. *Por un lado* el sujeto omitente debe ocupar una posición de *protección de un bien jurídico contra todos los ataques (función de protección de un bien jurídico)* que pudiera sufrir, cualquiera sea el origen de los mismos. *Por otra parte* la posición de garante puede consistir en la *vigilancia de una determinada fuente de peligro* en relación a cualquier bien jurídico que pueda ser amenazado por ella (*función de vigilancia de una fuente de peligro*), cursivas en texto original.

<sup>61</sup> Johannes WESSELS, *Derecho penal. Parte general*. Exposición del texto legal reformado en vigor desde el 1/1/1975. Trad. de la 6a. ed. alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 215 y ss.

siciones fundamentales: a) deberes especiales de protección respecto de bienes jurídicos determinados, que suele llamarse por igual deberes que consisten en una función de protección de un determinado bien jurídico, y b) responsabilidad por causas determinadas de peligros o función de control de una fuente de peligro.

Las clasificaciones doctrinarias respecto de los criterios materiales fundamentadores de la posición de garante<sup>62</sup> son diversas, aunque esencialmente coincidentes. Con el desarrollo de la teoría funcional de las fuentes del deber ocurre que se han ido incrementando los criterios materiales a considerar para la fundamentación de la posición de garantía, lo que implica una notoria expansión de la posición de garante. Ello conduce a que, cada vez más, sobre una constatación que parece ser menos jurídica de la posición de garante (*pues los criterios son extrajurídicos*), se amplíe el ámbito de punibilidad de tipos penales que están destinados, en principio a la punibilidad de conductas activas. Así, al faltar principios firmes y delimitados, el campo de aplicación de la comisión por omisión se extiende en forma galopante; de ahí que a esa ampliación incontrolada de las fuentes de la posición de garante por su capacidad expansiva, Welzel<sup>63</sup> la refirió como <mancha de aceite>.

<sup>62</sup> Entre otras, vid. MIR PUIG, *op. cit.*, p. 309 y ss., anota, como supuestos de posición de garante: a) *Función de protección de un bien jurídico*. En donde quedan comprendidos: a) La existencia de una estrecha vinculación familiar, en la que debe concurrir una efectiva *dependencia absoluta* con respecto de otra, *asumida* por parte de ésta. b) La comunidad de peligro. c) La asunción voluntaria de una función de protección. d) Deber de control de una fuente de peligro, incluyendo aquí: a) El actuar precedente. b) El deber de control de fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio. c) La responsabilidad por conducto de otras personas. *Cursivas en texto original.* BACIGALUPO, *Principios...*, p. 406 y ss., propone las siguientes formas en que aparece la posición de garante: a) *Posición de garante derivada de los peligros que genera la propia organización de la actividad del omitente*, dentro de la cual incluye: I. La *vigilancia de los peligros creados por las propias acciones u omisiones*, conocidos como casos de <<injerencia>> II. *Deberes de auxilio o salvamento* generados por las acciones peligrosas realizadas. III. *La libre aceptación de una función de protección o de seguridad por parte del omitente.* b) *Posición de garante derivada de la posición institucional del omitente.* Se incluyen aquí los deberes de garante que surgen de una *posición familiar*; también los que surgen de una *especial relación de confianza*; los casos de *comunidad de peligro* y de *comunidad de vida*; así como los deberes que surgen en el ámbito de los *deberes estatales.* BUSTOS/HORMAZÁBAL, *op. cit.*, p. 216 y ss. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, *op. cit.*, p. 16 y ss., sostiene que las fuentes de la calidad de garante se pueden concentrar en dos clases: 1) garante de un bien jurídico y 2) garante del control de una fuente de peligro.

<sup>63</sup> Citado por GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 259 y 283.

Esta expansión de las fuentes de posición de garante, no sólo se debe a la relajación de lo que hay que entender por deber de evitar el resultado derivado de la ley o del contrato, sino por el nacimiento de nuevos criterios que se añaden a los tradicionales.<sup>64</sup>

Frente a este fenómeno, un sector de la doctrina española como medio para hacer frente a esa expansión se ha manifestado por exigir una identidad o equivalencia estructural entre el comportamiento activo y omisivo,<sup>65</sup> de lo cual, la existencia del delito omisivo impropio dependería de la concurrencia de esta identidad o equivalencia estructural. Silva Sánchez<sup>66</sup> sostiene que entre acción y omisión se da una identidad estructural desde el punto de vista normativo, cuando el sujeto ha asumido de un modo fáctico, el compromiso específico de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan un bien jurídico ajeno y vulnera el compromiso adquirido. Por su parte, como otro criterio limitador, Gimbernat<sup>67</sup> ha propuesto uno al que suele identificarse como teoría del deber de vigilancia de un foco de peligro preexistente. Esta teoría, sin embar-

<sup>64</sup> Vid. GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 287 y ss.

<sup>65</sup> Vid. una referencia en BUSTOS/HORMAZÁBAL, *ibid.*, p. 219 y ss. En contra de esta postura se muestra CEREZO MIR, *Curso DPG...*, p. 268 y ss., considera que no puede existir identidad estructural o material, ni en el plano ontológico ni en el plano normativo entra la comisión por omisión y las conductas activas correspondientes, pues en el plano ontológico la omisión es la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba. Además, la omisión y la acción son dos formas de conducta humana diferentes por lo que no es posible formular un concepto genérico que las englobe a ambas. En la omisión no hay ni causalidad ni voluntad de realización en la acción y esta diferencia ontológica repercute en la estructura de los tipos y en el contenido del injusto. *Entre la omisión y la acción correspondiente sólo cabe establecer una relación de equivalencia, pero no de identidad normativa.* *Cursiva en texto original.*

<sup>66</sup> *El delito de omisión...*, p. 369 y ss.

<sup>67</sup> *Causalidad, omisión e imprudencia* en ADP, 1994, p. 54 y ss., elabora su teoría teniendo como elemento nuclear de ésta al foco de peligro preexistente, surgiendo de su preexistencia los deberes de control del riesgo y la posible imputación de la lesión del bien jurídico al encargado de dicho control, cuando dolosa o culposamente ha omitido impedir la desestabilización del foco de peligro lícito preexistente. Así, la equivalencia entre acción y omisión se hacen intercambiables a partir de comprobar la preexistencia de un foco de peligro que es lícito mientras permanezca dentro del ámbito de un riesgo permitido pero que deviene en ilícito si dicho riesgo sobrepasa ese ámbito por la no intervención, dolosa o imprudente del que tiene la obligación de controlarlo. Bajo esta perspectiva, se consigue, al exigir que preexista un foco de peligro lícito, una reducción del ámbito de los delitos de omisión impropia, pues cuando no hay foco de peligro preexistente al no poder haber nadie encargado de vigilarlo, en estos supuestos no podría sancionarse por omisión impropia.

go, a decir de Bustos/Hormazábal, si bien logra ofrecer una fórmula de trabajo que permita poner un límite a la fuerza expansiva de las fuentes materiales de la posición de garante, presenta por contrapartida algunos puntos confusos.<sup>68</sup>

En México se aprecia en forma reciente una tendencia cada vez mayor de reforma a los códigos penales y, en ella, un abandono del criterio formal para la determinación de las fuentes fundamentadoras de la posición de garante.<sup>69</sup>

## 2. La equivalencia de la omisión a la acción según el sentido del texto de la ley

Como se ha señalado, el legislador mexicano no refiere en el Código penal federal que la omisión deba equivaler a la acción según el sentido del texto de la ley, tal y como lo refiere el legislador español. La falta de previsión de esa cláusula para Cerezo<sup>70</sup> constituye un desacierto. La observación me parece acertada, pues la no previsión de una cláusula de equiparación de la omisión a la acción <según el sentido del texto de la ley o según el injusto penal del correspondiente delito de acción> no puede dejarse a interpretación si no se quiere

<sup>68</sup> *Op. cit.*, p. 221 y ss., así cuestionan por vía de ejemplo siguiendo el caso del marido propuesto por GIMBERNAT, en que su esposa sufre un ataque súbito del asesino y aquél no interviene, lo que propone sancionar como omisión simple, entonces ¿qué pasaría si la mujer asesinada con ese ataque súbito ha estado previamente amenazada de muerte mediante anónimos? En opinión de estos tratadistas el problema debe resolverse a partir de una propuesta de interpretación del artículo 11 del Código Penal.

<sup>69</sup> Así se anuncia un nuevo Código penal para el Distrito Federal que ya fue aprobado por la Asamblea Legislativa de la ciudad de México recientemente, el cual aún no ha sido oficialmente publicado y del que se espera un periodo de *vacatio legis* no muy prolongado. Aquí se observa que la legislación penal del Distrito Federal que durante muchos años fue coincidente con la federal y que por lo mismo contenía el artículo 7 aludido, se aparta del mismo para prever hoy una nueva fórmula en su artículo 16 que incorpora criterios materiales para fundamentar la posición de garante. Esta tendencia puede también observarse en un proyecto aún en sede del Congreso de la Unión de nuevo Código penal federal cuyo destino es todavía incierto y que se orienta a incorporar criterios materiales para fundamentar la posición de garante, aunque debe señalarse que en ambos casos ya se prevé una cláusula de equiparación de la omisión respecto de la acción.

<sup>70</sup> *Curso DPG...*, p. 267, nota de pie 57, al señalar que, resulta criticable que en la regulación de los delitos de comisión por omisión en el Código penal federal mexicano (párrafo segundo del art. 70), el subrayado es mío, y el brasileño (art. 13) no se incluya el requisito de la equivalencia de la omisión y la acción desde el punto de vista del contenido de lo injusto, junto al de la posición de garante.

mantener abierta la puerta a la inseguridad jurídica, ya que la determinación de cuándo se da esa equivalencia entre omisión y acción no puede sino quedar en manos del legislador. No se trata de un problema de interpretación, sino de legalidad expresa. Olga Islas,<sup>71</sup> al comentar la reforma penal mexicana que incluyó por vez primera una norma sobre la comisión por omisión y la inclusión de la calidad de garante, si bien acepta un avance, así como que la laguna preexistente hasta antes de dicha reforma de 1994 quedara colmada, destaca lo poco afortunado de la misma, entre otras razones, por guardar silencio sobre la necesaria equivalencia que debe haber entre la eficacia de la inactividad y la eficacia de la actividad descrita en el tipo.

Ocurre así que en México, al dejar en manos de la interpretación el determinar cuándo es que la omisión equivale a la acción para afirmar la existencia de un delito de comisión por omisión, no encuentra límite alguno permitiéndose con ello una clara ampliación del ámbito de la punibilidad en los delitos de resultado,<sup>72</sup> pues parece claro que de manos de la interpretación los operadores del sistema judicial en México están habilitados, sin mayores límites que la posición de garante del autor y la presencia de una fuente que fundamente su deber de actuar, para analizar la posibilidad de atribuir responsabilidad en comisión por omisión en esos supuestos, cuando lo que debiera ser, es sancionar esta clase de delitos por vía de excepción. El peligro es aún mayor, cuando se está particularmente frente a casos en los que la acción omitida no se equipara al delito cometido mediante un comportamiento activo,<sup>73</sup> pues como el legislador penal federal mexicano no previó la necesaria equivalencia entre omisión y acción acorde con el injusto, puede llegarse incluso a afirmar aquí la comisión por omisión bajo una interpretación absurda que esconda detrás una verdadera integración de la ley penal.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> *Op. cit.*, p. 1249.

<sup>72</sup> *Vid. Supra*, p. 8 y nota de pie 30. En México, previo a la reforma penal de 1994, la doctrina y los tribunales al no existir norma reguladora de la comisión por omisión, centraban el debate en los delitos contra la vida y la integridad corporal.

<sup>73</sup> CEREZO MIR, *Curso DPG...*, p. 227, expone como claros ejemplos de ello al guarda de seguridad contratado que no evita, pudiendo hacerlo, la comisión de un robo o al padre que no impide, pudiendo hacerlo, que violen a su hija; no realizan una conducta equivalente a la comisión de esos delitos de robo y violación mediante una conducta activa.

<sup>74</sup> Me parece que, sin la necesaria equivalencia entre omisión y acción exigible para la comisión por omisión, no es factible tenerla por afirmada ya que esa equivalencia, atendien-

En España, para Cerezo,<sup>75</sup> el que la omisión sea equivalente a la acción <<según el sentido del texto de la ley>> en un delito de resultado, quiere decir que lo sea de acuerdo con el contenido de lo injusto específico del correspondiente delito de acción. En igual sentido, Bacigalupo sostiene que el que la omisión deba ser equivalente a la acción, implica entonces que la omisión debe corresponder a la producción activa del resultado que no se evitó, de ahí que, si la acción típica tiene determinadas características o modalidades la omisión debe ser el correlato de la acción.

Bustos/Hormazábal, de acuerdo con el artículo 11 del Código penal español, sostienen que la equivalencia entre acción y omisión sugiere un juicio valorativo de equivalencia, en el que la valoración de la misma exige una interpretación armónica de los dos párrafos del precepto. Así, habrá que realizar un juicio valorativo de equivalencia entre el comportamiento omisivo y la acción prohibida y otro que versará sobre el deber jurídico de evitar el resultado. Por ello, no basta con comprobar que existe una posición de garante fundada en cualquiera de las tres fuentes que refiere el artículo 11 para afirmar la equivalencia entre acción y omisión, sino que, para ello el juicio parte no de la equivalencia entre una acción y una omisión, sino de la equivalencia entre dos acciones, es decir, entre la acción hipotética salvadora del bien jurídico y la acción antinormativa contenida en el tipo de acción.<sup>76</sup> Respecto del juicio sobre el deber jurídico, señalan que no se agota con la comprobación formal de un deber de actuar por considerar que éste se fundamenta materialmente en un proceso de riesgo en desarrollo para el bien jurídico, respecto del cual surge un mandato de actuar para ciertas y determinadas personas de evitar que ese riesgo se concrete en afección prohibida para el bien jurídico, por lo que, mientras ese proceso de riesgo no exista, aun cuando

do al principio de legalidad debe encontrarse prevista en ley, pues se trata de un comportamiento que se tiene como punible "evitar la producción del resultado según el sentido del tipo de injusto del delito de acción que corresponda".

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>76</sup> *Principios...*, p. 411.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, p. 223 y ss.

<sup>78</sup> Esta afirmación la sustentan de invocar el *principio de inversión* formulado por KAUFMANN, según el cual, tratándose de omisión, los aspectos esenciales de la misma deben plantearse en forma *inversa* a como han sido tratados en los delitos de acción.

el sujeto esté obligado por ley o contrato,<sup>79</sup> no surge la obligación de actuar para evitar el resultado.

La abierta discusión en la doctrina penalista española respecto del sentido de la cláusula de equivalencia prevista en su Código penal, así como de la necesidad de poner límite a la expansión de la posición de garante debida a los criterios materiales que se vienen desarrollando, son signo claro que ni aun en el derecho penal español la inclusión de la cláusula de equivalencia mencionada ha venido a traer solución final en el ámbito de la legalidad a la problemática de los delitos de comisión por omisión. Qué decir de la legislación penal federal mexicana en que tal equivalencia cae en manos de la interpretación escondiendo debajo un problema de legalidad.<sup>80</sup>

#### IV. ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN DOLOSOS

Los tipos de comisión por omisión se estructuran de la siguiente manera: *a)* el deber jurídico se dirige sólo a quien tiene la calidad de garante, pues no cualquiera tiene el deber de actuar; *b)* el deber es de evitar el resultado material, pues la omisión no produce resultado alguno; *c)* el sujeto activo debe tener la calidad de garante; *d)* el dolo abarca el querer no evitar el resultado material, y *e)* el tipo describe un resultado material.

A decir de Mir Puig,<sup>81</sup> el tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura: *a)* situación típica; *b)* ausencia de la acción determinada; *c)* capacidad de realizarla; pero completada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la *posición de garante*, la *producción de un resultado* y la *posibilidad de evitarlo*. La posición de garante integra necesariamente la situación típica (*a*) de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados. A la ausencia de acción determinada (*b*) debe seguir en ellas la producción de un resultado. Y la capacidad de acción (*c*) debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado.

<sup>79</sup> Para ellos, el legislador español estableció un *numerus clausus* de fuentes fundamentadoras de la posición de garante. *Vid. Supra* p. 18, nota de pie 57.

<sup>80</sup> *Vid. Supra* nota de pie 74.

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p. 305.

Señala Welzel<sup>82</sup> que la estructura de los delitos de omisión impropios coincide con la de los propios, pero su sello especial se lo da la característica de autor de la posición de garante. Siguiendo a Cerezo,<sup>83</sup> éstos se estructuran con los siguientes elementos:

- a) *Una situación típica.* Ello implica la presencia de un *peligro de producción inminente* de un resultado delictivo correspondiente al tipo del delito de acción. La referencia a que se trate de un <peligro de producción inminente> parece más aceptable que el sostener sea necesaria la producción de un resultado,<sup>84</sup> en el sentido de lesión al bien jurídico, ya que no es lo mismo que ya se hubiere causado efectiva lesión a éste, a que sea inminente que ello ocurra, pues de ser así no habría resultado por evitar. Para que exista capacidad de acción en sujeto garante se requiere el conocimiento concreto de la situación típica.<sup>85</sup>
- b) *La no realización de una acción que tiende a evitar el resultado.* Como se ha señalado, en los tipos de comisión por omisión el resultado no se produce por la inactividad, sino por causa externa al sujeto, que tan sólo se limita a no interferir en el proceso que culmina en el resultado material, o sea, no evita ese resultado.<sup>86</sup> Por el contrario, si el sujeto garante actúa para impedir que el resultado se produzca no habrá comisión por omisión dolosa,<sup>87</sup> pero podrá haberla imprudente si la no evitación del resultado deviene de la inobservancia del deber de cuidado objetivamente debido al planear o realizar la acción tendiente a salvar el bien jurídico.<sup>88</sup>
- c) *El sujeto garante debe contar con capacidad de realizar la acción tendiente a evitar que se produzca el resultado.* Ello implica que el sujeto garante debe contar con capacidad psicofísica para actuar. Quien está impedido físicamente para actuar (quien

se encuentra atado o encerrado) no estará bajo el supuesto de la comisión por omisión. Sin embargo, quien se encuentra impedido físicamente, pero con posibilidad de acudir a otro para evitar el resultado, de no hacerlo, caería bajo el supuesto de dicho tipo de delitos. Para determinar si el sujeto pudo haber actuado y evitar la producción del resultado, se hace necesario un juicio causal hipotético para responder si el autor hubiera podido evitar el resultado de haber actuado, bastando una probabilidad rayana en la certidumbre que el sujeto pudiera haber evitado que el resultado se produjera si hubiera actuado.<sup>89</sup>

- d) *Que exista posición de garante.* Como se ha señalado, la exigencia de evitar el resultado en la comisión por omisión, se dirige a quien tiene la capacidad y el deber jurídico de actuar precisamente para evitar que se produzca. Sin posición de garante no existe receptor del mandato de evitar y no puede tener lugar la comisión por omisión.<sup>90</sup> Tampoco basta con conocer que se es garante, sino que, además, el deber de garantía sólo se admite en la medida que el sujeto es capaz de impedir el resultado.<sup>91</sup> El deber jurídico de actuar del garante se fundamenta en fuentes formales taxativamente dadas por el legislador federal mexicano y por el español<sup>92</sup> aunque para Cerezo deba exigirse además la *asunción fáctica* por el omitente de la función de protección del bien jurídico o de control de la fuente de peligro.<sup>93</sup>
- e) *Equivalencia de la acción a la omisión según el sentido del texto de la ley.* Para la comisión por omisión, según el legislador español, no basta que el sujeto se encuentre en posición de garante teniendo el deber jurídico de actuar derivado de una ley, contrato o de su actuar precedente; sino que además se requiere que <la omisión equivalga a la acción>, según el contenido del injusto penal del correspondiente delito de acción.<sup>94</sup> En el caso

<sup>82</sup> *Op. cit.*, p. 250.

<sup>83</sup> *Vid. Curso DPG...*, p. 269 y ss.

<sup>84</sup> En este sentido entre otros *Vid. WELZEL, op. cit.*, p. 250 y BACIGALUPO, *Principios...*, p. 402.

<sup>85</sup> BACIGALUPO, *Delitos impropios...*, p. 125 y ss.

<sup>86</sup> *Vid. Supra* nota de pie 36.

<sup>87</sup> *Cfr WELZEL, loc. cit.*, para quien se requiere el garante debe haberse esforzado seriamente.

<sup>88</sup> CEREZO, *Curso DPG...*, p. 269 y ss.

<sup>89</sup> CEREZO, *ibid.*, p. 270.

<sup>90</sup> *Vid. Supra* nota de pie 38.

<sup>91</sup> BACIGALUPO, *Delitos impropios*, p. 127.

<sup>92</sup> *Vid. Supra* nota de pie 54, para el caso del legislador penal federal mexicano y notas de pie 57 y 58 para el caso de España.

<sup>93</sup> *Vid. Supra* nota de pie 58.

<sup>94</sup> *Vid. Supra* notas de pie 23 y 24, respecto a la incorporación de la cláusula de equivalencia al Código penal español y p. 320 y ss., sobre su interpretación.



del legislador penal federal mexicano, éste no previó, al incorporar la norma general sobre la comisión por omisión en el artículo 7 del Código penal, una cláusula de equivalencia entre la omisión y la acción que resulta del todo necesaria para este tipo de delitos; de ahí que aquélla se hubiere dejado en manos de la interpretación propiciando así un problema de legalidad frente al vacío que se produce al no haber sido incorporada en ley,<sup>95</sup> pues resulta que si se ha de sancionar penalmente una omisión como equivalente a una acción de un tipo de delito de acción, para dar lugar a la llamada comisión por omisión, esta forma de comportamiento, si no se encuentra expresamente determinada en el tipo de acción correspondiente, exige a lo menos, que su equivalencia sea precisada en la ley misma.

f) *El dolo*. Ya sea directo o eventual, presupone en el sujeto garante: a) el conocimiento de la situación típica, o sea, de la inminente producción del resultado,<sup>96</sup> y b) conocer el modo de evitar el resultado<sup>97</sup> y el conocimiento de que se es garante.<sup>98</sup>

Para Olga Islas,<sup>99</sup> en los delitos de comisión por omisión dolosos, el dolo directo se configura de la siguiente manera: conocer y querer

<sup>95</sup> *Vid. Supra* p. 294 y ss.

<sup>96</sup> WELZEL, *op. cit.*, p. 251. En igual sentido, CEREZO, *Curso DPG...*, p. 270.

<sup>97</sup> CEREZO, *Curso DPG...*, *loc. cit.*, estima debe tratarse de un conocimiento efectivo. En contra, WELZEL, *loc. cit.*, quien sostiene basta la posibilidad del sujeto de conocer el modo de evitar el resultado. En el mismo sentido, *Vid. BACIGALUPO, Principios...*, p. 403.

<sup>98</sup> *Vid. Supra* nota de pie 38.

<sup>99</sup> *Op. cit.*, p. 1243, no desconoce claro está, que el dolo directo y el eventual se relacionan con la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal, pues señala que para que haya dolo, se requiere, ineludiblemente, conocer la concreción de todos y cada uno de los elementos objetivos no valorativos que integran el tipo. Uno de ellos, la calidad de garante. El Código penal federal mexicano establece en su artículo 9 que: *Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley*. MORENO, *op. cit.*, p. 186 y ss., al comentar las reformas al Código penal del año de 1994 respecto del dolo señala que la reforma precisa lo que debe entenderse por una conducta dolosa estableciéndose los alcances que deben tener sus elementos, como es el caso del aspecto "cognoscitivo", que debe referirse a todos y cada uno de los elementos del tipo penal; debiéndose entender que tales elementos que han de ser abarcados por el conocimiento son fundamentalmente elementos de carácter "objetivo" quedando fuera la llamada conciencia de antijuridicidad y que, además del aspecto cognoscitivo, el artículo en cuestión señala también lo relativo al aspecto "volitivo", cuando dice "quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley" con lo que posibilita distinguir lo que teóricamente se ha dado en llamar "dolo directo" y "dolo eventual". Comillas en texto original.

no evitar el resultado material, y el dolo eventual se configurará al conocer y aceptar la no evitación del resultado material.

## V. LA ANTIJURIDICIDAD

Si concurre una causa de justificación,<sup>100</sup> la conducta típica en los delitos de comisión por omisión dolosos no será antijurídica.

## VI. LA CULPABILIDAD

Se admite, con posición doctrinaria mayoritaria, que el dolo y la culpa no han de ser estudiados a nivel de culpabilidad.<sup>101</sup>

Aceptando la correcta ubicación sistemática del dolo y culpa fuera de la culpabilidad, para ésta quedará el elemento intelectual de la reprochabilidad que vendrá dado en los delitos de comisión por omi-

<sup>100</sup> Es claro que un comportamiento típico no será antijurídico si está justificado en términos de ley, así, siendo lícita la conducta que se ampara en una causa de justificación, no habrá responsabilidad penal ni civil. Éstas están previstas en el artículo 15 del Código penal federal que contiene las que denomina como causas de exclusión del delito, entre ellas las causas de justificación de legítima defensa, estado de necesidad (si el bien sacrificado es de menor entidad), el consentimiento (si no es caso de atipicidad), el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho consignado en ley.

<sup>101</sup> Sin embargo, en México es aún posición importante la que sostiene que éstos son elementos de la culpabilidad, lo que para quienes así lo consideran, para tener por satisfecho ese elemento del delito deberán abarcar al dolo y/o la culpa. Sobre todo, la discusión se acentúa por el gran número de códigos penales de la República Mexicana, cuyos autores suelen, por lo general, mantener posturas doctrinarias diferentes. Con motivo de la reforma penal de 1994 que se comenta, a la que se asoció una reforma procesal y otra constitucional, se abandonó la idea del cuerpo del delito que por muchos años regía en la legislación penal mexicana, para dar paso a la de los elementos del tipo penal del delito imputado. Con esta base y porque así se previó en ley, dolo y culpa pasaron a ser estudiados a nivel de tipo lo que ya de antaño era conquista del derecho penal y se tenía como una discusión agotada. La reforma en comento ha dado impulso a este pensamiento que cada día cobra más adeptos. Respecto a la misma *Vid. MORENO, op. cit.*, p. 214 y ss. Cabe mencionar que por reforma constitucional del año de 1996 se ha abandonado la idea de los elementos del tipo penal del delito imputado y vuelto a la del cuerpo del delito, reforma que ha repercutido en el ámbito procesal en donde del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos penales se lee lo siguiente: *Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera.*

sión por el conocimiento o no del sujeto de su deber de actuar.<sup>102</sup> A lo que habrá que agregar que el mismo no obre bajo supuesto de error respecto del mandato,<sup>103</sup> así como que no le sea exigible otra conducta,<sup>104</sup> como tampoco la realización de la conducta tendente a evitar se produzca el resultado.

### VII. LA TENTATIVA

El Código penal federal mexicano,<sup>105</sup> al igual que el español contempla la tentativa acabada como la inacabada. La tentativa inidónea es impune también para el legislador penal mexicano y, desde luego, en casos de delitos impropios de omisión, sólo cabrá la tentativa acabada, salvo se trate de un supuesto de arrepentimiento del autor y siempre y cuando éste realice alguna actividad encaminada a impedir en forma efectiva y definitiva el resultado, pues en este caso la tentativa no es punible. Tampoco es punible la tentativa inacabada, pues en ella se implica el desistimiento del autor.<sup>106</sup>

### VIII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Las diversas formas de intervención para cometer un delito se prevén en el artículo 13 del Código penal federal mexicano. El precepto

<sup>102</sup> El error de prohibición se prevé en la fracción VIII inciso B) del artículo 15 del Código penal federal y, si éste es invencible excluye la responsabilidad penal, pero si es vencible, acorde con el artículo 66 del mismo ordenamiento se atenua la pena.

<sup>103</sup> Éste se contempla para el legislador español en el apartado 3 del artículo 14 del Código penal. Para el legislador penal federal mexicano queda comprendido dentro de la hipótesis genérica del error de prohibición previsto en el artículo 15 inciso B).

<sup>104</sup> Se prevé por el legislador penal federal mexicano como supuesto de inculpabilidad la no exigibilidad de otra conducta en la fracción del artículo 15, por lo que aquí, la excluyente opera en cualquier supuesto en que al sujeto no le sea exigible un comportamiento distinto para la salvaguarda del bien jurídico.

<sup>105</sup> En su artículo 12 párrafo primero se establece: Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer el delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

<sup>106</sup> El párrafo segundo del artículo 12 del Código penal federal mexicano dice: Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Vid. Al respecto MORENO, *op. cit.*, p. 196 y ss.

contempla la autoría única, la coautoría, la autoría mediata, la instigación, la complicidad y la llamada complicidad correspondiente.<sup>107</sup> Dado que quien es capaz de actuar en comisión por omisión requiere ser garante, se considera que sólo en casos de autoría única o de coautoría es posible la comisión por omisión y siempre que la omisión equivalga a la acción en el sentido del correspondiente injusto penal. Para el caso de coautoría, se acepta la comisión por omisión en casos en los que se comparte el deber jurídico de actuar que debe ser ejercitado en conjunto, como en aquellos en que siendo compartido éste deber no sea necesario que deba ser cumplido conjuntamente.<sup>108</sup> No se acepta en caso de autoría mediata en la omisión, pues aquí quien tiene el deber de evitar el resultado es quien es utilizado como instrumento precisamente para que no actúe, no así el hombre de atrás que no es garante. Por otro lado, si el hombre de atrás es garante aun cuando utilice a otro para evitar el comportamiento que le es exigido, de producirse el resultado, como garante responde a título de autor. No cabe en la instigación o inducción, pues quien instiga provoca la resolución delictiva en el autor, sin tener el dominio del hecho, por lo que el inductor realiza un comportamiento activo. Tampoco cabrá la inducción por omisión, pues el inductor se vale de medios activos para persuadir al inducido, como promesas, coacción, violencia, regalos, etc., para que realice el hecho delictivo. Lo mismo en el supuesto de complicidad mediante acción en delito de comisión por omisión, porque el cómplice sólo se limita a favorecer dolosamente un hecho ajeno, pero tampoco tiene dominio del mismo; en todo caso, realiza un comportamiento activo. Por el contrario, en casos de omisión en delitos de comisión por omisión no se comparte la apreciación de Cerezo,<sup>109</sup> al plantear la posibilidad de considerar como autor en comisión por omisión al cómplice <en quien

<sup>107</sup> Dicho artículo establece: Art. 13. Son autores o partícipes del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización. II. Los que lo realicen por sí. III. Los que lo realicen conjuntamente. IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro. V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo. VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión. VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito. VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

<sup>108</sup> Se comparte en todo la postura de CEREZO, *Vid. su Curso DPG...*, p. 272 y ss.

<sup>109</sup> *Vid. Curso DPG...*, p. 274.

recae la calidad de garante>, pues aun siendo así, no parece suficiente para estos delitos dicha apreciación, si la conducta omisa no es equivalente a la de acción exigida en el tipo correspondiente; me inclino porque el sujeto, en todo caso, incluso siendo garante, está en presencia de una participación por omisión en delito de acción y no en estimar como autor de delito de comisión por omisión este supuesto. En el caso de la llamada autoría indeterminada, es factible la comisión por omisión para quien, de ser el caso, sea garante del bien jurídico.

### IX. CONCLUSIONES

1. La situación que se presentaba en la legislación penal española y en la penal federal mexicana, antes de sus reformas que incorporaran una norma reguladora de la comisión por omisión, eran prácticamente las mismas.

2. La experiencia que se vivía antes de la incorporación de dichas normas al texto legal en ambas, era la de una clara actitud limitadora para sancionar delitos en comisión por omisión; sin embargo, resultaba necesario colmar el vacío que existía ante su falta de previsión en ley para salvaguardar el principio de legalidad.

3. En las dos legislaciones y en aras de salvaguardar el principio de legalidad, se optó por la vía de prever una norma en la Parte General del Código penal, resultando más acertada la española al exigir en la misma equivalencia entre la omisión y la acción <según el sentido del texto de la ley>, pues lo cierto es que, siendo esto una exigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* no es posible que tal equivalencia se deje en manos de la interpretación, como lo hizo el legislador penal federal mexicano.

4. Ambas legislaciones fundamentan el deber jurídico de actuar en fuentes formales, a decir, las tradicionales (contrato, ley y actuar precedente) con lo que limitan de manera importante la posibilidad de sancionar en comisión por omisión otros comportamientos que así lo exigen, pero que sustentan el deber de actuar en criterios materiales.

5. Ambas fórmulas propician una amplitud en el campo de la punibilidad para delitos de resultado material en los que antes de la incorporación legal de aquéllas no se pensaba siquiera en ser tratados bajo la óptica de la comisión por omisión; además, generan problemas interpretativos.

6. A pesar de esto, se considera acertada la incorporación al texto legal en ambos de la norma reguladora de la comisión por omisión, destacando que aun cuando ello vino a colmar un vacío, no son del todo afortunadas. En ambos casos, por ampliar el ámbito de la punibilidad en los delitos de resultado material. En el Código penal español, por lo confuso de su previsión que ha dado lugar a las mas diversas interpretaciones por la doctrina, pero que, en el ámbito judicial pueden o no ser asumidas. En cambio, dejar en manos de la interpretación cuando una omisión equivale a la acción para aseverar o no la presencia de un delito impropio de omisión, tal y como lo hizo el legislador penal federal mexicano, mantiene abierta la puerta de la inseguridad violando el principio de legalidad, pues la determinación de esa equivalencia no puede quedar sino en manos del propio legislador.

7. Se considera que la postura acertada que debió ser asumida por ambos legisladores para evitar estos problemas, era de prever un *numerus clausus* sancionando única y exclusivamente la comisión por omisión en casos en los que particularmente y por vía de excepción así lo prevea el legislador.