

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, UNA NUEVA PROPUESTA

Miguel Ángel MANCERA ESPINOSA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Breve panorama histórico legislativo en México.* III. *La figura de la comisión por omisión.* IV. *La figura de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es dar un punto de vista respecto de la nueva regulación que plantea el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuyo texto, a la fecha, se encuentra aprobado en lo general y en lo particular y previa corrección solicitada al jefe de gobierno, será seguramente publicado en julio próximo.

El tema no es fácil, pero esto no es una novedad, pues en el derecho penal, no existen temas sencillos: todos sin excepción pueden alcanzar la profundidad y complejidad que se quiera, por lo que la forma de conducta que se reconoce como comisión por omisión no se exceptúa de lo anterior.

A fin de cumplir con el cometido, primero daremos nota de la incurción legislativa de la figura de omisión impropia en nuestro Código Penal, y posteriormente nos ocuparemos de la estructura que planteaba el código anterior y finalmente de la nueva forma de tratamiento.

II. BREVE PANORAMA HISTÓRICO LEGISLATIVO EN MÉXICO

El Código Penal de 1931, que regía tanto en materia federal como para el fuero común, planteaba, respecto de la forma de presentarse la conducta delictiva la siguiente redacción: “artículo 7o.: Delito es el acto

* Profesor de derecho penal del Instituto Nacional de Ciencias Penales y de la Facultad de Derecho de la UNAM.

u omisión que sancionan las leyes penales.” Es de notarse cómo en el planteamiento de dicho código no está presente una cláusula específica para la comisión por omisión, esto es, la misma se derivaba de la interpretación de los tribunales y del análisis dogmático de dicho numeral, lo que daba lugar a un sinnúmero de objeciones, sobre todo, las que se refieren a una posible vulneración al principio de legalidad, puesto que en realidad el activo que cometía, por ejemplo, la conducta homicida en comisión por omisión, no “mataba” en la forma en que lo reprochaba el Código Penal, por lo que al aplicar en su contra la figura dogmática de comisión impropia, se advertía una utilización de la analogía *in malam partem*, y con ello una vulneración del subprincipio de *lex scripta*.

No fue hasta 1994, que se dio la inclusión expresa de la figura de la comisión por omisión en el cuerpo legislativo que nos ocupa. La exposición de motivos, en la parte que importa, así dio cuenta de ello:

EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA
DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA
EN MATERIA DE FUERO FEDERAL

CÁMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS
México, D.F., 23 de noviembre de 1993
INICIATIVA DEL EJECUTIVO

«Ciudadanos secretarios de la Cámara de Diputados del honorable Congreso de la Unión. Presentes.

Anexa al presente envío a ustedes, por instrucciones del ciudadano Presidente de la República y para los efectos constitucionales, Iniciativa de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Extradición Internacional, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la Ley Federal de Responsabilidades de los servidores públicos, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortu-

ra, de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Reitero a ustedes en esta oportunidad, las seguridades de mi atenta y distinguida consideración. Sufragio Efectivo. No reelección.

México, Distrito Federal, 22 de noviembre de 1993. El secretario, José Patrocinio González Blanco Garrido».

«Ciudadanos secretarios de la honorable Cámara de Diputados del honorable Congreso de la Unión. Presentes...

...II.6.1. Omisión impropia o comisión por omisión. Se propone adicionar un párrafo al actual artículo 7o. del Código Penal, para establecer la base del delito de omisión impropia o también llamado de comisión por omisión. Lo anterior, en virtud de la opinión abundante en la doctrina, de que es violatorio del principio de legalidad el aplicar una pena al que no evita la producción un resultado típico, toda vez que la forma de realización omisiva, con excepción de los casos de omisión propia no está descrita en la Ley. Por otra parte, es característico en este tipo de hechos, que la producción del resultado típico sólo puede ser atribuido al que tenga la “la calidad de garante”, y no a cualquiera, que deriva del deber que tiene una persona en concreto de cuidar o garantizar que determinado bien jurídico no sea lesionado o puesto en peligro. En la fórmula que se propone se señala que dicho deber puede fundarse en la Ley, en un contrato o en el propio actuar precedente del omitente; con lo que se evita la discusión en torno a las fuentes del deber de actuar. Se precisa, asimismo, que esta situación sólo es admisible en los delitos de resultado material...

El texto para el Código Penal fue el siguiente:

Artículo 7o. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

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

Esta es la redacción que ha regido hasta la fecha, tanto en la materia federal como el Código Penal para el Distrito Federal, el que por cierto, fue denominado así a partir de la publicación del Decreto de fecha 17 de

septiembre de 1999, pero no sufrió reforma o adición alguna en torno a la comisión por omisión.

III. LA FIGURA DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

Desde hace tiempo se ha venido hablando en el derecho penal mexicano de las formas de realización del delito en cuanto a la conducta del sujeto, y no existe problema en afirmar que el delito puede ser actualizado ya por una acción o bien por una omisión.¹ Sin embargo, la discusión se presentó en el momento de analizar casos límite en los que se estaba ante un delito de resultado separado, y sin embargo, no existía una acción a la cual reconducir causalmente el mismo para hacer la imputación, pues lo que aparecía en tales supuestos era una omisión, la que sí era directamente causal con dicho resultado. Así, se planteó la posibilidad de hacer responder a los sujetos por aquellos resultados que eran provocados al realizar una acción distinta de la que les resultaba exigible, esto desde el punto de vista dogmático no presentaba, al menos de inicio, mayores problemas que el recurrir a la figura de la comisión por omisión, sin embargo, en realidad no era tan simple desde el punto de vista de la aplicación de la norma, pues al menos en nuestro derecho positivo mexicano, los códigos penales reconocían efectivamente la existencia de un delito cuando un ser humano lo cometía, ya fuera por medio de una acción o bien por medio de una omisión, de lo que resultaba claro que la omisión era aquella que estuviera expresamente prevista por el propio cuerpo legislativo, como sucedía con los casos de abandono de persona entre otros, pero cuando se trataba de supuestos en los que por ejemplo, se producía el resultado muerte, es decir el desvalor de resultado previsto por el tipo de homicidio (el que se reprocha generalmente a conductas realizadas mediante una acción) y de los hechos se advertía que tal resultado había sido producido por una omisión, la dificultad estaba en aceptar que la previsión hecha por el código, en cuanto a que se admita la forma omisiva debía de ser entendida como dable para aceptar también, la comisión por omisión, ya el maestro Mariano Jiménez Huerta daba cuenta del problema cuando señaló:

1 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 20a. ed., México, Porrúa, 1984; Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997; Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, 6a. ed., México, Porrúa, 2000, t. I; Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho penal mexicano*, 14a. ed., México, Porrúa, 1999.

No han faltado, sin embargo, voces discrepantes cuyos ecos no es posible silenciar. Córdova Roda, tras destacar que Silvela había señalado que la omisión sólo tenía valor para constituir delito en aquellos casos especialmente determinados en los preceptos del Código Penal español, desarrolla dicho restricto criterio en la siguiente forma, de especial interés para nosotros dada la semejanza entre el sistema y preceptos del Código Penal hispánico y los de Código de México...²

Esto fue lo que en su momento dio motivo suficiente a que en 1994, el legislador mexicano considerara importante incluir, como ya vimos, la cláusula del segundo párrafo del artículo 7o. del Código Penal que rigió tanto en materia federal como en el Distrito Federal. Es claro que el incluir esta figura en forma expresa vino a facilitar su admisión, sin que ello signifique que no fuera posible, antes de tal incursión, afirmar la existencia de la comisión por omisión, simplemente deja más claro el supuesto de su aplicación, así se advierte de los siguientes criterios de interpretación judicial, que para los efectos que nos ocupan, son de las épocas en la que no existía la mención expresa de la figura en estudio, veamos:

OMISIÓN. INDEBIDA ESTIMACIÓN DE UN HECHO POSITIVO COMO. No constituye entidad jurídica independientemente, la supuesta comisión por omisión de un agente, porque al inducir a otro a ejecutar un homicidio y transmitirle oralmente su pensamiento, realizó una autentica comisión por acción que, vincula a otras actitudes positivas del sujeto, vino a ser aquella una de las etapas del *inter criminis*, revelando su participio y por ende su responsabilidad.

Amparo núm. 5500/54/2a. Quejoso: Delfino Vargas Vergara. 7 de marzo de 1956. Unanimidad de 5 votos. Ministro: Agustín Mercado Alarcon. Secretario: Rubén Montes de Oca. Instancia: primera sala. Fuente: informes. Quinta época. Informe 1956. Tesis aislada, p. 64.

IMPRUDENCIA. FERROCARRILEROS. La sola concurrencia de un resultado antijurídico, como consecuencia de la violación del Reglamento de Transportes de los Ferrocarriles Nacionales de México, hace surgir la reprochabilidad de la conducta y del resultado, lo que constituye la consecuencia de un juicio normativo de carácter subjetivo sobre el hecho realizado. La fundamentación de tal juicio de reproche está en la violación de un deber jurídico, ya de obrar o de abstenerse, o de ambos a la vez (delitos de comisión por omisión), motivada por la desatención o falta de interés en la observancia del propio reglamento. Es evidente que si no se hubiera producido un resultado antijurídico, la violación del reglamento, por sí misma sería intras-

2 Jiménez Huerta, *op. cit.*, p. 131.

cidente para el derecho, ya que la violación del deber no habría traído como consecuencia la violación de normas prohibitivas, como son las contenidas en el ordenamiento penal; por lo tanto, expresando a la inversa tal razonamiento, la producción de un resultado antijurídico genera la culpa en quien, en forma activa u omisiva, viola el deber contenido en las normas preceptivas y prohibitivas.

Amparo directo 6619/58. Baldomero Berino Rangel. 18 de agosto de 1959. Cinco votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. Instancia: primera sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta época. Vol. XXVI, segunda parte. Tesis aislada, p. 84.

RESPONSABILIDAD PENAL. NEXO CAUSAL. El hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta, por su parte, puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo qué causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta, pues, suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la conditio sine qua non, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad.

Amparo directo 6619/58. Baldomero Berino Rangel. 18 de agosto de 1959. 5 votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. Tesis relacionada con Jurisprudencia 228/85. Instancia: primera sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta época. Vol. XXVI, segunda parte. Tesis aislada, p. 134.

Antes de seguir el análisis de esta forma de realización de la conducta, me parece necesario advertir respecto a la denominación de tal forma comisiva.

En efecto, los delitos que presentan un resultado separado, y respecto del cual no existe una imputación a una conducta de acción, sino a un no hacer una determinada conducta esperada por la norma, en virtud de un especial deber jurídico de actuación, se puede encontrar denominados de diferente manera, ya como delitos de comisión por omisión o bien delitos de omisión impropia, en el primer caso se trata de una influencia del derecho francés y en el segundo de la línea dogmática alemana,³ lo cierto es que no existe a la fecha claridad en cuanto a la manera de denominarlos, pero lo que sí existe es una tradición jurídica que los incluye y reconoce; podemos decir que con tales denominaciones se trata de advertir una distinción con aquellos tipos que son equiparados a los de mera actividad, y que plantean ya de su suyo una subsunción típica en el mismo momento de omitir, sin que el resultado que pudiera presentarse después, forme necesariamente parte del tipo, como pasa con los supuestos de las llamadas omisiones puras o simples, o también llamadas omisiones propias.

Pues bien, veamos ahora como se planteó legislativamente, en el Código Penal entonces de aplicación federal y para el Distrito Federal, la inclusión de estas llamadas conductas de comisión por omisión.

IV. LA FIGURA DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

La nueva forma de presentar a la comisión por omisión en el Código Penal para el Distrito Federal, en el título segundo, capítulo I, será la siguiente:

Artículo 16. En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

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

3 Silva Sánchez, Jesús María, *El delito de omisión, concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 317.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia.
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza.
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico.
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

Según hemos venido advirtiendo, los problemas que se presentan en la regulación que de la figura de la comisión por omisión que ha regido para el Distrito Federal van desde la incursión del concepto de garante⁴ (*Garantengebotstatbestände*:⁵ tipos preceptivos de garante) hasta la corriente dogmática adoptada para determinar la fuente de dicho tipo, por lo que sin duda será conveniente conocer cuando menos dos maneras distintas de distinción de la posición de garantía.

La necesidad de incluir la posición de garante deriva de la posibilidad de que no evitar el resultado pudiera equivaler a la causa directa por vía de acción. Así que una vez aceptado esto, será fundamental señalar de dónde deriva ese deber de cuidado para el bien jurídico, concretamente atribuible a un sujeto en lo particular. Tenemos dos posibles respuestas: una sería el recurrir a la teoría formal del deber jurídico (Baumann, Maurach, Welzel, Jiménez de Asúa, Rodríguez Devesa) y que tiene como resultado el planteamiento de las fuentes formales de la posición de garante, tales como la ley, el contrato y el actuar precedente; y la otra opción es la de recurrir a la teoría de las funciones (Armin Kaufman), se trata de dar un soporte material a la relación entre el sujeto obligado a la protección y el bien jurídico objeto de tal protección.⁶

La experiencia de los tribunales en los que se han aplicado las fuentes formales de la posición de garante ha demostrado que ello presenta diversas dificultades, consistentes básicamente en el rigor con el que impone la

4 Vale la pena recordar que la posición de garante no es un elemento de autoría exclusivo de los delitos de comisión por omisión, pues puede presentarse en los delitos que se exige evitar un resultado el sujeto obligado es garante. Véase Bacigalupo, Enrique, *Principios de derecho penal*, parte general, 3a. ed., akal/iure, Madrid, 1994, p. 263.

5 La traducción es de Silva Sánchez, *op. cit.* p. 363.

6 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 4a. ed., PPU, Barcelona, 1996, p. 305.

posición de garantía, la cual en muchos de los casos no sólo parece exagerada, sino incluso injusta, así no basta con que el padre tenga un deber derivado de la ley para que responda por cualquier daño que pudiera evitar respecto de la vida de su hijo, así como tampoco que se firme un contrato puede ser la razón suficiente para hacer garante a alguien sin mayor parámetro valorativo.⁷

Estas mismas objeciones resultarían aplicables al concepto que de la posición de garante tenemos hasta nuestros días, pues como seguramente el lector lo ha advertido, éste es el sistema adoptado en la reforma de 1994.

Por lo que toca a las fuentes materiales, sólo diremos que éstas se plantean en dos grupos principales:

1. Deberes de protección relativos a determinados bienes jurídicos.
2. Función de control de una fuente de peligro.

En la primera clase de fuentes del deber jurídico se incluyen a los casos de vinculación familiar, estrechas relaciones comunitarias y asunción voluntaria, y en los segundos deberes de control que se encuentran bajo el dominio del garante, deberes en relación con la actuación de terceros y finalmente, deberes derivados de un actuar precedente.

Como podemos advertir, en las fuentes materiales sólo se conserva a la injerencia (actuar precedente), la que por cierto ha sufrido fuertes críticas debido a que se advierte como una reminiscencia del *versari in re illicita*, en este tema se reconoce, en la dogmática, la necesidad de comprobar, además de la conducta que origine la creación del riesgo, la ausencia del caso fortuito o de un actuar precedente de la víctima contrario al derecho, o generador de una situación justificante para la actuación del garante en contra del cuidado, o incluso podría hablarse de la autopuesta en peligro imprudente o dolosa, sin embargo, tal y como hemos visto, la reforma propone sostener una responsabilidad objetiva aun cuando se trata de casos fortuitos, lo que sin duda dará lugar a muchas críticas, pues incluso en una interpretación estricta sería necesario el concluir que excluye la injerencia a título de dolo.

7 Para varios ejemplos y problemas relativos a la utilización de la fuentes formales véase Berdugo de la Torre Ignacio, *Lecciones de derecho penal, parte general*, Madrid, 1997, pp. 147-158.

No podría concluir este apartado sin mencionar que en el tipo de comisión por omisión será necesario: a) advertir una situación típica más la posición de garante, b) la ausencia de la acción determinada más la producción de un resultado, y c) la capacidad para realizarla la acción esperada, más la capacidad de evitación.⁸

Además, para la presencia de la comisión por omisión es necesario que estemos ante tipos de los llamados resultativos, es decir, aquéllos que no marcan medios determinados para su comisión como el homicidio o las lesiones. Como sabemos, en este caso se establece una relación de causalidad entre el resultado y la omisión que resulta relevante para dicho resultado, tema en el cual el nuevo Código prevé expresamente la cláusula de equivalencia cuando en la fracción tercera se menciona: “Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo”, es claro que para la comprobación de este nexo de causalidad habrá necesidad de seguir acudiendo, desde mi punto de vista a la teoría de la equivalencia de las condiciones, con el apoyo de la cláusula de la *conditio*.⁹

Los delitos de comisión por omisión tienen la estructura de tipos abiertos, y por tanto son absolutamente inconstitucionales, y en tal tesitura es indispensable regularlos casuísticamente, es decir, plantearlos en forma particular en la parte especial,¹⁰ sin embargo, no todos están de acuerdo con esta forma de entender la comisión por omisión y mucho menos de solucionarla;¹¹ en nuestro caso tampoco creemos que se trate de tal violación constitucional, por el contrario entendemos que al advertir la existencia de una regulación que expresamente exija una determinada forma de comportamiento, y señale además cuáles son los supuestos, se cumple con el mandato del principio de legalidad.

8 Véase Mir Puig, *op. cit.*, p. 305.

9 Si mentalmente agregamos la actividad omitida al suceso, y con ello se elimina el resultado, tenemos que la omisión es causal para el resultado.

10 En este sentido Silva Sánchez cuando refiere: “Esto es el omitente cualificado a que venimos refiriéndonos no mata, pero se le castiga como si matase, pues su no evitación de un resultado de muerte muestra una equivalencia axiológica con el matar. Con ello se produce un enfrentamiento frontal con la prohibición de analogía *in malam partem*... La construcción de comisión por omisión es inconstitucional y no es posible mantenerla un minuto más pp. 363 y 364.

11 Así por ejemplo Luzón Cuesta, José María, *Compendio de derecho penal, parte general*, Madrid, Dikinson, 1997, p. 204, dice: “Sin embargo la solución por algunos propuesta de tipificación expresa de todos los posibles supuestos de comisión por omisión resulta impracticable como reconoce Rodríguez Morullo”.

V CONCLUSIONES

Podemos concluir diciendo que resulta satisfactorio que la redacción del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, conserve la cláusula que puede dar fundamento a la comisión por omisión.

También, tal y como se desprende de lo antes expuesto, es factible el considerar como un avance el desprendernos de la consideración de que con la fuentes formales se puede dar un soporte suficiente a la calidad de garante, lo que se advierte al incluir en la nueva redacción un fórmula que sin duda tiene como base a la teoría de las funciones.

Sin embargo, consideramos que esta cláusula es perfectible y, por tanto, en una nueva redacción bien pudiera partirse de los dos grandes grupos que dan soporte a la posición de garante desde lo material, y después ocuparse de los casos que de ellos se derivan para así no dejar fuera ninguno de los supuestos posibles, además de atender con mayor cuidado al caso de la injerencia, el que sin duda llegará a ser objeto de alguna reforma en lo futuro.