



RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN. BASES DOCTRINARIAS

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL*

SUMARIO: I. *Omisión propia*. II. *Comisión por omisión*. III. *La legislación penal mexicana*.

Al hablar de la responsabilidad penal por omisión, necesariamente hay que hacer referencia a las clases de omisión consideradas por la doctrina. Los iuspenalistas, en su mayoría, admiten dos clases de omisión: la omisión propia o simple y la omisión impropia o comisión por omisión.

I. OMISIÓN PROPIA

La omisión propia o sin resultado material no tiene problema alguno en cuanto a la responsabilidad penal, pues el legislador describe, de manera expresa, en el tipo penal, a través del verbo, una omisión en términos de la acción ordenada, sin describir ningún resultado material. En estos tipos lo que se prohíbe es la omisión y, por tanto, lo que se ordena es la acción. La punibilidad correspondiente se justifica, simplemente, por la no realización de la acción ordenada, o sea, por la infracción de un deber de actuar. Esto significa que la omisión propia se agota con la no realización de la acción ordenada en el tipo penal.

Mezger afirma que en la omisión simple “se castiga el no hacer de la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario un resultado material”.¹ En el mismo sentido, y en términos similares, Welzel, Jescheck y Maurach.²

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; vicepresidenta de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, 6a. ed. alemana (1955), México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990, p. 118.

² Maurach indica que en “los propios delitos omisivos... se agotan en la no ejecución de

Bacigalupo estima que los delitos propios de omisión “sólo requieren la realización de una acción y su punibilidad no depende de la existencia de un delito activo”. En esta forma, para su verificación son necesarios tres elementos: *a)* “Situación típica generadora del deber; *b)* No realización de la acción mandada, y *c)* Poder de hecho de ejecutar la acción mandada”.³

Novoa Monreal, de manera más explicativa, señala que la omisión propia “se traduce en un no hacer aquello que le imponía su deber jurídico con fines bien perfilados de colaboración activa a las exigencias de la organización social establecida”.⁴

Stratenwerth considera que esta omisión se presenta en “los casos en que el supuesto del hecho típico penal está descrito directamente como la omisión de una acción mandada”.⁵

En la legislación mexicana, algunos delitos de esta clase están tipificados en el Código Penal Federal, en el título decimonoveno denominado: “Delitos contra la vida y la integridad corporal”, en el capítulo VII referente al “Abandono de personas” (artículos 335, 336, 336 bis, 340, 341 y 342), y en el Código Penal para el Distrito Federal en el título tercero, correspondiente a los “Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas”, en el capítulo I: “Omisión de auxilio o de cuidado” (artículos 156-158).

II. COMISIÓN POR OMISIÓN

A) En cuanto a la omisión impropia o comisión por omisión, la responsabilidad penal es bastante compleja, ya que esta forma omisiva, desde su nacimiento, ha presentado múltiples problemas doctrinarios, entre otros los de la causalidad, la fundamentación del deber jurídico, las fuentes del deber de actuar para evitar el resultado material, la clase de normas que la fundamentan, la equivalencia o equiparación entre la acción y la omisión, la distinción entre el hacer positivo y la omisión, la posición de garante y sus fuentes, y la propia estructura de los delitos de impropia omisión.

No voy a referirme en detalle a sus orígenes, pero sí es necesario tener presente que la comisión por omisión surgió en Alemania, cuando los grandes iuspenalistas de la época advirtieron que los delitos de acción con

la actividad ordenada en la norma...” (*Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962, vol. II p. 262).

³ *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 538.

⁴ *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 45.

⁵ *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDR, 1982, p. 290.

resultado material, tomando en consideración a la antisocialidad, podían concretarse, también, mediante una omisión; es decir, que la omisión, por su eficacia, era equivalente a la acción con resultado material.

En la dogmática alemana, con base en su ordenamiento penal de 1870, donde su parágrafo 1 postulaba: “crimen es toda acción conminada con [...]; delito es toda acción conminada con [...]; contravención es toda acción conminada con [...]”, se interpretó que el término acción debería entenderse en un sentido amplio, abarcando tanto la acción *stricto sensu* como la omisión. En esta forma, resultaba fácil extender la acción con resultado material a la omisión. Con su acción en amplio sentido se imponía un doble deber: deber de no causar el resultado material y deber de evitarlo, pero de ello derivaba una interrogante: ¿El deber de evitar el resultado material estaba dirigido a todas las personas? Por ejemplo, ¿podía imponerse a todas las personas el deber de evitar la muerte de quien está en peligro de morir? El deber jurídico así entendido era demasiado amplio; por ende, era preciso buscar un criterio que permitiera delimitar el ámbito de las personas a las cuales se les imponía ese deber de evitar el resultado material y, consecuentemente, la lesión del bien jurídico típico. En esta forma, surge a la vida jurídica la calidad de garante: sólo el que tiene la calidad de garante tiene a su cargo el deber de evitar el resultado material típico.

Mezger anota que “las dificultades teóricas de los delitos de comisión por omisión yacen en el hecho de que en tales casos se imputa al agente un resultado externo que aparece más allá de los límites de su conducta corporal”, y se formula las siguientes preguntas: “¿Cómo es posible que un simple omitir cause tal resultado? ¿Cómo puede surgir un algo de la nada? Para explicar esto se ha intentado el desesperado esfuerzo de transformar en un algo la nada de la omisión”.⁶

En esta línea de ideas, la comisión por omisión no se origina en el ámbito de las omisiones, sino tiene su origen en las acciones que causan o tienen como consecuencia un resultado material. De ahí el desvío de los iuspenalistas de querer encontrar un nexo causal en esta clase de omisión.⁷ Así, durante algún tiempo se construyeron diversas teorías para fundamentar la causalidad,⁸ hasta que Nagler enfocó su atención en el autor y se empezó a

⁶ *Tratado de derecho penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 294 y 295.

⁷ Jesús María Silva Sánchez estima que “la imposibilidad de afirmar una causalidad eficiente de la *omisión en sí* y la necesidad por otro lado, de fundamentar dogmáticamente el castigo de ciertas omisiones como causaciones del resultado, lleva a la doctrina a pretender encontrar esa causalidad en el entorno de la omisión (*El delito de omisión. Concepto y sistema*, Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2003, p. 8).

⁸ Las teorías más significativas son:

hacer referencia a la posición de garante. Las ideas postuladas por Nagler fueron ampliamente desarrolladas por Welzel y Maurach.

Welzel, a partir de su concepción finalista, indica que “acción y omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la ‘conducta’ susceptible de ser regida por la voluntad final. La omisión... está referida necesariamente a una acción, no existe una omisión ‘en sí’ sino sólo la omisión de una acción determinada... La omisión no es un puro concepto negativo, sino uno ‘limitativo’: es la omisión de una acción posible del autor”.⁹

Maurach, por su parte, enfatizó que la problemática de la causalidad en los delitos de omisión era tajantemente distinta de la manejada en la ciencia natural, pues en la omisión impropia no interesaba si el sujeto activo había causado naturalísticamente el resultado material exigido en el tipo, sino si había dejado que se produjera pudiendo evitarlo y teniendo, por mandato legal, el deber de hacerlo.¹⁰

1) La que propone que la acción positiva realizada por el omitente, en el momento en que omite la acción ordenada, es la causa del resultado y, por tanto, es la causa del suceso delictivo. Krug, al respecto, ha dicho que esta teoría podría llevar al absurdo de admitir que la causa de la muerte de la pequeña, a la cual no alimenta la madre, es “tejer calcetines, debido a que la madre eso hacía en lugar de alistar a la niña”. Por otra parte, también se dice que no siempre que se omite una acción (la esperada y ordenada) se realiza otra acción positiva.

2) La teoría de la acción precedente (de Krug, Glaser y Merkel), que fundamenta la causalidad de la omisión en la acción anterior del omitente. Esta teoría también ha tenido críticas severas. Cabría preguntar ¿por qué, y en qué condiciones una conducta anterior a la omisión y ajena (al tipo) a la situación típica podría ser causa del resultado material típico?

3) La teoría de la interferencia (sostenida por Binding), que basó la causalidad en el “contraimpulso” que desarrolla el propio autor para interferir el impulso natural de actuar para evitar el resultado. Esta teoría, aparte de ser falaz, ocasionaría problemas en relación con el dolo.

4) Otra corriente fundamenta que afirma la causalidad en la comprobación de un deber de actuar. Aquí se ubica la teoría de la acción esperada (o de la comisión normativa), de Waldemar von Rohland, quien considera que la “acción esperada” por el ordenamiento jurídico es la base de la causalidad. En otras palabras, la acción que debería evitar el resultado es la causa del suceso delictivo. Wolff, al abordar este tema, atiende a dos principios: *a)* la relación de dependencia del bien jurídico, del omitente, y *b)* la libre decisión del omitente, de tal forma que “la no ejecución de este hecho conduzca a la lesión del bien jurídico”.

5) Mayer, Beling y otros juristas trasladaron el problema a la antijuridicidad. Sauer, más puntualmente, parte de la antijuridicidad material. Dice: “causal es la omisión si la acción (sociológicamente) expresada hubiera impedido el resultado previsible; si la omisión de esta acción es socialmente peligrosa, al contrario, la actuación hubiera eliminado el peligro. Por su parte, Kaufmann hace nuevas e importantes aportaciones a esta teoría (Islas, Olga, “Reflexiones sobre la omisión”, *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 1244 y 1245).

⁹ *Derecho penal alemán. Parte general*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 276 y 277.

¹⁰ Jesús María Silva Sánchez puntualiza “La imposibilidad de fundar en la causalidad empírica la punición de determinadas omisiones como comisiones activas, obliga a buscar

En realidad, en la comisión por omisión no existe una causación del resultado material. No hay una conexión genética entre la inactividad y el resultado material, visto este último como un efecto natural de un suceso natural. La inactividad y el resultado material se conectan entre sí mediante un nexo o relación de carácter normativo. Se puede definir el nexo normativo como la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación de ese resultado.¹¹

B) La doctrina define los delitos de omisión impropia o comisión por omisión de la manera siguiente:

Romeo Casabona apunta que los delitos impropios de omisión se pueden definir como “la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico (de lesión o de peligro concreto del bien jurídico)”.¹² Nótese que no se refiere de manera expresa a la calidad de garante.

Jescheck sí alude al garante, y en esta posición apunta que “en el delito de omisión impropia el resultado típico se imputa al garante que no ha evitado su producción igual, como si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo.”¹³

En los tipos de comisión por omisión se ordena tanto la acción como la evitación del resultado material. Ahora bien, un tipo de comisión por omisión debe contener de manera expresa el deber de evitar el resultado material, deber que el legislador puede establecer mediante una regla general que permita que todos los tipos de acción con resultado material puedan ser realizados por omisión, o bien señalando de manera limitativa los tipos de acción con resultado material (descritos en la parte especial) que admitirían la realización omisiva como penalmente relevante. Sin esta regla, general o limitativa, el deber jurídico-penal no se puede extender de la acción para abarcar la omisión.

otros criterios para decidir que omisiones y en qué circunstancias deben ser castigadas... Es decir, qué omisiones son no ya ‘causaciones’ sino equiparables a las causaciones” (*op. cit.*, p. 10).

¹¹ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Trillas-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 49.

¹² *Límites de los delitos de comisión por omisión. Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal, un homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de la investidura como doctor “Honoris Causa” para la Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, Ministerio de Justicia Interior, 1994, p. 33.

¹³ *Tratado de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1978, vol. 2, p. 835.

C) La doctrina, en términos generales, con algunas variantes, admite, como elementos del tipo de comisión por omisión, los siguientes:¹⁴

- 1) La situación generadora del deber de actuar, es decir, las circunstancias que se presuponen para la intervención de quien debe evitar el resultado. Dicho de otro modo, es necesario que el ordenamiento jurídico exija una intervención.
- 2) El deber jurídico de evitar el resultado material (consecuentemente, de evitar la lesión del bien jurídico).
- 3) La posición de garante.
- 4) La no realización de la acción ordenada en el tipo penal (que puede ocurrir de manera dolosa o culposa).
- 5) El resultado material y, por ende, la lesión del bien jurídico.
- 6) El nexo normativo.
- 7) La capacidad para realizar la acción ordenada en el tipo penal, o sea, la capacidad de evitar el resultado material, la cual presupone: *a)* el conocimiento de la situación típica, es decir, el conocimiento de la inminente producción del resultado material, y *b)* la posibilidad real de evitar el resultado, lo que significa conocer y tener al alcance los medios para poder concretar la acción ordenada y evitar así la producción del resultado material.¹⁵

D) Calidad de garante. Zaffaroni destaca que la teoría referente a la posición de garante fue primitivamente concebida como un componente no

¹⁴ Bacigalupo considera que la determinación del tipo del delito impropio de omisión dependerá de tres consideraciones axiológicas (propuestas por Armin Kaufmann): “*a)* la existencia de un tipo comisivo, que penalice la realización de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; *b)* la existencia de un mandato, que tenga por contenido la evitación de esa lesión o puesta en peligro del bien jurídico; *c)* la lesión de este mandato tiene que igualar, por lo menos aproximadamente, en contenido de ilicitud y en la magnitud del reproche de culpabilidad y, por lo tanto, en merecimiento de pena, al delito de comisión” (*op. cit.*, p. 546).

¹⁵ Silva Sánchez señala a este respecto que “existe acuerdo en que para que haya una omisión basta con la *posibilidad* de conocer los medios al alcance del sujeto y no es preciso que éste tuviera un conocimiento afectivo de ellos. En cambio, mientras que una mayoría de autores entiende que eso mismo (posibilidad de conocer) es suficiente respecto a la existencia de la situación en que es factible actuar, la tesis finalista exige un conocimiento afectivo de ella ya como elemento del concepto de omisión” (*op. cit.*, p. 35). Por su parte, Welzel opina que “la capacidad para la evitación del resultado dirigido finalmente presupone, en particular... *a)* el conocimiento de la situación típica, es decir, de la inminente producción del resultado...; *b)* la posibilidad de reconocer la vía para evitar el resultado (capacidad de planeamiento para evitar el resultado)...; *c)* la posibilidad real-física de evitar el resultado” (*op. cit.*, p. 277).

escrito adicionado al tipo de comisión, en virtud de que se consideraba que la omisión impropia era violatoria de una norma prohibitiva, habiendo sido el mérito de Nagler asentar lo contrario, o sea, que “las omisiones siempre violan mandatos normativos”.¹⁶

Antes de abordar la doctrina sobre la calidad de garante cabe preguntar: ¿Quién, de todo el universo de personas, debe evitar la producción del resultado material? ¿Todos?

Welzel apunta que la posición de garante “es una especial y estrecha relación vital unida íntimamente con el bien jurídico lesionado”. En esta idea destaca que esta relación sea “vital, especial y estrecha”.¹⁷

Jeschek considera que la función de garante implica una posición especial del afectado por la obligación *frente a la masa restante de sujetos*. No puede existir un deber de prestar ayuda donde quiera que haga falta. El autor de la omisión es jurídicamente responsable de que el resultado no se produzca (con fundamento en el deber jurídico del garante).¹⁸

Mir Puig entiende que la posición de garante “se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones”. En esta forma hace referencia a las fuentes de la calidad de garante.¹⁹

Gimbernat anota que la posición de garante es una “posición que destaca a una persona (o personas) de entre todas las demás, que le hace responsable del bien jurídico penal protegido, y que, en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción”.²⁰

“Calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien”. Es una calidad del sujeto regulada por el derecho penal que, en los tipos de omisión, se introduce para especificar al sujeto que tiene el deber de actuar para la conservación del bien. En consecuencia, la calidad de garante hace posible, por una parte, aprehender espacial y temporalmente la conducta omisiva y, por otra, determinar al sujeto que la realizó. “Esta calidad genera para el sujeto el deber de ejecutar una acción

¹⁶ *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa, 2001, p. 548.

¹⁷ *Derecho penal alemán. Parte general*, Chile, Jurídica de Chile, 1976, pp. 292 y 293.

¹⁸ Jeschek, *op. cit.*, p. 835

¹⁹ *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, PPU, 1996, p. 305.

²⁰ “La omisión impropia de la dogmática penal alemana, una exposición”, *Estudios sobre el delito de omisión*, México, Inacipe, 2003, pp. 130 y 131.

idónea para evitar la lesión típica. Si no la ejecuta, le será atribuida la lesión como si la hubiese producido”.²¹

E) Fuentes de la calidad de garante. Se dice que Feuerbach (desde el siglo XIX) fue el primer jurista que concibió la calidad de garante, derivándola de la ley y el contrato.

Originariamente se consideraron como fuentes sólo las eminentemente formales: la ley y el contrato (aceptación contractual); modernamente se considera la aceptación real de una especial esfera de deberes. A ellas se añadió el actuar precedente.²²

Maurach reconoce cuatro criterios para fundamentar el deber de evitar el resultado: *a)* fundamentación legal; *b)* fundamentación por libre aceptación; *c)* fundamentación por comunidades de vida y de peligro, y *d)* fundamentación por hacer anterior. Al referirse a la ley como fuente del deber, subraya que “ésta debe obligar efectivamente a la protección de determinados bienes jurídicos [...] o bien a la vigilancia de determinadas fuentes de peligro...”.²³

La doctrina, en general, acepta como fuentes: *a)* una orden especial de la ley; *b)* la asunción voluntaria de una función (del deber), o sea, una libre aceptación efectiva; *c)* especiales comunidades de vida o de peligro, y *d)* una conducta anterior peligrosa.

Las fuentes, fundamentos o funciones de la calidad o posición de garante se agrupan en dos categorías: *a)* función protectora de un bien jurídico, y *b)* función de control de una fuente de peligro.

Dentro de la primera categoría quedan comprendidas la aceptación efectiva de la obligación o asunción voluntaria, la estrecha vinculación familiar o afectiva y las especiales comunidades de vida o de peligro. La segunda incluye el actuar precedente o de injerencia; la responsabilidad por tener en la esfera de dominio: animales, sustancias tóxicas, personas inimputables, menores de edad, etcétera, y la responsabilidad de funcionarios en cuanto al buen desempeño de sus subordinados.²⁴

²¹ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, cit., p. 39.

²² Bacigalupo manifiesta que para la “teoría formal de las fuentes del deber una omisión de impedir el resultado se debía considerar equivalente a causarlo cuando impedir el resultado provenía de una ley, un contrato (que es también ley entre las partes) o el peligro de producción del resultado fuera consecuencia de un hecho anterior del omitente (casos estos últimos llamados de injerencia)” (*op. cit.*, p. 543).

²³ Maurach, *op. cit.*, pp. 286-289.

²⁴ En este sentido, Muñoz Conde manifiesta que las fuentes o fundamentos de la posición de garante son: “A. Función protectora del bien jurídico”. Dentro de esta fuente general incluye: “1º) ...vinculación natural que se da, sobre todo, en el ámbito familiar entre los cónyuges, entre padres e hijos, etc., pero también en el ámbito de la convivencia de facto,

Mir Puig anota como supuestos de posición de garante: “a) *Función de protección de un bien jurídico*”, en la cual 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”. “b) Deber de control de una fuente de peligro”, que incluye: “a) El actuar precedente”; “b) El deber de control de fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio”, y “c) La responsabilidad por conducto de otras personas”.²⁵

III. LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

Es oportuno recordar que la legislación mexicana introdujo, tardíamente, hasta 1994, la fundamentación legal de la comisión por omisión. De las diversas formas de hacerlo, eligió la de establecer una regla general en la parte general del Código Penal, que permite que todos los tipos de acción con resultado material puedan ser realizados mediante una omisión.

En esta forma, el artículo 7o. del Código Penal (que en ese entonces era tanto federal como para el Distrito Federal) incorporó la siguiente disposición:

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

Dicha disposición, en cuanto a las fuentes del deber jurídico, no fue afortunada, pues en ese momento la teoría formal del deber jurídico penal (fuentes formales de la calidad de garante) que aceptaba como fuentes: la

relaciones de amistad, etcétera... 2º) El desempeño voluntariamente aceptado de determinadas funciones en una comunidad de peligros... 3º) Una aceptación voluntaria de especificaciones funciones protectoras... B. Deber de vigilancia de una fuente de peligros: posesión de animales domésticos, sustancias explosivas o inflamables, etcétera. En este grupo destaca sobre todo la idea del *actuar precedente* o de la *injerencia*” (*Derecho penal. Parte general*, Valencia, (Tiran lo Blanch, 1996, p. 262). Bacigalupo, por su parte, distingue como fundamentación de la posición de garante: la protección de un bien jurídico frente a los peligros que pueden acecharlo y la que se deduce del cuidado de una fuente de peligros frente a todos los bienes jurídicos que podrían resultar afectados (*op. cit.*, p. 553).

²⁵ Mir Puig, *op. cit.*, pp. 308-311.

ley, el contrato y el actuar precedente, ya estaba muy superada, en razón de los múltiples inconvenientes que presentaban. Para esas fechas eran aceptadas, casi unánimemente, las teorías funcionales que captaban las situaciones fácticas, es decir, las situaciones concretas que acaecen más en la realidad.

La regulación consignada en el artículo 7o., a pesar de las críticas de que ha sido objeto, sigue vigente en el Código Penal Federal.

El Código Penal para el Distrito Federal, con una visión doctrinaria actualizada, postula, sin extravíos, en el 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; y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Pero no sólo esto, sino, además, establece, con toda precisión, en fórmulas muy concretas, situaciones fácticas como fuentes de la posición de garante del bien jurídico. Con tales fórmulas queda muy claro quién tiene el deber de evitar el resultado material. Se anota: “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; o
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

Es importante dejar constancia de que el contenido del artículo 16 fue tomado del Proyecto del Código Penal Modelo elaborado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.²⁶ Por otra parte, también es importante destacar el comentario que sobre el artículo 16 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (así denominado en el Decreto correspondiente) formuló el iuspenalista Santiago Mir Puig, quien manifestó: “El conjunto de esta nueva regulación responde al estado de evolución en la doctrina de la comisión por omisión”; asimismo, detalló sobre la posición de garante que abandonó, de manera acertada, “la teoría de las fuentes formales (ley, con-

²⁶ García Ramírez, Sergio *et al.*, *Código Penal y Código de Procedimientos Penales Modelo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

trato y actuar precedente), ya superada hace tiempo en la mejor doctrina, aunque todavía acogida en el artículo 7 del Código Penal Federal mexicano y en el Código Penal español de 1995. Se da entrada a la teoría material de las funciones, que ha ido ganando terreno desde que, en 1959, la formuló Armin Kaufmann”. Concluyó afirmando que: “El nuevo precepto deja claro que no basta la existencia de un deber jurídico de acción para la comisión por omisión, sino que además deben concurrir determinadas situaciones que vinculan efectivamente (existencialmente, materialmente) al omitente con el bien jurídico en peligro o con el peligro existente para aquel bien”.²⁷

Finalmente, podemos afirmar que para poder estar en presencia de la comisión por omisión u omisión impropia no basta con que el sujeto activo tenga la calidad o posición de garante. Es insoslayable, por una parte, que el sujeto tenga la posibilidad real y concreta de llevar a cabo la acción evitadora de la producción del resultado material (“de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo”) y, por otra, que esa inactividad sea en su eficacia equivalente a la actividad definitiva de la comisión por acción. Al decir de Maurach: “el omitir la evitación del resultado típico producido, equivale por su injusto a la comisión activa”.²⁸

²⁷ “La comisión por omisión en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal”, en Moreno Hernández, Moisés y Félix Cárdenas, Rodolfo (coords.), *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), 2003, pp. 144-146.

²⁸ Maurach, *op. cit.*, p. 280.