

III. El comportamiento humano	47
1. Formas que puede revestir el comportamiento humano de relevancia penal	47
A. La acción	51
B. La omisión	58
C. Los delitos impropios de omisión	62
2. El sujeto activo del delito	70
A. Las personas jurídicas	71
B. Personas físicas	80

III. EL COMPORTAMIENTO HUMANO

1. FORMAS QUE PUEDE REVESTIR EL COMPORTAMIENTO HUMANO DE RELEVANCIA PENAL

En el campo del derecho penal, existen múltiples teorías respecto de los actos humanos penalmente relevantes, algunas de éstas son encontradas entre sí, muestra de ello es la problemática relativa a la definición del término adecuado para designar el comportamiento desplegado por una persona que puede tener consecuencias jurídicas penales; muchos autores usan los términos conducta y acción indistintamente, mientras que otros lo llaman conducta, comportamiento humano, o bien, acción en un amplio sentido.

Podríamos partir de la opinión de que “el estudio de la conducta es propiamente el examen del punto en el cual el hombre entra en contacto con el ordenamiento”,⁵¹ empero tendríamos que aportar mayores explicaciones a fin de esclarecer los diferentes estadios por los que ella atraviesa, así como los elementos que la conforman.

Algunos autores argumentan que lo más correcto es hablar de la “conducta”, ya que ésta engloba tanto a la acción como a la omisión; sin embargo, esta connotación denota una problemática basada en la característica material del delito y al aspecto eminentemente subjetivo de la conducta, así como el hecho de que sólo resulta atribuible a un ser humano, siendo absurdo otorgarle al delito la característica de contar con una conducta, cuando más bien ésta le es atribuible al ser humano; en consecuencia, el delito debe ser analizado como hecho material y no como circunstancia formal, es decir, debe analizarse el tipo, por un lado, y el delito como hecho, por el otro.⁵²

51 Del Rosal, Juan, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 567.

52 Al respecto véase, Miranda Gallino, Rafael, *Delitos contra el orden económico*, Buenos Aires, Pannedille, 1970. Plascencia Villanueva, Raúl, *Los delitos contra el orden económico*, México, UNAM, 1995, p. 63.

Por otra parte, existen pronunciamientos en el sentido contrario esto es, que una conducta puede ser realizada por cualquier ser vivo y una acción es exclusiva del ser humano, por lo que resulta más adecuado denominarla “acción”, pero con una acepción en amplio sentido, de la cual deriva una conclusión en el sentido de que la acción puede ser tanto positiva (acción propiamente dicha) como negativa (omisión), pero vinculada estrictamente al resultado típico producido o que pudo haber causado, puesto que, por otra parte, no puede constituir un delito el pensamiento, las ideas o la misma resolución a delinquir; en tanto no se manifieste en la modificación del mundo exterior,⁵³ es decir, mientras no exista un resultado típico producido, o bien, la probabilidad de que dicho resultado pudo producirse pero se evitó por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, no existirá la acción ni la omisión.

Para los que se apegan a la primera propuesta, la acción no es uno de los elementos básicos del delito, sino que se encuentra incluida en la “conducta”, esta opinión niega a la “acción” el papel de elemento esencial del delito, y le atribuye a la “conducta” dicho carácter.

En el sentido anterior, la conducta puede adoptar dos formas diferentes: una positiva y otra negativa. Puede consistir en un hacer o en un no hacer. En el primer caso se tiene la acción (en sentido estricto, denominada acción positiva) y en el segundo caso encontramos a la omisión (o acción negativa).⁵⁴

Para Von Liszt, el acto

es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impidente de un cambio en el mundo externo. La idea de acto supone, en primer término una manifestación de voluntad (objetiva), es decir, la conducta voluntaria es la que se encuentra libre de violencia física o psicológica, está determinada (motivada) por las representaciones. La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento.⁵⁵

Concepción de la cual deriva como elemento la voluntad libre, con la modalidad de englobar a la acción y a la omisión.

53 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 1990, p. 10.

54 Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general*, 8ª ed., trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redin, Bogotá, Temis, 1988, p. 153.

55 González Quintanilla, *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 1991. Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., trad. Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1929, t. II, pp. 297 y ss.

En la dogmática penal mexicana coinciden con el manejo de la conducta a nivel de elemento del delito Carrancá y Trujillo,⁵⁶ Mariano Jiménez Huerta,⁵⁷ Porte-Petit,⁵⁸ Pavón Vasconcelos⁵⁹ y Castellanos Tena.⁶⁰ Los autores destacan a la voluntad libremente determinada como un elemento básico de la conducta, así como a la acción y la omisión como sus especies, a la vez de identificar a la primera como el elemento positivo y a la segunda como el negativo. En tal virtud, identifican a la conducta como elemento básico de la conducta, cuando más bien debemos hablar de un elemento básico del sujeto activo, pues el delito por sí mismo adolece de conducta toda vez que, como lo señalábamos, ésta sólo es atribuible a los seres humanos.

Por otra parte, para Olga Islas la conducta es

el proceder volitivo descrito en el tipo, por lo que el concepto jurídico penal de conducta es igual al concepto ontológico de conducta, si éste se constituye por una voluntad y un hacer algo, o una voluntad y un dejar de hacer algo, aquél se configura con los mismos elementos. En atención a lo anterior, la voluntad y la actividad causal definen a la acción, la voluntad y el desvalor de hacer algo en el tipo, a la omisión.⁶¹

La idea anterior, no obstante que retoma el concepto de conducta, tiene el acierto de restarle valor como elemento del delito e indetificarla con el sujeto activo a través de la actividad o inactividad corporal.

En efecto, tratar de afirmar que el delito es una conducta, es señalarlo como el producto de fuerzas conscientes e inconscientes, es decir, es darle

56 Para Carrancá y Trujillo, la conducta es el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consiste en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o síquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 7ª ed., México, Antigua Librería Robredo, 1965, t. 1, p. 197.

57 Para Mariano Jiménez Huerta, la palabra conducta es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano. Se le puede denominar acto, hecho, actividad o acción, *Derecho penal mexicano, op. cit.*, t. I, p.106.

58 Porte Petit Candaudap, Celestino, la conducta abarca a las nociones de acción y omisión, por lo que la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o involuntario, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal, op. cit.*, p. 295.

59 Francisco Pavón Vasconcelos, entiende a la conducta consistente en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria. *Manual de derecho penal mexicano, op. cit.*, p. 180.

60 Para Castellanos Tena, Fernando, la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito, *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, p. 201.

61 Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal, op. cit.*, p. 40.

vida a algo abstracto y subjetivo, lo cual tendría interés psicológico, pero no jurídico,⁶² en consecuencia, la única posibilidad que habría de poder analizarlo sería a partir del propio delincuente.

De igual manera, existen autores que utilizan los términos acción y conducta indistintamente y argumentan que la segunda “es un comportamiento en el cual media un movimiento de la *psique*”. En la conducta intervienen dos factores, uno eminentemente material externo llamado “soma” (cuerpo material) y otro de carácter interno denominado *psique* (ánimico, mental, espiritual),⁶³ mientras otros más le atribuyen a la acción personalidad jurídica propia, susceptible de soportar valoraciones, y por eso insertan en ella los atributos jurídicos de antijuricidad y culpabilidad.⁶⁴

En lo referente al sistema jurídico mexicano, los códigos penales no mantienen una uniformidad al respecto, por lo que generalmente utilizan los términos acción, acto, omisión, conducta, hecho, omisión impropia, los cuales se adoptan para designar la forma exterior a través de la cual se expresa o manifiesta el comportamiento humano,⁶⁵ dando muestra de un manejo arbitrario del concepto y sobre todo de la influencia de más de una dirección teórica.

Podríamos concluir en torno del concepto de conducta que dicho término es por demás equívoco y en general no ha sido aclarado en su significación. En sus orígenes fue de utilidad para englobar el concepto *lato sensu* de acción, capaz de contener a la omisión, pero no alcanzó a explicar debidamente sus límites y contenidos,⁶⁶ cuestión por la cual, debe desterrarse su uso en la actualidad, siendo recomendable utilizar el de acción en amplio sentido, el cual da cabida tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión y a la omisión impropia.⁶⁷ Utilizar uno u otro término puede no tener mayor significación si se realiza con fines eminentemente prácticos y con la conciencia del alcance de uno y otro.

62 Ferreira D., Francisco José, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1988, pp. 13-14.

63 González Quintanilla, *Derecho penal mexicano, op. cit.*, p. 174.

64 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 264.

65 Ejemplo de lo anterior son los siguientes artículos del CPF, 8o.: “las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”, 18: “existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometan varios delitos”, 19: “No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado”, 118: “cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél”, situación que se reproduce prácticamente de manera íntegra en los códigos penales de los estados.

66 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1983, p. 204.

67 El uso del término conducta lo podemos admitir sólo si pretende referirse a la acción en amplio sentido, pues de otra manera resulta inadmisibles. En lo subsiguiente al incluir al término conducta lo haremos de manera indistinta como si habláramos de la acción en amplio sentido.

A. *La acción*

El concepto de acción se ha venido utilizando desde los orígenes del derecho penal, motivo por el cual ha causado múltiples controversias entre la doctrina, en virtud de la importancia atribuible como categoría fundamental de la teoría del delito, así como la diversa connotación que le atribuyen las diversas teorías que se han ocupado de su estudio en las épocas clásica, neoclásica, finalista y actual, en donde destacan los postulados defendidos por la teoría de la acción causal, la teoría de la acción final y la teoría social de la acción.

Lo anterior en virtud del claro reconocimiento de la acción como una de las categorías más importantes dentro de la teoría del delito, puesto que es un presupuesto de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, además de servir como referencia de la omisión.⁶⁸

Por otra parte, recordemos que toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico atribuible a un ser humano, deriva de una acción u omisión, lo cual nos permite establecer que este presupuesto es el que desencadena una modificación externa o interna, así como una consecuencia jurídico penal.

Al respecto, Beling entiende a la acción como

todo comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad, fase interna, subjetiva de la acción) consistente en un hacer (acción positiva), esto es, un movimiento corporal, o en un no hacer (omisión), esto es, distensión de los músculos.⁶⁹

En tanto para Juan del Rosal, la acción analizada desde una perspectiva social se coloca entre un concepto normativo y ontológico. Los partidarios de la llamada teoría social de la acción argumentan que “la acción es la realización de un resultado relevante socialmente; el cual desde el punto de vista jurídico penal, es la producción de un *resultado típico*”.⁷⁰ Las críticas vertidas sobre dicha teoría le atribuyen una imprecisión teórica y una peligrosidad e inutilidad práctica,⁷¹ sobre todo en atención a que al derecho penal sólo le interesan los comportamientos humanos que desencadenen

⁶⁸ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 167-180.

⁶⁹ Beling, Ernst von; *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, op. cit., pp. 19-20.

⁷⁰ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, op. cit., p. 597.

⁷¹ Para Zaffaroni, “el concepto social de acción en el derecho penal, nos parece impreciso en el plano teórico y peligroso e inútil a nivel práctico”, *Teoría del delito*, op. cit., p. 144.

una modificación externa o interna prevista dentro de la ley, excluyendo así otro tipo de acciones jurídicamente irrelevantes, como podría ser bailar, correr, jugar, etcétera.⁷²

Desde el punto de vista legal, el concepto de acción “debe excluir de antemano aquellas formas de comportamiento que en ningún caso puedan poseer relevancia jurídico-penal”,⁷³ siendo clara la existencia de un concepto que incluye todas las formas de comportamiento humano, con excepción de aquellas irrelevantes para el derecho penal.

Desde el punto de vista axiológico, la acción se define “como un hacer aquello que no se debe (*facere quod non debetur*)”,⁷⁴ lo cual resulta coincidente con la opinión de autores como Baumann, quien sostiene respecto de la acción una clara identificación con la conducta al señalar que es “conducta humana guiada por la voluntad, siendo indiferente que esta conducta corporal consista en una acción positiva o en una omisión”,⁷⁵ mientras que otros autores como Giuseppe Maggiore, aun cuando identifican a la acción con la conducta, le atribuyen la necesaria transformación del mundo exterior y exponen: “es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior”.⁷⁶

También, la acción se entiende en amplio sentido como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción en sentido estricto (acto) o de una omisión. El acto se realiza mediante una actividad positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe, mientras que en la omisión se deja de hacer algo que la propia ley ordena realizar,⁷⁷ lo cual guarda coincidencia con lo expresado por Jiménez de Asúa, para quien el concepto de acto abarca tanto la acción como la omisión; argumentando que ambas “responden a la naturaleza de la norma. Si ésta es prohibitiva (no matarás) su quebrantamiento crea un delito de acción”.⁷⁸

Sin embargo, la acción es algo más complejo que simplemente un elemento de la conducta, la acción desde el punto de vista penal es exclusiva del hombre, ya que puede haber conductas animales, o bien, hechos natu-

72 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español. Parte general, op. cit.*, pp. 353 y ss.

73 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 291.

74 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 621.

75 Baumann, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, p. 150.

76 Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal. El delito*, 2ª ed., trad. José Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1989, p. 309.

77 Carranca y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general, op. cit.*, p. 198.

78 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 267.

rales, pero ninguno de éstos va a tener una de las características principales de la acción como lo es emanar de la voluntad del hombre que viene implícita en la realización de ésta.

Atento a lo anterior, la ley no puede ignorar que una acción es de un hombre, y si pretende regular una conducta humana, la cual, por una parte, carece de finalidad y, por otra, es expresión de un ente que no ofrece los caracteres existenciariorios del “ser ahí”, estará regulando algo menos que un proceso físico.⁷⁹

Para Baumann, “el elemento de la conducta humana excluye del concepto de acción tanto las formas de conductas animales y los fenómenos de la naturaleza como las simples actitudes internas”,⁸⁰ entonces, “la voluntad es la causa de donde emerge la acción del hombre, de ahí que la acción es el comportamiento inteligente”,⁸¹ con lo cual el autor pretende referir la capacidad síquica del sujeto activo referida a la voluntabilidad e imputabilidad como presupuestos necesarios de la acción.

Por otra parte, para Hans Welzel,

la acción humana es ejercicio de actividad final y no proceso causal ciego. La actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento. [...] La finalidad rescata para la acción el contenido de la voluntad y aparece, así, la voluntad final, que, en los delitos dolosos, viene a ser lo mismo que el dolo.⁸²

En la actualidad no podemos generalizar a la acción, sino que ésta se le atribuye exclusivamente al hombre, esto es a la persona física, a diferencia de lo que ocurría en la época del causalismo, en la que se pensaba que toda modificación del exterior provenía de una conducta tendente a realizarla, sin importar el sujeto que la efectuará, lo cual es un razonamiento erróneo, ya que las descripciones contenidas en las diversas leyes penales van dirigidas a sancionar la conducta de personas físicas voluntables e imputables.

79 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, op. cit., pp. 89-90.

80 Baumann, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., p. 150.

81 Ferreira D., Francisco José, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 15.

82 Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 40.

La acción puede tener diversas variantes, desde una acción positiva que implicaría la realización de un verbo, una serie de movimientos traducidos en actos, o bien, de supuesto penal; hasta una acción negativa que nos remite al no hacer lo que estaba previsto dentro de la norma y trae como consecuencia, al igual que la primera, una modificación del exterior.

De lo anterior se desprende que:

entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva. Serio problema es el de determinar con toda precisión cuáles actividades humanas deben ser tenidas como causas del resultado...⁸³

Recordemos que el resultado típico debe ser consecuencia de una acción u omisión típica que lo produzca como consecuencia directa.

La acción efectuada debe tener íntima vinculación con el efecto producido, ya que no podemos atribuir una modificación del exterior a una acción distinta de la que lo produjo o que no surgió como consecuencia de ésta, por esto “es necesaria la relación de causalidad entre la acción y efecto, es decir, que el resultado sea determinado por la conducta”,⁸⁴ al respecto, es importante señalar que la relación presupuesto-consecuencia en la acción se establece con el resultado típico y con el problema de la acción y el resultado típico analizados en plena correlación.

Por resultado típico, ha de entenderse la *modificación del mundo exterior* a consecuencia de un movimiento corporal del sujeto que realiza un determinado comportamiento típico.⁸⁵ Es así que el resultado es la evidencia del delito, pero no cualquier tipo de resultado, sino el resultado típico originado como consecuencia de la acción.

En relación con la problemática de los delitos sin resultado material o externo, considerados como delitos formales (sin resultado),⁸⁶ el análisis se realiza en parámetros distintos, es decir, la afectación se presenta a nivel formal o bien subjetivo: tal es el caso de los delitos que atentan contra el honor de las personas, en donde la afectación deriva de un proceder subjetivo y ocasiona un daño de iguales características.

La acción en amplio sentido tiene una dirección finalista, es decir, va dirigida a concretar un hecho, a realizar un fin, la conducción final de la

83 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 213.

84 Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal. El delito*, op. cit., p. 321.

85 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, op. cit., p. 356.

86 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, op. cit., p. 631.

acción tiene lugar en tres momentos: empieza con la anticipación mental de la meta, sigue con la elección de los medios necesarios para la consecución de la misma y concluye con la realización de la voluntad de la acción en el mundo del suceder real.⁸⁷

Para otros autores, la realización del fin de la acción consta de dos fases: una externa y otra interna, lo que se ha denominado el *iter criminis*, es decir, las fases del delito: se inicia con la idea y se materializa con el comportamiento, o bien, con la exteriorización de ésta.

a) La fase interna, se suscita dentro del pensamiento del autor, es la planeación del acto u actos a realizar para lograr el fin. En esta planeación se seleccionan los medios necesarios para llevar a cabo dicho fin, pero ésta no se podría dar sino se delimita y elige previamente al fin. “Es decir, sólo cuando el autor está seguro de qué es lo que quiere puede plantearse el problema de cómo lo quiere.”⁸⁸ Así también, dentro de esta elección se debe tomar en cuenta los efectos secundarios y de esta manera prever las consecuencias posibles. Una vez admitidos éstos, formarán parte de la acción.

b) La fase externa, surge a consecuencia de la interna, es la realización de los actos planeados para alcanzar un fin determinado. Al derecho penal no sólo le interesa el fin logrado, sino el acto que se adecua al precepto jurídico vigente, esto es, que toman relevancia jurídica desde los medios utilizados hasta los efectos concomitantes derivados de la realización del fin.

Por ejemplo, si un sujeto tiene como fin privar de la vida a otra persona, la fase interna consistirá en la convicción del fin que pretende perseguir para lo cual pensará, planeará y resolverá en torno a cómo realizarlo; la fase externa se realizará cuando el sujeto se encuentre en el lugar apropiado para lograr su fin, si derivado de su comportamiento mata a una persona distinta de la que pretendía, esta acción será uno de los efectos concomitantes de su fin. Al derecho penal le va a interesar el efecto concomitante derivado de la acción desplegada.

La consecuencia jurídica de la acción es que las leyes penales la consideran decisiva para la realización del delito, es decir, la realización del tipo penal contenido en la ley, “la acción no exige sólo ser causada por una voluntad, cualquiera que sea, sino además ser conducida finalmente por

⁸⁷ Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 293.

⁸⁸ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 11.

el contenido de finalidad de la voluntad”,⁸⁹ tal es la motivación por la que el legislador penal prohíbe la efectiva dirección finalista de la acción hacia objetivos socialmente negativos.⁹⁰

Por otra parte, se habla de la acción en sentido estricto a fin de atribuirle el carácter de un movimiento del cuerpo del sujeto, lo cual se presenta en infinidad de ocasiones bajo la forma de un procedimiento complejo, como una serie de movimientos corporales. Cada uno de esos movimientos se dice es un “acto”: el conjunto de los actos constituye la acción. El acto no es más que un fragmento de la acción en los casos en que ésta no se reduce a un solo movimiento corporal.⁹¹ Lo cual podría entenderse como la actividad o inactividad corporal.⁹²

Para Zaffaroni, no existe voluntad ni conducta sin un fin, así argumenta que,

sostener lo contrario implica considerar la conducta al mero nivel físico y prescindir de los niveles psicológico y sociológico de complejización. El aspecto psicológico, es imposible desligarlo de la conducta sin que ella deje de ser tal, es lo que introduce el nexo de finalidad.⁹³

Así, la conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto; por ello se le ha denominado “voluntad de causación” (Leonhard). No incluye, para los fines penales, a los movimientos reflejos, que no son voluntarios, ni a los que obedecen a una fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta, vis maior*), tampoco incluye a los pensamientos, ideas e intenciones. El resultado típico como efecto del acto debe estar sancionado por las leyes penales,⁹⁴ lo cual nos remite al dilema de las normas y su reconocimiento por el derecho, siendo claro que no a todo comportamiento antinormativo⁹⁵

89 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 171.

90 Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1984, p. 69.

91 Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 154-155.

92 Islas de González Mariscal, retoma el concepto de actividad o inactividad corporal y lo adscribe como un elemento del tipo penal, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal, op. cit.*, pp. 45 y 46. En sentido similar Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado, 1976, pp. 76 y ss.

93 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito, op. cit.*, p. 99.

94 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general, op. cit.*, p. 199.

95 La ley y la norma se encuentran en planos completamente diversos, en tal sentido, la norma precede el surgimiento de la ley.

puede serle atribuida una consecuencia jurídico penal, sino hasta en tanto se prevea en la propia ley.

Según la concepción tradicional, “la acción es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior”.⁹⁶ Esta consecuencia puede consistir tanto en el simple movimiento corporal, como la suma de éste y el resultado material que se ocasiona.

En la actualidad, una definición aceptada es que la acción cubre tres requisitos esenciales que hacen de ella un comportamiento exclusivo de la persona física, éstos son: la voluntad del sujeto, la manifestación de ésta y como consecuencia de la segunda, la modificación del mundo exterior, por ende, todo acto de voluntad presupone actos de conocimiento.⁹⁷

En cuanto a la manifestación de voluntad es el acto que refleja la personalidad del sujeto. La voluntad es el solo elemento con que esencialmente se manifiesta, en el singular acto, la personalidad del actor. Son atribuibles a la voluntad no sólo los actos que traen origen de un impulso consciente, sino también aquellos que se derivan de la inercia de querer,⁹⁸ la voluntad debe entenderse como voluntad consciente, ya que sin el estado de conciencia no se puede considerar como tal.⁹⁹

Las excluyentes de responsabilidad (en cuanto a la acción), se presentan cuando la voluntad del sujeto se ve viciada, o bien, el acto realizado, carece de libertad de voluntad; Muñoz Conde señala tres excluyentes de responsabilidad que son: la fuerza irresistible,¹⁰⁰ los movimientos reflejos y los estados de inconciencia, aunque es claro, la ausencia de acción o exclusión de ésta, no significa que las otras categorías del delito no existan.

⁹⁶ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 292.

⁹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito, op. cit.*, p. 105.

⁹⁸ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano. Parte general, op. cit.*, pp. 109-110.

⁹⁹ En este sentido, existen diversos estado de inconciencia que anulan la voluntad, como el sueño, el sonambulismo, las crisis epilépticas, algunas crisis histéricas, los estados febriles u otros estados de inconciencia. Con la aclaración de que en estados no profundos, puede subsistir una voluntabilidad fuertemente reducida, que para efectos penales equivale a una total involuntabilidad. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal, op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁰ La fuerza irresistible es una fuerza de entidad tal que haga al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos, o sea, que lo haga obrar mecánicamente (...) la fuerza física irresistible es un problema de conducta. La fuerza física irresistible debe ser exógena, o sea, proveniente del exterior y no del sujeto, como bien podrían ser los fenómenos naturales tales como el viento, un terremoto, una tormenta, etcétera, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito, op. cit.*, p. 146.

B. *La omisión*

El concepto de omisión surge con la teoría de los delitos de omisión creada por Armin Kaufmann, donde concibe a ésta como tercera forma general de aparición del hecho punible junto al delito doloso e imprudente de comisión, dotada de una estructura independiente de sus elementos. El delito de omisión constituye dentro del finalismo una forma especial de hecho punible que no resulta abarcado por el concepto final de acción,¹⁰¹ pero sí por un supraconcepto de acción.

La omisión puede ser considerada la antítesis de la acción, o como la manifestación de la voluntad en forma negativa, pero en todos los casos trae consecuencias de derecho. La omisión no es como generalmente se entiende el comportamiento de no hacer nada, sino dejar de hacer algo previsto por la ley, por ende, la conducta omisiva no implica algo tan simple como la falta de movimiento corporal, pero sí la voluntad de no realizar el acto que, de haberse efectuado, no hubiera lesionado o puesto en peligro un bien jurídico. Generalmente, las personas que pueden o están obligadas a realizar una determinada actividad, al no llevarla a cabo y tener facultades de producirla caen en la omisión, por lo que “no impedir un resultado estando obligado a impedirlo, equivale a ocasionarlo”.¹⁰²

Respecto de la omisión existe un criterio uniforme en el sentido de que no equivale a una pura abstención, sino que estriba en dejar de hacer algo que debió realizarse.¹⁰³ Por lo que no interesará una simple abstención. Por ejemplo: el bañista que alcanza a ver cómo se ahoga una persona al nadar en una laguna, tiene el deber de auxiliarlo o bien de comunicar a la autoridad de dicho suceso, si en lugar de realizar dicho comportamiento aborda su vehículo y abandona el lugar, entonces encontramos la ausencia del comportamiento esperado por el legislador y la presencia de una actividad corporal distinta.

Atento a lo anterior, la omisión es no actuar de un modo determinado, su esencia radica en no haber realizado una determinada acción. La conducta observada en vez de la que se esperaba no tiene nada que ver con la omisión.¹⁰⁴

101 Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 285.

102 Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal, op. cit.*, p. 350.

103 Ortego Costales, José, *Teoría de la parte especial del derecho penal*, Salamanca, Dykinson, 1988, p. 27.

104 Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 153.

Es por esto que la omisión y la acción tienen un origen común, pero “la omisión, como se ha dicho, no es la cara inversa de la acción, sino otro modo ejecutivo.”¹⁰⁵

Por otra parte, la diferencia principal entre acción y omisión radica en la finalidad de ambas, esto es, mientras en la acción la finalidad es actual, en la omisión se considera una finalidad potencial, un haber podido.¹⁰⁶ Por tanto, es una finalidad no ejercida, que pudo ser realizada; retomando el ejemplo anterior, aquel bañista que estando en la playa contempla cómo una persona se está ahogando y no acude en su auxilio, esto es, no ejerce la actividad final en potencia, produce la omisión y con tal un resultado que generalmente resulta como consecuencia de una acción.

Otro punto en el que se sustentan las diferencias entre acción y omisión, es que la esencia de la omisión radica en la no interferencia en la consumación de un resultado, o sea que no se interviene para evitar el cambio en el mundo exterior, cuando se pudo haber evitado la lesión del bien jurídico por la especial situación en que se encuentra el sujeto activo.

La omisión, para Jiménez de Asúa, es una respuesta de la naturaleza de la norma, “si es imperativa: ‘socorrerás’, el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión”,¹⁰⁷ pero también contempla la posibilidad y el estado en que se encuentra el sujeto activo, es decir, se omite el comportamiento con conciencia y estando en posibilidades de realizar el auxilio, entonces desde un plano axiológico, la omisión es un *non facere quod debetur* (no hacer lo que se debía hacer) en virtud del mandato legal.¹⁰⁸

Es factible afirmar que la omisión entraña una voluntad que se manifiesta al exterior a través de un estado de quietud corporal, o bien, a través de un movimiento corporal, es así “que la comprobación de que se está en presencia de una omisión sólo la confiere el instrumento del deber jurídico a cargo del sujeto activo”,¹⁰⁹ es decir omite un comportamiento sólo aquel sujeto que tenía el deber jurídico de realizarlo.

La voluntad de la omisión se encuadra dentro de la actitud, ya que éticamente se encuentra el sujeto activo en un estado consciente y, por ende, voluntario.

105 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, op. cit., p. 662

106 Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 78.

107 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 267.

108 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, op. cit., p. 621.

109 *Ibidem*, pp. 642 y 643.

En el caso de Mezger, explica lo anterior al afirmar que la omisión no es otra cosa sino la acción esperada que el autor ha omitido emprender, es no emprender la acción que de él se esperaba, siempre que esa acción esperada le sea exigible, por tal motivo, la omisión sólo se acredita desde fuera, por ende, es el que juzga y no el que omite quien da existencia a la omisión.¹¹⁰

En sentido contrario a la opinión anterior, se argumenta que la omisión, al realizarse se convierte en una acción positiva, tal es el caso de Mir Puig, para quien “la no realización de la conducta descrita por la ley tiene lugar casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva distinta a aquella”.¹¹¹ Así, por ejemplo: el cazador que hiere gravemente a otra persona y no le brinda auxilio, omite socorrerla mediante la actividad corporal (acción positiva) al abandonar el lugar de los hechos.

Con esto podemos decir que la actividad corporal (acción positiva) es la que se reprocha dentro de la omisión y que esta última se da a consecuencia del movimiento corporal que no se esperaba. “La omisión se equipara a la acción cuando, si se hubiera realizado la acción esperada, el resultado no se hubiese producido.”¹¹²

La omisión también se da desde un punto de vista pasivo, como muchos autores lo señalan, pero esta pasividad comprende un “comportamiento social positivo”,¹¹³ por ejemplo aquel sujeto que va caminando y presencia un asalto al otro lado de la acera, donde la víctima queda con lesiones, su deber es brindarle ayuda. Es así que quien va caminando y observa un asalto en donde debería brindar ayuda a la víctima, omite su deber mediante la actividad corporal, traducida en seguir caminando.

Para Carrancá y Trujillo, la omisión no es otra cosa, sino “la conducta humana manifestada por medio de un no hacer efectivo, corporal y voluntario, teniendo el deber legal de hacer (de *omissio*, no ejecución, abstención)”,¹¹⁴ mientras Castellanos Tena coincide con Porte Petit, al identificar como elementos de la omisión propia: “a) voluntad, o no voluntad (delitos de olvido); b) inactividad, y c) deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico o jurídico”,¹¹⁵

110 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 268.

111 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 178.

112 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, op. cit., p. 372.

113 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 178.

114 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano*, op. cit., p. 200.

115 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 208.

definiciones de la omisión de la cual se desprende la connotación a nivel de aspecto negativo de la conducta, o bien, como el no hacer traducido en inactividad.

Por otra parte, tradicionalmente se ha demostrado la existencia de dos tipos de delitos cometidos por omisión, a saber, los propios y los impropios,¹¹⁶ en “los delitos propios de omisión se infringe una norma preceptiva mediante omisión y en los delitos impropios de omisión, la norma se transgrede mediante omisión de una norma prohibitiva”.¹¹⁷ “La omisión es una acción que puede ser causal respecto de un resultado determinado”,¹¹⁸ o bien, la división entre la omisión pura y la sencilla sin tener en cuenta el resultado y la omisión de un movimiento corporal que se traduce en no impedir voluntariamente un resultado.¹¹⁹

En los delitos omisivos propios, se vulnera una norma preceptiva, por ejemplo, aquel sujeto que va transitando por una avenida y no le brinda ayuda a una persona atropellada; omite el deber de brindarle socorro, por lo que se viola un precepto legal.

De lo anterior, podemos desprender que la omisión es no realizar una acción para salvaguardar el bien jurídico, ya sea teniendo la posibilidad de hacer esta acción, o bien, teniendo el deber de efectuarla, no siendo algo tan simple como mera inactividad o falta de movimiento corporal, puesto que en la propia omisión puede presentarse la actividad corporal.

En relación con lo anterior, podemos afirmar la existencia de tres tipos de delitos de omisión:¹²⁰

a) Los de omisión pura o propia, donde la penalidad será una simple infracción.

b) Los delitos de omisión y resultado, vinculando la omisión al resultado material ocasionado a consecuencia de ésta.

c) Los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.

En los primeros se pueden clasificar aquellos tipos penales en donde el sujeto que omite la acción positiva, no estaba obligado a proteger el bien jurídico respectivo, sin embargo, el reproche en su contra radica en que tuvo

116 El delito omisivo consiste siempre en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía la obligación de realizar y que podía realizar. Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 30.

117 Baumann, Jürgen, *Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., p. 137.

118 *Ibidem*, p. 152.

119 Maggioro, Giuseppe, *Derecho penal, el delito*, op. cit., p. 350.

120 *Ibidem*, p. 31.

oportunidad de salvaguardarlo; mientras que en el otro caso se tenía la obligación y la posibilidad de tutelar ese bien jurídico, y debido a esta falta se produce el resultado material.

C. *Los delitos impropios de omisión*

Con anterioridad se ha referido la idea en torno a la omisión y se ha dejado en claro que aun cuando se defiende por la dogmática actual un supraconcepto de acción que contiene a la omisión, existe otra modalidad de delitos que pueden realizarse por omisión y dar lugar a un tipo de acción llamados delitos impropios de omisión, a continuación trataremos de exponer la problemática.

El ámbito de la discusión actual en materia de los delitos impropios de omisión, parte de las formulaciones elaboradas por Nagler, quien, por un lado, planteaba una reacción del derecho penal liberal frente a la postura de la escuela de Kiel y del Proyecto de Código Penal alemán de 1936; de otro lado, define de la manera hoy vigente la problemática de los delitos impropios de omisión, misma que puede establecerse en los siguientes aspectos:¹²¹

1. Se parte de la afirmación de la causalidad para el resultado de las llamadas condiciones negativas;
2. La posición de garante aparece como una consecuencia de la concepción de las prohibiciones del derecho penal, como integradas también por un mandato (secundario) de impedir el resultado;
3. La responsabilidad es consecuencia de la infracción de este mandato de acción dirigido de una manera altamente especializada a una persona que se encuentra “puesta en una especial situación de estrecha vinculación con el bien jurídico”. Esta situación fundante del deber puede surgir directamente de la ley o estar concentrada a ciertos hechos sociales (injerencia y aceptación del deber jurídico contractualmente);
4. Tácitamente queda afirmado que sólo determinada clase de autores, aquellos que sean “garantes” pueden realizar el tipo, que en consecuencia sería un delito propio;
5. No cualquier mandato de acción da lugar a una posición de garante.

¹²¹ Bacigalupo, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, op. cit., p. 40.

En materia de delitos impropios de omisión, resulta conveniente recordar que Armin Kaufmann estableció en materia de omisión y en especial sobre los delitos impropios de omisión,¹²² que la problemática de este tipo de delitos no yace en la estructura dogmática, sino en su conformación axiológica, pues no existe una diferencia estructural entre los delitos propios de omisión y los impropios de omisión.¹²³

La omisión impropia se presenta en un tipo penal que prevé el deber jurídico de guardar un bien jurídico que se ve lesionado o puesto en peligro a causa de la imprudencia del sujeto activo, esto es, que “el sujeto viola un mandato de acción, junto con una prohibición de comisión, o sea, no hace lo que debe hacer, ocasionando con ello un resultado que no debe ser ocasionado”,¹²⁴ los delitos impropios de omisión también son conocidos como delitos de comisión por omisión, o bien, delitos de omisión impropia.

En “los delitos impropios de omisión, el resultado se produce a virtud de la omisión del movimiento corporal y por designio del pensamiento criminal que lo ordena”,¹²⁵ el sujeto activo adquiere la calidad de garante, esto es, que tiene el deber de guardar el bien jurídico puesto en peligro, esta calidad se puede adquirir de dos maneras:

1. Mediante la existencia de una función protectora de un bien jurídico. En virtud del vínculo que existe entre el sujeto pasivo y el obligado, generalmente este vínculo se da por razones familiares. Una comunidad de peligros, esta relación es entre varios sujetos y entre ellos tienen la obligación de protegerse, como en el alpinismo. La aceptación voluntaria de la calidad de garante, por ejemplo un médico está obligado a realizar todo lo posible para evitar que un lesionado fallezca.¹²⁶
2. Por tener el sujeto activo a su cargo el deber de vigilar una fuente de peligros; como podría ser una persona que tiene por mascota un león,

122 Al respecto, debemos recordar que los delitos impropios de omisión son aquellos delitos de omisión que no están expresamente tipificados en la ley, pero que han sido reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia sin ninguna objeción. Por tal motivo, 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 se da, pero no es ni propia ni impropia. Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pp. 155 y ss.

123 Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. Enrique Bacigalupo Zapater y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 275.

124 Raneri, Silvio, *op. cit.*, p. 298.

125 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general, op. cit.*, p. 201.

126 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, pp. 35-36.

debe garantizar la seguridad de sus vecinos en virtud del peligro que constituye la posesión de este tipo de animales. En caso de provocar daño a alguna persona, debe responder por él.¹²⁷

Para Juan del Rosal todos aquellos delitos impropios de omisión tienen como principal característica resultados lesivos.¹²⁸ “En ocasiones, y en sede al cargo u oficio que desempeña, el sujeto queda vinculado al cumplimiento de una serie de deberes deontológicos, profesionales o reglamentarios, que nos impelen a realizar una actividad en un determinado sentido.”¹²⁹ Por ejemplo, el ingeniero que no realiza adecuadamente los cálculos para la construcción del puente que está a su cargo y, por ende, el puente se cae ocasionando la muerte de los que transitaban en ese momento, es responsable a título de homicidio.

En atención al cargo que desempeña el ingeniero, incumple con ciertos deberes, previamente conocidos y aceptados, con lo que da lugar a eventos lesivos, bien personales o económicos, en forma tipificable y otros supuestos, que pueden encadenar causalmente la configuración de un resultado típico en cualquier categoría penal.¹³⁰

Por otra parte, para González Quintanilla, los delitos impropios de omisión “son aquellos en donde no se hace lo que debió hacerse y ello produce un resultado material, se está violando una norma preceptiva y después una prohibitiva”,¹³¹ con lo que se identifica a los elementos característicos de la omisión impropia, el incumplimiento de un deber jurídico de hacer y la producción de un resultado material típico, pero se olvida el autor de la calidad de garante que en dicho rubro constituye la parte medular.

Este tipo de acción negativa surge a consecuencia de un determinado resultado prohibido, lamentablemente en el tipo descrito en la ley penal, no se hace referencia expresa de cómo surge la omisión impropia y de cuándo se equipara a una acción positiva, que es más común dentro de la ley.¹³²

Dentro de la omisión impropia existen ciertos requisitos que son fundamentales para que se dé la conducta humana, que son: “manifestación de la voluntad, resultado y relación causal entre ambos”,¹³³ pero sin perder de

127 *Idem.*

128 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 668.

129 *Idem.*

130 *Idem.*

131 González Quintanilla, *Derecho penal mexicano. Parte general, op. cit.*, p. 176.

132 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 31.

133 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 678.

vista la calidad a cubrir por el sujeto activo, pues de otra manera acorta la distancia con la omisión e incluso los confunde.

Como presupuestos de los delitos impropios de omisión, podemos señalar que sólo puede surgir en el caso de que se presente la calidad de garante, lo cual representa un problema de autoría y, por ende, nos remite a un círculo reducido de tipos penales que supongan dicha característica.

En efecto, la relación especial y estrecha que existe entre un sujeto activo y el bien jurídico que se ha establecido precisamente para la salvaguarda de éste, es lo que origina la posición de garante, por consecuencia, el presupuesto de los delitos impropios de omisión es precisamente la posición de garante en ausencia de la cual resulta imposible poder hablar o referir a dichos delitos.¹³⁴

Por otra parte, no olvidemos que una de las principales críticas vertidas contra los delitos impropios de omisión ha sido el conflicto con el principio de legalidad, pues la problemática consiste en delimitar los casos y las condiciones en las que la no realización de una acción tendente a evitar un resultado de un tipo prohibido, puede ser equivalente a la realización activa de ese resultado y, por ende, a la aplicación de las consecuencias jurídicas relativas a los tipos penales de acción.

La solución a lo anterior representa un serio problema máxime al encontrarse la omisión impropia a nivel de tipos abiertos, entonces le corresponde al juzgador completar su contenido, a la vez de definir las condiciones en las cuales el no evitar ocasionar un resultado prohibido es equivalente a la acción activa de producirlo y el problema adicional a resolver consiste en establecer la pena al responsable, cuando la ley nada señala al respecto, sino que deja plenamente abierta la posibilidad para que el juez complete su contenido.

1. La posición de garante

La posición de garante constituye una calidad que reúne el sujeto activo. Sus orígenes se remontan a la respuesta en torno a la posición formulada por Schaffstein. La posición que Dham fundó, para la Escuela de Kiel, constituye la respuesta a la teoría de la posición de garante de Nagler.¹³⁵

¹³⁴ Para Olga Islas de González Mariscal, “la calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa en que se halla un sujeto y un bien singularmente determinado creado para la salvaguarda del bien”. *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 36.

¹³⁵ Bacigalupo, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, op. cit., p. 40.

La problemática en la discusión trató de resolver los casos en que la omisión se identificaba con la acción si se demostraba que estaba equiparada con la actividad según la voluntad de la ley, por ende, el resultado típico producido por omisión equivale a la producción activa, cuando el agente, por su posición en el orden social, desempeña una función de garantía que le impone el deber de evitar el resultado.¹³⁶

En contra de la teoría de la posición de garante existen infinidad de críticas basadas en aspectos como que: “constituye un elemento no escrito de los tipos de comisión”, “da lugar a un tipo de omisión no escrito”, “hace de un delito impropio de omisión, uno propio de omisión” y “viola el principio de reserva y el de prohibición de la analogía”.

Sin embargo, la calidad de garante no representa una simple abstracción o fórmula, sino el recurso más eficiente para establecer los deberes de evitar el resultado de los simples deberes de socorro, de los impropios delitos de omisión y de los propios.

Con antelación hemos referido la importancia del desarrollo formulado por Nagler, quien sitúa a la posición de garante como una consecuencia de la concepción de las normas jurídico penales que prevén una prohibición o mandato de evitar determinado resultado.

El deber de evitar el resultado cobra una fundamentación basada en aspectos como: a) la ley, b) la libre aceptación, c) por la especial situación de vida o de peligro, y d) por la costumbre.¹³⁷

a) *Fundamentación legal*. Establece la necesaria aportación por parte de la ley del deber jurídico de evitar el resultado. Un ejemplo de dicha fundamentación sería el deber que le asiste al servidor público que tiene a su cargo determinada información recibida para desempeñar su función

b) *La libre aceptación*. Antiguamente entendida como aceptación contractual, que ahora se admite de una mejor forma como relaciones de confianza en total independencia de que se basen en cuestiones contractuales. Ejemplo de lo anterior desde el punto de vista contractual serían: la aceptación del trabajo de la enfermera respecto del cuidado del enfermo, el trabajo del guardaespaldas (*bodyguard*). Desde el punto de vista de relaciones de confianza serían: las declaraciones realizadas por el asegurado ante

¹³⁶ Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, t. II p. 280.

¹³⁷ Welzel fundamenta el deber jurídico de evitar el resultado sobre bases como la ley, la aceptación de una posición de garante, el hecho anterior y especiales relaciones de confianza. Maurach retoma dichas ideas en el sentido expuesto, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, pp. 286 y ss.

el asegurado (que pueden dar lugar al fraude en caso de ser falsas), la relación entre un institución bancaria y sus clientes, que resultan fundamentales para evitar la posibilidad de fraudes de carácter crediticio.

c) *Por la especial situación de vida o de peligro.* Esta posibilidad se basa en lo siguiente: siempre que existan determinadas comunidades íntimas de vida o siempre que se dé una, aunque de manera provisional, comunidad de peligro, cada uno de los miembros de dichas comunidades está obligado a evitar los peligros que puedan sufrir los restantes miembros, lo cual se traduce no sólo en un aspecto de intimidad sino también de íntima solidaridad. Ejemplo de una especial situación de vida derivada de aspectos familiares sería: el deber de los parientes cercanos para con sus familiares enfermos y necesitados de cuidado, la madre que debe alimentar a su hijo recién nacido. En relación con una especial situación de peligro es el caso de los amigos que deciden realizar una excursión unidos por una saga, dependiendo cada uno de ellos de su coordinación, lo cual no se presenta por ejemplo tratándose de los naufragos en virtud de que el peligro no se enfrenta de manera voluntaria.

d) *Por la costumbre.* Este fundamento del deber de evitar el resultado puede resolverse mediante el siguiente principio: un deber de evitar el resultado corresponde a todo aquel que por su conducta precedente ha creado el peligro de la producción del evento. En tal sentido se precisa de una acción precedente por parte del sujeto elevadora del riesgo o creadora de un determinado peligro. Por ejemplo: el que descuidadamente encierra a una persona será responsable de privación de la libertad, sino la pone de manera inmediata en libertad; el que conscientemente se abstiene de eliminar el riesgo de incendio creado por él, responderá en caso de incendio por incendio doloso; el que después de reparar su vehículo en la carretera deja un obstáculo, está obligado a eliminar el peligro creado por el obstáculo, crea el peligro y de producirse un accidente responderá como autor; el beber alcohol en una fiesta, en circunstancias especiales, da lugar a un deber de garantía para cada partícipe de apartar los peligros derivados de la embriaguez de sus compañeros.

El deber de evitar un resultado no se toma en consideración en aquellos casos en que resulte excluido en virtud de la invocación de deberes o valores de carácter superior, por ejemplo el abogado defensor enfrenta la contraposición del deber de colaborar en el esclarecimiento del delito, así como el de guardar la debida reserva de la información comprometedoras que su cliente le ha transmitido.

2. Los delitos impropios de omisión en los textos legales

El artículo 7o., párrafo segundo, del CPF establece en torno a los delitos impropios de omisión que la atribuibilidad del resultado típico producido a la persona que evita impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo. En tales casos se considera que el resultado típico es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El texto anterior es de reciente creación, por lo que a la fecha la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se ha pronunciado aún en torno a su aplicación práctica, sin embargo, existen infinidad de tipos penales inmersos en el Código Penal Federal, en los cuales existe un deber emanado de la ley, o bien, de una relación especial del sujeto activo, que da origen a la calidad de garante y que a su vez le impone el deber de evitar el resultado, tal es el caso de la revelación de secretos prevista en el artículo 210, el cual a la letra señala:

Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

Del texto anterior, se puede desprender una clara relación del sujeto activo con el bien jurídico, creada a partir de especiales relaciones de trabajo, en tal sentido se reconoce la presencia de la calidad de garante, sobre la base de argumentos plenamente coincidentes con la postura expuesta por Maurach en torno a la fundamentación del deber de evitar el resultado típico.

En el caso del CP de Sinaloa¹³⁸ y de Baja California,¹³⁹ se introdujo la posibilidad de atribuir el resultado típico producido a los que teniendo el deber jurídico de evitarlo no lo impiden estando en posibilidades de hacerlo, sin embargo, no plantean el origen de dicho deber jurídico y, por ende, la conexión del sujeto activo con la tutela del mismo, es decir, la calidad de garante, por lo cual se amerita una aclaración por parte del legislador, la cual podría ser en el sentido que la propia doctrina lo plantea.

¹³⁸ El artículo 12, párrafo segundo, a la letra señala: será atribuible el resultado típico producido, a quien teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impida, pudiendo hacerlo.

¹³⁹ El artículo 12, tercer párrafo, señala: en los delitos de resultado material, también responderá del resultado típico producido quien, teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide.

Finalmente, es destacable la redacción del moderno Código Penal del Estado de Tabasco, que con gran claridad logró abordar el problema de los delitos impropios de omisión retomando los elementos característicos de el al señalar literalmente:

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 formaba 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.

3. La punibilidad tratándose de los delitos impropios de omisión

Un problema de capital importancia radica en definir cuál será la pena que se le aplique al responsable de un delito por omisión impropia, ¿la del delito por acción?, o bien, ¿por el delito de omisión cuando esté expresado?

En relación con el primer supuesto, el CPF es muy claro en el sentido de vincular el deber de impedir un resultado típico con la atribuibilidad de dicho resultado al sujeto activo, por ende, se aplicaría por extensión el contenido de un tipo de acción por un comportamiento omisivo, siempre y cuando exista el deber jurídico de evitar el resultado, circunstancia que genera un problema a la luz del principio de legalidad.

Si partimos de la afirmación en el sentido de que no se pueden aplicar penas por analogía ni por mayoría de razón, entonces al aplicar extensivamente un tipo penal de acción por un comportamiento atípico, entonces caemos en la ilegalidad, sobre todo si la omisión impropia derivada tiene el carácter de tipo abierto que el juez debe complementar.

El CPF, en su artículo 7o., establece que los delitos sólo pueden realizarse de manera activa u omisiva y en un segundo párrafo establece la posibilidad de atribuirle el resultado típico a quien no lo evitó teniendo el deber jurídico de hacerlo.

2. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

Desde los inicios del derecho penal se consideró al ser humano como sujeto del delito. Grandes discusiones se dieron en épocas históricas de nuestra ciencia del derecho penal, cuando algunos hablaban de responsabilizar a todo lo que ocasionaba un daño a la sociedad siendo el caso de: perros, cerdos, elefantes, topos, etcétera.¹⁴⁰ Otros pugnaban por la defensa de la idea del ser humano como único sujeto de responsabilidad penal.

El ser humano por tradición ha sido el obligado a acatar las normas contenidas en los diversos ordenamientos reguladores de la vida del hombre en sociedad. También, en la medida del desarrollo del Estado moderno y del surgimiento de entes jurídicos, como las personas jurídicas,¹⁴¹ empresas, corporaciones, sociedades o asociaciones, se han realizado innovaciones tendentes a regular precisamente su actividad en la sociedad, la cual desembocó en aspectos incluso de índole penal. Lo anterior, en virtud de que para la consumación de un tipo penal se requiere la confluencia de un comportamiento humano lesivo a los intereses de la sociedad, y si la persona humana es la única reconocida con capacidad para exteriorizar una voluntad dañosa, entonces, ni las cosas inanimadas ni los animales pueden ser considerados sujetos activos del delito, sin embargo, la persona jurídica funciona a través de voluntades de personas físicas y, por ende, resulta plausible pensar en responsabilidad penal atribuible a éstas.

La doctrina hace referencia a las personas participantes en su consumación y es acorde en considerar que ante la presencia de un delito, generalmente encontraremos a un sujeto activo desplegando un comportamiento

140 Durante la Edad Media se presentan ejemplos de numerosos procesos contra animales. Adosio ha podido reunir 144 de dichos procesos relativos a caballos homicidas, cerdos infantiles, perros acusados de crimen *bestialitis*, topos, langostas y sanguijuelas, etcétera. Chassané y Bally ganaron celebridad como abogados defensores de tales absurdos sujetos. Aún en el siglo pasado, Jiménez de Asúa registra más ejemplos: en Troyes (1845) fue sentenciado un perro por cazador furtivo; en Leeds (1861), un gallo por haber picoteado el ojo de un niño, y en Londres (1897) un elefante llamado “Charlie”, al que el jurado absolvió por legítima defensa. Los revolucionarios bolcheviques fusilaron en Ekaterimburg (1917) “por burgués”, al caballo “Krepich”, pensionado por su dueño, el Zar, después de haber ganado el “derby”, véase Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 1991, pp. 263-264.

141 En nuestro país la tradición identifica a los entes creados por el Estado como “personas morales”, sin embargo, la moderna tendencia alude a denominaciones más apropiadas como sería el caso de personas jurídicas, personas legales, entidades legales. A fin de evitar confusiones, en lo sucesivo nos habremos de referir a éstas como personas jurídicas, en atención a que su existencia es producto del contenido de la ley, a diferencia de la persona física que precede la formación de ésta, así como a que nos parece el término adecuado para identificarlas.

dañino o peligroso para los intereses de la sociedad, y un sujeto pasivo, entendido como la persona receptora del daño dirigido por el sujeto activo.

En relación con los tipos penales incorporados al CPF, no establecen prescripción en el sentido de estar dirigidos a un círculo determinados de sujetos, sino que deja totalmente abierta la posibilidad de ser concretados por cualquiera, lo cual despierta interrogantes en torno a quiénes pueden ser considerado sujetos activos del delito, y establecer si sólo la persona física o también las personas jurídicas.

La respuesta a las interrogantes anteriores es unánime en el sentido de que la persona física es aceptada como sujeto activo del delito, empero respecto de la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, no sucede lo mismo, sobre todo, a partir de las tendencias adoptadas en los sistemas jurídicos del mundo, lo cual se reproduce en la legislación federal y estatal mexicana.

En nuestro país existen tres tendencias al respecto, la primera admite plenamente la posibilidad de aplicar consecuencias jurídico penales a las personas jurídicas, la segunda ignora la problemática al no señalar nada al respecto, y la tercera tímidamente refiere consecuencias jurídico penales en su contenido aun cuando rechaza la posibilidad de responsabilizarlas penalmente, circunstancia que provoca una clara contradicción al negar, por un lado, la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, y, por el otro, establecer consecuencias jurídico penales para el caso de que se cometan delitos bajo el amparo de ella.

Lo anterior nos obliga a revisar algunas breves ideas en materia de los sujetos activos del delito que por tradición se considera a las personas físicas, pero que cada día con mayor fuerza se demuestra la necesidad de incorporar a las personas jurídicas como sujetos activos del delito y fijar consecuencias jurídico penales.

De igual manera, trataremos de explicar si los tipos penales en materia ambiental se dirigen de manera exclusiva a las personas físicas, o bien, si las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas penalmente por su comisión.

A. Las personas jurídicas

En este apartado es importante establecer que el derecho le reconoce actualmente a las personas jurídicas o morales, una existencia propia, amén de reconocerles plena capacidad para contratar, por ende, efectos a la

voluntad que manifiesten a través de sus órganos de representación o administración.

Según infinidad de autores, podríamos considerar una tendencia actualmente mayoritaria, pero también tradicional, de que sólo puede actuar quien es capaz para ello.

Todas las personas naturales que están en condiciones de realizar una conducta corporal voluntaria son capaces, una persona jurídica no es capaz de realizar por sí sola una acción, ya que es un ente ficticio creado por el derecho, es por esto que el Código Penal no contempla delitos cometidos por personas morales, puesto que los únicos responsables de una acción hecha por una persona jurídica son sus representantes...¹⁴²

Lo anterior resulta contradictorio, pues si el derecho reconoce la existencia de manera ficticia de entes que pueden obligarse como lo hacen las personas físicas, entonces, también les reconoce efectos a la manifestación de voluntad emanada de sus órganos de representación o administración, pues al darse ésta los que se obligan no son los que lo expresan, sino que éstos se obligan pero a nombre de otro, es decir, en pleno ejercicio de un mandato de representación.¹⁴³

La objeción en el sentido de que las personas morales al no ser capaces de conocer sus actos y la significación injusta de éstos, no pueden ser culpables; ya que “si la culpabilidad es una de las características básicas de la infracción penal, es obvio que las sociedades no pueden perpetrar delitos”,¹⁴⁴ también resulta inaceptable, pues la tendencia de las leyes actuales respecto de las facultades reconocidas a las personas jurídicas es a ampliar su campo de acción en el mismo sentido que las personas físicas, con un régimen de responsabilidad que afrontan a título colectivo y a título individual, lo cual resulta claro ante la legislación bancaria y financiera, en donde las operaciones que se realizan comprenden la intervención de personas físicas y jurídicas, siendo posible que realicen por un lado operaciones lícitas, así como determinadas actividades plenamente ilícitas.

¹⁴² Baumann, Jürgen, *Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema*, op. cit., p. 151.

¹⁴³ El Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, establece en los artículos 26 y 27, que “las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución”, “las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos”.

¹⁴⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 261.

Por otra parte, cuando algunos autores consideran que sólo la persona humana puede ser sujeto de una acción penal, en virtud de que la capacidad de acción, la culpabilidad y la punibilidad requieren de una voluntad individualizada y la persona jurídica surge por un acuerdo de voluntades de dos o más sujetos, resulta una afirmación más pasional que atinada, al ser claro que la lesión de bienes jurídicos es en la misma extensión cuando se produce con motivo de la actividad de una persona jurídica que cuando se realiza con motivo de la intervención de una persona física, por lo que la intervención de la ley penal se justifica en un sentido muy similar.

También, se aduce que la persona jurídica sólo puede actuar a través de sus órganos por lo que ella en sí, es inculpable, “ya que el reproche de culpabilidad sólo puede formularse respecto de personas individuales responsables, y no frente a miembros de una sociedad que no han participado en el hecho ni frente a una masa patrimonial”.¹⁴⁵ Lo anterior no significa que el derecho penal permanezca impasible ante los delitos cometidos por éstas, sino que en estos casos se procede contra las personas físicas responsables de estos delitos, añadiendo a lo anterior las medidas civiles o administrativas que surjan como consecuencia accesoria en contra de la persona jurídica.

Para Castellanos Tena “las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independiente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito”,¹⁴⁶ lo cual resulta aceptable acorde con la postura teórica del autor, pero es rechazable si atendemos a la relación de causa efecto que existe entre la lesión producida a un bien jurídico por una persona jurídica y la que produce una física, la cual, en términos objetivos no guarda distancia, y en relación con la intervención de la voluntad, tampoco establecen grandes distancias salvo que en el caso de la primera deriva de una manifestación colectiva de voluntad, expresada por sus órganos de administración, en tanto que en las segundas es una manifestación de voluntad personal o individual.

Lo cual se traduce en que, a nivel de personas jurídicas, se reconoce con efectos jurídicos la manifestación de su voluntad, es decir, no se niega la posibilidad de que puedan obligarse y contratar, por lo que si la ley admite tal posibilidad, resulta absurdo suponer que sólo es válida para efectos

145 Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 300.

146 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, p. 203.

lícitos, toda vez que en ocasiones con tales fines, se produce lo contrario, es decir actos ilícitos.

Por lo que también debe precisarse que la manifestación de la voluntad en las personas jurídicas es de naturaleza diversa en comparación con la forma como se manifiesta en las personas físicas, así, en el caso de las primeras deriva de la suma de voluntades, o de los acuerdos, a que lleguen sus órganos de administración o de representación, en tanto que en las segundas es suficiente la decisión personal, además, en las primeras la manifestación de voluntad se torna en un sentido difuso, cuando queremos identificar el origen de la misma, es decir la persona física que la ha producido, lo cual no deja de ser una mera inquietud, pues para efectos legales es intrascendente que la decisión de la persona jurídica emane de la voluntad expresada por todos sus miembros o la mayoría, pues los efectos no se distinguen.

La postura anterior no resulta novedosa, pues durante el transcurso de la historia, existió la responsabilidad colectiva. Actualmente, en algunos países se plantea la posibilidad de si también las personas jurídicas pueden ser sujetos del delito, como expresión de una voluntad colectiva.¹⁴⁷

En la antigua Roma no se aceptó esta posibilidad, con base en el principio *societas delinquere non potest*; posteriormente, en la Edad Media y parte de la Moderna, se logró aceptar; sin embargo, a finales del siglo XVIII, regresó la tendencia a no considerar sujetos imputables a las personas jurídicas, sino que la sanción debería recaer sobre los hombres que se encuentren detrás de ésta.

A mediados del siglo XIX, aparece la *Teoría de la realidad*, de Gierke, donde se afirma que la persona moral tiene una voluntad distinta a la de los sujetos que la integran, por lo que es conveniente sancionar a ésta. Posteriormente, Von Liszt, Prins, Saldaña y Masaveu defienden la responsabilidad que tiene la persona jurídica, argumentando que debido a la peligrosidad de los actos que puede efectuar en el derecho privado, era conveniente aplicarle una pena.¹⁴⁸

Actualmente en los Estados Unidos de América (EUA) e Inglaterra, se acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por razones de eficacia, lo cual resulta contrastante con la tendencia de otros países, como es el caso del nuestro, en donde la responsabilidad penal se otorga a los

147 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 181.

148 *Ibidem*, p. 183.

sujetos que realizaron el ilícito. “La irresponsabilidad penal de la persona jurídica que ello implica no se opone, en cambio, a la posibilidad de que la misma quede sujeta a medidas de seguridad y a la responsabilidad civil.”¹⁴⁹

En el caso de los EUA, la situación guarda una notable diferencia, por ejemplo: la responsabilidad penal atribuible a las personas jurídicas se enfoca en la idea de “cualquier persona que viole la ley”, entendido el concepto de persona en el más amplio sentido, es decir, dando cabida tanto a la física como a la jurídica.

Lo anterior provoca que las personas jurídicas, para efectos penales, sean comúnmente incluidas en la idea de “persona”, para efecto penales, en tal virtud, la ley enfoca su contenido al control de la compañía respecto de la violación legal¹⁵⁰ o la extensión a la que la administración de la persona jurídica ciertamente difiera de las exigencias ambientales previstas en la ley.¹⁵¹

De conformidad con lo anterior, la responsabilidad penal a título particular es generalmente utilizada como base para responsabilizar a aquellos que tengan facultades o atribuciones para prevenir o corregir la violación, en comparación de quienes realizan físicamente la actividad.

Los tribunales en los EUA se han pronunciado respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde aspectos, tales como: la posición que ocupa el empleado, llegando incluso a presumir el conocimiento y/o participación en los delitos sobre la base de pruebas circunstanciales referidas a la responsabilidad de los directivos de las personas jurídicas.

En tal sentido, la persona jurídica puede ser materia de imputación por sus empleados en los siguientes casos: a) si directa o indirectamente supervisan actividades ilícitas realizadas por empleados; b) si los empleados o agentes actúan bajo la esfera o ámbito de sus actividades laborales, o c) si actúan los empleados para el beneficio de la persona jurídica.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 187.

¹⁵⁰ En tal caso se han utilizado argumentos de defensa en el sentido de que el acto se realizó por un contratista ajeno del control de la persona jurídica, Dennis Muchnicki and Paul J. Covan, Countering Corporate Obstruction in the investigation and prosecution of environmental crime, National environmental enforcement J. National Association of Attorneys General, USA, July 1986, at 3-9.

¹⁵¹ Las personas jurídicas han sido consideradas penalmente responsables no obstante que han logrado acreditar que hubo error en sus operaciones en virtud de contar con un permiso u autorización equivocada, United States Vs. Mc Donald and Watson Waste Oil Co., 983, F. 2d., 35, 46 (1st Cir. 1991). Steve Curran, Gary di Bianco, Andrew Hurst, Melanie Jiménez, Nona Liegeois, “Environmental crimes”, *American Criminal Law Review*, USA, vol. 32, winter 1995, n. 2., Georgetown University Law Center, p. 253.

La tendencia en nuestro país es en el sentido de reconocer responsabilidad a la persona jurídica, bajo el argumento de que “si la persona jurídica funciona a través de voluntades de personas físicas, entonces resulta plausible pensar en responsabilidad penal”.¹⁵²

Dentro de las diferentes posturas en torno a la responsabilidad de las personas jurídicas, la más acertada es la ecléctica, que considera la responsabilidad de las personas morales desde un punto de vista civil y penal, esto es, “por un lado de manera civil por la responsabilidad que pudiese desprenderse de la actuación de sus miembros y, por el otro, admite la posibilidad de sancionar penalmente a los miembros de la sociedad que, escudándose en ella, cometen algún tipo de ilícito”.¹⁵³

La dogmática penal ha sido un tanto tímida en lo referente a considerar sujetos del delito a las personas jurídicas, entes jurídicos, corporaciones sociales o como quiera que se les denomine. En nuestro país, desde el CPF de 1929, tomándose como modelo el código español de 1928, se introdujo la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas. El texto de dicho artículo fue reproducido posteriormente por el legislador en el CPF de 1931. Esta postura tuvo su origen en el Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Bucarest, evento en el cual se estableció la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica y, posteriormente, en 1953 a raíz del Congreso Internacional de Derecho Económico, celebrado en Roma, Italia, se admitió la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas.

Aun cuando se ha discutido ampliamente lo relativo a si es o no responsable penalmente la persona jurídica, la polémica surge cuando tratamos de determinar el carácter de las medidas o sanciones más adecuadas para las personas jurídicas y el procedimiento para hacerlas efectivas.

Por un lado, encontramos opiniones de autores como Hippel y Hafter, los cuales apoyan la aplicación de medidas penales en contra de las personas jurídicas, siempre y cuando no posean ningún carácter represivo, posición arcaica sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, pues contraría una de las finalidades primordiales del derecho penal, consistente en fijar una pena o una medida de seguridad para el caso de conductas contrarias al orden social.

152 Plascencia Villanueva, Raúl, *Los delitos contra el orden económico*, op. cit., p. 39.

153 *Ibidem*, p. 43.

Para otros autores, la responsabilidad a afrontar una persona jurídica, para el caso de delitos, es netamente civil, y por consecuencia, sólo le deben ser aplicables sanciones de esta índole, postura con la cual en todo caso deja abierta la posibilidad para una actuación deshonesta de las personas jurídicas, pues podríamos pensar en el supuesto de individuos que escudándose en una persona jurídica pudiesen cometer todo tipo de tropelías en contra de los miembros de la sociedad, las cuales quedarían impunes por el hecho de no poder responsabilizar penalmente a la persona jurídica.

Existen autores que atribuyen una responsabilidad administrativa a las personas jurídicas y no una responsabilidad penal. Situación discutible, en atención a que garantizan un comportamiento deshonesto de los miembros de la sociedad, y deja de aplicar una sanción penal para el caso de lesión de bienes jurídicos.

También es posible ubicar posturas eclécticas, las cuales consideran a la responsabilidad de la persona jurídica desde un punto de vista civil y penal. Opinión que nos parece la más acertada, en el sentido de responsabilizar a la persona jurídica, por un lado de manera civil por la responsabilidad que pudiese desprenderse de la actuación de sus miembros y, por el otro, admite la posibilidad de sancionar penalmente a los miembros de la sociedad, que escudándose en ella cometen algún tipo de ilícito.

En este orden de ideas, la opinión de que sólo el individuo puede delinquir, queda rebasada, demostrándose cada día con mayor fuerza, la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, situación derivada de la incidencia de delitos de corporaciones en materia económica, por lo cual, es factible localizar con mayor frecuencia, dentro de las disposiciones legales en materia penal, prescripciones sancionadoras de las actividades ilícitas de las personas jurídicas.¹⁵⁴

Con las ideas planteadas en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, podemos entender lo complejo que resulta para el derecho penal el responsabilizarlas, pues el derecho penal trata de responsabilizar a las personas físicas casi exclusivamente, pues la sanción en todo caso debe recaer en una persona física y no en una persona jurídica.

No obstante lo dicho, pensamos que bien puede responsabilizarse penalmente a la persona jurídica estipulándose sanciones económicas como

154 A este respecto, conviene revisar el CPF, en los artículos 11 y 24 se establecen sanciones para las personas morales que van desde la suspensión temporal hasta la disolución de la sociedad, y en los más de los CPs estatales se considera la posibilidad de aplicarles consecuencias jurídicas a las personas jurídicas o morales.

multas, lo cual sería lo menos grave, o bien, con la pena más grave incluso comparable con la pena de muerte en una persona física, como lo sería la disolución.

Por último, basta agregar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe entenderse en el sentido de solidaria¹⁵⁵ con los miembros de la sociedad, agrupación o corporación.

En lo referente a las personas jurídicas, sus actividades pueden sancionarse mediante reglas de responsabilidad penal solidaria, pues su actuación es a través de personas físicas. Por consecuencia, los daños o perjuicios causados por una persona física a través de una persona jurídica deberán ser afrontados por ambas. En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado la siguiente postura.

PERSONAS MORALES, RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS REPRESENTANTES DE LAS. No puede admitirse que carezcan de responsabilidad quienes actúan a nombre de las personas morales, pues de aceptarse tal argumento los delitos que llegaran a cometer los sujetos que ocupan los puestos de los diversos órganos de las personas morales quedarían impunes, ya que las sanciones deberían ser para la persona moral, lo cual es un absurdo lógico y jurídicamente hablando, pues las personas morales carecen de voluntad propia y no es sino a través de las personas físicas como actúan. Es por esto que los directores, gerentes, administradores y demás representantes de las sociedades, responden en lo personal de los hechos delictuosos que cometan en nombre propio o bajo el amparo de la representación corporativa.¹⁵⁶

En la resolución anterior, se resolvió en cuanto a los directores, gerentes, administradores y demás representantes de las sociedades, su obligación de responder en lo personal de los hechos delictuosos que cometan en nombre propio o bajo el amparo de la representación corporativa, siendo posible, en un momento determinado, aplicar a la persona jurídica la consecuencia prevista en el artículo 11o. del Código Procesal Federal (CPF), sin implicar esto, impedimento alguno para sancionar a la persona física miembro de la

155 El Código Penal italiano establece que en caso de responsabilidad de algún miembro de una persona moral, si se declara insolvente, la persona moral está obligada a pagar la cantidad que resulte, véase Bricola, Francesco, *Il Problema della società commerciale nel diritto italiano*, Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina, p. 238.

156 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols., 151-156, 2a. parte, primera sala. Amparo directo 1042/81, 30 de septiembre de 1981. Unanimidad de cuatro votos, p. 74.

persona jurídica que desplegó un comportamiento lesivo a los intereses de la sociedad.

Atento a lo anterior, resulta acertado el comentario de González de la Vega, sobre el artículo 11o. del CPF, en el sentido siguiente:

No se contraría la tesis de que sólo las personas físicas pueden ser en nuestro derecho posibles sujetos activos del delito, pues la redacción del mismo establece claramente que es algún miembro o representante de la persona jurídica el que comete el delito y no la entidad moral; ello sin perjuicio de que se apliquen las reglas de participación y de que se decrete la suspensión o disolución de la agrupación.¹⁵⁷

La opinión anterior, resulta acorde con la expresada por Carrancá y Trujillo al afirmar: “en nuestro Código sí se considera en casos concretos como posibles sujetos activos a las personas jurídicas, y al hacerlo, en preceptos modelo de timidez, cumple a un primer ensayo legislativo en México sobre tan debatida cuestión”;¹⁵⁸ sin embargo, conforme a lo dispuesto por el CPF, se adoptan como sanciones para la persona jurídica la suspensión y la disolución, dejándose por un lado algunas de gran trascendencia, como las pecuniarias y las dirigidas a la reputación.

También, conviene hacer patente que no obstante la existencia del artículo 11o. del multicitado CPF, el procedimiento correspondiente para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas no se ha establecido a la fecha en nuestro código adjetivo, además de comprender exclusivamente a la suspensión, o bien, la disolución, como sanciones, lo cual resulta altamente deficiente y obsoleto, al no existir en el código adjetivo de la materia la reglamentación para hacer efectivas las sanciones aludidas, por lo cual resultan inoperantes.

En lo que atañe a la tendencia que siguen los códigos penales en nuestro país, la mayoría establecen la posibilidad de aplicarles consecuencias jurídicas,¹⁵⁹ sin embargo, algunos las consideran en el carácter de sanciones,¹⁶⁰ en tanto para otros son medidas de seguridad.¹⁶¹ Sólo para el caso del Código Penal

157 González de la Vega, Francisco, *Derecho penal mexicano. Los delitos*, México, Porrúa, 1977, t. II, p. 19.

158 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano, op. cit.*, pp. 267 y ss.

159 Para el caso del CP del estado de Zacatecas se contempla la posibilidad de aplicar sanciones y medidas de seguridad.

160 En este sentido, los CPs de los estados de Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán.

161 En los mismos términos, los CPs de Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chiapas, Coahuila, Chihuahua, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa y Tabasco.

de los estados de Baja California Sur, México y Jalisco, no se contempla la posibilidad de aplicar consecuencias penales a las personas jurídicas.

Lo anterior nos demanda la necesaria revisión de las leyes penales, a fin de establecer nuevos parámetros de responsabilidad penal para las personas jurídicas, pues en el actual estado de cosas, la impunidad de los actos realizados detrás de una persona jurídica es una problemática que no se ha enfrentado de la manera adecuada por la ley y, en consecuencia, incrementa los márgenes de impunidad.

B. *Personas físicas*

Al referir a la persona física como sujeto activo del delito, es dable afirmar que es “quien normativamente se encuentra en posibilidades de concretar la parte objetiva de un tipo penal”,¹⁶² lo cual nos obligaría a explicar dicho contenido, mismo que debe quedar claro en el sentido de que no demanda mayores exigencias que contar con una persona física, la cual ha de reunir las calidades que la propia ley establece en su parte descriptiva.

El modelo lógico matemático señala que las calidades a observar por el sujeto activo para colocarse en la posición normativa de concretar los tipos penales aluden a las siguientes:

- Voluntabilidad. Es la capacidad de conocer y querer la realización del tipo penal.
- Imputabilidad. Es la capacidad de comprender la concreción de la parte objetiva del particular tipo penal.
- Calidad específica. Es el conjunto de características exigidas por el tipo y delimitadoras del sujeto al cual va dirigido.
- Calidad de garante. Es la relación especial, estrecha y directa en que se encuentra un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien.
- Pluralidad específica. Es la condición de número exigida por el tipo penal a los sujetos activos.

En donde las dos primeras son constantes y las tres restantes son variables, es decir, sólo se exige su presencia en los casos que el propio tipo penal así lo demanda.

¹⁶² Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis...*, *op. cit.*, p. 29.

Diversos autores han tratado de clasificar a los delincuentes, siendo por consecuencia, diversa la denominación que podemos encontrar en torno a éstos, dependiendo del criterio que se utilice.

En tal sentido, para Rodríguez Devesa es posible hablar de una clasificación de cinco tipos: caracterológica,¹⁶³ etiológica del delincuente,¹⁶⁴ mixta,¹⁶⁵ pronóstica¹⁶⁶ y sociológica.¹⁶⁷

También es posible encontrar otras clasificaciones del delincuente, son ejemplo de éstas: catamenial, de cuello blanco, de cuello azul, fichados, sin fichar, habituales, juvenil, por crisis, menor, militar, organizado, peligroso, político, primario, reincidente, etcétera, siendo tan amplia la clasificación que podríamos elaborar tantas características del delincuente como las que se tomen en consideración.

Del análisis sistematizado del CPF y del Código Federal de Procedimientos Penales, podemos entender que se reconoce la existencia de la siguiente clase de delincuentes: primario, reincidente, habituales, menores y organizados.

En cuanto al delincuente primario, podemos entenderlo en términos de la ley “cuando el condenado incurre por primera vez en la comisión de un delito”.¹⁶⁸

¹⁶³ Dentro de esta clasificación quedan comprendidos sujetos que se agrupan a partir de las características de ciclotímicos, esquizotimias y viscosos (como los llama Kretschmer), así como introvertidos y extravertidos (atiende a la clasificación de Jung).

¹⁶⁴ Clasificación que hace alusión a las causas que condujeron al individuo a delinquir. Clasificándolo a partir de dichas circunstancias, quedan englobados en este rubro los delincuentes natos, locos, pasionales, ocasionales, los individuos que delinquen por disposición congénita (endógenos) y los individuos que delinquen por influencias ambientales (exógenos). En lo referente al delincuente nato, véase, Mariano Cubi y Soler, *Sistema completo de frenología*, 2ª ed., 1884, citado por Von Hentig, *El asesinato*, trad. de Luis Rodríguez Devesa, 1960, pp. 240 y ss.

¹⁶⁵ En esta clasificación se hace una conjugación de los criterios, etiológico, caracterológico, pronóstica y sociológica. Surgiendo posturas como la de Liszt, en delincuentes de momento, con capacidad de recuperación social reducida y cuya recuperación no se puede esperar conjugando criterios etiológicos y pronósticos. A este grupo pertenece la de Seelig, que nos habla de tipos puros (profesionales refractarios al trabajo, autores de delitos contra la propiedad por escasa capacidad de resistencia, por agresividad, por falta de dominio sexual, por crisis, de reacciones primitivas, por convicción y por falta de disciplina social) y mixtos (ambiciosos sin escrúpulos, autores de asesinatos colectivos, cazadores furtivos, comerciantes de artículos pornográficos, etcétera), véase Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, pp. 76 y ss.

¹⁶⁶ Toma en consideración las esperanzas de readaptación social del delincuente, dentro de los cuales encontramos corregibles e incorregibles.

¹⁶⁷ Dependiendo de la forma de vida del delincuente, podemos hablar de poliotropo, homotropo, peligroso (antisocial) y gravoso (asocial), precoces y tardíos.

¹⁶⁸ Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal de 1931, artículo 90.

Por otra parte, el CPF establece que existirá la reincidencia,¹⁶⁹ cuando el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no han transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena.¹⁷⁰

En el mismo orden de ideas, el delincuente será habitual cuando siendo reincidente en el mismo género de infracción comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, siempre y cuando las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años.¹⁷¹

En el caso de los delincuentes menores, podemos entenderlos como aquellos individuos que no son sujetos del derecho penal y procesal penal, es decir, los que por mandato de la ley ésta no rige sobre su persona, en tal supuesto se encuentran los menores de 18 años de edad.

Finalmente, es dable señalar la clasificación de delincuentes organizados, los cuales contemplan aquellos casos en los que de tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno de los delitos previstos siguientes: terrorismo previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita previsto en el artículo 400bis; acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83bis y 84 de la Ley Federal de Armas de fuego Explosivos; tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; tráfico de

169 En torno a la reincidencia resulta de sumo interés la distinta óptica que asumen la Ley de Protección a la Propiedad Industrial, la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Penal federal, pues cada uno de dichos ordenamientos le otorga características distintas, pues por un lado la Ley Federal de Protección al Consumidor establece el término de un año para que pueda surgir, en tanto que la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial establece el término de dos años, con la diferencia de que la Ley de Metrología y Normalización señala que el término de dos años es a partir de la fecha en que se hizo constar la infracción precedente, mientras que Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial nos habla que el término es a partir de la fecha en que se emitió la resolución relativa a las infracciones anteriormente. La gran contradicción surge con el Código Penal Federal que sin fijar un término expreso, estima que existe la reincidencia siempre que se den los siguientes requisitos: 1) una sentencia condenatoria que haya causado ejecutoria; 2) la comisión de un nuevo delito por el condenado; 3) que el nuevo delito se ejecute antes de que transcurra el término establecido para la prescripción de la pena; 4) que el delito se cometa dentro del término señalado en el inciso anterior, a partir del cumplimiento de la condena o goce del indulto que se haya otorgado.

170 Código Penal para el Distrito Federal..., *op. cit.*, artículo 20.

171 *Ibidem*, artículo 21.

órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462bis de la Ley General de Salud; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366ter; robo de vehículos, previsto en el artículo 381bis del CPF o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.