

SOLÍS RODRÍGUEZ, Javier, *Análisis dogmático de la estructura de la omisión impropia en la legislación penal mexicana*, México, Porrúa, 2012.

El libro “Análisis dogmático de la estructura de la omisión impropia en la legislación penal mexicana”, se integra con una introducción y seis capítulos lógicamente ordenados y nutridos con una muy amplia y adecuada bibliografía.

A. En la Introducción manifiesta el autor que “La intención que impulsa este trabajo se proyecta básicamente en una dirección, la cual consiste en el análisis de las construcciones dogmáticas que han influido en el estudio y sistemática de la omisión impropia a partir de esquemas formales y funcionales, con el objeto de conocer dentro de nuestra legislación penal, la regulación más plausible a este respecto”.

B. En el primer capítulo se presentan aspectos generales, necesarios para la comprensión del tema central, tema complejo y sumamente debatido. Se refiere el autor, en primer lugar, a las diversas concepciones sobre el delito, mostrando su evolución, desde la doctrina clásica hasta el funcionalismo. Aborda, asimismo, las formas de comisión del delito reconocidas tanto por la doctrina como por la ley: la acción y la omisión. Específicamente se ocupa de la acción en estricto sentido, para poder dedicar el segundo capítulo exclusivamente a la omisión.

C. Al iniciar el estudio de la omisión el doctor Javier Solís subraya, con toda razón, que “Para comprender en forma integral la naturaleza y características de la omisión, es necesario abordar previamente su género primario, representado por el concepto de comportamiento al cual pertenece y con el cual, por ende, comparte sus notas esenciales”. La inactividad (omisión), en lenguaje metafísico, es la nada y, por ello, nada produce; de ahí la dificultad para precisar su naturaleza. Silva Sánchez (citando a Krause) señala que la doctrina ha estado ocupada, fundamentalmente, en discutir la punibilidad del omitir, sin tener realmente claro qué es un omitir.

El autor estudia la omisión, de acuerdo con el tratamiento teórico de diversas corrientes doctrinarias. Recoge, con puntualidad, las concepciones de Von Liszt, Mezger, Welzel, Maurach, Jeschek, Novoa Mon-

RECOMENDACIONES BIBLIOGRÁFICAS

real, Bacigalupo, Silva Sánchez, Jakobs y la propuesta formulada por el Modelo lógico del derecho penal.

De acuerdo con el Modelo lógico, es de considerarse que toda inactividad es producto de una cultura manifestada en normas de índole moral, religioso, social, etc. Se trata de normas de cualquier naturaleza, a excepción de las normas penales porque éstas sólo pueden prohibir inactividades que ya, previamente, ocurren en la realidad. Esto significa que las normas penales no crean la inactividad: sólo describen y prohíben inactividades previamente generadas en otra diversa normatividad.

A este respecto, y así lo señala el autor, la doctrina, casi en forma unánime, afirma que la inactividad no existe con anterioridad a la norma penal: que sólo surge a la vida cuando el legislador la prohíbe en la norma penal.

Una vez analizada la omisión, en toda su problemática para poder ser captada jurídicamente, el doctor Javier Solís se refiere a la omisión propia y a la omisión impropia o comisión por omisión, clasificación tradicional de la omisión.

Respecto de la omisión propia, omisión simple o pura, entendida como la “simple no ejecución de una actividad determinada”; el autor proporciona diversos conceptos postulados por los iuspenalistas más connotados; sin embargo, puntualiza que, todos están de acuerdo en que esta clase de omisión se sanciona simplemente por la infracción de un deber de actuar determinado, es decir, se agota con la no realización de una acción ordenada en el tipo penal, sin que tenga relevancia el resultado que pudiera o no producirse .

La omisión impropia o comisión por omisión por su complejidad, presenta mayores problemas para delimitar su estructura; el doctor Solís Rodríguez anota los aspectos más relevantes, entre otros: la vinculación a la omisión de un resultado material nocivo a la sociedad, el deber jurídico de evitarlo, la posición de garantía y la equivalencia de la no evitación del resultado con su causación por vía positiva.

D. En el capítulo tercero analiza los aspectos más relevantes de la omisión impropia: la posición de garante y las fuentes que la originan.

En atención a la calidad de garante el autor nos aporta las concepciones de Liszt, Mezger, Welzel, Maurach, Jeschek, Armin Kaufmann (fundador de la “teoría de las funciones”), Novoa Monreal, Zaffaroni y la del Modelo Lógico, para el cual la calidad de garante “es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien”: es una calidad del sujeto activo, regulada por el derecho penal, que en los tipos de omisión se introduce para especificar al sujeto que tiene el deber de actuar

RECOMENDACIONES BIBLIOGRÁFICAS

para la conservación del bien. En este sentido el doctor Solís Rodríguez apunta que sólo puede constituirse en garante quien previamente y por algún hecho o circunstancia de la vida, se ha colocado en tal posición frente al bien jurídico.

Por lo que respecta a las fuentes de la calidad o posición de garante, el autor las estudia a partir de la óptica de la teoría material de funciones y de la teoría propuesta por Günther Jakobs.

En cuanto a la Teoría material de funciones, resulta insoslayable el análisis de dos categorías de fuentes que generan la posición de garante: la función de protección del bien jurídico y la función de control de una fuente de peligro. Dentro de la primera categoría, el Dr. Javier Solís aborda con exactitud: a) la estrecha vinculación familiar; b) las comunidades de vida o de peligro, y c) la asunción voluntaria. En relación a la segunda, aborda, con toda claridad, los deberes que surgen: a) del actuar precedente o injerencia; b) del deber de control de fuentes de peligro operantes en el propio ámbito de dominio y c) la responsabilidad por la conducta de otras personas. Hace alusión a la problemática que en el campo teórico y práctico presentan cada una de ellas y, específicamente, explica, en forma acuciosa, la responsabilidad que surge por la conducta de terceras personas.

Por tratarse de una concepción, de alguna manera, diferente de las propuestas más aceptadas, el autor desarrolla con amplitud la tesis de Jakobs. Hace una exposición sucinta, pero muy bien lograda, de esa concepción. Jakobs —nos dice— se refiere a un estatus general y a un estatus especial como fundamento de la responsabilidad. En el estatus general incluye la competencia por organización, de la cual derivan los deberes: de aseguramiento, de salvamento por asunción y de salvamiento por injerencia (aquí se refiere a la conducta precedente antijurídica, al sometimiento a riesgos especiales y a la injerencia y comisión activa). En el estatus especial contempla: la relación paterno filial, el matrimonio, la confianza especial y los deberes genuinamente estatales.

E. Concluidos estos temas el autor destina el capítulo IV al Derecho penal mexicano. En este capítulo informa sobre la manera como se han regulado las fuentes de la calidad de garante en el Código Penal Federal, en el del Distrito Federal y en los códigos penales de los estados de la República. Es oportuno recordar que el Código Penal Federal (entonces también para el Distrito Federal) introdujo hasta 1994 la fundamentación legal de la comisión por omisión. Estableció una regla general en la Parte General del Código, que hace posible que los tipos de acción con resultado material pudieran ser realizados mediante una omisión. En el artículo 7o. se incorporó dicha regla que dispone: “En los delitos

RECOMENDACIONES BIBLIOGRÁFICAS

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

Concretando, se consideraban como fuentes del deber de evitar el resultado material: la ley, el contrato y el actuar precedente.

En esa época, diversas entidades federativas incorporaron en sus ordenamientos penales lo dispuesto en el Código Federal.

El autor hace un análisis de cada una de estas fuentes y cita la opinión de algunos iuspenalistas.

Como lo hemos afirmado en diversas ocasiones, la regulación de la comisión por omisión y, específicamente, la referente a las fuentes del deber jurídico, no fue afortunada; ello en virtud de que en ese momento la teoría formal del deber jurídico penal (fuentes formales de la calidad de garante) ya estaba superada, en atención a los inconvenientes que presentaba. A pesar de las críticas, el Código Penal Federal mantiene vigente esta regla en el artículo 7o.

El Código Penal para el Distrito Federal de 2002, abandona la teoría formal del deber jurídico y da entrada a la teoría material de funciones, por lo que para la configuración de una omisión impropia “no bastará la existencia de un deber jurídico de acción, sino que será necesario, adicionalmente, la concurrencia de situaciones que vinculen efectivamente (materialmente) al omitente con el bien jurídico y con la fuente de peligro que amenaza con lesionar aquél”. El Código Penal para el Distrito Federal postulada, sin extravíos, en el artículo 16:

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

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

Pero no sólo eso, sino también prevé, en fórmulas muy concretas, situaciones fácticas como fuentes de la posición de garante del bien jurídico. Se prescribe:

RECOMENDACIONES BIBLIOGRÁFICAS

Es garante del bien jurídico el que;

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

Es importante dejar constancia de que el contenido del artículo 16 fue tomado del Proyecto de Código Penal Modelo, elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pero, además, también es importante destacar el comentario vertido por el iuspenalista Santiago Mir Puig a propósito del artículo 16. Manifestó que “esta nueva regulación responde al estado de evolución en la doctrina de la comisión por omisión; Asimismo dijo que “se da entrada a la teoría material de funciones, que ha ido ganando terreno, desde que en 1959 la formuló Armin Kaufmann”.

El doctor Javier Solís explica cada una de las fuentes de la calidad de garante y, en unos cuadros muy bien formulados da cuenta de la regulación de que ha sido objeto la comisión por omisión por los distintos ordenamientos penales de las entidades federativas.

F. En el capítulo V, se ocupa el autor de la explicación de los diversos requisitos que la doctrina ha señalado para la configuración de la omisión impropia y que, por obvias razones, deben estar contenidos en la ley. Ellos son: la situación típica, que acontece en el mundo factico, la posición de garante (considerado primer criterio de equivalencia), la ausencia de la acción indicada, la capacidad de acción, la correspondencia (entendida como segundo criterio de equivalencia) y el resultado material. El doctor Solís Rodríguez explica con detalle cada uno de estos requisitos y proporciona el criterio doctrinario de un número considerable de iuspenalistas. Mezger, Welzel, Kaufmann, Maurach, Jescheck, Zaffaroni, Silva Ránchez, Mir Puig y Jakobs; además, ilustra a los lectores con ejemplos muy claros y oportunos.

G. Finalmente, en el capítulo VI, el doctor Javier Solís reseña cómo se han incorporado en la legislación mexicana los requisitos que se han considerado indispensables para la integración de la omisión impropia.

RECOMENDACIONES BIBLIOGRÁFICAS

Con este capítulo redondea lo expuestos en el capítulo IV, también referente a la legislación mexicana. Retoma algunos puntos y les da continuidad.

En relación al Código Penal para el Distrito Federal, después de analizar con puntualidad el contenido del artículo 16 desprende de él los siguientes requisitos de integración de la comisión por omisión: la calidad o posición de garante, el contenido del deber de garante, consistente en la evitación de la producción de un resultado material; que ese resultado sea evitable (posibilidad de evitación), y la equivalencia entre la inactividad (no impedir el resultado) y la actividad prohibida en el tipo.

Por cuanto a los Códigos penales de las entidades federativas, los clasifica de acuerdo a su afiliación que puede ser: al Código Penal Federal o al Código Penal para el Distrito Federal a los que tienen su propia conceptualización

Concluye el libro con la aportación de conclusiones muy inteligentes, consistentes y muy precisas.

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.