

## **La injerencia en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal de México y el Nuevo Código Penal Colombiano**

**Francisco Bernate Ochoa**  
**Profesor de la Universidad del Rosario. Bogotá DC. Colombia**

### **Sumario**

Las transformaciones de la dogmática penal en los últimos tiempos se han visto reflejadas en algunas legislaciones nacionales que se han ido adaptando a los desarrollos modernos de la ciencia. Ejemplo de ello lo constituyen el Código Penal Español, el Código Penal para el Distrito Federal y el Nuevo Código Penal Colombiano. La injerencia como fuente generadora de posición de garantía es ejemplo de ello, en tanto que los diversos estatutos han asumido una posición teórica sobre su tratamiento que genera unas consecuencias importantes en la aplicación práctica de las respectivas disposiciones.

#### **A manera de introducción**

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal de México se enmarca dentro de un proceso internacional de modificación sistemática de las normas y estatutos penales de diversos Estados, dentro del cual se incluyen, entre otros, el Código Penal Español de 1995, el Código Penal Paraguayo de 1998 y el Código Penal Colombiano del año 2000.

Rasgos característicos que comparten en común estas reformas, lo representan la adopción de Códigos Penales que se adecuan a las pautas trazadas por las Cartas Políticas de cada Estado, así como la plasmación de conceptos dogmáticos de avanzada, tales como el tratamiento de instituciones como la causalidad, la omisión y la culpabilidad, entre otros, en los mencionados estatutos.

El Código Penal para el Distrito Federal de México, aprobado en el año 2001, resulta de sumo interés para el estudioso de la dogmática del derecho penal, en tanto que allí se pueden apreciar los mencionados desarrollos científicos, plasmados de manera adecuada. Lo anterior redundará en un estatuto moderno, que permite el abordaje serio por parte de la doctrina, teniendo como norte el estudio sistemático de sus disposiciones, en aras de lograr una asimilación del mismo por parte de quienes tendrán que aplicarlo en la práctica, sin perjuicio del interés académico que los ejercicios de derecho comparado revisten.

En el presente trabajo nos ocuparemos del tratamiento de la injerencia en el delito de comisión por omisión dentro del mencionado Código y procederemos posteriormente a comparar sus previsiones con las que contiene el Código Penal Colombiano del año 2000.

Para ello, es necesario plasmar en primer lugar, la problemática que en torno a este asunto se plantea en la doctrina contemporánea, y posteriormente, proceder a fijar nuestro análisis en el tratamiento que esta institución recibe en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, realizado lo cual compararemos dicho tratamiento, con el que la misma recibe en el ordenamiento colombiano, terminado lo cual señalaremos nuestras conclusiones sobre la materia.

## Planteamiento del problema

Quien en caso de un incendio en su vivienda penetra en la de su vecino ausente, para llenar un cubo de agua que empleará para extinguir el fuego, está obligado a volver a cerrar el grifo después de terminar con sus labores<sup>1</sup>. Qué sucede si quien se encuentra apagando el incendio no cierra el grifo, y se produce una inundación en la casa del vecino? Debe responder quien emplea el agua por lo que suceda gracias a la inundación, como pueden ser daños en la propiedad o incluso en las personas de quienes habitan en la casa de su vecino?

Ello nos introduce en el campo de la injerencia, que para los efectos del presente trabajo, se limitará al delito de comisión por omisión, en la cual encontramos que hay una conducta positiva o negativa precedente que crea una amenaza para un bien jurídico.<sup>2</sup> En el ejemplo anteriormente propuesto, quien ha penetrado en la casa de su vecino a fin de hacer uso del agua para apagar el incendio que consume su propia morada, ha creado un riesgo con su conducta, y debemos entrar a determinar si debe responder por los resultados que en adelante se produzcan como consecuencia de su actuar anterior.

Para poder proseguir con el análisis de la institución de la injerencia, es necesario previamente realizar unas precisiones sobre el delito de comisión por omisión, que permitirán un abordaje adecuado del asunto bajo análisis.

### a. La diferenciación entre el delito activo y el delito omisivo

La doctrina tradicional ha intentado establecer una diferencia entre los delitos de acción y los delitos de omisión, dando primacía al estudio de los primeros y dejando de lado un estudio sistemático de los delitos omisivos,<sup>3</sup> lo cual ha generado que la omisión se convierta en el principal tropiezo de las escuelas ontológicas del delito.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> El ejemplo pertenece a JAKOBS, Gunther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, DC, 2001. P. 20.

<sup>2</sup> Cfr. FORERO RAMÍREZ. Juan Carlos. *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal*. Legis Editores. Bogotá, DC, 2002. P. 71

<sup>3</sup> Ello se refleja igualmente en las legislaciones de diversos países, en los cuales, se establece que la acción y la omisión son modalidades de la conducta, dejando en claro que existe una distinción entre las mismas y en algunos casos, se establece una disminución punitiva para los delitos omisivos, como sucede en los Códigos penales de Alemania (§ 13) y el Código Penal Peruano (Artículo 13). De entrada, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal al enunciar el principio de legalidad deja claro que la acción y la omisión se diferencian cuando literalmente dispone: "Art. 1° **Principio de legalidad**. A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, ..." (Los subrayados son nuestros). Lo anterior lo reafirma al consagrar lo siguiente: "Art. 3° **Prohibición de la responsabilidad objetiva**. Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente." (Los subrayados son nuestros).

Igualmente, el principio de culpabilidad que complementa el anterior, dispone. "Art. 5° **Principio de culpabilidad**. No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente.....". (Los subrayados son nuestros).

<sup>4</sup> La doctrina mexicana mantiene una diferenciación entre el delito activo y omisivo, como puede apreciarse en el siguiente pasaje doctrinal. "En la dogmática penal mexicana coinciden con el manejo de la conducta a nivel de elemento del delito Carrancá y Trujillo, Mariano Jiménez Huerta, Porte-Petit, Pavón Vasconcelos y Castellanos Tena. 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.

(...)

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

Naturalísticamente, es claro que existen diferencias entre el actuar y el omitir.<sup>5</sup> En efecto, cuando hablamos de una acción en el sentido ontológico de tal fenómeno, tenemos que quien actúa modifica la causalidad, en tanto que quien omite, permite que la misma siga su curso. Expliquemos lo anterior mediante un ejemplo, supongamos que un menor ha muerto ahogado en una piscina.

Estaríamos frente a una acción -en el sentido naturalístico de la palabra- cuando el menor ha sido aventado al agua por quien quería poner fin a sus días para quedarse con su herencia. En este primer caso, se ha modificado el curso de la causalidad que apuntaba a la continuidad de la existencia del sujeto, pero gracias al actuar de su verdugo, ha fallecido *antes de tiempo*.

Por el contrario, en el mismo ejemplo señalado, si el menor se aventó voluntariamente a la piscina sin saber nadar, y su padre se da cuenta de que su hijo se está ahogando, pese a lo cual prosigue contemplando las bañistas, tenemos que la causalidad ha seguido su curso, y estaremos frente a una omisión.

La doctrina igualmente ha acudido para efectos de la diferenciación entre el delito de acción y el delito de omisión al criterio de la aplicación de la energía, presente en el delito de acción y que no existe en el caso del delito omisivo.<sup>6</sup>

Como puede apreciarse, quienes siguen las dos corrientes señaladas anteriormente aplican criterios ontológicos (modificación de la causalidad / aplicación de energía) en el interior de la

---

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.

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.

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.

...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..". PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del Delito*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000. Págs. 49, 50, 54, 58, 59, 61, 62 y 64.

<sup>5</sup> A esta corriente se adscribe el gran Maestro mexicano CARRANCÁ cuando señala: "Lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana. La conducta es, así, el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá 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 psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado.

Atendiendo a la fuerza física, en el lenguaje de Carrara, o a la conducta, según lo antes dicho, en sus aspectos positivo y negativo, la acción y la omisión son los dos únicos modos que reviste la conducta incriminable; la acción en el aspecto positivo *stricto sensu* es denominado por el código penal acto (de *actus*, hecho ejecutado u obrado) y en el negativo, omisión. La acción *latu sensu* se entiende para los efectos penales como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción en sentido estricto -acto- o de una omisión. En el acto se realiza una acción positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una conducta negativa, se deja de hacer lo que se debe hacer, se omite la obediencia a una norma que impone el deber de hacer.

La acción *latu sensu* ha sido definida como la 'manifestación de voluntad que mediante acción u omisión, causa un cambio en el mundo exterior' (Jiménez de Asúa). Es una conducta humana productora de un resultado y que reviste la forma de acto o la de omisión". CARRANCÁ Y TRUJILLO Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Editorial Porrúa. México. 1999. Página 275 y 276.

<sup>6</sup> PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *El delito de comisión por omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, DC, 2001.

teoría del delito, algo que es posible superar gracias a las modernas escuelas normativistas de Derecho Penal, principalmente a aquellas de estirpe funcionalista.<sup>7</sup>

***b. Los aportes del funcionalismo en materia de omisión. La equivalencia entre el actuar y el omitir.***

La moderna doctrina de corte funcionalista, entiende que la legitimación y el fundamento del derecho penal se encuentra en la sociedad.<sup>8</sup> A partir del entendimiento que de ésta se tenga, aparece la necesidad del sistema jurídico dentro de la misma y del derecho penal como subsistema de este último.

Niklas LUHMANN esboza el modelo de sociedad que es tomado como base para el normativismo. Para este autor, la génesis y el mantenimiento del orden social está dado por la complejidad y el fenómeno de la doble contingencia.<sup>9</sup>

La complejidad significa el conjunto de todos los sucesos posibles, y abarca el campo ilimitado de mundos posibles. Así entonces, el fenómeno de la complejidad es un mundo de posibilidades que como tal no es un mundo real, debido a que la igualdad radical de lo posible, en tanto posible, no se rompe hasta que alguna prelación permita la decantación de uno de esos mundos como *real*<sup>10</sup>.

Ese campo de posibilidades que se denomina complejidad<sup>11</sup> se presenta como un caos<sup>12</sup>. Una vez se introduce algún orden a esa inabarcabilidad, se sienta la base para la prelación que permite que uno de los mundos se afiance como real, comenzando entonces a existir, la sociedad.<sup>13</sup>

Para este autor, la evolución de la sociedad es posible gracias a la reducción de la complejidad. Así, LUHMANN presenta la situación originaria a través de lo que denomina la *doble contingencia*<sup>14</sup>, en la cual se establece un contacto entre dos sujetos en el que aún no se ha reducido la complejidad, no siéndole a ninguno posible saber qué puede esperar del otro sujeto. En este estado, no hay orden, el cual aparece mediante la reducción de la complejidad

---

<sup>7</sup> Un razonamiento en tal sentido es propio de las corrientes normativistas, cuyo principal exponente es Gunther Jakobs. Señala Montealegre al respecto: "*Jakobs encontró que la elaboración de las categorías dogmáticas no podían hacerse con base en una fundamentación ontológica del derecho*". MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Introducción a la obra de Gunther Jakobs*. En: Revista Justicia Penal Militar. Bogotá, DC, 2003. P. 16.

<sup>8</sup> PERDOMO TORRES, Ob. Cit. P. 30

<sup>9</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 105.

<sup>10</sup> *Ibíd.* P. 104

<sup>11</sup> Señala Sandra J. CASTRO OSPINA: "La sociedad es un sistema que en criterio de LUHMANN, puede explicarse a través de la teoría de la complejidad sistémica y de su diferenciación del entorno. Es tal el número de elementos que deben englobarse en ella, que llega un momento en que hay sobreabundancia de relaciones, posibilidades y conexiones, es imposible que cada elemento se relacione con todos los demás, esto es la complejidad y ella obliga a la selección". CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá DC, 1996. Pp. 41 y ss.

<sup>12</sup> GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.238

<sup>13</sup> GARCÍA AMADO, *La filosofía...* Cit. P. 104

<sup>14</sup> Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Ed. Anthropos. Universidad Iberoamericana. Segunda Ed. 1997.

que se inicia cuando uno de los sujetos hace *algo*, poniendo con su actuar fin a la indeterminación. Al actuar, realiza una oferta al otro sujeto quien puede elegir si la acepta, o no.<sup>15</sup>

Cualquiera que sea la respuesta, operará como selección con lo que la otra parte se podrá enlazar en idéntica clave, momento en el cual ha existido una comunicación entre las partes<sup>16</sup>. El carácter de fundante de lo social que reviste este acto se encuentra en su valor de conexión para la otra parte y permite que se genere el componente de toda estructura social, las expectativas<sup>17</sup>.

Así, para LUHMANN los sistemas sociales surgen por una necesidad<sup>18</sup>, pero se deben al azar de esas primeras distinciones, cuyo contenido no se prefigura en ninguna naturaleza previa.

En cuanto a la composición de la sociedad, hemos visto como ésta surge cuando un evento enlaza a los individuos a través de su sentido compartido y posee con ello el carácter de comunicación. Las comunicaciones son definidas por GARCÍA AMADO interpretando a LUHMANN como *eventos que en cuanto dotados de sentido poseen un valor comunicativo*<sup>19</sup> y serán los componentes de la sociedad<sup>20 21</sup>. Por su parte, los eventos se definen en la misma línea como *aquello que para un sistema funciona como unidad no susceptible de ulterior descomposición*<sup>22</sup>, Sin comunicaciones no es posible que exista sociedad<sup>23</sup>, pues éstas constituyen el único cause para que puedan constituirse en común selecciones como mecanismos de reducción de la complejidad y de superación de la *doble contingencia*<sup>24</sup>.

Así, tenemos entonces que la sociedad surge gracias a la superación del fenómeno de la doble contingencia, con lo cual se supera la complejidad indeterminada y no manipulable, estableciendo las posibilidades que se pueden desarrollar dentro de la sociedad. Pero ello, es

---

<sup>15</sup> Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de una teoría*. Ed. Piados. Universidad Autónoma de Barcelona, 1990. La cita corresponde al estudio preliminar que realiza IZUZQUIZA, Ignacio. P. 12.

<sup>16</sup> GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.240

<sup>17</sup> GARCÍA AMADO, *La filosofía...* P. 104

<sup>18</sup> Es interesante señalar en este punto que según HABERMAS, LUHMANN vendría siendo un heredero de la concepción del Estado y de la sociedad dada por Hobbes. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho*. Ed. Trotta. Madrid. 1998. P. 64.

<sup>19</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Pág. 109 y ss.

<sup>20</sup> "Ahí donde hay comunicación, hay sociedad", sentencia GARCÍA AMADO. Ob. Cit. P. 111. En igual sentido, GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P. 238.

<sup>21</sup> En igual sentido, CASTRO OSPINA. Sandra J. Señala "En el sistema social la comunicación es un proceso de selecciones que le permite reducir la complejidad". Ob. Cit. P. 43.

<sup>22</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía...* P. 111.

<sup>23</sup> Encontramos una acertada aclaración en la obra de GARCÍA AMADO cuando señala lo siguiente frente a las comunicaciones. Primero, gracias a ese operar sobre sí mismo, un sistema social establece límites frente a otros sistemas. Segundo, las comunicaciones no son lo único que contiene la sociedad, sino que éstas, además de ser su elemento diferenciador frente a otros sistemas son su elemento constitutivo. GARCÍA AMADO. Ob. Cit. P. 111.

<sup>24</sup> En igual sentido sostiene GROSSO GARCÍA, "[l]a sociedad se compone de un conjunto complejo de procesos de comunicación...." . GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2001. P. 53.

solo el inicio de un proceso que debe continuar con la permanente reducción de la complejidad para cual genera subsistemas.<sup>25</sup>

El aumento de las personas que se integran al sistema y la multiplicación de comunicaciones<sup>26</sup> generan una complejidad que GARCÍA AMADO denomina *paralizante*<sup>27</sup>, y que impide el crecimiento de la sociedad hasta tanto no se reduzca. Mientras cada individuo deba ante cada evento tener en consideración todos los presupuestos posibles en la sociedad, y cuente con un sistema comunicativo general e indeterminado, es inevitable el bloqueo de la dinámica debido a una *sobre-saturación*<sup>28</sup>.

Para resolver este problema, surgen a partir del sistema social global nuevos sistemas sociales que se presentan como subsistemas suyos, sin dejar de ser -por ello- sistemas auténticos y autónomos<sup>29</sup>. El factor fundamental en la construcción de los subsistemas lo determina su función reductora de la complejidad operante en la sociedad con miras a su reproducción. Los subsistemas permiten un tratamiento sectorial y simplificado de la parte de la complejidad de que se ocupan, con lo cual los otros subsistemas podrán prescindir del tratamiento de la misma y apreciarán la reducción de la complejidad. Esta es, según GARCÍA AMADO la génesis de los sistemas y estará dada por la especialización funcional en la reducción de la complejidad<sup>30</sup>.

Los subsistemas forman parte a su vez del sistema social global y se construyen sobre la base de las comunicaciones, diferenciándose como sistema propio y autónomo gracias a la *clave* conforme a la cual ordenan sus comunicaciones.<sup>31</sup>

La reproducción de los elementos dentro del sistema debe ser ordenada, de manera que las estructuras del sistema permitan que las comunicaciones se sigan de otras con un cierto orden. Se trata entonces de hacer previsible las comunicaciones que sigan a otras comunicaciones dentro del sistema, por lo que las estructuras se componen de expectativas.<sup>32</sup> Una vez se ha logrado la reducción de la complejidad, surge lo que GARCÍA AMADO denomina lo *esperable*, con lo que se logra la estabilización de los sistemas y permite el cumplimiento de sus funciones<sup>33</sup>.

Cada partícipe dentro de estos procesos sabrá entonces que esperan los demás de él, y a su vez que puede esperar él de los demás<sup>34</sup>. Con ello se busca coordinar comportamientos, para lo cual es necesario que las expectativas sean comunes y compartidas de manera que los

---

<sup>25</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Pág. 111 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. MORALES DE SETIÉN RABIAN, Carlos. *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Günther Teubner*. P. 54

<sup>27</sup> GARCÍA AMADO, *La filosofía...* Pág. 111 y ss.

<sup>28</sup> *Ibíd.* Pág. 111 y ss.

<sup>29</sup> Es importante señalar, con GARCÍA AMADO que no toda interrelación es un sistema, solo lo será si se limita a sí misma frente al medio. *La filosofía...* Pág. 111 y ss.

<sup>30</sup> *Ibíd.* Pág. 111 y ss.

<sup>31</sup> *Ibíd.* Pág. 111 y ss.

<sup>32</sup> GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.238

<sup>33</sup> GARCÍA AMADO, "*La filosofía...*". Cit. Pág. 111 y ss.

<sup>34</sup> GROSSO GARCÍA define las expectativas como, "...el conjunto de los posibles desenvolvimientos de determinadas situaciones comunicativas futuras, derivado de la manera como se dan esas mismas situaciones en el presente." GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 320.

individuos sean ante el sistema *intercambiables*<sup>35</sup>. Las expectativas establemente compartidas permiten la estabilidad del sistema y a su vez, el entramado de expectativas constituye la estructura de cada sistema social.

La solución de la doble contingencia es posible entonces mediante las expectativas que recaerán tanto sobre conductas, como sobre otras expectativas. Esas expectativas a su vez deben sustraerse a peculiaridades no esenciales de la situación y deben poseer un esquema de validez claro y simple para que no sea necesario modificarlas en cada evento. A su vez, son temporalmente válidas para largos períodos y cuentan con un elemento de generalidad que se alcanza encajándolas en abreviaciones simbólicas que facilitan a los partícipes la comprensión y asimilación de las expectativas imperantes en cada sistema, por lo cual las expectativas se agrupan en personas, roles, programas, valores etc<sup>36</sup>.

La finalidad del sistema jurídico, está dada por la utilización de perspectivas conflictuales para la reproducción y formación de expectativas de comportamiento congruentemente generalizadas en la temporal, material y social<sup>37</sup>.

En tanto que el origen de los sistemas sociales se encuentra en la superación de la doble contingencia por medio de la formación de expectativas que permiten a los individuos orientarse y hallar vías de interrelación en medio de la cantidad de posibilidades que se abren en cada relación, la seguridad que hace esperable el comportamiento propio y ajeno bajo pautas comunes estará dada por el derecho<sup>38</sup>, en tanto que permite la generalización de expectativas dándoles un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada relación particular<sup>39</sup>, permitiendo su vigencia como estructuras sociales.<sup>40</sup>

Si las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas, hay una inseguridad presente, pues estas podrán ser defraudadas, por lo que es necesario contar con un mecanismo que permita el mantenimiento del sistema aún en tales casos.

Así, el derecho no es un medio de evitar conflictos, sino de preverlos y prepararlos para encausarlos, en tanto que sus normas llevan implícita la previsión del conflicto gracias al cual, le es posible reforzar las expectativas normativizadas, desencadenando los mecanismos tendientes a la imposición contrafáctica de las expectativas, que ahora aparecerán reforzadas para casos futuros<sup>41</sup>.

La función del derecho es la de mantener la estructura social que toma como base, la cual al mismo tiempo se autoprotege con las normas que en su interior facilitan la comunicación entre sus miembros<sup>42</sup>.

Tenemos que el sistema jurídico como sistema dentro de la sociedad maneja sus propios conceptos que si bien deben tener en cuenta los fenómenos ontológicos, cuenta con sus

---

<sup>35</sup> GARCÍA AMADO, *La filosofía...* Pág. 111 y ss.

<sup>36</sup> *Ibíd.* Pág. 111 y ss.

<sup>37</sup> *Ibíd.* P. 168

<sup>38</sup> GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal.* P.238

<sup>39</sup> Cfr. MONTEALEGRE LYNETT. *Ob. Cit.* P. 17.

<sup>40</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía...* P. 168

<sup>41</sup> *Ibíd.* P. 174

<sup>42</sup> PERDOMO TORRES. *OB. Cit.* P. 31

propios códigos, lo que permite una normativización de los conceptos y la necesaria superación del paradigma ontológico en la teoría del delito<sup>43</sup>.

Mediante la imputación objetiva es posible establecer las fronteras entre la normalidad social y el posible sentido delictivo de un comportamiento cuya calificación como injusto se concreta a través de las expectativas que subyacen en las formas de comunicación social.<sup>44</sup>

Lo relevante para el Derecho es determinar quien es el competente para la realización de un resultado<sup>45</sup>, en tanto que al ser portadores de roles y de expectativas de comportamiento, todos las Personas de una sociedad determinada se convierten a su vez en garantes, con lo cual pierde toda utilidad la distinción entre acción y omisión, pues lo relevante para el Derecho es el desconocimiento de la identidad normativa de la misma, expresada a través del delito como fenómeno comunicativo<sup>46</sup>, en virtud del cual el autor ha puesto en entredicho la vigencia de la norma como pauta de comportamiento<sup>47</sup>, sin importar si lo ha hecho modificando la causalidad o permitiendo que esta siga su curso<sup>48</sup>.

La responsabilidad, se fundamenta a partir de<sup>49</sup>:

1. Deberes Negativos.<sup>50</sup> Se trata de los deberes en virtud de competencia por organización, en los cuales la expectativa normativa se dirige hacia la evitación de consecuencias exteriores del propio ámbito de organización del autor que puedan ser lesivas para bienes jurídicos.

Dentro de estos deberes, se encuentran:

- a. Deberes de aseguramiento en el tráfico. El contenido del deber es configurar el propio ámbito de administración de forma adecuada, de manera que no sea usurpada una organización ajena, por lo cual cada persona debe tomar las medidas que sean necesarias para la evitación de daños a otras personas.

---

<sup>43</sup> El que el derecho como sistema maneje un lenguaje propio, no puede interpretarse como que pueda desconocer la realidad a la cual se va a aplicar, como sucedería con el conocido ejemplo de la ley que obliga a que todos los niños que nazcan en adelante en determinado territorio tengan los ojos verdes.

<sup>44</sup> PERDOMO TORRES, Ob. Cit. P. 31

<sup>45</sup> *Ibíd.* P. 31

<sup>46</sup> Para JAKOBS, la acción debe entenderse como un acto "*comunicativamente relevante*". MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Ob. Cit. P. 16.

<sup>47</sup> "Quien comete un delito expresa un especial esbozo del mundo, una especial concepción del mismo, porque para él no rige el ordenamiento jurídico sino su voluntad particular....Con la pena, el Estado manifiesta que esa concreta concepción no vale y que debe imperar la voluntad general". MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Ob. Cit. P. 17.

<sup>48</sup> *Ibíd.* Pp. 21 y ss

<sup>49</sup> *Ibíd.* Pp. 21 y ss. La Jurisprudencia colombiana acogió en buena hora esta postura doctrinal en la Sentencia SU-1184 del noviembre de 2001. Sobre la influencia del normativismo en la jurisprudencia colombiana puede consultarse a BERNATE OCHOA, Francisco. *El normativismo en la jurisprudencia colombiana*. En prensa. Bogotá, DC, 2004.

<sup>50</sup> Son negativos en tanto que "su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos". *Ibíd.* Pp. 21 y ss.

- b. Deberes de salvamento. Surgen cuando el curso causante ya ha alcanzado una organización ajena y se tiene el deber de revocar tal usurpación.<sup>51</sup>
  - c. Deberes negativos que surgen de la asunción. En estos se está obligado a tomar las medidas propias para la compensación del defecto creado y del cual se es competente.
2. Deberes positivos en virtud de competencia institucional. Las expectativas se dirigen a la prestación de ayuda solidaria en beneficio de un bien jurídico.<sup>52</sup> Estos deberes positivos se caracterizan porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen.<sup>53</sup>

### **c. La injerencia**

El asunto que ocupa nuestra atención, como es la injerencia en el campo del delito de comisión por omisión, se encuentra dentro de los deberes negativos que surgen a partir de la asunción y su fundamento es la trasgresión de una institución negativa.<sup>54</sup>

Señala JAKOBS, como la asunción nace cuando alguien organiza la disminución de una protección ya existente que estaba actuando en una organización ajena, a partir de la cual surge el deber de compensar esa merma en la protección ajena.<sup>55</sup>

La problemática acerca de la injerencia encuentra sus orígenes en los estudios de STUBELL, GLASER Y MERKEL, para quien aquél que realiza un comportamiento precedente, mediante el cual crea un riesgo de lesión para un bien jurídico, queda en posición de garante, surgiendo la obligación de evitar que ese peligro creado por el autor se transforme en lesión, *so pena* de imputarle el resultado como si lo hubiera causado.<sup>56</sup>

La doctrina se manifiesta de manera unánime al señalar que el comportamiento antijurídico previo genera deberes de salvamento, sin embargo, no hay unanimidad a la hora de establecer la posibilidad de fundamentar una posición de garante si la injerencia previa se realiza con un acto conforme a derecho<sup>57</sup>.

RUDOLPHI es quien primero aborda la cuestión, para señalar que la injerencia es fuente de la posición de garante cuando se está frente a un comportamiento previo antijurídico, aunque admite excepciones a su postura como lo son el estado de necesidad justificante, el permiso de

---

<sup>51</sup> JAKOBS, Gunther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, DC, 2001. P. 18.

<sup>52</sup> *Ibíd.* P. 31

<sup>53</sup> MONTEALEGRE. *Ob. Cit.* P. 22.

<sup>54</sup> JAKOBS, *Injerencia...* P. 31

<sup>55</sup> JAKOBS, Gunther. *La omisión: Estado de la cuestión*. En: *Sobre el estado de la teoría del delito*. Ed. Civitas, Madrid, 2001. P. 137.

<sup>56</sup> FORERO RAMÍREZ, *Ob. Cit.*

<sup>57</sup> JAKOBS. *La omisión...* P. 137.

una autoridad administrativa que después de su concesión se convierte en antijurídico y la responsabilidad por el producto.<sup>58</sup>

En opinión de JAKOBS, el ámbito de la injerencia se reduce si se centra en comportamientos antijurídicos, pues puede suceder que la víctima tenga el derecho a no verse afectada si no por el comportamiento previo, si por sus consecuencias. El sinalagma libertad de comportamiento / responsabilidad por las consecuencias existe –en su criterio- también en formas de comportamiento que supongan un incremento en los riesgos normales de toda manifestación vital.<sup>59</sup>

Así entonces, no solamente el acto previo que tiene el carácter de antijurídico, sino también todo aquel que genera un riesgo especial,<sup>60</sup> permite estructurar la posición de garante, para efectos de la imputación del resultado. En efecto, subraya este autor, que mientras exista una conducta errónea que despliega sus efectos, concurre una usurpación de la libertad ajena y, toda vez que de un comportamiento conforme a derecho puede resultar una usurpación de la libertad, es procedente entonces sostener que la injerencia previa no necesariamente debe ser antijurídica.

Para JAKOBS, existen deberes de salvamento cuando la persona reivindica para sí riesgos especiales, lo cual puede suceder tanto con un comportamiento antijurídico, como con un ajustado a derecho.<sup>61</sup> Para este autor, el actuar precedente permitido genera un deber de salvamento si:

1. El riesgo permitido debe ser un comportamiento con un mayor grado de riesgo que un comportamiento cotidiano ineludible.
2. La persona puesta en peligro debe haber adoptado todas las medidas de aseguramiento de su incumbencia.

Así entonces, cualquier asunción de un riesgo especial, es decir de un riesgo cuya neutralización sea cometido del autor de acuerdo con la organización hecha por el ordenamiento jurídico, genera deberes de injerencia.<sup>62</sup>

En el caso de la injerencia, subraya JAKOBS, no se trata de fundamentar que el omitente preste a un círculo de organización ajena su apoyo, sino que revoque su usurpación de una organización ajena e implica un deber perteneciente a las relaciones negativas.

Contrariamente a lo anterior, FORERO RAMÍREZ señala que la injerencia previa debe ser antijurídica a efectos de poder fundamentar la posición de garante, señalando además, como requisitos para su estructuración, el que el riesgo sea conocido o cognoscible por el sujeto y así mismo, debe ser típicamente relevante<sup>63</sup>. En igual sentido, CRUZ BOLÍVAR, sostiene que el

---

<sup>58</sup> RUDOLPHI, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz. 1966. Referenciado por JAKOBS En: La omisión: Estado de la cuestión. En: Sobre el estado de la teoría del delito. Ed. Civitas, Madrid, 2001. P. 138.

<sup>59</sup> JAKOBS En: *La omisión: Estado de la cuestión*. En: Sobre el estado de la teoría del delito. Ed. Civitas, Madrid, 2001. Pp. 137 y ss. Reitera lo anterior en *Injerencia y dominio del hecho*.... P. 21.

<sup>60</sup> JAKOBS *Injerencia*...P. 21.

<sup>61</sup> La referencia es de PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Ob. Cit. P. 40 y ss.

<sup>62</sup> JAKOBS, *Injerencia, dominio*... Cit. P. 56.

<sup>63</sup> FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Ob. Cit. P. 71.

actuar precedente debe tener el carácter de antijurídico a efectos de establecer la posición de garante<sup>64</sup>.

Interesante resulta la postura de GÓMEZ PAVAJEAU, para quien el riesgo debe ser igualmente antijurídico, en tanto que si no lo es, el peligro quedaría cubierto dentro de lo socialmente adecuado, escapando con ello a la tipicidad.<sup>65</sup>

### **El tratamiento de la injerencia en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal de México**

Es necesario iniciar el presente acápite realizando algunas consideraciones sobre la estructura dogmática que ha incorporado el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En primer lugar, como sostuvimos anteriormente, para el funcionalismo de corte radical el Derecho Penal no protege bienes jurídicos sino que, por el contrario, su finalidad está dada por el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad mediante la protección de la vigencia de la norma.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal deja en claro que es requisito para la configuración del delito la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico, cuando consagra el principio de la antijuridicidad material<sup>66</sup> al disponer en su artículo 4º lo siguiente:

“Art. 4º **Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material.** Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.”

Del análisis de lo anterior, queda claro que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal no se adscribe a la corriente doctrinal de corte normativista que lidera Gunther JAKOBS.

En efecto, al establecer de entrada una diferenciación entre la acción y la omisión, y al consagrar como requisito para la estructuración del delito el requisito de la antijuridicidad material, se ha cerrado la puerta para que tenga cabida una línea de pensamiento en tal sentido.

Pero hay más. Cuando el artículo 5º del Código bajo estudio, al regular el principio de culpabilidad dispone que “(L)a medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste”, el distanciamiento es definitivo.

Brevemente, diremos que en la corriente normativista la culpabilidad se encuentra ligada a la prevención general, y representa el deber de comportarse conforme a la norma que se estructura de acuerdo a las necesidades de prevención general.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> CRUZ BOLÍVAR, Leonardo. *Conceptos básicos de la omisión y en especial de la omisión impropia*. En: Estudios sobre la omisión. Procuraduría General de la Nación. Colección de pensamiento jurídico número 2. Bogotá, DC, 2003.

<sup>65</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Omisión impropia y posiciones de garante*. En: Estudios sobre la omisión. Procuraduría General de la Nación. Colección de pensamiento jurídico número 2. Bogotá, DC, 2003. P. 75.

<sup>66</sup> Cfr. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México 1993. Este autor mantiene la construcción de la teoría del delito a partir del concepto de acción, que será, en sus palabras, “la ‘acción’ o ‘conducta’, viene a ser la base de toda la estructura y, puede ser considerada como el sujeto con varios predicados”, Define la antijuridicidad como un “predicado de orden axiológico o valorativo y cuyo contenido es reproche a la conducta en su aspecto puramente material (fase objetiva).”

<sup>67</sup> MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Introducción a la obra de Gunther Jakobs*. En: Revista Justicia Penal Militar. Bogotá, 2003. P 18 y ss.

Así, para el caso del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la medida de la pena se encuentra ligada a la culpabilidad del sujeto, mientras que en las escuelas normativistas, la misma depende de necesidades de prevención general, con lo cual el distanciamiento frente a estas corrientes de pensamiento se hace notorio.

En segundo lugar, y descendiendo al asunto concreto de la omisión, lo primero que debemos reiterar es que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal claramente establece que tanto la acción como la omisión son modalidades de la conducta de lo cual podemos inferir que trabaja con un concepto diferenciador.<sup>68</sup> Lo anterior es reafirmado en el artículo 15 de este estatuto que literalmente dispone:

*“Art. 15 **Principio de acto** El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.”*

La novedosa normatividad mexicana del 2001, acierta en tanto que no establece diferenciación alguna para efectos punitivos entre la acción y la omisión como lo hacen otros estatutos, lo cual ha sido objeto de críticas por algún sector de la doctrina al considerar que mediante dicha diferenciación el comportamiento omisivo recibe un tratamiento discriminatorio,<sup>69</sup> sin justificación alguna.

Posteriormente, el Código bajo análisis se ocupa de la comisión por omisión y establece:

*“Art. 16 **Omisión impropia o comisión por omisión.** En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:*

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

*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.”*

Brevemente y por no ser objeto de la presente disertación, señalaremos que el estatuto bajo análisis se adscribe, a la hora de determinar las fuentes de la posición de garante a la denominada teoría material de las funciones, en contraposición a la teoría formal, en la cual las fuentes de la posición de garante se encuentran en la ley o el contrato.

El literal c) del artículo anteriormente transcrito se ocupa de la injerencia como fuente de la posición de garante en el delito de comisión por omisión y claramente permite que la misma se estructure aún con un comportamiento adecuado a derecho.

En efecto, cuando señala que la actividad debe ser precedente para efectos de estructurar la posición de garante mediante la injerencia sin calificarla, está dejando, en nuestro sentir, la

---

<sup>68</sup> Cfr. Nota 3. Allí se presentaron los artículos 1, 3 y 5 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que claramente establecen la diferencia entre actuar y omitir.

<sup>69</sup> Así, PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Ob. Cit.

puerta abierta para que el comportamiento ajustado a derecho pueda ser constitutivo de la posición de garantía.<sup>70</sup>

Sin embargo, es necesario limitar la posición de garantía que surge de un comportamiento previo cuando el mismo es ajustado a derecho, para lo cual consideramos acertadas las previsiones que al respecto a formulado JAKOBS, como son el que, primero, el riesgo permitido debe ser un comportamiento con un mayor grado de riesgo que un comportamiento cotidiano ineludible y segundo, la persona puesta en peligro debe haber adoptado todas las medidas de aseguramiento de su incumbencia.<sup>71</sup>

Como requisito adicional, es claro que el riesgo debe ser próximo a la producción del resultado típico, pues de lo contrario la responsabilidad se extendería de manera inadecuada. El peligro debe adicionalmente ser relevante para el bien jurídico, quedando excluidos aquellos eventos de intromisiones inocuas para el interés jurídicamente tutelado. El riesgo debe entonces ser jurídicamente relevante y próximo.<sup>72</sup>

Así, la solución para el caso ejemplo con el que hemos dado inicio a la presente disertación, es posible dentro del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal imputarle objetivamente al autor los daños que como consecuencia de su conducta se produzcan en la persona o en la propiedad de su vecino.

Pero la norma bajo análisis va mucho más allá, cuando permite que el comportamiento previo sea imprudente e incluso, fortuito. Así entonces, cuando un sujeto conduce su vehículo y gracias al movimiento impulsa una roca que se encontraba en el camino, que a su vez impacta en la humanidad de otra persona es garante de la salud de la misma, claro está, siempre que tenga conocimiento de lo sucedido, para dar cumplimiento al principio de culpabilidad.

En el caso anterior, una interesante problemática se plantea en el caso de quien atropella a otro, ocasionándole lesiones que posteriormente conducen a su deceso y huye del lugar de los hechos. Estamos frente a un homicidio por omisión o frente a un delito de *Omisión de auxilio después de lesionar culposa o fortuitamente a una persona*, tipificado por el artículo 157 de la siguiente manera:

**Art. 157 Omisión de auxilio después de lesionar culposa o fortuitamente a una persona** Al que después de lesionar a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le impondrá de quince a sesenta días multa, independientemente de la pena que proceda por el o los delitos cometidos.

Consideramos que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal ha considerado como injusto autónomo del homicidio por omisión la conducta del abandono sin perjuicio de las sanciones que procedan por los demás delitos que se cometan, por lo que en nuestro criterio sería procedente un concurso ideal de delitos en los términos del artículo 28 del mismo Código.

En cuanto a la injerencia mediante un comportamiento previo imprudente, es claro que la misma es posible a la luz del ordenamiento bajo análisis, pero lo que llama la atención, es que no se hayan establecido diferencias a nivel punitivo entre los eventos de comportamientos

---

<sup>70</sup> Previsión similar encontramos en el Código Penal Peruano que en su artículo 13 señala que “El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado ...si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.”

<sup>71</sup> En igual sentido, BACIGALUPO, Enrique. Vid. Nota 72.

<sup>72</sup> CRUZ BOLÍVAS. Ob. Cit. En igual sentido, GÓMEZ PAVAJEAU, Ob. Cit.

previos dolosos, antijurídicos y los eventos previos culposos o fortuitos, en los cuales el injusto es menor.<sup>73</sup>

En el tratamiento de la injerencia, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se aproxima a lo que al respecto dispone el Código Penal Español de 1995, que en su artículo 11 establece:

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

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

Ambas legislaciones, tanto la española como la mexicana permiten que el comportamiento previo sea ajustado a derecho. Sin embargo, la doctrina española ha sostenido que no toda conducta anterior genera posición de garantía, siendo necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Debe tratarse de un riesgo especialmente elevado, superior a los riesgos permitidos cotidianos.
2. El afectado por el peligro debe tomar todas las medidas necesarias de seguridad que le incumban en relación a su autoprotección.<sup>74</sup>

Algún sector de la doctrina sin embargo, manifiesta que para el caso del Código Penal Español no es posible establecer la posición de garante en los eventos de causación fortuita del peligro. En efecto, en opinión de estos autores, para que sea posible imputar el riesgo al autor es necesario que exista de su parte, dolo o imprudencia, ausentes en el caso del peligro como consecuencia de un caso fortuito<sup>75</sup>, lo cual generaría una diferencia entre este estatuto y el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

### **El tratamiento en el Nuevo Código Penal Colombiano**

A pesar de la innegable adscripción del nuevo Código Penal Colombiano contenido en la Ley 599 del 24 de julio de 2000 a la corriente del funcionalismo moderado, aspecto en el cual se encuentra una similitud entre éste y el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal de México, las diferencias en punto de la comisión por omisión son notorias entre ambos ordenamientos.

En efecto. Dispone el artículo 25 del Nuevo Código Penal Colombiano:

*“Artículo 25. **Acción y omisión.** La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.*

*Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.*

---

<sup>73</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 5a Edición, Barcelona, 2002. P. 315.

<sup>74</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte General*. Ed. Akal, Quinta Edición, Madrid, 1998. P. 407.

<sup>75</sup> Así, MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. P. 314.

*Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:*

- 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*
- 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*
- 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*
- 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.*

*Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.”*

En primer lugar, diremos que al igual que el ordenamiento mexicano, el Código Penal Colombiano entiende que tanto la acción como la omisión son modalidades de lo que denomina *conducta punible*, con lo cual descarta toda posibilidad de admitir una tesis unificadora. Ello es reafirmado cuando limita aquellos delitos susceptibles de ser cometidos por la vía de la comisión por omisión a determinados bienes jurídicos.

Lo anterior denota claramente un tratamiento discriminatorio del delito omisivo frente a los delitos de acción, situación que se intenta justificar afirmando la intención de evitar una expansión de los delitos de omisión, pero que a nuestro juicio resulta desafortunada, en tanto que involucra una tradición doctrinal de antaño superada.

En segundo lugar, el numeral 4º es claro al señalar que la conducta previa debe ser antijurídica, con lo cual se acogen las tesis de los doctrinantes nacionales anteriormente formuladas. Así entonces, en el caso planteado al inicio del presente artículo, si gracias a que el actor ha dejado los grifos abiertos consecuencia de lo cual se produce una inundación que genera la muerte por ahogamiento de los moradores de la vivienda, para el Código Penal Colombiano ésta conducta sería impune, mientras que en el Código Penal para el Distrito Federal, la misma podría ser constitutiva de homicidio por omisión.

Supongamos un evento en el cual una persona atropella fortuitamente a otra. Claramente, la acción del conductor no es antijurídica pues, se reitera, estamos frente a un evento fortuito. Si el conductor emprende la huida y la víctima fallece como consecuencia de ello, para el caso del Código Penal Colombiano, responderá por omisión de socorro y no por homicidio por omisión, en tanto que no detenta la posición de garante.

Por el contrario, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, si será posible endilgarle la responsabilidad por el delito de homicidio por omisión.

## **Conclusiones**

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal contiene una regulación afortunada en materia de injerencia al permitir que la misma se estructure aún cuando el comportamiento previo sea ajustado a derecho e incluso, fortuito. Con ello, se está garantizando una adecuada protección a la víctima que no tiene por que cargar con los costos de una actuación proveniente de un tercero.

Por el contrario, la regulación del Código Penal Colombiano excluye de punibilidad conductas merecedoras de sanción al exigir que la conducta previa debe tener el carácter de antijurídica, y adicionalmente, introduce una serie de criterios discriminatorios que de ninguna se justifican en lo atinente al delito omisivo frente al delito de comisión.

Es necesario superar y abandonar la infructuosa cruzada<sup>76</sup> por encontrar una distinción entre el delito de acción y el delito de omisión. Es claro que ontológicamente estamos frente a hechos distintos, pero ello de ninguna manera debe repercutir en el sistema jurídico que como tal, trabaja con sus propios códigos.

Si entendemos que el derecho como sistema aparece como una necesidad dentro de la sociedad, encaminado al mantenimiento de las expectativas normativas, la distinción entre acción y omisión pierde toda utilidad. En efecto, si lo importante es que el sujeto, cuando incumple la norma pone en entredicho su vigencia, siendo la pena el mecanismo necesario para confirmarla, en nada interesa si lo hace a través un actuar o de un omitir.

En ambos casos, tanto cuando el agente modifica la causalidad (delito comisivo) como cuando permite que la misma siga su curso teniendo el deber de modificarlo (delito omisivo), está enviando un mensaje a la comunidad, en virtud del cual la norma para él, no está vigente. Así entonces la pena es el mecanismo en virtud del cual la sociedad responde ante este acto y reafirma la vigencia del mandato para que puedan mantenerse las expectativas de sus integrantes.

---

<sup>76</sup> Así lo denomina FORERO RAMÍREZ quien señala incluso, que la misma tiene las dimensiones de las famosas cruzadas religiosas. FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Ob. Cit.

## BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte General*. Ed. Akal, Quinta Edición, Madrid, 1998.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Editorial Porrúa. México. 1999.
- CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá DC, 1996.
- Código Penal Alemán
- Código Penal Español
- Código Penal Peruano
- CRUZ BOLÍVAR, Leonardo. *Conceptos básicos de la omisión y en especial de la omisión impropia*. En: Estudios sobre la omisión. Procuraduría General de la Nación. Colección de pensamiento jurídico número 2. Bogotá, DC, 2003.
  - *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003.
- FORERO RAMÍREZ. Juan Carlos. *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal*. Legis Editores. Bogotá, DC, 2002.
  - *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho en Habermas y LUHMANN*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Omisión impropia y posiciones de garante*. En: Estudios sobre la omisión. Procuraduría General de la Nación. Colección de pensamiento jurídico número 2. Bogotá, DC, 2003.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México 1993.
- GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho*. Ed. Trotta. Madrid. 1998.
- JAKOBS, Gunther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, DC, 2001.
  - *La omisión: Estado de la cuestión*. En: Sobre el estado de la teoría del delito. Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Ed. Anthropos. Universidad Iberoamericana. Segunda Ed. 1997

- LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de una teoría*. Ed. Piados. Universidad Autónoma de Barcelona, 1990.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 5a Edición, Barcelona, 2002.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Introducción a la obra de Gunther JAKOBS*. En: Revista Justicia Penal Militar. Bogotá, DC, 2003.
- MORALES DE SETIÉN RABIAN, Carlos. *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Günther Teubner*
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *El delito de comisión por omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, DC, 2001.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del Delito*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2000.
- Régimen Penal Colombiano. Legis Editores. Bogotá, DC, 2003.
- Régimen Penal Mexicano. Legis Editores. México DF.