

1935

Solmayer 625

REYNALDA PINO URRUTIA

52

DELITOS POR OMISION

Memoria para optar al grado
de Licenciado en la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales de
la Universidad de Chile.

DER
O

Talleres Gráficos
J. A. Arteaga
Freire 802
CONCEPCIÓN
1935

01-0333757

PEN
TUCH DGR
P 657 do
1935
c.1

REYNALDA PINO URRUTIA

DELITOS POR OMISION

Memoria para optar al grado
de Licenciado en la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales de
la Universidad de Chile.

000040



Talleres Gráficos
J. A. Arteaga
Freire 802
CONCEPCIÓN
1935



.....

BIBLIOGRAFIA

ALIMENA	Principios de Derecho Penal.
CARRARA	Programa del Curso de Derecho Criminal.
CUELLO CALON	Derecho Penal.
DALLOZ	Repertoire de legislation et de jurisprudence.
ESPASA	Diccionario Enciclopédico.
FUENZALIDA	Concordancias y comentarios del C. Penal.
GAROFALO	La Criminología y estudio sobre el delito y Teoría de la Represión.
GARRAUD	Tratado teórico y práctico de Derecho Penal.
JIMENEZ DE ASUA	Legislación Penal de la República Española.
MERKEL	Tratado de Derecho Penal.
ORTOLAN	Elementos de Derecho Penal.
PESSINA	Derecho Penal.
SANCHEZ TEJERINA	Teoría de los delitos de omisión.
SILVELA	El Derecho Penal.
VIDAL	Derecho Penal.
VON LISZT	Tratado de Derecho Penal.

Actas de la Comisión Redactora del C. Penal Chileno.
Código Penal de la Rusia Soviética.
Código Penal Español.
Código Penal Francés.
Código Penal Italiano.



SUMARIO

INTRODUCCION: Evolución del derecho penal. Evolución del concepto delito. Delito natural. Delito legal. Definiciones del delito en diferentes cuerpos de leyes. Breve comentario al art. 1.º de nuestro Código Penal.

DE LA ACTIVIDAD INDIVIDUAL: Exigencias del estado. Actividad individual. Actividad criminal. División.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO EN GENERAL: Acto humano. Manifestación de voluntad. Modificación en el mundo exterior o resultado. Relación causal. Penalidad.

DELITOS POR ACCION O COMISION: Particularidades de los elementos esenciales. Delitos materiales. Delitos verbales. Definiciones.

DELITOS POR OMISION: Historia. Concepto. Terminología. Definición. Particularidades de los elementos esenciales.


DESARROLLO HISTORICO DEL PROBLEMA: Teoría unilateral: sus partidarios. Teoría bilateral: sus partidarios y división. Teoría integral: división tripartita.

DELITOS DE SIMPLE OMISION: Concepto. De las contravenciones, ejemplo. Nuestra ley. Características esenciales.

DELITOS DE COMISION POR OMISION: Terminología. Concepto. División: Graves, características y ejemplo. Menos graves, características y ejemplo. Considerados desde el punto de vista de nuestra ley penal. La doctrina del estado peligroso y su relación con este delito. Características generales.

DELITOS DE OMISION ESPIRITUAL: División: impericia, imprevisión e imprudencia. Ejemplos de estos tres aspectos.

CONCLUSIONES.



INTRODUCCION

El Derecho Penal, una de las primeras manifestaciones jurídicas de la inteligencia humana, ha venido evolucionando con el movimiento lógico y fatal de las civilizaciones.

En todos los tiempos y lugares de la Historia el delito ha sido castigado, pero, tanto sus instituciones fundamentales como el procedimiento para aplicar las penas, han pasado por infinitas formas y variados conceptos, y así hechos que en algunos pueblos eran considerados criminosos y castigados con penas severísimas, aún la muerte, en otros se estimaban como actos dignos de elogio y emulación.

Su esfera de acción en la antigüedad era ilimitada; reglamentaba no sólo la vida social y religiosa de los individuos, sino que llevaba su ingerencia hasta las relaciones familiares más íntimas.

En el derecho oriental encontramos numerosas disposiciones sobre las actividades domésticas de los ciudadanos, sobre todo en lo que se refiere al culto, tanto de la divinidad, como de los antepasados.

Hechos y actitudes que hoy nos parecen correctos eran castigados, así como costumbres que nuestra moral rechaza eran obligaciones jurídicas.

Con posterioridad, debido principalmente al desarrollo y difusión del Cristianismo, uno de cuyos fundamentos, el libre albedrío, trajo como consecuencia la consagración de la libertad individual, fué perdiendo campo hasta llegar a su concepto presente, que difiere en absoluto de las primitivas doctrinas.

Lógicamente, si las instituciones del Derecho Penal se han ido modificando de acuerdo con las demás direcciones de la conciencia colectiva, el concepto del acto delictuoso habrá sufrido también ingentes variaciones.

Las diferentes escuelas penales, y por consiguiente, los diversos penalistas, no han estado de acuerdo al tratar de enunciar un concepto del delito que comprenda sus elementos esenciales.

Así, Rossi, dice: delito es la violación de un deber.

Franck: es la violación de un derecho basado en la moral.

Carrara: es la infracción de la ley del estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre — positivo o negativo — moralmente imputable.

Von Liszt: es el hecho al cual el orden jurídico asocia la pena como legítima consecuencia.

Groizard: hace suyo el concepto legal.

Garófalo, en su interesante obra "La Criminología y Teoría de la Represión" dice que para obtener una definición precisa del delito es necesario conocer los fundamentos de la moral de la colectividad en la cual se va a emplear. Analiza las condiciones morales, refiriéndose especialmente al sentimiento religioso, patriotismo, honor y pudor, y llega a la conclusión de que el sentido moral de una agrupación humana consiste en el conjunto de los instintos morales altruistas. Para Garófalo dichos instintos son: Piedad y Probidad...

Agrega que la definición del acto delictuoso es un problema exclusivamente sociológico, en ningún caso jurídico.

Sería largo referirse a las definiciones de todos los criminalistas, pues todas ellas han sido objeto de severas críticas, y por consiguiente, refutadas y corroboradas, teniendo cada una en su origen tanto ideas acertadas como discutibles.

Se ha pretendido formular un concepto único del delito independiente de todo factor mutable y que sirva para determinar en cualquier tiempo, país y circunstancias si un hecho debe ser castigado o no.

Las relaciones estrechas y constantes que mantienen entre sí los más apartados países del orbe; la generalización de las costumbres; la civilización occidental que ha invadido agrupaciones humanas donde antes nunca tuvo ingerencia; la uniformidad en ciertos aspectos ordinarios de la vida de casi to-

dos los pueblos, hacen desear una idea única para el acto delictuoso.

Si bien es cierto que hay regiones, particularmente en el Oriente, donde son considerados delitos actos que sólo importan una trasgresión a principios religiosos o ritualidades del culto, no es menos verdad que hay hechos que en todas las sociedades han sido castigados, lo que hace suponer que el hombre, por su condición de tal, repudia actitudes que lesionan su integridad corporal, sus bienes o sus sentimientos.

Numerosos son los autores que defienden esta idea, habiendo entre ellos algunos más avanzados que no sólo quieren esta uniformidad para el concepto del delito, sino que pretenden la formación de un derecho penal internacional, sobre todo para ciertas formas de criminalidad comunes en todos los países, (ej.: anarquismo y trata de blancas).

Los criminalistas modernos rechazan esta idea.

El actual concepto científico del derecho penal está determinado por infinitos factores, entre los cuales los más importantes son: raza, religión, clima, costumbres, tradiciones, cultura, atavismo y circunstancias psíquicas y fisiológicas del sujeto activo y pasivo, todos los cuales orientan la justicia punitiva en tal o cual sentido, según el país, población y caso en que se aplique.

En consecuencia, la noción del derecho penal no puede ser absoluta.

Lo dicho anteriormente se refiere a determinar el concepto del "delito natural", es decir, el delito como fenómeno científico, no como entidad jurídica, (o antijurídica como dicen algunos penalistas), en sí, considerado como una violación a los principios de orden social de una colectividad, no como una violación a las leyes.

Pero el "delito legal", entendiéndolo por esto la infracción a la ley penal, ha sido definido tanto por las leyes penales antiguas, como por los códigos modernos, con un concepto casi uniforme, que no difiere en su parte substancial.

Los jurisconsultos romanos no definieron el delito, ni aún emplearon un mismo término, sino que usaron diferentes voces, de las cuales las más usadas fueron: *scelus*, *crimen* y *delictum*.

Estas últimas se consideraron como técnicas en la práctica forense de la Edad Media.

El Fuero Juzgo usó las dos primeras, pero no las definió.

En Las Partidas, tampoco encontramos definición alguna del hecho punible, pero según Groizard, en una de sus disposiciones se encuentran los elementos suficientes para formar un concepto claro de él.

A principios del siglo XIX, Napoleón promulgó su Código Penal, maravilla de su época que representaba todos los adelantos de la ciencia del derecho.

En este cuerpo de leyes encontramos una definición del delito por demás satisfactoria: SON DELITOS O FALTAS LAS ACCIONES U OMISIONES PENADAS POR LA LEY.

El Código Penal Español de 1822, declaró: "Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia, hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena".

La reforma de 1878, adoptó la definición del Código Francés, a la cual agregó un nuevo elemento: "Es delito o falta toda acción u omisión VOLUNTARIA penada por la ley".

El actual Código Español ha conservado la misma disposición, con una ligera variante.

Esta definición la adoptaron todos los códigos hispano-americanos, especialmente los dictados bajo la influencia del Código Español, como ser los de Nicaragua, Honduras, Uruguay, antiguo argentino, San Salvador y el nuestro.

El Código Penal de la Rusia Soviética, promulgado en el año 1927, no define propiamente el delito, sino que principia por decir que su objeto es castigar las acciones peligrosas, y define lo que entiende por tal, diciendo:

"Se considera peligrosa toda acción u omisión que vaya dirigida contra la constitución de los Soviets o que lesione el orden jurídico establecido por el Gobierno de Trabajadores y Labriegos, para la época de tránsito al estado comunista".

En el proyecto de Código Penal Italiano de Mancini, encontramos la siguiente disposición: "Hay delito cuando por

expresa disposición de la ley penal, es castigada una acción u omisión, según su naturaleza, con pena criminal, correccional o de policía”.

Los códigos más recientes como el alemán, argentino y noruego no definen el delito, pues en general, se abstienen de toda definición.

Nos referiremos especialmente al concepto establecido en nuestro código que es el mismo del español y francés, fuentes directas de él.

En el acta pertinente de las sesiones de la Comisión Redactora, consta que después de un largo debate y puestas en votación tres definiciones, quedó aprobado el inciso 1.º del artículo 1.º, reservándose la Comisión el derecho de definir posteriormente el cuasi delito, si fuere necesario.

Esta definición ha sido considerada muy aceptable, por cuanto el legislador al formularla ha tomado en cuenta la naturaleza íntima de los hechos para determinar la culpabilidad; es decir, los elementos esenciales del acto delictuoso.

De las precedentes disposiciones podemos deducir que la noción legal del delito es casi uniforme en la legislación occidental.

Los legisladores se han colocado en diferentes puntos de vista al enunciar este concepto, uno de los cuales es el que nos interesa para pasar a desarrollar la tesis de este trabajo. Me refiero a la ejecución del acto punible, a la manera de obrar de su agente.

En consecuencia, la actividad criminal origina tres diferentes grupos de delitos, a saber:

Delitos de acción o comisión.

Delitos de inacción u omisión.

Delitos mixtos.

Primeramente veremos, aunque en forma muy superficial, los delitos de acción o comisión, para después tratar en detalle, por lo menos hasta donde los antecedentes disponibles sobre este tópico lo permitan, los delitos por omisión.

En cuanto a los delitos mixtos hay muy poco que decir, porque se presentan con escasa frecuencia en la realidad. Se le aplican las reglas generales, de los delitos por acción.

.....

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO EN GENERAL

Un hecho, para que sea considerado delictuoso y, en consecuencia, castigado, debe reunir ciertas condiciones que lo individualicen, que permitan determinar de una manera precisa que está comprendido dentro del concepto "delito".

Esta condiciones que llamaremos elementos esenciales, son las siguientes:

1.º *El delito debe ser un acto humano*, positivo o negativo (acción u omisión). Ningún derecho moderno castiga las intenciones o meros pensamientos que no han tenido su realización en el medio que nos rodea.

2.º *Manifestación de voluntad*. No tenemos para qué detenernos en analizar este concepto, por cuanto es base y justificación de todo derecho penal. Aunque su estudio se presta a muchas consideraciones de interés y origina graves e importantes problemas, bástenos saber por ahora, que es la conjunción de tres elementos: libertad, inteligencia e intención.

3.º *Modificación en el mundo exterior* o sea resultado. Según este cambio alcance su completo desarrollo o no, tendremos tentativa, delito frustrado o delito consumado, tres momentos de gran importancia jurídica.

4.º *Relación causal* entre la manifestación de la voluntad y el resultado, es decir, que éste se ha producido como consecuencia lógica de aquélla, de modo que suprimiendo una, no se produce el otro.

Establecer en qué casos debe atribuirse el resultado a determinada manifestación de voluntad, es problema que se ha resuelto de diferentes maneras. En el derecho romano se emplearon diferentes medios, siempre casuísticos y, por lo tanto, contradictorios. Posteriormente se han sostenido varias doctrinas al respecto; los jurisconsultos alemanes señalaban como

causa a aquélla que necesariamente producía el resultado y distinguieron entre absolutas y relativas, concretas y abstractas, por sí y por accidente, etc.

5.º *Penalidad del acto*, como consecuencia de la trasgresión a los principios de orden de la colectividad e infracción a la ley positiva. Para muchos autores ésta es la característica "sine qua non" del delito, ya que la circunstancia de ser penado por la ley, es la que le dá el carácter de tal a un hecho, aunque en sí no lleve ningún principio de ilicitud.

Estos son, en breves términos, los elementos esenciales del acto punible y que, por lo tanto, deben presentarse tanto en los delitos de acción, como en los de omisión.

Naturalmente, tienen sus características propias en una y otra clase de delitos, como lo veremos más adelante.



DELITOS DE ACCION O COMISION

Cometer, de "mittere cum", es causar con los medios de ejecución, como causa libre, el fin previsto (Von Liszt).

Particularidades de los elementos esenciales:

1.º — El delito de acción es un acto positivo, resultante de la actividad motora del agente.

La característica de este delito es su objetividad. Nace a la vida del derecho cuando la actividad mental delictuosa toma forma por medio de una reacción muscular del individuo, la cual importa una violación a los preceptos prohibitivos de la ley penal.

Este acto positivo del sujeto, presenta dos aspectos integrantes de la entidad jurídica delito:

- a) Gestación psíquica o fase interna y
- b) Realización material o fase externa.

La investigación de un delito no está limitada únicamente al fenómeno aislado, abstrayéndose de la contemplación de todos aquellos otros factores que provocaron su aparición en el mundo exterior. El acto delictuoso es, indudablemente, imprescindible, más no suficiente; para juzgar al individuo que ha delinquido se hace necesario investigar hasta conocer el punto de partida preciso de su actividad criminal.

El primer aspecto del delito por acción, o sea, la gestación psíquica o fase interna del acto, es problema que estudia la Psicocriminología, rama especial de la ciencia del Derecho Penal.

2.º — La voluntad se manifiesta en forma objetiva; por medio de actos de ejecución que constituyen el hecho punible.

3.º — En estos delitos, la modificación en el mundo exterior se presenta siempre por medio de hechos perceptibles por

los sentidos ya sea físicamente como en los delitos materiales o subjetivamente como en los verbales.

4.º — La relación causal existe entre los actos positivos — representantes de la voluntad — y el resultado.

5.º — Asegurada la existencia de este nexo y en vigor una ley penal que castigue el conjunto de circunstancias que acabamos de mencionar, nos encontramos en presencia de un delito por acción o comisión.

Estos delitos presentan, principalmente, dos formas diversas, lo que ha dado origen a una división de ellos muy lógica y aceptable: OBRA y PALABRA, en el sentido estricto de estos conceptos.

Así, tenemos entonces, *delitos materiales*, como ser el homicidio, lesiones, robo, hurto, etc. (OBRA).

Y *delitos verbales*, como la amenaza, injuria, rebelación de secretos, difamación, etc. (PALABRA).

Han sido definidos por casi todos los tratadistas de derecho penal al considerarlos en contraposición con los delitos de inacción u omisión. Citaremos a Pessina y Vidai, cuyas definiciones son las que están más de acuerdo con los conceptos anteriormente expresados:

El primero dice: "Los delitos de comisión consisten en un acto material o positivo que viola una disposición de la ley penal".

Vidal: "Consisten en un acto material y positivo que viola una disposición de la ley y contraviene al mandato de abstenerse de este acto peligroso."

.....

DELITOS POR OMISION

HISTORIA: En la introducción de este estudio se hizo notar que los romanos emplearon diferentes voces para denominar el delito, de las cuales las más usadas fueron *crimen* y *delictum*; estos términos son sinónimos de acción y omisión, respectivamente.

En consecuencia, los romanos advirtieron este aspecto del delito y le dieron tal importancia que llegaron a designarle un nombre especial.

Sin embargo, no es en las leyes ni códigos romanos donde hallamos por primera vez esta distinción de los actos punibles, sino que en el derecho judío; en los libros de Moisés se encuentran disposiciones relativas al daño que establecen la obligación de evitarlo cuando se sabe que recaerá en la persona o bienes de un extraño.

Posteriormente, encontramos disposiciones similares, tanto en el derecho oriental como europeo, pero ellas no dan lugar a ningún estudio serio sobre la materia y estos delitos, en cuanto a sus caracteres generales, se consideran iguales a los delitos de acción, aunque son castigados con menos severidad.

En Francia, esta cuestión fué presentada científicamente en el año 1901 ante el Tribunal de la Corte de Poitiers, con motivo del famoso asunto de secuestro de la señorita Monnier.

En la actualidad, ha sido particularmente estudiada en Alemania, sobre todo respecto del homicidio y lesiones corporales por omisión.

CONCEPTO: El acto punible, positivo generalmente, puede realizarse, mediando determinadas circunstancias, por una abstención del agente?

A esta pregunta han contestado los tratadistas de derecho penal con diferentes argumentos, que han dado lugar a teorías contradictorias.

Algunos autores sostienen que entre el delito de acción o comisión y el de inacción u omisión, no hay diferencias cualitativas, sino que este último es una forma del primero. Participan de esta idea Wolff, Luden y Zirkler y los italianos Farinaccio y Carpsovio.

Garraud acepta diferencia de concepto entre uno y otro delito nada más que teóricamente; en la práctica los considera iguales.

Esta idea predomina en casi todas las legislaciones y se hace distinción entre uno y otro delito sólo con el objeto de consultar una pena menos rigurosa para aquéllos que tienen su origen en alguna omisión.

Sin embargo, los criminalistas modernos son de otro parecer. En sus tratados de derecho penal encontramos precisada de una manera indubitable la división del delito en acciones y omisiones, como dos entidades jurídicas diversas, con características propias.

TÉRMINOLOGÍA: La palabra omisión viene del latín: OMISSIO, ONIS.

Su concepto, en jurídico y en relación con el delito, ha sido expuesto de diferentes maneras; citaremos a los penalistas más conocidos:

MERKEL: Los delitos de omisión son violaciones de preceptos.

PESSINA: Consisten en la inacción, en la abstención del agente, cuando la ley impone la ejecución de un hecho determinado.

GARRAUD: Omitir es impedir un resultado.

VON LISZT: Omitir no es simplemente no hacer; es dejar hacer conscientemente, cuando se es medio necesario, suprimiéndose como causa activa de un efecto; es faltar por egoísmo.

CUELLO CALON: La omisión consiste en no ejecutar el movimiento corporal que se tiene el deber jurídico de realizar.

SANCHEZ TEJERINA: La idea más simple de la omisión punible se encierra en la frase "no ejecución de un movimiento corporal que debió realizarse.

Nos atrevemos a decir que estas definiciones, en general, no son claras ni precisas. Si no tuviéramos nuestro propio concepto de omisión, formado fuera de ellas, conociéndolas no podríamos tener una noción real y exacta de esta clase de delitos.

Además, no es conveniente definirlos, por cuanto presentan diferentes aspectos, que seguramente, no quedarían comprendidos en una definición más explícita y detallista que las que acabamos de enumerar.

La legislación positiva no ha definido estos delitos y, lo más posible, es que posteriormente no los defina, siguiendo la tendencia actual de evitar definiciones que, comúnmente, no comprenden la verdadera noción del concepto definido y conducen a errores que sólo la jurisprudencia viene a subsanar.

La definición de este concepto (como la de todos en general) tiene una importancia meramente teórica, por cuanto en la práctica se presentan casos en los cuales es muy fácil determinar si el delito es por acción u omisión, y, en cambio, encontramos otros, en los cuales es muy difícil hacerlo.

Sin embargo, dejaremos establecido que la que más concuerda con los principios que guían el presente trabajo, es la siguiente formada con términos de Pessina y Sánchez Tejerina:

“LOS DELITOS DE OMISION CONSISTEN EN LA NO EJECUCION VOLUNTARIA DE UN ACTO ORDENADO POR LA LEY, EXPRESA O TACITAMENTE, CON EL FIN DE PREVENIR ALGÚN MAL”.

ha abstenido de ejecutar tal o cual acto por causas independientes de su voluntad.

El fundamento de este precepto es la regla de derecho "impossibilium obligatio est", N.º 185 del Digesto. Algunos autores opinan que no hay necesidad de consignarla en ningún cuerpo de leyes, por cuanto en el caso a que se refiere falta la voluntad de eludir el mandato del legislador y, sin esta circunstancia, no hay delito.

3.º — La idea general es de que en los delitos de omisión el resultado se manifiesta como un "no hacer", es decir, abstención de ejecutar un acto positivo que por la ley se está obligado a realizar. Este concepto es unilateral, pues deja de considerar otro aspecto de la omisión punible que no es, precisamente, no hacer, sino que es "mantener" una situación preexistente.

Aparentemente estas dos ideas se confunden, pues la noción de abstenerse, de ejecutar un acto positivo puede referirse tanto a la acción que provoca un cambio en la realidad exterior, como a la que mantiene un estado de cosas de origen lejano; sin embargo, son dos situaciones diversas, como lo veremos en los siguientes ejemplos:

NÓ HACER: Un funcionario de la administración de justicia no decreta la prisión de una persona, habiendo motivo legal para ello. Art. 225, n.º 4 del Código Penal.

MANTEGER: El que encontrado perdido o abandonado a un menor de siete años no lo entregare a su familia o no lo recogiere o depositare en lugar seguro, será castigado, etc., etc. Art. 494, N.º 13 del mismo cuerpo de leyes.

No puede pasar desapercibido para nosotros de que en el primer ejemplo debió crearse una situación nueva; se precisaba una modificación en el mundo exterior, en la realidad de las cosas, que no se produjo por una omisión del que estaba obligado a ejecutarla.

En cambio, en el segundo caso, la infracción se origina por dejar persistir un estado de cosas contrario al derecho y al orden público.

Estos dos aspectos en el cambio del mundo exterior han dado origen a una división de los delitos de omisión que trataremos en su oportunidad.

4.º — La relación de causa a efecto, elemento esencial del acto punible, ha dado origen a un arduo problema filosófico penal, al ser considerada en los delitos por omisión.

El nexo entre la infracción a la ley (resultado) y la omisión (causa) es el que se precisa determinar.

Desde luego existe, pero, dónde está su límite?

Ortmann y Bünger afirman: "La causalidad de la omisión está dentro de sí misma"; este principio se ha denominado *teoría de las interferencias*.

Otros autores enlazan la causa con el efecto tan íntimamente que dicen: En las omisiones hay que buscar la causa en el resultado.

Considerada la teoría de la causalidad tal como la explicó Stuart Mill, llegaremos a las conclusiones que alcanzó este filósofo al aplicarla a las omisiones punibles, y que podemos resumir así:

Causa es un conjunto de condiciones y antecedentes positivos enlazados por ley de causalidad; en los delitos de omisión uno de estos antecedentes es negativo, pero en ningún caso viene a ser causa única, determinante del resultado, sino que concurre con las condiciones positivas a su realización.

En consecuencia, la relación de causalidad existe entre las condiciones determinantes del efecto, una de las cuales es una abstención del agente del delito, y el resultado.

La teoría de la causalidad interpretada por los penalistas llega a conclusiones diversas, totalmente contradictorias, pues hay quien sostiene que "es un absurdo hablar de causalidad en las omisiones punibles", como Sánchez Tejerina, mientras Von Liszt con su teoría de la equivalencia deja establecida la relación causal.

La aplicación de la teoría de la causalidad al derecho penal, en general, y en especial al problema de las omisiones, no es científica ni comprende la totalidad de los casos; las excepciones son tan numerosas que no permiten formar la regla.

Por lo demás, todos los penalistas que la han estudiado defienden su tesis con argumentos tan convincentes, particular-

mente los últimos que hemos nombrado, que después de estudiarlos es difícil llegar a conclusiones propias que no se inclinen en uno u otro sentido.

5.º — La condición de ser penada por la ley le dá el carácter de delictuosa a una omisión.

Binding afirma: "La norma crea lo antijurídico y la ley penal crea el delito". Por consiguiente, la disposición que pena una omisión es el reconocimiento formal por parte del Estado de una situación creada por la violación a un principio o norma jurídico.

Este requisito representa el principio de legalidad que tiene su más pura aplicación dentro de la justicia punible.

Los delitos de omisión han sido contemplados en los códigos con penas menos severas que los delitos de acción.

Se ha argumentado que no es posible castigar en igual forma al individuo que comete un asesinato con medios propios destinados a producir este resultado, que a aquél que se ha abstenido de salvar la vida a un semejante, estando en condiciones de hacerlo sin peligro para su persona e intereses.

La punibilidad de las omisiones ha dado origen a un grave problema de solución muy parcial, por cuanto para resolverlo hay que considerar las diferentes clases de omisiones y la variedad de delitos a que ellas dan vida.

Sin embargo, estimamos que si una omisión da por resultado un hecho que la ley declara delictuoso, debe aplicársele a su agente la misma pena que si hubiera procedido activamente, consideradas las circunstancias atenuantes o agravantes de aplicación general.

.....

EVOLUCION CIENTIFICA DEL PROBLEMA DE LAS OMISIONES

La evolución científica del problema de las omisiones ha atravesado varias fases o periodos, que podemos resumir a tres:

1.º TEORIA UNILATERAL: En el Derecho Romano primitivo existían disposiciones imponiendo, en determinados casos, el deber de obrar, los que más bien tenían un carácter de respeto y consideración, no el de norma jurídica en su acepción científica. Se referían especialmente a las relaciones entre esclavo y señor.

Posteriormente aparece la omisión (*delictum*) contrapuesta a la acción (*crimen*) la cual se consideraba punible sólo cuando trasgredía una disposición o norma de interés general, no cuando se refería a un particular vínculo obligatorio. Así, por ejemplo, no entregar el dinero o especie confiada en custodia constituía hurto, pero no por falta de entrega, sino por apropiación de una cosa ajena con fin de lucro.

Esta misma doctrina, considerada filosóficamente fué la que sostuvieron los penalistas hasta fines del siglo pasado.

Absoluta y simplista, no reconocía más que una sola clase de omisiones: aquellas que contravenían una norma jurídica preestablecida.

Los partidarios de esta teoría fueron numerosos; podemos citar a Ortolán, Silvela y Alimena. Cada uno de ellos la interpretó en forma diversa.

ORTOLAN: Aparentemente su doctrina es rígida; establece una separación precisa entre los delitos de acción y omisión, fundamentando estos últimos en la ley escrita; sin embargo, estudia cinco hipótesis de omisiones que tienen su origen en circunstancias extrañas al mandato legal y características propias que las individualizan, dando origen a una subdivisión.

SILVELA: No fundamenta su doctrina en el mandato legal, sino en el resultado; estima que el autor de un delito puede cometerlo modificando, con perjuicio de la víctima, la realidad exterior de las cosas, o haciendo que un determinado acto permanezca sin modificación alguna, cuando estaba en su voluntad alterarlo para impedir un mal. Asegura que todos los delitos, o la mayoría de ellos, pueden ser cometidos por omisión.

ALIMENA: Entre los autores modernos es uno de los más fervientes defensores de la doctrina unilateral de las omisiones. Dice: "la relación eficaz y consciente entre la voluntad inerte y la violación jurídica, es también una acción", de modo que la acción la subdivide en: comisión que consiste en hacer lo que la ley prohíbe y omisión que consiste en no hacer lo que la ley prescribe.

No acepta distinción entre los delitos de omisión y el concepto francés de "comisión por omisión", lo coloca dentro de las omisiones en general, de las que deduce los delitos por omisión.

Los penalistas que acabamos de ver y, en general, los que han sostenido la teoría unilateral de las omisiones, han tratado este problema desde un punto de vista filosófico y abstracto, de difícil aplicación práctica.

2.º TEORÍA BILATERAL: La controversia científica sobre el problema de las omisiones se acentuó cuando en Alemania se planteó el problema del homicidio y lesiones corporales por omisión.

Esta forma de delincuencia había tomado graves proporciones y en la legislación no estaba contemplada.

Aparece entonces la teoría bilateral que cuenta con numerosos defensores entre los penalistas modernos, de los cuales podemos citar a Von Liszt, Merkel, Vidal y Garraud.

Entre los autores partidarios de esta doctrina no aparece otra diferencia que la de llamar con nombres diversos dos aspectos de las omisiones punibles, como veremos a continuación:

VON LISTZ: Dice que la paz social es resultante del equilibrio de sistemas de fuerzas que componen el orden jurídico. Cuando una fuerza *irregular* se introduce en dicho sistema alterando la paz, se presenta un delito por comisión; si una fuerza *regular* se suprime, se resta del sistema, tenemos un delito por omisión.

Los delitos por omisión pueden ser:

DELITOS DE OMISION
SIMPLE O VERDADE-
ROS

Injustificada inacción de
actividades jurídicamente
obligatorias

Materiales: Es el
simple no hacer del su-
jeto obligado a hacer
algo.

Espirituales: Su
característica es la cul-
pa

| Impericia
| Imprevisión
| Imprudencia

DELITOS DE COMISION
POR OMISION O FALSOS
DELITOS DE OMISION

El acto delictuoso positivo como
resultante de una abstención del
agente

Sánchez Tejerina dice que Von Liszt ha desarrollado su doctrina en forma incompleta y sumamente obscura. Nosotros estimamos que es íntegra, por cuanto dentro de los dos conceptos de omisiones delictuosas comprendidos en su tesis, tienen cabida todos los casos de la teoría íntegra; su obscuridad está en llamar a una misma clase de omisiones con nombres diferentes, como ser: Los delitos simples de omisión los llama de "omisión propiamente dichos" y a los de comisión por omisión, en varios párrafos los denomina "omisión eficaz".

MERKEL: Ha dividido los delitos de omisión en falsos y verdaderos:

VERDA-
DEROS

En esta clase de delitos la infracción reside en la omisión misma y su penalidad deriva de un precepto directo de la ley que ordena ejercitar la acción que se ha omitido.

FALSOS

La omisión tiene aquí una importancia más lejana; podemos considerarla como circunstancia negativa que en unión de otras positivas origina un delito. La característica de estos delitos respecto de los verdaderos consiste en que el sujeto despliega su actividad positiva, la cual toma el carácter de omisión debido a no haberse dado cumplimiento a una de las condiciones del acto por realizar.

VIDAL: Los delitos de omisión según este penalista consisten en la abstención del agente, en la omisión por parte suya de cumplir un acto positivo que la ley ordena hacer. En consecuencia, su punto de partida es el mandato legal. Los divide como sigue:

DELITOS
DE
OMISION

El delito de omisión no existe mientras no haya incumplimiento, inejecución de una orden positiva de la ley.

DELITOS
DE COMI-
SION POR
OMISION

Este delito no implica una orden de castigo para la omisión; él se produce como el delito de comisión positivo, por la violación de un deber legal de abstención.

3.º TEORIA INTEGRAL: Ha sido enunciada por Isaías Sánchez Tejerina.

El objeto de esta doctrina, según su autor, es reunir las omisiones punibles en grupos que sirvan de base para señalar distintas medidas, tanto represivas como preventivas, de modo

que las legislaciones penales, a través de las características que diferencian cada uno de estos grupos, puedan determinar en forma precisa la pena que merecen y la temibilidad que indican.

Sánchez Tejerina se ha colocado en un punto de vista esencialmente práctico, que permite adelantar una solución muy aceptable del problema de las omisiones.

Ha dividido estos delitos en tres grupos:

- 1.º — Simple omisión.
- 2.º — Comisión por omisión.
- 3.º — Omisión espiritual.

Estos tres grupos tienen características fundamentalmente diversas uno de otro; en cada uno de ellos hay comprendidos delitos que pueden dar origen a una subdivisión, pero debido a que su esencia no se altera, no se han considerado antecedente suficiente para dividir los grupos, sino que se estiman como casos particulares.

La división tripartita de las omisiones punibles está orientada a obtener una mejor defensa social de esta clase de delitos que, amenazando continuamente los intereses vitales del individuo, le impiden prestar libremente su ayuda al progreso de la colectividad.

El delito, resultante desgraciada del conglomerado social, lleva en sí las particularidades de cada época. Se transforma perfeccionándose y, lejos de desaparecer con el mayor grado de cultura que adquieren los pueblos, sigue al hombre en todas las formas del progreso igual como le acompañó en los tiempos de barbarie.

Los delitos de antaño tenían un sello de crueldad primitiva que hoy ya ha desaparecido; pero en el delito actual se manifiesta el mismo egoísmo de ayer, la misma antisociabilidad y falta de altruísmo que ha generado los delitos de todas las edades.

La delincuencia, contrariamente a lo que muchos autores opinan, va aumentando la variedad infinita de sus formas y, día a día, encontramos nuevas clases de delitos creados por la misma civilización y ayudados por sus poderosos medios.

Sin duda que el homicida de arma blanca y el salteador de casa de campo va desapareciendo, pero surgen en cada actividad nuevos tipos de delinquentes que amenazan, como aquellos, la vida, intereses y tranquilidad de los ciudadanos.

El delito se transforma y continúa cercenando vidas y corrompiendo las costumbres, como una manifestación fatal de la naturaleza humana, que nada ni nadie ha podido exterminar.

El egoísmo, pasión ruin que tantos males ha ocasionado a la humanidad, tiene como medio la abstención, forma disimulada que le permite conseguir sus fines, con mayor éxito que si empleara medios positivos y terminantes.

Son numerosos los casos de delitos por omisión que vemos en la vida diaria. Pero como la ley anticuada y retrógrada que rige nuestra justicia penal no comprende pena para castigarlos, porque cuando se dictó no existían estas formas de delito (mal se podía castigar en el año 1874 al chauffeur que por falta de prudencia o impericia ocasionaba un accidente), nuestras vidas e intereses se encuentran a merced de la buena fé de los demás, de la cual muchas veces se hace abstracción.

Este aspecto de la delincuencia ha pasado desapercibido a los legisladores, a pesar de que indica una temibilidad tanto o mayor que los delitos de acción.


Es una necesidad largamente sentida el introducir en nuestra legislación penal, como delitos específicos, muchas omisiones que hoy día escapan a la acción de la justicia y que, evidentemente deben ser castigadas.

Las nuevas tendencias del derecho penal, inspiradas principalmente en las doctrinas de la defensa social y del estado peligroso, inducen a que se considere esta clase de delitos en igual forma que los que son resultado de un acto positivo del agente, ya que los daños que causan a la sociedad unos y otros son idénticos y contra los cuales hay que ejercer medidas de prevención y castigo que contrarresten su peligrosa acción.

Desde el punto de vista en que se ha colocado Sánchez Tejerina, podemos considerar las omisiones punibles en toda su extensión, tanto en lo que se refiere a sus variadas formas, como a la importancia que revisten dentro del orden social.

Al considerar este trabajo debe tenerse presente que el problema de las omisiones se desarrollará de acuerdo con la Teoría Integral, enunciada por el autor mencionado, por cuanto ella presenta las últimas especulaciones científicas sobre la materia.

En consecuencia, pasaremos a desarrollar los tres grupos de omisiones que comprende la Teoría Integral.



DELITOS DE SIMPLE OMISION

Estos delitos tienen su origen en un precepto imperativo de la ley penal.

Su importancia científica es relativa; están reconocidos por todas las legislaciones y, aparte del estudio a que se pueden prestar por su trascendencia criminosa en la sociedad, no presentan mayores particularidades como omisiones delictuosas.

Para algunos autores, constituyen esta clase de delitos las omisiones que entran en la categoría de contravenciones (Von Liszt: contravenciones de policía); pero, surge la pregunta, ¿qué hechos son los que se estiman contravenciones?

Generalmente, se les ha dado este nombre a las infracciones no intencionales, o intencionales de importancia mínima, que en muchos casos son hechos más bien indiferentes; pero que se les castiga con el fin de proveer al mayor orden y seguridad social.

Algunos autores dicen que no hay motivo alguno para distinguir la contravención de los demás delitos, pues, en ellos se reúnen todos los elementos del acto delictuoso; de modo que podría decirse que es una miniatura de delito, un acto que revela poco peligro y cuya diferencia con el delito, en general, es meramente cuantitativa.

Sin embargo, hay otros que aseguran que mientras el delito destruye o menoscaba los bienes jurídicamente protegidos, la contravención sólo desobedece a la norma y los bienes jurídicos no son efectivamente lesionados, sino sólo puestos en peligro. En consecuencia, hay diferencias esenciales, ya que el primero de éstos ocasiona efectivamente un daño y el segundo consiste en la posibilidad de que se produzca.

Ejemplo de una contravención de policía sería el hecho de cargar armas sin permiso de la autoridad competente; este hecho no es delictuoso, pero, sí, peligroso. Un individuo pue-

de llevar consigo armas, explosivos, instrumentos contundentes, etc., pero si con ello no lesiona nuestros intereses, no habría razón para que la ley castigara este hecho; sin embargo encierra un peligro y para prevenirnos de él es necesario que se controle el uso de estos elementos y se conceda sólo a determinadas personas quienes darán suficientes garantías de que no les darán un uso indebido.

Las contravenciones, ya sean consideradas iguales al delito o no, tienen cabida dentro del concepto de las omisiones simples; pero, no podemos aceptar su exclusividad, pues son numerosas las disposiciones de la ley que ordenan ejecutar determinado acto, de cuya abstención puede resultar algún mal grave y trascendente que no sería posible de calificar de contravención, en su acepción particular.

Hay consignados en nuestro Código Penal numerosos delitos de simple omisión; a manera de ejemplo citaremos los siguientes:

Art. 224, N.º 4.—Fija la pena que se aplicará a los miembros de la administración de justicia “cuando maliciosamente omitan decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada, pudiendo hacerlo”.

Art. 253.—“El empleado del orden civil o militar que requerido por la autoridad competente no prestare en el ejercicio de su ministerio la debida cooperación para la administración de justicia un otro servicio público, será penado, etc., etc.”.

Entre las leyes especiales tenemos la de elecciones que castiga la omisión del ejercicio de los deberes del ciudadano.

Las omisiones más conocidas son aquellas, que se refieren al incumplimiento de sus obligaciones por los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus cargos.

Podemos reducir a dos las características de los delitos de simple omisión:

1.º *Precepto legal imperativo*; orden o mandato de la ley penal. En efecto, en determinados casos la ley impone a los ciudadanos la obligación legal de hacer ciertos actos necesarios ó útiles al interés general, ante los cuales es necesario sacrificar su deseo y su derecho de permanecer indiferente o in-

activos; la infracción consiste en esta indiferencia y esta abstención excepcionalmente prohibida, en la irrealización de un hecho mandado por la ley. (Vidal).

2.º *El delito radica en la omisión misma*, es decir, no se castiga por sus consecuencias ni resultado, sino que en sí constituye un acto delictuoso.

Aparte de las circunstancias propias que acabamos de mencionar, los delitos de simple omisión presentan los mismos caracteres de los delitos de comisión por omisión que pasaremos a estudiar en seguida.

Reiteramos que dentro de la doctrina de la defensa social su importancia es escasa, debido a su temibilidad mínima y a que se refieren especialmente a la actuación de los funcionarios de la administración pública.

Como en su estudio no se presentan problemas de interés, los penalistas les han dedicado solamente unos cuantos conceptos uniformes en todos los tratados de derecho penal, ya que no presentan ni inspiran grandes comentarios: por este mismo motivo la bibliografía es escasa y sin variación.

Algunos autores han considerado los delitos de omisión simple, sólo como faltas. Dalloz dice: "omisión es faltar a una cosa de deber o de uso; en general tiene el carácter de una falta. Desde el punto de vista de la responsabilidad debe ser considerada con menos severidad que la que deriva de un hecho positivo, a menos que sea tachada de fraude. El fraude no se presume jamás, en consecuencia, la omisión debe ser reputada siempre de buena fé, salvo prueba en contrario".

Estos conceptos se prestan a muchas consideraciones de importancia, pero como parecen abarcar el aspecto civil de las omisiones, los dejaremos de mano para pasar a tratar el segundo grupo de las omisiones punibles.



DELITOS DE COMISION POR OMISION

El término comisión por omisión representa genuinamente el concepto de esta clase de delitos; los analizaremos brevemente:

Comisión es la voz sinónima de acción, en su sentido específico. (Ya dijimos que al emplear la palabra acto o acción le dábamos su carácter genérico, comprensivo de los conceptos acción y omisión, positivo y negativo). Específicamente el término comisión comprende la idea de un resultado o efecto, pues como dice Von Liszt "cometer es causar voluntariamente un resultado", en consecuencia, comprende el resultado positivo originado por determinada actividad. Ahora, cuando esta actividad es negativa (omisión) tenemos comisión por omisión, es decir, un delito cometido por haberse omitido tal o cual circunstancia.

La técnica ha sido muy acertada y nos da un concepto claro de este nuevo aspecto de las omisiones punibles.

Estos delitos han sido estudiados principalmente en cuanto representan un atentado contra la vida o seguridad personal y juegan un rol de gran importancia dentro de la doctrina de la defensa social.

CONCEPTO: El delito de comisión por omisión se verifica cuando siendo posible por medio de un acto positivo, impedir un resultado dañoso, el obligado a realizar este acto se abstiene de hacerlo. La manifestación de la voluntad consiste en la no realización voluntaria de un movimiento corporal que debió realizarse.

La voluntariedad puede tener diferentes aspectos: más o menos directa, más o menos maliciosa, lo cual da origen a una serie de delitos que pueden recorrer toda la escala de la responsabilidad penal.

Podemos distinguir dos grupos, en relación con las acciones:

1.º *Graves, equivalentes de la acción.* En esta clase de delitos el agente tiene el propósito de cometerlos, pero no queriendo, por cualquier razón, ejecutarlos por medios positivos, aprovecha una oportunidad favorable a sus intenciones en que accidentalmente se encuentra colocada la víctima, para perpetrar el delito sin movimientos corporales.

Ejemplo: Una madre, para ocultar su deshonra quiere hacer desaparecer el fruto de sus amores; no podría, o por lo menos repugna a su conciencia dar muerte al infante por cualquier medio directo: como ser suministrándole una dosis de veneno o infiriéndole heridas o golpes mortales. Entonces, acude al medio más fácil y menos controlable: le priva de alimentos y el niño en breves días muere de inanición. Este delito puede escapar fácilmente a la acción de la justicia, por cuanto, sobre todo en determinados medios sociales no se acostumbra averiguar la causa de la muerte de niños ni adultos (hacemos abstracción del certificado médico exigido por las oficinas de Registro Civil) y en el caso citado a nadie se le ocurrirá que la criatura ha dejado de existir por que su madre le ha privado de alimentos.

El infanticidio, o parricidio en su caso, se ha ejecutado por medios negativos, con resultados equivalentes a la acción.

2.º *Menos graves, no equivalentes de la acción.* Aquí el agente no tiene propósito alguno de cometer el delito; pero circunstancias accidentales lo colocan frente a la consumación de un hecho luctuoso, ante un daño inminente, que sin peligro para su vida o intereses podría atenuar o evitar. Sin embargo, se queda indiferente y el hecho se verifica con sus perniciosos resultados.

Ejemplo: una persona está en peligro de perecer quemada en un incendio; para salvarla sería suficiente afirmar una escala contra el muro de la casa, tenderle una cuerda, colocar una malla para que se arroje, en último término, bastaría con tenderle la mano. Pero el testigo del siniestro se abstiene intencionalmente de prestar socorro a la víctima; como consecuencia, ésta perece o sufre heridas de gravedad.

En este caso, a priori, el resultado no fué querido ni provocado por el testigo; pero sí previsto y aún querido cuando las circunstancias del hecho lo indicaban en forma precisa si no se acudía a prestar socorro a la víctima. El resultado fué representado con toda claridad en la mente del sujeto y él, conscientemente, esperó su consumación.

La diferencia entre los dos casos que acabamos de mencionar está entre *causar un mal y no impedirlo*. Algunos penalistas estiman que esta diferencia se borra desde el momento en que la ley declara antijurídicas ambas cosas; el no impedir un mal viene a ser lo mismo que ocasionarlo y, así, el que no impide la muerte de una persona viene a producirla y a ser, por lo tanto, autor de un delito de comisión.

Merkel no acepta este criterio por ilógico.

Nosotros, como ya dijimos anteriormente, estimamos que hay que atender al resultado principalmente y no a los medios empleados para obtenerlo; qué importa que un individuo haya muerto porque se le empujó a un abismo, o porque el que le vió caer accidentalmente no quiso *intencionadamente* salvarlo, cuando el resultado fué que se perdió una vida?

Los principios individualistas de nuestro derecho no aceptan esta idea y, es así como no encontramos en nuestra legislación penal disposición alguna que castigue al espectador de un accidente que se abstiene maliciosamente de evitarlo.

VIDAL dice que para acreditar la existencia de un delito de comisión por omisión es necesario, ante todo, suponer existente y probada la intención criminal de ocasionarlo, prueba que será rendida con mucha dificultad, ya que, ordinariamente, la abstención no es más que el signo de una negligencia o descuido. Solucionada esta dificultad hace una nueva objeción y es la de que la ley penal no castiga el simple pensamiento por más criminal que éste sea y no se ha manifestado exteriormente por un acto material causante del delito; y la omisión no es la causa única ni directa de que se produzca. Agrega que el homicidio se puede ejecutar empleando los mismos medios, tanto por omisión como por comisión, con la única diferencia del elemento intencional.

No aceptamos dentro de las ideas de este trabajo los conceptos del gran penalista francés.

En las hipótesis que hemos citado, sobre todo en la primera equivalente de la acción, el elemento intencional está manifestado claramente, no necesita ser probado. Una madre no deja de alimentar a su hijo por descuido o negligencia: es infantil suponer lo contrario.

En el segundo caso el testigo del accidente, al imputarse su resultado alegaría que se abstuvo de obrar por negligencia o descuido, lo cual sería de su cargo probar.

Resumiendo diremos que el resultado en los dos grupos de delitos de comisión por omisión que acabamos de considerar es idéntico. La diferencia está en el momento en que se presenta el elemento intencional.

En el primer caso la gestación del delito se desarrolla lo mismo que en los delitos de acción; en el segundo la intención aparece cuando circunstancias extrañas al agente lo han colocado en situación de impedir o atenuar un mal, lo que voluntariamente se abstiene de hacer. La intención apareció a posteriori.

Desde el punto de vista del resultado, la importancia de esta división es meramente teórica; en cuanto a la intencionalidad, es de gran utilidad práctica.

.....

LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION DESDE EL PUNTO DE VISTA DE NUESTRA LEY PENAL

Los comentaristas de nuestro Código Penal no se han detenido a explicar el concepto de las omisiones establecido en su art. 1.º; se ha creído que la idea está clara y que no se puede prestar a dudas, además de la circunstancia de que las omisiones forman la excepción dentro de los delitos en general.

Citaremos algunos arts. que señalan delitos de comisión por omisión.

ART. 448.º.—El que hallándose una especie mueble, al parecer perdida cuyo valor exceda de diez pesos, no la entregare a la autoridad o a su dueño, siempre que le conste quien sea éste por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, será considerado reo de hurto y castigado, etc., etc.

Caso típico de hurto cometido por omisión. Los fundamentos legales de este precepto, son los mismos del hurto cometido por acción.

Como vemos, aquí no se castiga la omisión misma como ocurre en los delitos de simple omisión, en que ésta es la constitutiva de delito, sino que se castiga el delito específico hurto, cuya forma de cometerse fué la inactividad del agente que contravino el precepto legal.

Entre las faltas encontramos varios casos:

ART. 494, N.º 9.—Sufrirán la pena, etc. "el facultativo que notando en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito grave, no diere parte a la autoridad oportunamente".

Como vemos, por omisión de la denuncia puede quedar impune algún monstruoso crimen. La ley estima que el facultativo en cuestión ha cometido una falta, pero si nos detenemos a pensar en las consecuencias que omisiones de esta naturaleza

pueden acarrear dentro de nuestra vida diaria, llegaremos a la conclusión de que no pueden considerarse faltas, sino deben ser penadas como delitos, atendiendo a las circunstancias que rodean el hecho.

Sería muy interesante saber qué responsabilidad le cabe al agente de este delito; por supuesto que el art. 17 de nuestra ley no tiene aplicación aquí pero, sin más comentarios, no podría ser éste un caso de encubrimiento?

El N.º 11 del art. anteriormente citado dispone: "Los mismos individuos expresados en el número anterior (médico cirujano, farmacéutico, etc.), que no prestaren los servicios de su profesión durante el turno que les señale la autoridad administrativa". El lugar donde se ha colocado esta disposición, las frases mismas y la pena que se le aplica, indican claramente que a esta omisión no se le ha reconocido su gran importancia social.

Si un cirujano se niega a practicar una operación que se le solicita y el enfermo muere a consecuencia de no habersele operado, ¿quién es el responsable de esta muerte? Sin duda que tampoco podemos incluir este caso en el art. 15 de nuestro Código, pero nuestra conciencia y la del facultativo en su caso, estarán convencidas de que el verdadero culpable de este deceso es aquél que no quiso poner de su parte lo que sabía para evitarlo.

No conozco ni creo que exista en Chile el caso de haber castigado a un facultativo por no haber practicado a tiempo una operación o un tratamiento, de cuya omisión resultó la muerte de una persona. Y, cada uno de nosotros, cuántos casos podrá citar que nos han afectado muy de cerca...

Nuestra ley, benévolutamente, considera falta esta hipótesis, con el agregado que debió ocurrir la omisión durante el turno que la autoridad administrativa señala a los profesionales, como si la vida y bienestar de los miembros de una colectividad estuvieran a merced de prácticas convencionales, creadas exclusivamente con fines de comodidad, que restan al postulado de una profesión todo el mérito de sus elevados fines.

N.º 12 del mismo art. "El médico, cirujano, farmacéutico, matrona o cualquiera otro que llamado en clase de perito o

testigo se negare a practicar una operación propia de su profesión, o a prestar una declaración requerida por la autoridad judicial, en los casos y en la forma que determina el Código de Procedimiento y sin perjuicio de los apremios legales" (pena de falta).

No hay duda que la situación de estas personas es privilegiada; se sabe que tienen conocimiento de un hecho delictuoso, se les llama a declarar, se niegan a hacerlo y se les castiga con multa de diez a cien pesos... Estos mismos individuos se niegan a hacer una operación que están en condiciones de practicar, de cuya omisión pueden resultar males incalculables, y se les castiga con la misma pena infima. Respecto de la declaración se podría argumentar que aquí predomina la idea del "secreto profesional", pero, este concepto individualista no puede tener cabida dentro de las modernas doctrinas del derecho penal, inspiradas en los más altos principios de solidaridad social y bienestar de la colectividad.

Además de las disposiciones anteriormente enumeradas, citaremos el art. 496, Núms. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 17, y 22 que se refieren a cuestiones de policía urbana.

Un caso que de la forma externa del precepto no se deduce, pero que en realidad es un caso de delito de comisión por omisión, es el determinado por el art. 497: "El dueño de ganado que entrare en heredad ajena y causare daños, será castigado con multa por cada cabeza de ganado, etc., etc."

Aquí el dueño del ganado ha omitido los medios tendientes a evitar que éste se introduzca en propiedades ajenas, debido a lo cual se le hace responsable de los daños.

Como vemos, en nuestro código, hay considerados muy pocos casos de delitos de comisión por omisión, a pesar de que en la vida diaria éstos se presentan muy seguidamente, en forma que se hace necesario que muchos de ellos sean considerados como delitos específicos en la legislación penal, principalmente aquéllos que suponen un atentado contra la vida o salud de los ciudadanos.

.....

LA DOCTRINA DEL ESTADO PELIGROSO Y SU RELACION CON LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION

El clasicismo penal del siglo XIX, a pesar de haber llegado a una perfección y técnica admirables, tuvo errores cuyos efectos hasta hoy se dejan sentir. Uno de ellos fué el de limitarse únicamente a la consideración y estudio del hecho delictuoso, sin dar importancia al sujeto del delito como individuo, como autor del acto ilegal, en el conjunto de condiciones psíquicas y fisiológicas determinantes de su actitud.

En efecto, todo el Derecho Penal clásico construyó sus doctrinas y principios sobre la base del acto delictuoso y dejó pasar desapercibido al hombre delincuente. Pronto se dejaron notar las consecuencias desgraciadas de este error: la criminalidad aumentaba día a día a pesar de las leyes severas y de los sistemas carcelarios drásticos. Se hacía necesaria una nueva orientación de los conceptos, principalmente hacia la consideración de los sujetos del delito antes que del delito mismo.

Aparece entonces la Antropología, ciencia que desde sus albores señaló nuevos rumbos al Derecho Penal.

Primeramente Röder con su teoría correccional, después Ferri afirmando que "no hay delitos, sino delincuentes" y por último Garófalo, dando carácter definitivo a esta orientación con la fórmula del "estado peligroso", establecieron que la pena no debe aplicarse en cuanto a la gravedad del hecho, sino en razón de la temibilidad del delincuente. Esta nueva doctrina fué un golpe de muerte para los arcaicos conceptos de imputabilidad y libre albedrío, pilares de la ciencia penal clásica.

Desde este punto de vista, el delito ha sido considerado como la manifestación de un estado morboso, antijurídico del hombre, el cual se considera un elemento temible que amenaza a la colectividad, no sólo desde el momento en que ha trasgredido la norma jurídica, sino desde que sus antecedentes se-

ñalan la posibilidad de que pueda cometer la infracción. Indudablemente, el peligro se manifiesta por el hecho luctuoso cometido, pero el estado peligroso se deja ver también antes del crimen, sobre todo en individuos anormales o que por su mala conducta o determinadas reacciones demuestran inclinación al delito.

La doctrina del estado peligroso aplicada a los delitos de omisión, debe ser considerada desde un punto de vista subjetivo, amplio y sin limitaciones. Sin embargo, como esta noción también debe tener aplicación práctica, la hipótesis de omisiones punibles deben reducirse al campo circunscrito por "el deber jurídico de obrar", entendiéndose por esto la obligación que tiene el individuo de realizar ciertos actos, en determinadas circunstancias, con el objeto de evitar una situación contraria al derecho.

Sánchez Tejerina, estima que la doctrina del estado peligroso no tiene feliz aplicación en las omisiones punibles, pues, en esta clase de delitos lo que hay en realidad es un estado de perversión dañosa a la sociedad.

Nosotros creemos que el estado de perversión es una forma del estado peligroso que tiene diferentes aspectos, ya lo consideremos en los delitos de comisión por omisión grave, o en aquéllos menos graves, no equivalentes de la acción.

Nos referiremos al ejemplo citado en caso de comisión por omisión grave: esta madre desnaturalizada nos parece tan peligrosa como la que provoca la muerte de su hijo por medios directos. La diferencia entre una y otra es circunstancial y se refiere únicamente a los medios de que se valieron una y otra para ejecutar un mismo crimen.

En los delitos menos graves, ya aparece una diferencia cualitativa, pues, no hay duda de que es más peligroso el individuo que se provee de los medios necesarios para cometer un delito, que aquél que, por las circunstancias deja que se lleve a efecto.

Como último comentario a la doctrina del estado peligroso, podemos decir que la legislación penal actual no se inspira en su criterio humanitario y científico, sino que, desde sus principios individualistas ejerce con todo rigor y sin considerar

las numerosas circunstancias de que está rodeado cada delito, el discutible derecho de castigar que la sociedad se ha abrogado.

Los penalistas modernos, en su totalidad, defienden la doctrina del estado peligroso. Hay también algunos códigos recientes como el noruego, suizo y alemán, que contienen disposiciones inspiradas en esta materia.

En nuestro país, no tiene ninguna aplicación práctica en los delitos de acción, mucho menos en los de omisión. Para convencerse no hay más que estudiar la escala penal y dar una ligera mirada al interior de las cárceles...

CARACTERISTICAS DEL DELITO DE COMISION POR OMISION

Este delito tiene su fundamento en una prohibición de la ley. Toda vez que exista un hecho que contravenga a un precepto prohibitivo de la ley penal, como consecuencia de la voluntad de abstenerse criminalmente, tendremos un delito de esta clase.

Respecto a la imputabilidad, rigen las condiciones generales de los demás hechos delictuosos, las mismas de los delitos por acción. Igual que en éstos se trata de saber únicamente si el delito es el resultado de la voluntad de su autor y de su conducta opuesta a su deber jurídico de obrar.

En cuanto a la penalidad, el delito de comisión por omisión no podrá ser castigado en todos los casos, sino cuando indique una negligencia inexcusable, ante un peligro o daño grave, revelando la voluntad delictuosa del sujeto.

Como puede verse, desde el punto de vista de la ciencia penal, estos delitos no presentan grandes particularidades, contrariamente a su gran trascendencia dentro de la sociedad.

DELITOS DE OMISION ESPIRITUAL

Al hacer la división de las omisiones punibles, y determinar el grupo de las omisiones espirituales, dijimos que su característica era la culpa; no entraremos a considerar este elemento, por cuanto su estudio da origen a un grave problema filosófico, que no estamos en condiciones de dilucidar.

Consideraremos los tres aspectos diferentes que presentan estos delitos: impericia, imprevisión e imprudencia.

1.º IMPERICIA: Falta de aptitud para la realización de ciertos actos relacionados con un arte, profesión y oficio.

En estos delitos el agente omite la preparación necesaria para ejecutar un hecho que siendo lícito y aún indispensable, resulta dañoso para la colectividad al ser ejecutado por individuos inexpertos.

Ejemplo: Un hombre, sin ser técnico, se ocupa en un cinematógrafo para manejar la máquina de proyecciones; por un mal manejo se inflama el celuloide y se origina un incendio, con las desgraciadas consecuencias que es de suponer. Como caso efectivo recordaremos el desgraciado accidente del Teatro Dante del puerto de Talcahuano, en el cual murieron varios niños al tratar de escapar cuando vieron ardiendo la caseta de la máquina; aquí no hubo incendio, sino un ligero amago, y, sin embargo, perecieron ocho o diez niños de corta edad.

Es necesario que la ley haga responsable a estos individuos ineptos de los daños incalculables que originan; no es posible que sea irresponsables de los perniciosos resultados de sus actos, cuando producen conscientemente un mal, ya que su impericia les da la seguridad de que cumplirán mal sus obligaciones.

2.º IMPREVISION: No tomar las medidas necesarias para evitar un posible mal.

Como ejemplo histórico recordaremos el desgraciado accidente del Túnel Las Raíces, que durante más de 42 horas tuvo consternado a todo el país. Los obreros que después de estar sepultados entre las montañas escaparon milagrosamente de una muerte cierta, podrían disertar mejor que yo sobre las trágicas consecuencias que puede ocasionar la imprevisión de un individuo.

La mayoría de los accidentes del trabajo y de las grandes catástrofes de las empresas explotadoras o industriales, son debidas a la imprevisión de los dirigentes y patronos.

Este caso de omisión espiritual es tan temible y tan repetido como el ocasionado por impericia.

3.º IMPRUDENCIA: Son innumerables los perjuicios que ocasiona este aspecto de las omisiones espirituales, ya que, por lo general, se falta a la diligencia y probidad que todo hombre, como factor social, debe tener siempre en ejercicio.

Nos referiremos a un grupo de delitos que presenta mayor gravedad: la transmisión de enfermedades infecciosas.

Las formas más comunes de contagio son el contacto intersexual y nutricio.

Detengámonos en el caso de la nodriza: una mujer lúética, está en condiciones de alimentar un niño y, como no tiene otra forma de ganarse la vida, va y se emplea de nodriza, importándole, poco que se transmita a la criatura que va alimentar el mal que ella sufre. Los padres imprevisores no se preocuparon de hacer analizar la sangre ni la leche de esta mujer y han entregado la vida de su hijo, sin mayores precauciones, al riesgo más grande que puede correr la salud de un infante.

Al poco o mucho tiempo, cuando aparezcan los síntomas del mal, con seguridad no se va a recordar a la mujer que con una aparente buena fé alimentó al niño en los primeros meses de su existencia...

El delito de contagio nutricio e intersexual, ha hecho más daño a la humanidad que cualquier epidemia mortal.




Y, sin embargo, aún no se eleva a la categoría de delito este hecho que, considerado desde el punto de vista de todas las escuelas penales, presenta las características de un acto esencialmente delictuoso.

No se comprende cómo la ley pena al individuo que infiere a otro una herida en un brazo de la cual sana en quince días, y deja impune al que conociendo su contagioso mal le transmite dañando con ello, a veces para siempre, la salud de un sujeto sano.

Con estos ejemplos hemos puesto en evidencia, en breves términos, los tres grupos de omisión espiritual.





CONCLUSIONES

La legislación ha dado una importancia mínima a los delitos de omisión: casi todos los códigos los contemplan, pero sólo en disposiciones dispersas, catalogadas de faltas y a las que los comentaristas no consideran en sus obras.

El más novedoso estudio sobre la materia, la obra de Sánchez Tejerina titulada Teoría de los Delitos de Omisión, no pasa de ser una interesante monografía a la cual se refieren los penalistas modernos en términos elogiosos, pero sin hacer sobre ella comentarios científicos de interés.

La importancia de este aspecto del acto delictuoso es enorme y trascendental, más no parece haber sido estimada así por tratadistas y legisladores; se hace necesaria entonces una reacción tanto en la ley escrita como en la ciencia penal, tendiente a reconocer a esta especie de delitos su interés social y valor jurídico.

Se presenta aquí una bella oportunidad para desarrollar las doctrinas modernas de defensa social y estado peligroso consultando medidas preventivas, represivas y aseguradoras del orden jurídico establecido y protegiendo a los criminales de las fuerzas extrañas que lo inducen a su desgraciado obrar.

Descendamos del campo de la abstracción y estudiemos en la realidad presente las omisiones punibles que como un mal corrosivo extinguen vidas y lesionan intereses, a pesar de todas las doctrinas y filosofías.

Antes de terminar, hacemos presente nuestro deseo de que cuando se lleve a efecto la tan necesitada reforma de nuestra legislación penal, se tome debida cuenta de este aspecto del acto delictuoso, que tanto más daño causa cuanto más desapercibido pasa a la ley.

UNIVERSIDAD DE CHILE



3560 1008493474