

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

**EL DELITO DE COMISION POR OMISION EN EL
CODIGO DE TIPO LATINOAMERICANO**

T E S I S

Que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a

MA. LUISA PACHECO CORTES

MEXICO, D. F.

1 9 6 9

2 3 5



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

SUMARIO

CAPITULO I

EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO EN GENERAL

- 1.—Generalidades.
- 2.—Denominación apropiada.
- 3.—El comportamiento.
- 4.—Elementos del comportamiento.
- 5.—El hecho.
- 6.—Formas del comportamiento.
- 7.—Clasificación del delito en orden a la conducta.
- 8.—Ausencia del comportamiento.

CAPITULO II

LA COMISION POR OMISION

- 1.—De la omisión en general.
- 2.—Elementos de la omisión.
- 3.—Comisión por omisión.
- 4.—Distinción entre la comisión por omisión y la simple omisión.
- 5.—Relación de causalidad en los delitos de comisión por omisión.
- 6.—Los aspectos negativos del delito de comisión por omisión.
- 7.—La culpa y la preterintención en los delitos de comisión por omisión.
- 8.—Lugar y tiempo de realización del delito de comisión por omisión.
- 9.—Duración del delito de comisión por omisión.

CAPITULO III

CODIGO PENAL TIPO LATINOAMERICANO

- 1.—Ponencias y discusiones sobre el hecho punible.
- 2.—Opinión nuestra.
- 3.—Fórmulas aprobadas por los delegados sobre el hecho punible.
- 4.—Fórmulas propuestas.

CAPITULO I

EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO EN GENERAL

S U M A R I O :

- 1.—Generalidades.**
- 2.—Denominación apropiada.**
- 3.—El comportamiento.**
- 4.—Elementos del comportamiento.**
- 5.—El hecho.**
- 6.—Formas del comportamiento.**
- 7.—Clasificación del delito en orden a la conducta.**
- 8.—Ausencia del comportamiento.**

CAPITULO I

EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO EN GENERAL

1.—GENERALIDADES.

Dado el tema que se estudia en el presente trabajo, creemos conveniente efectuar un estudio más amplio del elemento objetivo, pues como es sabido nunca se podrá formar el ilícito penal por un simple fenómeno psíquico, trátase de un pensamiento, deseo o propósito, puesto que el delito es un hecho, un suceso, un acto que se realiza en el mundo exterior. Es indudable que en todo delito se encuentra el elemento físico material que es producido por la acción humana.

2.—DENOMINACION APROPIADA.

Para designar el elemento objetivo del delito, existe una variedad terminológica; se usan los vocablos: acción, acto, comportamiento, conducta y hecho.

Ahora bien, si el elemento objetivo comprende tanto los hechos como las omisiones, lo correcto es emplear un vocablo adecuado donde se pueda encuadrar tanto el obrar como el abstenerse.

Jiménez de Azúa, explica que usa la palabra acto, en una amplia acepción comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión. (1) Antolisei, le llama acción a los que comprende tanto los actos voluntarios como los involuntarios, y no

sólo el movimiento corporal, sino también a la omisión del mismo, es decir, tanto el hecho positivo como el negativo, "ya que acción implica una relación íntima de conexión entre el hecho exterior y la personalidad del sujeto". (2)

Hay otros tratadistas que utilizan el término conducta, como Castellanos Tena, argumentando que en dicho vocablo se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo. (3) Podríamos aceptar la terminología conducta, ya que tanto el hacer de las acciones como las abstenciones, son manifestaciones, del hombre en sentido positivo o negativo que se efectúa en el mundo de la naturaleza; sin embargo, existen delitos en los que se requiere de un resultado material y otros que se configuran con el sólo hacer o la mera abstención; y es por esto, que algunos autores prefieren usar una terminología más variada, como lo hace Porte Petit, denominado el elemento objetivo, con dos vocablos: conducta o hecho, según sea necesario para el caso concreto. "No es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo constituye una conducta o un hecho humano. Y dentro de la prelación lógica, ocupan el primer lugar lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del delito. Consideramos que si el elemento objetivo del delito en general, puede estar constituido por una conducta, si se trata de un delito de mera conducta o de un hecho, si estamos frente a un delito material o de resultado, los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presente. Esto nos lleva forzosamente a precisar, que no puede en general adoptarse uno solo de dichos términos. Si se aceptara: conducta, sería reducido y no abarcaría los casos en que hubiera un resultado material, y si hecho, resultaría excesivo, porque comprendería, además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquélla". (4)

La opinión expresada anteriormente, es la que mayor aceptación ha tenido por los teóricos, puesto que se requiere en ocasiones de una acción o de una omisión y en otras también del surgimiento de un resultado material, enlazado al comportamiento

por el nexo de causa a efecto, lo cual constituye el hecho. Cuando el delito es de simple actividad o de mera omisión, estamos frente a una conducta, en cambio, aparece el hecho si el delito es de resultado material, de conformidad con la descripción que da la ley. Por tanto, puede definirse a la conducta como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. El hecho se configura mediante una conducta que puede ser positiva o negativa, un resultado material y un nexo de causa a efecto, capaz de reunir al comportamiento con el resultado.

La denominación de comportamiento, es la que aceptamos nosotros por considerar que dentro de ella se comprende el hacer y el omitir; nuestras razones para aceptar dicho término lo expresaremos al final de esta exposición.

3.—EL COMPORTAMIENTO.

Algunos autores tratan de establecer una diferencia entre la conducta y la omisión, diciéndonos, que la conducta es un fenómeno exterior, material y la omisión es un hecho psíquico moral. Por consiguiente, la omisión es la negación de los elementos que constituyen la acción, siendo ésta una forma anormal atípica del delito, ya que faltarían los elementos estructurales del ilícito penal. De acuerdo con Francesco Antolisei, la característica común que tienen, consiste en que tanto la una como la otra, son comportamiento humanos; la omisión al igual que la acción en sentido estricto es comportamiento exterior del hombre teniendo los dos elementos esenciales, uno interior o psíquico y el otro exterior o físico, pues tanto en el comportamiento como en la omisión, es necesario el factor psíquico que pueda dar al movimiento corporal un significado respecto del querer del autor, y el elemento físico es que exista una manifestación externa del comportamiento, en un hecho material.

Habiendo establecido en forma somera que no existe diferencia básica entre la conducta y la omisión, definiremos a la conducta como el comportamiento humano voluntario o no voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito. En consecuencia, el comportamiento contiene tanto el hacer como el abstener-

se, puesto que es el modo del querer del hombre, es manifestación en el mundo exterior mediante una transformación.

4.—ELEMENTOS DEL COMPORTAMIENTO.

El comportamiento contiene tres elementos:

- 1.—Una voluntad o no voluntad (culposo)
- 2.—Manifestación de la voluntad.
 - a) Actividad.
 - b) Inactividad.
- 3.—Un deber de obrar y de abstenerse.

No podemos llamar comportamiento, a un movimiento corporal de orden puramente fisiológico, ni a un movimiento que sólo sea el resultado de una violencia física ejercida sobre el sujeto; ni omisión, a la inejecución de un acto por imposibilidad absoluta. Para que podamos hablar de comportamiento, es necesario el factor psíquico que pueda dar al movimiento corporal un significativo respecto del querer del autor.

Al hablar nosotros del primer elemento del comportamiento, nos referimos a una voluntad, consistente en el querer del individuo manifestado por actividades o inactividades que reflejan su comportamiento.

Hay algunos actos que no son realizados por olvido, o sea aquellas acciones que el hombre deja de hacer sin darse cuenta de los efectos que dicha abstención podría traer. Pero en estos actos existe también un comportamiento que puede tener consecuencias jurídicas, mismas que sí entran en la esfera del control de la voluntad, puesto que con un esfuerzo conciente pueden ser dirigidos o impedidos; por consiguiente, no pueden considerarse extraños a la voluntad, ya que son actos en los que se demuestra que ésta última ha quedado inerte, reflejándose únicamente una deficiencia de la misma pero de cualquier forma atribuible a su autor, puesto que, tales actos reflejan también su comportamiento.

El segundo elemento consistente en la manifestación de la voluntad, no es más que el medio por el cual se da existencia al delito, a través de la actividad o inactividad. Hemos establecido que la acción dentro del derecho penal, no es cualquier modo de ser, actitud o comportamiento del hombre, sino solo aquel obrar que se caracteriza en un hecho que puede ser reconocido exteriormente en un hecho físico, es algo que se traduce al mundo de relación como acciones u omisiones. El primer caso precisa de una actividad, de un movimiento del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior. La inactividad de acuerdo con Antolisei la podemos definir como: "El movimiento del cuerpo inherente a la acción que se desarrolla en lugar de la actividad omitida. Dónde y cuando este hecho físico se verifica, allí y en aquel momento se sitúa el lugar y el tiempo de la omisión". (5)

Para ubicarnos en el deber jurídico de abstenerse, debemos observar que el hombre realiza comportamientos diariamente, los cuales están protegidos por el derecho, para que el hombre pueda vivir en sociedad. En los delitos de omisión hay un deber de actuar, puesto que si se deja de realizar determinado comportamiento, se cae dentro del ilícito penal. Por Petit dice: "Así como con relación a los delitos de omisión hay un deber jurídico de obrar, en la acción, hay un deber jurídico de abstenerse. Debemos recordar que el precepto puede ser prohibiendo u ordenando. En consecuencia, cuando se realiza una conducta o un hecho, según la descripción del tipo, se viola una norma de carácter prohibitivo". (6) En consecuencia, cuando se realiza una conducta o un hecho según la descripción del tipo, se viola una norma de carácter prohibitivo.

5.—EL HECHO.

Se compone de un comportamiento, un resultado y una relación de causalidad entre éste y aquélla. Ya se estableció con anticipación que en algunas ocasiones el tipo penal requiere para su integración de la producción de un resultado material, es decir, de un cambio en la naturaleza, y en estos casos estamos frente a un hecho. El comportamiento, que es uno de los elementos de constitución del hecho, ya lo definimos diciendo que es, la con-

ducta humana voluntaria o no voluntaria positiva o negativa encaminada a un propósito. Por ello, sólo nos referimos al resultado, y a la relación de causalidad.

El resultado, es una consecuencia del comportamiento humano que tiene como característica un cambio en la naturaleza. Francesco Antolisei, nos define el resultado diciéndonos: "Es el efecto natural de la acción relevante para el Derecho Penal". (7) Al decir nosotros que el resultado es un cambio en la naturaleza, no nos referimos sólo al cambio material, a la realidad física, sino también a la realidad psíquica o inmaterial, o sea, el conjunto de hechos psíquicos, a los fenómenos de la conciencia, Vgr. los sentimientos. Con lo anterior, aceptamos que no sólo nos referimos a aquellos tipos penales en los cuales el legislador exige un resultado precisamente de carácter material, sino también, a los tipos penales que se forman sin necesidad de un resultado material; basta con el resultado psíquico o inmaterial como sucede en las injurias. El resultado, es consecuencia del comportamiento por lo tanto, son dos conceptos distintos que están separados; la acción se acaba al cesar el movimiento del hombre; el resultado es una consecuencia y aún cuando hay una relación causal, con el comportamiento es diversa de ella, pues ocurre fuera de la acción del agente, en el mundo exterior del mismo.

Entre la conducta y el resultado, hay una relación de causalidad. No corresponde a este trabajo realizar un estudio de las diversas teorías de la causalidad; sólo apuntamos que hay dos corrientes, la generalizadora y la individualizadora. Dentro de la generalizadora apuntamos a la teoría de la equivalencia de las condiciones y dentro de la individualizadora tenemos: la de prevalencia, la de condición más eficaz, la de tipicidad condicionada, la de causalidad adecuada, etc. A este respecto Luis Jiménez de Asúa expresa: "El delito, es en primer término, un acto, mejor dicho, una conducta humana, que comprende, de una parte, la acción ejecutada (acción sensu estricto) y la acción esperada (omisión), y de otra, el resultado sobrevenido. Para que éste pueda ser incriminado, precisa existir un nexo causal de una relación de causalidad, entre el acto humano y el resultado producido". (8)

Existe la relación causal cuando no se puede suponer supri-

miendo el acto de voluntad humana, sin que deba dejar de producirse el resultado concreto; la relación de causalidad ha de ser sucitada en todo delito en la que la causación material del resultado puede estar sometida a controversia.

Nosotros consideramos correcta la teoría de la equivalencia de las condiciones, es decir, que todas las condiciones que intervienen para formar la causa del resultado son equivalentes, porque la ausencia de ellas, haría imposible el surgimiento del resultado; luego entonces, en torno a la producción de éste, todas tienen el mismo valor. En suma, podemos afirmar que para la existencia de la relación de la causalidad jurídicamente relevante, son precisos dos elementos: un positivo y un negativo; el negativo, consiste en que el resultado no se deba al concurso de factores excepcionales; el positivo en que el hombre haya dado vida con su acción a una condición del resultado o sea a un antecedente, sin el cual, no se habría verificado el resultado mismo; cuando existe una relación de dependencia entre la acción y el resultado, pero no se puede atribuir al hombre por algún factor excepcional, la relación entre uno y otro puede estimarse como ocasional y por lo consiguiente hablarse de una exclusión de la relación jurídica de causalidad.

6.—FORMAS DE COMPORTAMIENTO.

Ya hemos expresado, que el comportamiento puede manifestarse mediante acciones y omisiones; también ya dijimos que la acción es una actividad positiva, en tanto que la omisión una negativa. La comisión por omisión constituye el tema principal de este trabajo y por ello, dedicaremos un apartado especial a este punto. Como formas del comportamiento tenemos las siguientes: (9)

- | | | | |
|--------------------------------|--|---|--------------------------------------|
| 1.—Acción | {
a) Voluntad
b) Actividad
c) Deber jurídico de abstenerse | {
Concepción
Deliberación
Decisión
Ejecución
Resultado | {
Típico o atípico
y material. |
| 2.—Omisión simple | {
a) Voluntad o no voluntad (delitos de olvido)
b) Inactividad
c) Deber jurídico de obrar
Resultado típico. | | |
| 3.—Comisión por Omisión | {
a) Voluntad o no voluntad (delitos de olvido)
b) Inactividad Resultado típico o material
c) Deber jurídico de obrar y deber jurídico de abstenerse. | | |

7.—CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA.

A este respecto consideramos acertada la clasificación de Porte Petit. (10)

- a) De acción.
- b) De omisión.
- c) De comisión mediante acción.
- d) Mixtos de acción y omisión.
- e) Sin conducta de sospecha o de posición.
- f) De omisión de resultado.
- g) Doblemente omisivos.
- h) Unisubsistentes y plurisubsistentes.
- i) Habitual.

a) *De acción*, consistente en un movimiento corporal voluntario, o en un conjunto de movimientos corporales voluntarios.

b) *De omisión*, consistente en dejar de hacer lo que se tiene obligación de ejecutar. Aquí es donde encontramos la clasificación de delitos de simple omisión y de comisión por omisión.

c) *De omisión mediante acción*. Estos delitos no deben aceptarse, pues si la omisión consiste en una inactividad, no es admisible que al mismo tiempo una persona deje de hacer y haga; en todo caso, si el sujeto en lugar de la acción ordenada, realiza una distinta, lo que tiene relevancia para el derecho es la inercia en cuanto a lo ordenado, con independencia de que se realice alguna actividad diferente.

d) *Mixtos de acción y de omisión*, en estos casos el tipo penal requiere, para colmarse, de dos hipótesis, una de ellas consiste en una actividad y la otra en una omisión; tal ocurre por ejemplo, en el delito de contrabando que consiste en introducir o sacar mercancías y la omisión en dejar de cubrir los impuestos.

e) *Sin conducta de sospecha o de posición*. Se pretende denominar delitos sin conducta aquellos como el de vagancia y la mal vivencia, en donde el delito consiste en una simple situación, bajo

la cual se coloca el sujeto. Estamos en desacuerdo con tal denominación, porque si ya en otra parte hemos demostrado que el elemento objetivo es indispensable para la configuración del delito, llámese comportamiento o hecho, no podemos admitir un delito sin tener como base la actuación o la inactividad humana. En la vagancia hay un comportamiento también.

f) *De omisión de resultado*, consisten en que el sujeto no realice una conducta que según la ley debe producir determinados resultados. En realidad, se trata de los llamados delitos de omisión, pues lo que al Estado interesa es precisamente que no se verificó el resultado esperado.

g) *Doblemente omisivos*. Han sido denominados así, para indicar los casos en los cuales el comportamiento del hombre integra una doble abstención. En realidad, una de ellas es la relevante para el derecho, por lo tanto, también deseamos la existencia de tales delitos.

h) *Unisubsistentes y plurisubsistentes*. El delito es unisubsistente cuando la acción se agota en un solo acto; plurisubsistente cuando requiere para su existencia de varios actos. Pavón Vasconcelos dice: "El acto dispositivo en el abuso de confianza integra la acción por ser tal delito de acto único; en el homicidio se puede privar de la vida mediante varios actos, pero también con un solo acto. Si la acción se agota mediante un sólo movimiento corporal el delito es unisubsistente; si la acción permite su fraccionamiento en varios actos, el delito será plurisubsistente". (11)

No consideramos así la existencia de los delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, pues estimamos que el unisubsistente se forma por un sólo acto, mientras que el plurisubsistente de varios actos repetidos, sin que cada uno de los cuales constituyen una figura autónoma, como lo expresa Sebastián Soler. El delito plurisubsistente es el resultado de la unión de varios actos que por sí solos no son delito, bajo una sola figura que requiere de dicha pluralidad para constituir el delito; el complejo en cambio, esta compuesto por figuras jurídicas que constan de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva más grave de las comprendidas en forma aislada.

Hablamos aquí del delito complejo, para distinguirlo del plurisubsistente; éste es fusión de hechos; el delito complejo fusión de figuras delictivas, en consecuencia, para nosotros la plurisubsistencia radica en la ejecución de varias conductas similares y no de una que se pueda descomponer en actos distintos. (12)

i) *Habituales*, son los constituídos por diversos actos, cuya omisión aislada no se juzga delictuosa, Porte Petit dice: "Existe delito habitual cuando el elemento objetivo está formado por varios actos habituales de la misma especie y que no constituyen delito por sí mismos". (13)

8.—AUSENCIA DE COMPORTAMIENTO.

Ya hemos visto cómo cualquier factor capaz de eliminar algún elemento esencial del delito impide su configuración; si anteriormente hemos dicho que el soporte objetivo es indispensable para la integración del delito, evidentemente sin conducta no existirá el ilícito penal, trátase de los delitos de mera actividad o bien de los de resultados material, porque estos últimos, como ya lo hemos indicado, integran el hecho por una conducta, un resultado y una relación de causalidad; en conclusión, sin el comportamiento humano, hay imposibilidad de la integración de la figura delictiva.

También se ha insistido en que cualquier causa idónea para eliminar un elemento esencial del delito (con excepción de la antijuricidad, por ser de carácter formal) será eficaz, son independencia de que la ley la señale en forma expresa o no, para impedir la aparición del ilícito penal y consecuentemente, para evitar la responsabilidad del sujeto en cuyo favor milita tal circunstancia. Así tenemos la fracción primera del Art. 15 del Código Penal que nos habla de la fuerza irresistible; en estos casos se ha hecho célebre el pensamiento de Francisco Pacheco, comentado en el Art. 21 del Código español de 1822, similar en la fracción I del Art. 15 de nuestro Código vigente, en que asienta: "es circunstancia excluyente la responsabilidad (para eliminar la conducta), la vis-absoluta o fuerza física exterior irresistible. También otros autores suelen mencionar como causas eliminatorias de la conduc-

ta: el sueño, el hipnotismo, el sonambulismo, los movimientos reflejos. En cuanto a la naturaleza de la vis absoluta no existe discrepancia alguna entre los especialistas; todos coinciden en que en realidad se afecta el elemento objetivo del delito, porque el individuo obra con ausencia de voluntad". (14)

En suma, la conducta desarrollada como consencuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana el el sentido valorativo del derecho, por faltar la manifestación de la voluntad; quien así obra, no es en ese instante un ser racional, sino un mero instrumento. Tampoco existe divergencia alguna entre los especialistas con relación a los movimientos reflejos; nadie duda que en función de un movimiento de tal naturaleza, hay una ausencia de conducta; sin embargo es interesante la opinión de Jiménez Huerta, "en el sentido de que no deja de haber conducta cuando la voluntad tiene un campo en donde puede dominar con sus poderes de impulso de inhibición tales movimientos reflejos; por supuesto, al hablar aquí de movimientos reflejos, nos referimos a aquellos casos en que la excitación de los nervios motores no está sometida a un control anímico, sino promovida dicha excitación por un estímulo fisiológico que se traduce inmediatamente en movimientos reflejos, sin intervención de la conciencia". (15)

En cambio, en relación al sueño, el hipnotismo y sonambulismo, los tratadistas se dividen; unos opinan que estos fenómenos anulan al elemento objetivo del delito, por ausencia de la voluntad; otros sostienen que la capacidad del sujeto desaparece; en este caso creo acertada la corriente que sostiene, que dichos fenómenos afectan la conducta, porque durante ellos esta ausente la voluntad del individuo, y por ende son causas impositivas del delito, por eliminación de la conducta. Con estas explicaciones dejamos asentado sin lugar a duda, que no existen los llamados delitos sin conducta, de sospecha o posición.

Sintetizando el pensamiento que puede considerarse tradicional, relativo al elemento objetivo del delito, puede afirmarse que éste se constituye por un comportamiento humano voluntario. Preferimos hablar de comportamiento porque con tal denominación, se observa que el obrar del individuo está más en contacto con la realidad (propósito que perseguimos), reflejando claramente

su querer en el mundo social. La voluntariedad dentro de la problemática de la acción, la circunscribimos al comportamiento en sí y al resultado, puesto que si referimos la voluntad al resultado estaríamos involucrando el problema de la culpabilidad dolosa; es decir, al estudiarse el elemento objetivo del delito, debe separarse por razones de orden metodológico, el comportamiento de la lesión típica.

Tradicionalmente se ha sostenido que el elemento objetivo está constituido por el comportamiento, el resultado y la relación de causalidad; semejante posición no está exenta de críticas desde un punto de vista lógico. Es indudable que al penalista le interesa un comportamiento en cuanto es causal de una lesión típica, pero no hay razón válida para comprender dicha lesión como parte integrante del comportamiento: Una cosa es que el sujeto ejecute o deje de ejecutar un movimiento y otra las consecuencias que en el orden fáctico jurídico produzca dicho comportamiento. Por otra parte, el resultado debe entenderse como la afectación típica, y puede ella ser o no sensorialmente apreciable; en los delitos conocidos como de omisión propia es inconcurso que existe la lesión típica, pero no se da un cambio en el mundo externo. Por último, la relación de causalidad es un problema de orden lógico y debe entrelazar el comportamiento con la lesión, pero independientemente de que tal relación deba existir en todo tiempo, tendrá relevancia únicamente cuando se ponga culpablemente la condición. En síntesis, el elemento objetivo del delito está constituido por el comportamiento; el comportamiento es voluntario, significando con ello que no existe una causa física externa que lo imponga; si un hecho o una conducta ajena al sujeto lo obligan a ejecutar u omitir una determinada actividad, seguirá existiendo el comportamiento y el problema se desplaza al terreno de la inculpa-bilidad por no exigibilidad de otra conducta. Si alguien es empujado y en su caída lesiona a un menor de edad, nos encontramos con una falta de comportamiento por parte de quien fue empujado, pues no hubo voluntariedad alguna de la ejecución del acto; en cambio, si alguien mediante la amenaza es obligado a ejecutar una conducta delictiva, resulta en buena técnica que si hubo comportamiento, ya que el sujeto ante el conflicto de dos bienes decidió afectar uno de ellos; existió voluntariedad de la eje-

cución del delito, pero su acto volitivo resulta inculpable porque no le era exigible otra conducta. Creemos que el resultado queda fuera de la teoría de la acción del comportamiento como preferimos llamar, porque una cosa es el dato objetivo y otra la consecuencia del mismo. El resultado debe entenderse como la afectación típica a una esfera jurídica. No significa lo anterior que ignoremos que el delito es una unidad, sino que tratamos de sujetar nuestra exposición a cierto rigorismo lógico. Por supuesto que el resultado es parte integrante del delito, pero su estudio corresponde más que a la problemática de la acción a la relacionada con el juicio axiológico de culpabilidad y antijuricidad.

BIBLIOGRAFIA

- 1.—Cfr., Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, 4a. ed., Edit. Hermes, Buenos Aires, 1963, p. 210.
- 2.—La Acción y el Resultado, Trad. J. Luis Pérez Hernández, Edit. Jurídica Mexicana, México, 1959, p. 79.
- 3.—Cfr., Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 5a. ed., Ed. Porrúa, México, 1969, p.
- 4.—Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 3a. ed., México, 1964, p. 153.
- 5.—Ob. cit., p. 43.
- 6.—Ob. cit., p. 161.
- 7.—Ob. cit., p. 138.
- 8.—El Criminalista, 2a. Ed. Argentina, Buenos Aires, 1950, T. II, p. 128.
- 9.—Vid., Porte Petit Celestino, Programa de la Parte General de Derecho Penal, 2a. Ed. UNAM, México, 1968, p. 232.
- 10.—Ob. cit., p. 287.
- 11.—Nociones de Derecho Penal Mexicano, Ed. Jurídica Mexicana, México, 1961, T. I, p. 239.
- 12.—Cfr. Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino, 3a. ed., Editorial Argentina, Buenos Aires, 1956, T. I. p. 285.
- 13.—Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 3a. ed., México, 1964, p. 234.
- 14.—Código Penal Español Comentado 4a. ed., Ed. Manuel Tello, España, 1870, T. I, p. 171.
- 15.—Jiménez Huerta, Mariano. Panorama del Delito, Ed. Imprenta Universitaria, México, 1950, p. 14.

CAPITULO II

LA COMISION POR OMISION

- 1.—De la omisión en general.
- 2.—Elementos de la omisión.
- 3.—Comisión por omisión.
- 4.—Distinción entre la comisión por omisión y la simple omisión.
- 5.—Relación de causalidad en los delitos de comisión por omisión.
- 6.—Los aspectos negativos del delito de comisión por omisión.
- 7.—La culpa y la preterintención en los delitos de comisión por omisión.
- 8.—Lugar y tiempo de realización del delito de comisión por omisión.
- 9.—Duración del delito de comisión por omisión.

CAPITULO II

LA COMISION POR OMISION

1.—DE LA OMISION.

El Delincuente viola la ley, sin que uno de sus músculos se contraiga, por medio de la comisión. (1) La omisión se divide en omisión simple y omisión por omisión. El delito de omisión tiene la siguiente estructura: "Jurídicamente depende siempre de una obligación jurídica de hacer sobre el presupuesto real, de un daño o de un peligro y subjetivamente de la capacidad de hacer (responsabilidad material) y del deseo (responsabilidad moral) que no haciendo, continúe o se efectúe aquel daño que era el presupuesto de la obligación jurídica de hacer". (2) Por consiguiente, para que pueda configurarse el delito por omisión se requiere el sujeto deje de hacer, de cumplir un mandato de derecho, violando una norma dispositiva. Los tipos penales no se limitan a establecer prohibiciones, sino también mandatos, órdenes. El Estado espera de sus súbditos no sólo que se abstengan de realizar hechos lesivos a los intereses jurídicamente tutelados, sino impone obligaciones positivas de obrar. En estos casos, es cuando se integra el delito de omisión, que como ya hemos expresado, puede revestir dos formas.

2.—LA OMISION SIMPLE.

Antes de dar un concepto y de definir sus elementos, anotamos de Giotto Bonnini dice: "La acción se descompone en actos,

y estos a su vez, en manifestaciones exteriores que pueden percibirse, considerarse y estudiarse particularmente. La omisión, al contrario, se descompone solamente en el tiempo, en instantes de tiempo, y lo que es más relevante, en instantes de tiempo transcurrido y escapan a la posibilidad de una consideración". (3) Con lo precedente diremos que la omisión no es una realidad espacial, no tiene objetividad, pues ocupa el tiempo, no el espacio, pero es una realidad que se da en la pura concepción del intelecto de quien omite y de quien repara en la omisión. La omisión tiene una relevancia jurídica que se traduce en una responsabilidad penal, que es capacidad moral y material, que debe tener el individuo al ser juzgado, ya que el hombre es guiado por su voluntad (aunque errónea), que es excitada por estímulos generalmente originados en el mundo externo. La omisión para integrar una figura delictiva debe relacionarse con una obligación jurídica, porque de otro modo saldríamos del derecho positivo, por no tener la omisión límites de espacio, de tiempo y de especie. Los límites de las acciones son impuestos por los mandatos de hacer, lo que demuestra que en todo caso cualquier omisión simple para que sea punible es constituida por la "acción esperada". Los presupuestos de un delito de omisión son:

- 1.—La obligación de actuar jurídicamente establecida.
- 2.—El estado de peligro o de perjuicio.

Tomando en consideración lo expresado, podemos definir el delito de omisión simple, como aquel constituido por el no hacer activo como tal, desaprobado por el ordenamiento jurídico y castigado por la ley penal.

2.—LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE OMISION SON:

- 1.—La voluntad.
- 2.—Inactividad o no hacer.

El primero de los elementos de la voluntad como se dijo, al hablar de los elementos de la conducta, (en sentido estricto) es conducta exterior del hombre, toda aquella que produce un cambio en la naturaleza, teniendo dos elementos esenciales: uno in-

terno o psíquico y otro, que se traduce en el caso de la omisión en un no hacer. No podemos llamar omisión a la ejecución de un acto por imposibilidad absoluta, teniendo por fuerza que haber voluntad, ya que ésta reflejará el comportamiento del individuo, queriendo o no sus consecuencias.

Edmundo Mezger asienta: "al concepto de la omisión no pertenece, no sólo ningún hacer, sino tampoco querer alguno aunque es endudable que la omisión puede ser querida, no necesita conceptualmente serlo. El querer no pertenece a la esencia de de la omisión. Lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es la acción esperada que el autor ha omitido realizar. Porque no ha realizado esta acción que se esperaba de él, es por lo que es punible, en tanto dicha acción pueda exigírsele". (4) Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con dicho autor, pues hay actos que el hombre deja de realizar sin darse cuenta de las consecuencias que podría traerle, pero son mal llamados involuntarios, puesto que se ha demostrado que el hombre, llevando a cabo un esfuerzo consciente puede dirigir o impedir sus actos. Por tanto, no pueden considerarse extraños a la voluntad, ya que lo único que demuestran es que la voluntad ha quedado inerte, pero sí son atribuibles a su actor, ya que también reflejan su comportamiento. Por su parte, Mariano Jiménez Huerta dice: "Aunque en algunos casos la inactividad corpórea no es querida, pues falta en el instante dada la voluntad, voluntaria es la conducta, antecedente que ocasiona el estado de inactividad. Así en el caso del guardavías que a causa de su cansancio, se duerme en el momento que debía hacer las señales, voluntaria fue la actividad que le produjo el cansancio y voluntario fue el haberse sentado o adoptado la postura en la que el sueño podía dominarlo. Lo mismo debe decirse de aquellos otros casos en que la persona quiere hacer el acto debido, pero no le es posible a causa de su precedente actividad voluntaria: al guardavías que está ausente del paso a nivel, porque se alejó anteriormente para ir a la ciudad y no puede llegar a tiempo a la hora del paso del tren". (5)

Ampliando el pensamiento de Jiménez Huerta y en relación con la voluntariedad en la omisión, llevando el tema no sólo al terreno de la culpabilidad dolosa sino también al de la cul-

posa, nos atrevemos a afirmar que en el olvido, cuando existe el deber jurídico de actuar, el comportamiento omisivo que produce el resultado (ya sea material o puramente jurídico) debe considerarse voluntario; lo que es involuntario es el olvido. Imaginemos el caso de quien teniendo el deber jurídico de comparecer ante un juez, y ya agotados los medios de apremio, olvida la obligación que tiene y se dedica a sus menesteres sociales; es obvio que voluntariamente se está dedicando a las ocupaciones acostumbradas, pero donde no hay acto volitivo es dentro de lo que se llama olvido. En la omisión propia dolosa es manifiesta la voluntad del no hacer; en cambio, en la culposa, falta la voluntariedad para contradecir el deber jurídico de actuar; pero mediando el olvido, el sujeto voluntariamente ejecuta una conducta diversa precisamente porque no hay representación del deber jurídico de actuar. La voluntariedad se encuentra en la conducta que se ejecuta en lugar de aquella que debía ejecutarse, pero la voluntariedad existe por la ausencia de presentación del deber de actuar. En conclusión, el factor voluntad está siempre presente en todo delito aún en aquellos denominados delitos de olvido, pues, no es dable concebir el ilícito penal sin el factor volitivo correspondiente.

Como otro elemento del delito de omisión tenemos la inactividad, el no hacer como ya lo hemos expresado; la omisión consiste en una inercia del hombre, sin importar su dedicación a otra actividad; lo relevante para el derecho, es que deje de hacer lo debido; por supuesto, la omisión ha de colmar un tipo penal; no basta el incumplimiento de un deber para constituir una conducta típica; precisa que el incumplimiento esté marcado en el catálogo de los delitos, existiendo en los delitos de omisión impropia, un resultado puramente jurídico.

3.—LA COMISION POR OMISION

Para Maurach, "Estos delitos deben la impropiedad de su esencia a la orientación de su injusto a la norma antepuesta al tipo". (6) Los tipos están constituidos por las descripciones legislativas; de este modo, son delitos de omisión todos los hechos punibles que se pretentan como infracción de las normas prohibi-

tivas; Pavón Vansconcelos define la omisión, diciéndonos "La esencia de la omisión impropia denominada también comisión por omisión se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material". (7)

Cuello Calón, expresa que "la omisión impropia consiste en la producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante inactividad". (8) Según Porte Petit, "Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delito de olvido), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama de derecho) y una norma prohibitiva". (9) Reinhart Maurach, define la omisión impropia, como "la infracción de una norma prohibitiva, como consecuencia de que el autor, contrariamente a su deber, no ha actuado para conservar el bien jurídico protegido por la norma prohibitiva. El no hacer algo estriba aquí en la no evitación de un resultado, cuya producción se hubiera impedido si el autor hubiera intervenido en la serie causal". (10)

4.—DISTINCION ENTRE LA SIMPLE OMISION Y LA COMISION POR OMISION.

La violación de una norma preceptiva penal en la simple omisión; en la de comisión por omisión es la violación de una norma preceptiva y prohibitiva penal o de otra rama del derecho.

La omisión simple tiene un resultado puramente jurídico, en tanto la comisión por omisión aparte de ser jurídico debe ser material.

En la simple omisión se sanciona la omisión en sí; y en la comisión por omisión lo que se sanciona es el resultado producido por la omisión.

Elementos de la comisión por omisión.

Desarrollando el planteamiento de Reinhart Maurach, señalamos como elementos del hecho punible a que nos venimos refiriendo, los siguientes:

- 1.—Voluntad
 - a) La conducta pasiva
 - b) La no ejecución
- 2.—El deber de acción.
- 3.—Un resultado típico material. (i.l)

Como ya lo hemos indicado, solamente puede hablarse de una voluntad manifestada de omitir la acción esperada, ya que la voluntad es un elemento indispensable del delito como ya lo hemos expresado. En algunos casos existe una particular actitud mental, una voluntad que propiamente no es consciente, pero en realidad nunca está ausente del valor volitivo. En los delitos de comisión por omisión la voluntad se traduce en:

- a) Una conducta pasiva
- b) En la no ejecución

La conducta pasiva.—Esta se llevó a cabo en relación al mandato; sabemos que en los llamados delitos de omisión impropia, el sujeto adopta un deliberado propósito de no hacer, que tiene como consecuencia la aparición de un resultado que algunas veces no se quiere, pues es sabido que el acto volitivo puede o no encaminarse a la producción del resultado, como ocurre en los delitos culposos, llamados de imprudencia en nuestra Ley Penal; en consecuencia, deberá cuidarse al hacer el análisis de la culpabilidad, si la voluntad tuvo como fin el resultado, en cuyo caso se estará frente a un delito doloso de comisión por omisión. Si la violación no tuvo como propósito la producción del resultado material, pero éste aparece por la inercia del hombre en los casos en los cuales tiene el deber jurídico de obrar, significa que su comportamiento ha de ser estimado desde el punto de vista de la culpabilidad como culposo o no intencional.

En la acción o en la omisión lo que importa es la voluntad del comportamiento, es decir, querer el acto o la omisión con independencia del querer del resultado, lo cual como hemos mencionado, debe ser objeto de estudio al analizar la culpabilidad.

La no ejecución.—Esto es con referencia a la acción espe-

rada, pues en los delitos de comisión por omisión, se quiere el comportamiento negativo, esto es, la inactividad. Por supuesto, que resulta irrelevante al campo jurídico penal, que el individuo se ocupe de realizar en lugar de la acción esperada otra diversa; lo importante es que deje de hacer lo debido con independencia de la actividad que ejecute. Al observar la no ejecución esperada se debe examinar la totalidad de las condiciones y circunstancias externas que originan el deber de acción del autor de la omisión.

El propio deber de acción.—Dentro de este elemento se estudia el deber de obrar y el deber de abstenerse. El tratadista argentino Sebastián Soler, afirma que el deber de obrar subsiste en general en tres casos distintos:

- a) Cuando emana de un precepto jurídico específico
- b) Cuando existe una obligación especialmente contraída para ese fin.
- c) Cuando un acto precedente impone esa obligación. (12)

El precepto jurídico específico, no necesita ser necesariamente de naturaleza penal; puede pertenecer a otra rama del derecho, ya se trate del derecho público o del derecho privado. Como hemos dicho en otra parte la violación de estas disposiciones jurídicas, no son las constitutivas del delito de omisión impropia, sino la producción del resultado material.

En el caso del artículo 336 del Código Penal, el deber jurídico de asistencia proviene de las disposiciones civiles relativas al matrimonio y la paternidad, y se sanciona el abandono del hijo del cónyuge, siempre que sea sin motivo justificado y sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia. Diverso es el caso del artículo 341, en el que se incorpora el deber de asistencia, que todos tenemos en relación con quien en virtud de nuestra propia culpa se encuentra en estado de abandono y necesidad de asistencia. Ese deber de asistencia no tienen entidad legislada, pero implícitamente se está legislando un deber legal, al sancionarse su no cumplimiento.

Obligación específicamente contraída.—Esto es cuando me-

dante un contrato se adquiere la obligación de hacer y su omisión hace surgir un resultado material, penalmente tipificado, ya sea a título doloso o culposo; indudablemente esa abstención aún cuando no emana directamente de la ley, es causa del resultado y por lo tanto, su autor debe responder del mismo. Tal obligación deriva por ejemplo de un contrato; en el fondo es una obligación legal por que el legislador obliga al cumplimiento de los contratos legalmente celebrados, pero de modo directo no surge de la ley, sino de la contratación correspondiente. Sebastián Soler nos pone como ejemplo el caso del alpinista, en este tipo de delitos, cuyo ejemplo consiste en el que el guía alpino que deja perecer al excursionista no señalando el peligro conocido por él, (13) a pesar de haber sido contratado expresamente para la conducción correspondiente.

Conducta precedente.—En ocasiones el individuo sin haber sido contratado para realizar una conducta específica, ejecuta una actividad cuyo abandono puede producir un resultado penalmente tipificado; en consecuencia está obligado a ejecutar la actividad para evitar la producción de aquél resultado, Vgr. en el caso del artículo 1896 del Código Civil se dispone: “El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encargue de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio”.

Un resultado típico material.—Este es el último de los elementos del delito de comisión por omisión, pues si no tenemos un resultado material estaremos frente a un delito de simple omisión. Este resultado material nos lleva al problema de causalidad que a continuación estudiaremos.

5.—RELACION DE CAUSALIDAD EN LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION.

Como ya hemos indicado, las cuestiones del nexo causal se plantean sólo en los delitos de comisión por omisión; la causa es fuerza generalizadora directamente del resultado; lo que es inaplicable tratándose de omisiones: esto es explicable dentro de la teoría causal de Kant, que entiende la ley causar en sentido físico-mecánico, como la cadena de acontecimientos conec-

tado entre sí en una relación final. La causa, reclama pues, una causa real-naturalista "implsora"; el encadenamiento hasta entonces ideológico entre no evitación del mismo, fue retirado de la circulación como irreal. La frase fatal para el derecho: "De la nada no puede surgir nada", nos lleva entonces a sostener que quien nada hace, nada se le puede exigir. La doctrina clasifica las teorías que explican la relación causal para estos delitos en los siguientes grupos:

- a) Teoría de la aliud agere, facere o contemporánea.
- b) Teoría de la acción precedente
- c) Teoría de la interferencia
- d) Teoría de la omisión misma

La teoría del aliud actum, agere, facere o contemporánea. Según esta corriente, la causa debe buscarse en la acción llevada a cabo por el omitente, en el lugar de la esperada y exigida por el derecho. Dice Guiseppe Maggiore que "la causalidad del resultado consistirá precisamente en la acción positiva paralela a la omisión". (14)

Esta doctrina no es admisible, ya que al derecho penal no le interesa el acto realizado por el individuo, sino la no realización del jurídicamente exigible; por otra parte, los especialistas señalan que no siempre al omitirse la realización de una acción, en lugar de ella se ejecute otra, pues es dable admitir la total inactividad del agente. Además, la obligación de ejercitar la acción esperada puede prolongarse por un tiempo más o menos largo, dentro del cual pueden realizarse varias acciones y no solamente una. Se dice también, con razón, que la acción paralela o contemporánea no constituye una condición sin la cual el resultado no se produzca.

Teoría de la acción precedente.—Esta corriente afirma que la obligación del sujeto de ejecutar la acción esperada y jurídicamente exigida, deriva de su conducta positiva exterior, de la cual emana la futura obligación que queda incumplida. Al respecto Guiseppe Maggiore hace la siguiente pregunta: "¿Pero cómo se podrá afirmar que la acción precedente sea causa de algo?. Si la actividad precedente no basta para producir el resultado, sino que

es necesaria también la omisión, ésta será la causa verdadera, y la actividad precedente no podrá tener entonces valor de causa, sino de condición". (15) Por ello, los especialistas indican en primer lugar, que no siempre existe una acción precedente anterior; tampoco debe aceptarse una culpabilidad subsecuente, porque el derecho penal exige como expresa Mezger, "la coincidencia temporal de causación y culpabilidad".

Teoría de la interferencia.—Esta teoría afirma que cuando el imitente ha dominado el impulso que le impedía actuar, se produce, como contra-corriente un fenómeno de interferencia entre la fuerza impulsora y el despliegue de la misma. Maggiore, explica que de acuerdo con esta concepción, el nexo causal existe entre dos polos; la energía desplegada para dominar el impulso del sujeto y el resultado producido y que, en consecuencia, no se encuentra el nexo de causalidad. Indica el mismo penalista, que no es siempre cierto que en la omisión exista la represión del estímulo impulsor para obrar; por otra parte, en los delitos culposos la ausencia de tal estímulo resulta evidente en forma absoluta y finalmente, la base de la interferencia implica colocarse en el caso de la culpabilidad". (17)

Teoría de la omisión misma.—Esta corriente recibe diversas denominaciones entre los especialistas del derecho; se conoce como teoría de la acción esperada, como la denomina Mezger, dándonos él la siguiente solución al problema: "el delito de comisión por omisión nunca puede ser sólo fundamento ((desde dentro)) (internamente), sino exactamente lo mismo que el propio delito de omisión sólo ((desde fuera)) (externa normativamente). El eje del delito de omisión lo constituye también aquí ((la acción esperada)): el problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión aparece planteado exactamente de la misma manera y exactamente de las mismas formas que en el hacer activo, sólo que no en referencia a la omisión como tal, sino a la acción positiva pensada (esperada) y a su resultado. La pregunta decisiva es ésta; ¿hubiera sido impedido por la "acción esperada" el resultado que desaprueba el ordenamiento jurídico? en los casos en que tal pregunta se contesta de modo afirmativo, la omisión es causal respecto al resultado". (18) Sobre el par-

ticular *Porte Petit* enseña: "el sujeto está obligado a realizar una conducta (acción), o sea, que la acción esperada es además exigida y si de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se produce, indudablemente existe un nexo causal entre la omisión y el resultado acaccido". (19)

Consecuentemente, la punibilidad de la omisión está en la acción esperada; el autor ha omitido emprender, puesto que no ha emprendido la acción que de él se esperaba, siempre que la acción esperada sea exigible; por tanto, el delito de comisión por omisión jamás puede ser fundamentado sólo desde dentro internamente, sino exactamente igual que el propio delito de omisión, desde fuera normativamente.

En concreto, la doctrina de Edmundo Mezger, que reduce la omisión a la no ejecución de la acción esperada es a nuestro modo de entender el problema, suficiente para resolver las cuestiones que se presenten, relativas a la causalidad en los delitos de impropia omisión, con independencia de que se pueda variar la terminología del autor alemán pues en realidad lo fundamental es tener en cuenta que si el individuo no hubiera omitido, sino al contrario, realizado la acción esperada, se hubiera evitado el resultado, en cuyo caso, tal omisión es causal de dicho resultado.

6.—LOS ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO DE COMISION POR OMISION.

a) Excluyentes por falta de conducta.

Repetidas veces hemos indicado que el comportamiento del hombre es la base de todo delito como de cualquier problema jurídico penal, en conclusión, faltando la actividad o inercia humana no es dable concebir el ilícito penal. Ya hicimos notar cómo los autores están unánimemente de acuerdo, que tanto la *vis absoluta* cuanto la *vis maior*, eliminan la responsabilidad del sujeto, porque en presencia de tales fenómenos, no existe delito en vista de la ausencia del elemento objetivo.

La *vis absoluta* y la *vis maior* indiscutiblemente son susceptibles de operar en la comisión por omisión; si un individuo, por

ejemplo, sin el deliberado propósito de producir un resultado penalmente tipificado, permanece inactivo en virtud de imposibilidad física, por operar sobre él una fuerza exterior irresistible, ante una energía de la naturaleza seguramente no existe delito, por faltar la conducta que, según hemos indicado, consiste en un comportamiento encaminado a una finalidad. En el delito a estudio, es necesario que el hombre deje de hacer lo debido, mas tal inercia ha de corresponder, por supuesto, a su voluntad. Por tanto, tratándose de la vis absoluta y de la vis maior, está ausente el factor volitivo y por consiguiente, no hay propiamente conducta, con lo cual es imposible fincar el delito, no habiendo obligación para el agente de responder ante la sociedad.

b) La atipicidad en la comisión por omisión.

En los delitos de comisión por omisión lo relevante para el derecho es el resultado material, coincidente con la descripción hecha en la ley en los tipos correspondientes; en efecto, si ese resultado no encuadra de modo perfecto con el tipo legal, no habrá delito por una atipicidad.

Igualmente, si el resultado lesionador de los intereses afectados no ha sido captado por el legislador en algún tipo, por ausencia de éste habrá inexistencia del delito, en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 14, en sentido de que no es dable imponer pena alguna por simple analogía y aún por mayoría de razón, si no existe una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

c) Causas de licitud en la comisión por omisión.

En términos generales las causas de justificación pueden darse también en los delitos de comisión por omisión. A pesar de la afirmación precedente, no resulta fácil advertir la posibilidad de una legítima defensa mediante comisión por omisión, porque de la redacción de la fracción tercera del artículo 15 del Código Penal en vigor, se infiere que quien se defiende ha de realizar un comportamiento positivo, activo, ya que la ley habla de "obrar el acusado... repeliendo una agresión...".

Estamos convencidos de la posibilidad de que opere la eximente, por cumplimiento de un deber, en los delitos de comisión por omisión. Piénsese, Vgr. en el individuo que, habiéndose comprometido mediante un contrato a realizar en determinada hora una actividad y acatando un deber legal, al ser llamado a declarar, por la autoridad judicial, deja de realizar el movimiento al cual se obligó; su comportamiento es lícito, porque su inactividad incumpliendo en esta forma los deberes contraídos, queda justificada por el mandato del juez. Lo propio podemos decir en cuanto al ejercicio de un derecho; el administrador o propietario de un hotel que se niega a abrir la bodega para que el pasajero saque sus bienes, cuando no ha sido cubierto el hospedaje, no delinque por obrar en ejercicio de un derecho, de conformidad con el artículo 2669 del Código Civil; queda exento de responsabilidad en torno al tipo del artículo 384 del Código Penal.

Impedimento legítimo.—Como en el impedimento legítimo la propia ley prevé, por ser de la esencia misma de esta justificante, que se deje de hacer algo, resulta inútil buscar algún ejemplo para comprobar su funcionamiento en la comisión por omisión, pues resulta evidente que es en los delitos omisivos en donde puede operar. La fracción VIII del Art. 15 establece como excluyente de responsabilidad, contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que se manda por un impedimento legítimo. La conducta enjuiciada, expresa Pavón Vasconcelos, “será siempre omisiva, pues sólo las formas preceptivas cuya violación se origina en omisión, impone un deber jurídico de obrar. El impedimento, cuando deriva de la propia ley, está legitimado y por esa razón la omisión típica no es antijurídica”. (20) La obediencia debida contemplada por la Frac. VII del Art. 15 del Código Penal, sólo es causa de justificación, según en otra parte hemos pretendido demostrar, cuando se equipara al cumplimiento de un deber, es decir, si el inferior tiene el ciego deber de obediencia. En estas condiciones es dable admitir la causa de justificación de referencia en la comisión por omisión. Piénsese, por ejemplo, en el militar que, acatando en campaña las órdenes de su superior, deja de mover una palanca para que el ferrocarril se descarrile; en esas condiciones tanto la Nación, como la sociedad, están interesados en la incondicionalidad de obediencia

del soldado y seguramente no hay delito, porque la conducta del inferior jerárquico está plenamente legitimada.

d) Causas de imputabilidad en la comisión por omisión.

Si el sujeto, en el momento en el cual realiza su comportamiento carece de las facultades de juicio y decisión, sin duda alguna no comete delito, por ausencia de soporte necesario de la culpabilidad. La Ley Penal en la fracción II del artículo 15 establece como causa de inimputabilidad: hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinada por el empleo accidental involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxi-infeccioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio. Si el médico o la enfermera encargados de administrar oxígeno a hora fija al enfermo, ha sufrido un trastorno mental transitorio por el uso de substancias tóxicas, o embriagantes, en las condiciones legalmente requeridas para la procedencia de a excluyente, o por uno de los estados toxi-infecciosos a los que la misma fracción del artículo 15 se refiere, o bien por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio, no delinque, porque en el momento en que debía administrar el oxígeno se encontraba sin la capacidad para comportarse en el campo jurídico-penal. Este problema de la inimputabilidad en la omisión impropia, se conecta íntimamente con lo relativo al tiempo y lugar del delito, que posteriormente estudiaremos. También es causa de inimputabilidad el miedo grave a que alude la fracción IV del mismo precepto, cuando sea de tal naturaleza que produzca trastorno mental transitorio.

e) Inculpabilidad

Nos hemos afiliado a la moderna tendencia sobre la culpabilidad, denominada teoría normativa: en otro lugar hicimos referencia a que de acuerdo con esta concepción las causas de inculpabilidad quedan integradas por el error, cuando es esencial e insuperable y por la no exigibilidad de otra conducta. Ambas

causales con susceptibles de enfocarse a los delitos de comisión por omisión; no resulta difícil pensar en algún caso en el cual el individuo deje de hacer lo debido, a virtud de un error de hecho valedero para todos, es decir, insuperable, invencible, pues si el error es superable deja subsistente el delito, en forma culposa. De igual manera la inexigibilidad opera en la comisión por omisión; si una persona teniendo obligación de realizar un movimiento, deje de hacerlo por mediar condiciones tales en que el Estado no le puede exigir una conducta o un actuar diferente, su comportamiento, aun cuando típico y probablemente antijurídico, no es culpable, por no haber posibilidad de reproche para la conducta omisiva.

7.—LA CULPA Y LA PRETERINTENCION EN LOS DELITOS DE COMISION POR OMISION.

Debemos dejar perfectamente aclarado que al hablar de la culpa en los delitos de omisión, queremos establecer únicamente, si es dable cometer un delito de comisión por omisión, en forma culposa.

.. Indiscutiblemente los delitos de comisión por omisión pueden producirse en forma culposa, porque puede no ejecutarse o dejarse de hacer el movimiento esperado, tanto con el deliberado propósito de producir el resultado, cuanto por negligencia, impericia, falta de precaución, de cuidado o ausencia de aptitud.

La preterintencionalidad puede operar en la comisión por omisión; el delito es preteintencional cuando existe dolo respecto al resultado querido, pero éste no surge, sino uno de mayor jerarquía, en torno al cual hay culpa. Si una persona, proponiéndose no actuar para producir un resultado, por ejemplo: lesiones, causa la muerte, estamos en presencia del delito preterintencional, producido por comisión por omisión.

8.—LUGAR Y TIEMPO DEL DELITO DE COMISION POR OMISION.

El lugar y tiempo del delito de comisión por omisión, no es

un asunto meramente especulativo, al contrario, posee utilidad práctica. Así por ejemplo, es indispensable precisar el tiempo de realización con el objeto de saber si una persona ha de ser juzgada por tribunales ordinarios o por los de menores, suponiendo que entre la ejecución o inejecución y el resultado transcurra un tiempo más o menos prolongado; igualmente tiene relevancia para contar el término de la prescripción, de la jurisdicción.

Generalmente se conviene en que en la comisión propiamente dicha, el lugar y tiempo de realización del delito ha de buscarse en el sitio y en el momento en que debió ejecutarse la acción esperada. En cuanto a la comisión por omisión, suele afirmarse que el tiempo y el lugar del delito lo marca precisamente la producción del resultado.

Debe tenerse presente que la inejecución de los delitos de comisión por omisión, por sí sola, no colma el tipo respectivo, a diferencia de lo que ocurre en la simple omisión, puesto que en aquella es menester el resultado; así por ejemplo en los delitos de comisión por omisión la no prestación de determinados auxilios a un menor no siempre configura el delito de homicidio, el cual se tipifica en cuanto sobreviene el daño de muerte; en las condiciones apuntadas, para tener a un sujeto como autor del delito de homicidio mediante comisión por omisión, habrá que atender al resultado letal; sin este resultado podrá configurarse otro tipo penal, mas no el homicidio. La estimación de que quedó integrado deriva del daño letal; por lo mismo, en términos generales podemos afirmar que en el delito a estudio, es decir, en el de comisión por omisión el hecho se considera ejecutado en el lugar en que debería realizarse la acción u omisión; esto es, la omisión se considera realizada en el lugar que debió ejecutarse en todo o en parte, y aún bajo la forma de participación, como así mismo donde se produjo o debería producirse el resultado.

La tentativa. Por la naturaleza de estos delitos, jamás surge dicho resultado porque indudablemente la tentativa consiste en un comienzo de inejecución del delito o en la producción de todo proceso ejecutivo, pero sin consumarse por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo; por ende, el lugar y el tiempo del delito de comisión por omisión en grado de tentativa, habrá de bus-

carse en el comienzo de inejecución, pero nunca en el resultado porque éste evidentemente no surge. Es factible tener la intención de cometer un delito mediante la inejecución de determinados actos y sin embargo, no aparecer la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente. Es por esto, que consideramos operante las dos formas de tentativa en el delito de comisión por omisión, según que el agente decida no realizar el movimiento ordenado. idóneo para la aplicación del resultado, o que interrumpa el proceso de la inejecución causal.

9.—DURACION DEL DELITO DE COMISION POR OMISION.

En términos generales desde el punto de vista de su duración, los delitos pueden ser clasificados en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

El delito instantáneo.—Para poder encuadrar a un delito como instantáneo, debemos fijarnos en su consumación, puesto que la instantaneidad se da por la imposibilidad de que la lesión al bien jurídico perdure en el tiempo; debemos considerar como delito instantáneo, aquél en que tan pronto se produce el obrar, se agota. Presentando los siguientes elementos:

- 1.—Un comportamiento.
- 2.—Una consumación y agotamiento del mismo.

El delito instantáneo con efectos permanentes.—Entendemos por este delito, aquel en el que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos es decir en los casos en que el bien jurídico destructible revela la consumación instantánea permaneciendo las consecuencias nocivas del ilícito. Sus elementos son:

- 1.—Un comportamiento.
- 2.—Una consumación y agotamiento instantáneo.
- 3.—Perdurabilidad del efecto producido.

Esta distinción de los instantáneos, instantáneos con efectos permanentes; es interesante para los problemas de prescripción y competencia territorial.

Delito continuado.—Hay delito continuado, cuando existe unidad de propósito, pluralidad de acciones separadas en el tiempo y unidad de lesión jurídica; el delito continuado existe cuando hay: unidad de resolución, discontinuidad en las acciones y unidad de lesión jurídica.

Permanentes.—Según Sebastián Soler el delito permanente se da, “sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos”. (21) Para que exista este delito deben darse los siguientes requisitos: una conducta, constituida por una acción u omisión y prolongación de la consumación por más o menos tiempo. Elementos del delito permanente:

1.—Conducta o Hecho	{	a) momento inicial	comprensión del bien jurídico protegido por la ley.
		b) periodo intermedio	entre la comprensión del bien hasta antes de la cesación del estado antijurídico.
		c) momento final	cesación del estado antijurídico.

Ahora bien, los delitos de comisión por omisión, desde el punto de vista de la inactividad, pueden ser instantáneos, instantáneos con efectos permanentes y permanentes. Si en un preciso momento debió presentarse el movimiento y no se realiza la acción es instantánea y, por ende, el delito puede denominarse con el nombre de delito de comisión por omisión instantáneo. Si el resultado de una inactividad perdura por un tiempo más o menos prolongado, estamos frente a un delito de comisión por omisión instantáneo con efectos permanentes. Si el deber de obrar no pasa en el tiempo sino que impera sobre el sujeto de modo prolongado, aparecerá la figura del delito de comisión por omisión permanente.

BIBLIOGRAFIA

- 1.—Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, 3a. ed., Buenos Aires, 1956, T. I, p. 336.
- 2.—Giotto Bonini. L'Omissione Nel Reata, Ed. Frantelli Bocca, Milano, 1947, p. 4.
- 3.—Ob. Cit., p. 8.
- 4.—Tratado de Derecho Penal, Trad. J. Arturo Rodríguez Muñoz, 2a. ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, T. I. p. 282.
- 5.—Panorama del Delito, Ed. Imprenta Universitaria, México 1950, p. 54.
- 6.—Tratado de Derecho Penal Trad. Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1952, T. II, p. 263.
- 7.—Nociones de Derecho Penal Mexicano, Ed. Jurídico Mexicana, México, 1961, T. I, p. 203.
- 8.—Derecho Penal, 9a. ed., Ed. Nacional, México, 1963, T. I, p. 296.
- 9.—Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal, 3a. ed., México, 1964, p. 173.
- 10.—Ob. Cit. p. 264.
- 11.—Cfr. Maurach Reinhart. Tratado de Derecho Penal, Trad. Juan Córdoba Roda, Ed. Aries, Barcelona, 1952, T. II, p. 266.

- 12.—Cfr. Soler Sebastián, Ob. Cit., p. 341.
- 13.—Cfr. Soler Sebastián, Ob. cit., p. 342.
- 14.—Derecho Penal, 4a. ed., Ed. Temis, Bogotá, 1951, T. I, p. 247.
- 15.—Ob. cit., p. 347
- 16.—Ob. cit., p. 286.
- 17.—Ob. cit., p. 286.
- 18.—Ob. cit., p. 288.
- 19.—Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, México, 1964, p. 216.
- 20.—Naciones de Derecho Penal Mexicano, Zacatecas, 1964, T. II, p. 153.
- 21.—Derecho Penal Argentino, 3a. ed., Ed. Buenos Aires, 1956, T. I, p. 275.

CAPITULO III
CODIGO PENAL TIPO LATINOAMERICANO

S U M A R I O

- 1.—Ponencias y discusiones sobre el hecho punible.**
- 2.—Opinión nuestra.**
- 3.—Fórmulas aprobadas por los delegados sobre el hecho punible.**
- 4.—Fórmulas propuestas.**

CAPITULO III

CODIGO PENAL TIPO LATINOAMERICANO

En octubre de 1965 tuvo lugar en la ciudad de México la Segunda Reunión Plenaria para la elaboración del Código Penal Tipo de Latinoamérica, en la que fueron representados los países de Argentina, Brasil, Bolivia, Centro América, Colombia, Chile, México, Perú y Venezuela. Dentro de los temas abordados se encuentra el que es materia de este trabajo, es decir el delito de comisión por omisión en el hecho punible y la relación de causalidad, lugar y tiempo del delito.

El miércoles 20 de Octubre de 1965, en la sesión matutina se examinó lo referente al hecho punible, correspondiéndole a la Comisión de Río de Janeiro la ponencia relativa, exponiéndose a su trabajo mediante la palabra del Profesor Heleno Claudio Frago:

Los temas que nos fueron indicados por el Secretario Ejecutivo de Chile fueron: el hecho punible, la causalidad, el tiempo y lugar del delito; la materia que se debería contener en el segundo título del anteproyecto. Desde luego, descartamos la posibilidad de introducir aquí una definición del delito, que viene, como se sabe, de la tradición española y de hispanoamérica. Entendimos que una definición de delito puramente formal, tal como aparece en alguna de las leyes antiguas, es inútil, técnicamente defectuosa y solamente puede conducir a vacilaciones en la aplicación de la ley penal. Consideramos, también, la tendencia muy viva que hoy aparece en los países del bloque soviético de introducir en este punto una definición material del delito, pero

resolvimos que definiciones de aquel tipo corresponden a una concepción basada en la aplicación de la ley penal con un sentido de conciencia de clase como principio directivo general y que por esa razón, estas definiciones que aparecen en estas legislaciones contrastan con determinados principios del derecho penal liberal que entendemos debe perseverar en nuestro proyecto.

Regulamos en dos disposiciones la materia que se refiere al tiempo y el lugar del delito. Entendemos que este punto quedó bien claro, en Santiago de Chile, que las normas que se refieren al tiempo y el lugar del delito son muy distintas de aquellas reglas que se refieren a la aplicación temporal y espacial de la ley penal. En Chile, como aparece en el trabajo hecho por la comisión de Santiago, se establecieron normas sobre la aplicación de la ley penal en el tiempo y en el espacio. Ahora tratamos de disciplinar no ya el problema de aplicación temporal y espacial, sino en qué momento se debe considerar el hecho ejecutado. En las normas sobre el tiempo del delito no hay ninguna discrepancia doctrinaria. En la fórmula legislativa que hemos establecido, indicamos que el delito se entiende ejecutado en el momento de la acción u omisión y agregamos una aclaración que se contiene en algunos proyectos, la que nos parece aconsejable; ella es la de indicar que este es el momento de la ejecución, aun cuando sea otro el del resultado. Por lo que concierne al lugar del delito, establecemos la fórmula que acepta la teoría de la ubicuidad. En una forma lo suficientemente amplia para comprender también la participación, la tentativa y la omisión, indicando que el delito se considera ejecutado en el lugar en que se desarrolló la actividad delictuosa en todo o en parte y aún bajo la forma de participación, como asimismo, donde se produjo o debería producirse el resultado; fórmula esta última que se refiere a la tentativa. Establecemos también en cuanto al lugar del delito para la omisión, que en los delitos omisivos el hecho se considera ejecutado en el lugar en que debería realizarse la acción omitida.

Con lo que respecta a causalidad, la mayoría de la comisión entendió que la materia de causalidad no debería constar en el articulado del texto. La mayoría estuvo de acuerdo en que

la materia de la causalidad provoca gravísimas discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, conduciendo a situaciones de gran confusión en la aplicación de la ley penal. La experiencia con los códigos penales que incorporan normas de causalidad el código italiano y el código brasileño, entre otros, nos indicó que no es posible llegar a una fórmula técnica y científicamente irrefutable para resolver los graves problemas de la causalidad, especialmente los llamados casos de interrupción del nexo causal y la llamada causalidad de la omisión. La Comisión entendió que debería contemplarse solamente aquellos casos de relevancia jurídica de la omisión en relación con los crímenes comisivos por omisión, siguiendo así la tendencia muy acentuada en la legislación penal más moderna. En este punto, no prevaleció la tesis del Maestro Nelson Hungria, quien ha hecho una declaración en este sentido que figura en nuestra ponencia. Estima el profesor Hungria, que si la relación causal entre la acción u omisión y el resultado, es uno de los presupuestos de la responsabilidad a título de dolo o culpa, no es posible dejar de regular legalmente esta relación causal. Agrega él que no vale decir que con el presente repudio de la responsabilidad objetiva el problema de la causalidad perdió su antigua relevancia. La responsabilidad objetiva es, ante todo, responsabilidad por el caso fortuito o por el hecho de tercero y precisamente, para que éste sea identificado y no se entienda la exclusión de la imputatio facti (el casus, antes de excluir la culpabilidad, impide el reconocimiento del nexo causal entre la conducta del agente y el resultado) es que la ley penal debe disciplinar el nexo causal de modo de dejar bien en claro que nadie puede responder sino por aquello a que dió causa. Entonces, se trata substancialmente de un argumento que se basa en el hecho de que la relación de causalidad constituye un presupuesto de la responsabilidad, ya que a nadie le puede ser imputado un hecho, a nadie le puede ser atribuida responsabilidad penal, si no ha sido antecedente causal. Agrega también, que en uno de los más perfectos códigos penales modernos que es el de Jean Graven, para Etiopía, figura la relación de causalidad en su artículo 24, no obstante la integral repulsa de la responsabilidad objetiva que hace en el Art. 57, apartado 2. Omitir la disciplina legal de la causalidad, es dar paso a los antiguos criterios sobre la concausalidad,

o sea, un objetivismo retardatorio conducente al privilegio del delito concausal, aún cuando la concausa esté, lógica y directamente, vinculada a la acción u omisión. Es verdad que de cierto tiempo a esta parte, se ha preconizado el restablecimiento del criterio de la responsabilidad proporcionada al grado de efectiva contribución causal material del agente a la producción del resultado. Pero esto sólo puede redundar en un indefectible debilitamiento de la reacción penal. Es igualmente inaceptable negar la causalidad de la omisión, asunto relevante cuando se presentan los delitos comisivos por omisión. Del hecho de tener la omisión relieve jurídico penal solamente cuando es contraria a un deber jurídico, lo que por lo demás también ocurre con la omisión, no se sigue que deba ser reducida a un puro concepto normativo pues es también un concepto naturalístico: quien deba impedir un evento, pudiendo hacerlo, es evidentemente condición sine qua non y por lo tanto, causa de él. Es menester distinguir entre el momento normativo, esto es, el momento de la violación del deber jurídico de obrar y el momento naturalístico, o sea, el del no impedimento del evento de que se trata. Bajo este último aspecto, la omisión, es sin duda alguna causal desde el momento en que la condición es causa.

Esta posición ha sido vencida en la Comisión de Río de Janeiro. Ha entendido la mayoría que, en lo que concierne a la llamada causalidad en los delitos comisivos por omisión, no es nunca posible resolverla con criterios puramente naturalísticos y se afirmó la normatividad de la omisión, siendo muy dudoso que se pueda resolver con los criterios de la teoría de la conditio sine qua non los casos de la llamada causalidad de la omisión. Estos son problemas extremadamente difíciles y muy debatidos en la doctrina y que, ciertamente, conducirían a nuestra Asamblea a discusiones interminables. Todos sabemos la disención muy honda que hay en la doctrina entre las varias teorías que procuran resolver el difícil problema del nexo causal y muy particularmente, entre las teorías que se formulan para concretar los casos en que hay ruptura del nexo causal. Son los problemas que en Italia ha dividido a los autores y que también en Brasil ha conducido a nuestra doctrina a posiciones muy diversas sobre lo que se debe en-

tender por causas que, por si solas, producen el resultado en el caso de interrupción del nexo causal. Por eso la Comisión reglamentó exclusivamente la hipótesis de los crímenes comisivos por omisión. En este punto estableció que el hecho punible puede ser ejecutado por acción u omisión. En seguida se indicaron, en forma precisa, las fuentes del deber jurídico de impedir el resultado en los casos de crímenes cometidos por omisión adoptando una orientación restrictiva. La enumeración se limitó a las hipótesis de obligaciones que surgen de la ley —situación en que hay una obligación de guarda, de protección o vigilancia— y también, con una fórmula que nos pareció bastante buena, a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, aún sin culpa, y a quien asumió la responsabilidad de que el resultado no aconteciera.

Esta última formulación nos parece preferible a la indicación del negocio jurídico como fuente del deber de actuar. No es propiamente del contrato que surge la obligación de impedir el resultado, pero sí por asumir una responsabilidad social que impone al contratante una posición de garante libremente aceptada, razón por la cual no prevalece en el caso las limitaciones que emanan del derecho privado y del contrato mismo. Así, la forma de la aceptación de la responsabilidad, siendo la más amplia, nos pareció la fórmula preferible. Son estas las explicaciones que yo puedo dar sobre el trabajo de la Comisión de Río de Janeiro.

Después de haber apuntado el planteamiento de Río de Janeiro, expondremos en forma sintética los puntos a discusión de que fue objeto dicho planteamiento.

Porte Petit da la razón a la Comisión de Río de Janeiro cuando estima que no debe reglamentarse la relación de causalidad, pero apunta el problema de si el origen del deber de actuar en el delito de comisión por omisión debe dejarse a la doctrina como hasta hoy día ocurre en la mayoría de los códigos, en los cuales no se reglamenta, o bien debe regularse en un artículo como el que propone la Comisión del Brasil.

Con respecto a la regulación de un artículo del deber de actuar se pone a votación teniendo como resultado 10 votos negativos y 1 abstención.

Se pasa inmediatamente al problema de la relación de causalidad. El Profr. Nelson Hungría representante de Brasil da sus puntos de vista, asentando que para evitar se retorne a los viejos criterios de la letalidad relativa, de la "letalidad sublunga", de transformar un crimen concausal en un crimen "exceptuan" o privilegiado; para eliminar, para suprimir de una vez por todas, esos criterios que de cuando en cuando surgen para debilitar la reacción penal, como es el caso del homicidio concausal; para evitar justamente que los jueces apliquen estos viejos criterios, en la solución del problema de la causalidad, es que se impone el principio de que la ley debe reglamentar, establecer una disciplina para el principio de la causalidad; existen varias teorías, ¿cuál es el derecho penal que no haya dado lugar a varias teorías, las más diversas?. Más, la teoría que fue adoptada por el Código Penal Brasileño, teniendo como modelo el código Italiano, es la teoría más aceptada y que decide sin mayores discusiones el problema de la teoría de la equivalencia de las causas, porque es la única teoría que separa completamente la causalidad física, material, de la causalidad psíquica, de la causalidad moral. Si nosotros hablamos de regular el método de la causalidad, no es exacto, como aquí se ha estado afirmando de manera categórica, de que al haber adoptado Brasil el criterio de la equivalencia de las causas, de igualdad entre modo y condición, esto haya provocado divergencias de criterios en los tribunales, entre jueces de primera instancia.

El problema de la causalidad reglamentada por la ley, no sólo como principio central que une el resultado a la acción u omisión, tiene también un valor más elevado: como principio que regula la interrupción de la tonalidad.

Cuando la tonalidad humana se interrumpe por un hecho casual, por un hecho de tercero, inesperado, como es el caso por ejemplo de un individuo que es alcanzado por una bala y llevado al hospital y allí la enfermera en vez de darle el remedio recetado por el médico, le da un veneno y el hombre muere, habrá jueces que digan que hay homicidio consumado, atribuyendo al agente que disparó la consumación del homicidio; pero es imposible; esto es un absurdo; el agente sólo podrá responder por "ten-

tativa de homicidio”; de ahí que la fórmula para resolver esta situación ha de ser la que sigue: “El resultado del cual depende la existencia del crimen, es imputado a aquel que lo causó. Considérese causa la acción u omisión sin la cual el resultado no habría ocurrido”.

Párrafo 1o.: “La omisión es relevante como causa cuando quien omite debía o podía actuar para evitar el resultado derivado de ese deber, sea que provenga de la ley, de relación contractual o de peligrosa situación de hecho, creada por el propio omitente, aunque sin culpa”.

Párrafo 2o.: “La causa que sobreviene independiente, aunque sea relativamente, excluye imputación cuando por sí sola produce un resultado. Los hechos anteriores, entretanto, se imputan a quien los practicó”.

Soler, reforzando el criterio de que no se debe reglamentar la relación de causalidad dice: “Voy a hablar para apoyar la posición de la comisión Brasileña en su mayoría. Es decir, que el código no tiene que contener una disposición relativa a este falso problema de la causación. Digo falso porque las ciencias penales efectivamente progresan y en estos últimos cuarenta años es éste uno de los temas que más han progresado. Después de estos cuarenta años y del extraordinariamente valioso trabajo doctrinario que se ha hecho alrededor del tema, ha quedado perfectamente en claro, es uno de los pasos que en campo de la naturaleza filosófica se suele dar y que suelen significar el progreso de la filosofía, que el problema no era de la causalidad y que, tal como venía planteando, implicaba sin análisis como siempre ocurre cuando éstas novedades doctrinales se producen la suposición de que las categorías de captación y de acción humanas son las mismas. Yo no quiero propugnar aquí que alguien se afilie a una de las teorías modernas, pero sí me parece absolutamente claro que la pretensión tan explicativa de la acción humana con que se presentaban las teorías causalistas hace veinte años, hoy no tienen sentido.

También es absolutamente claro que el problema no es de saber qué es causa del resultado, sino quién es autor del resultado.

Para mi es particularmente grato subrayar que este punto de vista es bastante reconocido universalmente gracias al aporte muy valioso de la doctrina de la acción finalista, de Welzel, que yo no comparto en su totalidad, pero sí en un gran sector.

Digo que me es particularmente grato, porque nuestro punto de vista lo he sostenido hace más de treinta años. La inclusión de un precepto sobre causalidad en el Código Penal Tipo, representaría un positivo retroceso técnico y científico. En ese sentido, pues, me adhiero totalmente a la propuesta de la Comisión, tal como la ha relatado el Profesor Fragoso, en el sentido de que no debe haber un texto concebido en las fórmulas con que se ha resuelto este problema o pretendido resolver en algunas legislaciones y particularmente, en los tiempos modernos a partir del Código de Rocco.

Con esta exposición se cierran los debates sobre la reglamentación de la causalidad y se pasa a la votación, teniendo como resultado 9 negativos y 2 positivos.

Se pasa al análisis del punto tercero "tiempo y lugar del delito". Al primero en concedérsele la palabra es al Dr. Eduardo Novoa Monreal, quien pide a la Comisión de Río de Janeiro que aclare sobre la terminología usada en los artículos 1o. y 2o., ya que primeramente usa los términos "delito" y posteriormente "hecho punible" señala también que en algunas partes habla de acción y omisión, separándolas del resultado, lo que significa tomar posición respecto de una tendencia doctrinaria.

Artículo 1o.—El delito se entiende ejecutado en el momento de la acción u omisión, aun cuando sea otro el momento del resultado.

Artículo 2o.—El hecho se considera ejecutado en el lugar en que se desarrolló la actividad delictuosa, en todo o en parte, y aún bajo la forma de participación, como asimismo donde se produjo o debería producirse el resultado. En los delitos omisivos, el hecho se considera ejecutado en el lugar en que debería realizarse la acción omitida.

Respecto a la terminología el Profesor Jiménez de Asúa dice: Los términos "hecho punible" se deben al deseo de poder comprender en esa designación las faltas y los delitos. Pero si nosotros no vamos a tratar más que de delitos, por qué no decir simplemente "delito". ¿Por qué complicarnos con el "hecho punible"; palabras más o menos feas, más o menos bonitas?. Ya que nosotros no nos vamos a ocupar de faltas, según acordamos, el concepto quedará así perfectamente claro.

De la misma opinión a este respecto son el Profesor Martínez Lavalle y el Profesor Soler.

El Profesor Fierro toma la palabra para exponer: "Yo creo que conviene mantener la denominación "hecho punible" por cuanto, en alguna medida, estamos definiendo lo que luego en otras partes vamos a tener que seguir utilizando. La terminología tendrá que ser uniforme con respecto a las disposiciones relativas a tentativa y participación. Creo que es conveniente aceptar la palabra "hecho" porque en la participación, por ejemplo, se ha planteado el problema de la accesoriedad y el grado de accesoriedad que vamos a admitir, es decir, si será limitada, máxima o mínima, y yo considero que la palabra "hecho" es mucho más adecuada para este propósito". Este criterio es apoyado por el Profr. Fragoso.

El Profesor Novoa Monreal toma la palabra para solicitar el cambio de la palabra "ejecutar" por la de "realizar", pues considera que es una expresión que abarca más propiamente las formas activas como omisivas. Al poner a votación si se debe cambiar la palabra ejecutar, se obtiene un resultado de 10 votos por modificación y una abstención. Cuciéndose discusiones al respecto y dándonos las siguientes proposiciones.

1.—La del Profesor Miguel Tamayo: "El delito omisivo se considera ejecutado en el lugar en el cual debió realizarse la acción omitida".

2.—El Profesor Franco Guzmán, para modificar el segundo apartado: "en los delitos omisivos el hecho se considera realizado en el lugar donde ha debido realizarse la acción omitida".

3.—La substitución total del precepto la propone el profesor Francisco Laplaza, con el siguiente texto: "El hecho se considera cometido:

a) En el lugar en que se desarrolló, en todo o en parte, la actividad delictuosa de autores o partícipes;

b) En el lugar en que se produjo o debió producirse el resultado. En los delitos omisivos, el hecho se considera realizado donde hubiera debido tener lugar la acción omitida".

Saliendo como vencedora la proposición del Dr. Laplaza, por diez votos.

Ahora examinaremos el artículo relativo a la omisión.

Da Costa, expresa en este artículo hay una pequeña confusión entre lo que es impedir un resultado y el deber de actuar. Es decir, se emplea indiferentemente la obligación específica, impedir un resultado, y la obligación genérica, el deber de actuar. Yo creo, por tanto, que se debe modificar la segunda parte y no la primera. Propongo esta fórmula: "la obligación de impedir el resultado podrá depender de una norma jurídica o consuetudinaria, del comportamiento precedente que haya creado el riesgo o por especial aceptación del encargo". No es solamente la ley la que puede imponer las obligaciones de guarda, protección o vigilancia; además del contrato, también puede ser fuente de esa obligación, la aceptación de un encargo. Por ello yo creo que hay en este texto una repetición inútil.

Soler dice que en general, está de acuerdo con el texto propuesto. Sin embargo, subraya en la parte final un aspecto que es un poco delicado: el hecho de asumir la responsabilidad de que el resultado no acontezca, para imputar la producción eventual de este resultado, me parece que no es suficiente. Debe ser considerada, además en su relación con la determinación de cierta conducta de otro, es decir, que para imputar en esta tercera situación un resultado omisivo, no es necesario solamente que alguien haya asumido el riesgo de que no ocurra, sino que esa promesa, esa asunción del riesgo, determina que el riesgo sea efectivamente afrontado. Es una exigencia algo mayor, pero es una exigencia determinante. Debe haber la aceptación de la responsabilidad de evi-

tar un riesgo, pero que tenga efecto determinante en la conducta de otro, pues lo que realmente hace imputable la omisión es que al asumir ese riesgo, al asumir ese deber, se determina la asunción del riesgo. De manera que yo me permitiría proponer en esta última parte, un agregado que diga: "A quien asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado".

Laplaza expone la siguiente fórmula tomando como base el deber de solidaridad social: "El hecho punible puede ser ejecutado por acción u omisión. Responderá por el resultado quien no lo impida, cuando podía y debía evitarlo, de acuerdo con las circunstancias".

Fragoso refiere: Paréceme que sería para nuestros jueces de América una indicación mucho más precisa, la relativa a las fuentes de donde proviene este específico deber jurídico de impedir el resultado. Pensamos entonces, que la fórmula que presenta Laplaza, aunque aceptable, no es conveniente, porque es quedar como se está hoy: las legislaciones actuales no contemplan de donde emana ese deber jurídico de impedir el resultado, y siendo así, la situación es de gran imprecisión y de duda, para identificar en determinados casos ese deber de impedir el resultado. Se puede llegar de esta manera, a extremos totalmente inaceptables; por ejemplo, cuando una omisión de socorro pudiera constituirse en un homicidio. Es el caso mencionado por Soler en su Tratado, del jardinero que ayudo al hijo de su patrón a fugarse y que podría transformar una omisión de socorro, esto es, un delito de poca entidad, en un homicidio, porque en aquella hipótesis el juez pudo entender que había un deber de solidaridad social según el cual, aquel hombre, en aquellas circunstancias, tenía el deber jurídico de impedir los resultados. Una precisa indicación de las fuentes nos parece una norma de garantía al derecho de libertad del ciudadano y en nuestros países de América, que tienen una situación social y cultural totalmente distinta a los países de Europa; parece en este momento que es mucho más recomendable y adecuado, que se indique con precisión el texto de donde proviene este deber de impedir el resultado.

Soler dice: los delitos de comisión por omisión, son delitos, a

mi juicio, siempre dolosos, es decir extraordinariamente graves. Esta distinción no se ve suficientemente subrayadas, considerando que hay una gran fuente de la responsabilidad culposa que consiste en omisiones, negligencias y falta de cuidado. ¿Cuándo una omisión es un delito de comisión por omisión? A mi juicio, la figura de la comisión por omisión tiene un elemento constitutivo en el tipo, que hace incompatible su aplicabilidad culposa. Establecido esto, corresponde meditar cuidadosamente cuando tratemos de establecer este texto que estamos haciendo un texto para las formas delictivas efectivamente más maliciosas y repudiables, y van a ser aquéllas en las cuales un sujeto emplea como medio su omisión para cometerlo. Si esa es la noción que nosotros tenemos, o por lo menos, es la que yo me he formado del delito de comisión por omisión, cuando se me dice que busquemos una fórmula abierta o amplia para la imputación de estas omisiones, me parece que trasgredimos seriamente principios de política criminal, porque en estos casos, la fuente de responsabilidad no puede ser dejada en blanco o indefinida.

Las nociones que nosotros estamos haciendo son constitutivas y las nociones constitutivas que determinan responsabilidad, no pueden dejarse a que los jueces las establezcan, que pueden ser muy buenos.

Continúa cometando Soler, la fuente de esta responsabilidad tiene que ser fijada con precisión para que no se confunda con el delito de comisión por omisión, negligencias que nos pueden hacer responsables de resultados que ocurran, a título de culpa. Es cierto que la solidaridad social se afirma, se hace más densa, y que es posible que haya necesidad de que el derecho penal considere nuevas formas de responsabilidad delictuosa. Yo mismo me he hecho cargo de esta razón y he propuesto figuras nuevas de responsabilidad directamente derivadas de esta noción de solidaridad social. Esto debe hacerse, por lo mismo que creo que es muy delicado, siempre de una manera muy precisa y exacta, mediante la introducción de figuras específicamente definitorias.

Gonzaga, está de acuerdo con Soler y Frago, diciendo: "La solidaridad social, tan sólo puede dar margen al deber de obrar que fundamenta un crimen comisivo por omisión. La ley puede pre-

ver a través de figuras omisivas, de crimines omisivos puros, ese deber de solidaridad social”.

González de la Vega expresa: Yo pienso que la técnica jurídica acentuada, a veces puede conducir a una subrayada deshumanización del derecho y las clasificaciones dicotómicas estrictas pueden producir ese alejamiento de la realidad humana. En los delitos de comisión por omisión hay veces casos en que efectivamente el deber de asistencia, el de custodia, los impone directamente la ley o se adquieren legalmente por el contrato. Los impone directamente la ley, por ejemplo, a los padres respecto de sus hijos menores, los impone contractualmente y en forma legal la convención humana en el deber de asistencia de un médico a su paciente. Pero hay un deber de solidaridad humana que no siempre recoge la ley, ni recoge el contrato; este deber de solidaridad humana quizá no debiera exagerarse dentro de un código penal, que no tiene por objeto ni finalidad la moral, el perfeccionamiento del hombre por la perfección misma, sino que es un derecho sórdido y utilitario que solo pretende impedir ciertos daños. Pero hay deberes mínimos de solidaridad humana que no deben estar nunca ausentes de la tutela penal, por ejemplo, el artículo 340 del Código Penal Mexicano vigente dispone: “Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo, o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicará... de prisión o multa de..., si no diere aviso inmediatamente a la autoridad u omitiere prestarles el auxilio necesario, cuando pudiera hacerlo sin riesgo personal”. Con bastante prudencia, la legislación mexicana y otras han señalado el deber general cultural de solidaridad humana. Yo pienso, y así lo he interpretado, que en el fondo el Código Penal Mexicano establece en este artículo una obligación, que es una regla del derecho privado contenida dentro del mismo Ordenamiento para fijar inmediatamente su sanción.

Según el Profesor Hungría, quien crea el deber de impedir el resultado, no es la Ley penal, son las leyes que lo anteceden; el derecho penal en este caso, es meramente receptivo. Quien define los deberes; son otras leyes: las de orden público civiles, etc., pero no la ley penal.

De modo que estimo que está perfecta la redacción: "El hecho punible puede ser ejecutado por acción u omisión. Responderá por el resultado quien no lo impida, cuando podía y debía evitarlo, de acuerdo con las circunstancias".

El deber de actuar, en este caso, incube a quien tenga por ley la obligación de guarda, protección o vigilancia, a quien con su comportamiento precedente, crea el riesgo aún sin culpa. Y en la parte final, estoy también completamente de acuerdo con el Profr. Soler: "A quien asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuere afrontado". La solidaridad social —por lo menos en la época contemporánea—, es aún en su mayor parte, apenas un deber moral. No podemos traer aquí este deber moral, y muchas veces filosófico, dependiendo su extensión de la opinión de cada cual. Estos deberes deben ser definidos nítidamente en la ley.

Soler comenta: La existencia del delito de comisión por omisión es una figura cuya naturaleza proviene de una valoración jurídica del sentido de solidaridad y cooperación social. Cuando se produce este caso, puede ocurrir que un sujeto abandone, es decir, no preste la atención a alguien necesitado, infracción puramente omisiva, punible con absoluta independencia de lo que ocurra, porque pueden ocurrir varias cosas, entre otras, que el necesitado se muera. El problema es saber cómo vamos a imputar a este sujeto esa muerte. Si ella se deriva de esa falta de solidaridad, pueden haber dos formas de imputarla: una culposa, como ocurre generalmente, en la imputación de los delitos culposos, y otra como asesinato doloso, y ese es el único punto que a mí me interesaba aclarar. Desde luego que con la existencia de figuras específicamente construidas, derivadas del sentimiento de solidaridad social especialmente puesto de relieve y protegido, los códigos penales adquieren o pueden adquirir más amplitud en este campo, pero el problema siempre va a estar en saber dis-

tinguir un resultado derivado de la negligencia, de la falta de cuidado, o de la falta genérica, de solidaridad, y el asesinato doloso en el que se incurre mediante una omisión que es un hecho mucho más perverso en sí mismo, moral y jurídicamente que aquel consistente directamente en asesinar. Esta mayor perversidad se agrava, cuando un sujeto emplea conscientemente un medio que propiamente de un principio que Carrará nos ha enseñado y el es esencial: siempre en derecho penal la responsabilidad se agrava, cuando un sujeto emplea conscientemente un medio de una manera bifurcada con respecto al fin. Cuando hay delito de comisión por omisión es un delito de esa naturaleza y el único problema que teníamos era saber si al sujeto que vio a un hombre que está tirado en el suelo, no le prestó el auxilio y después resulta que ese sujeto murió, lo debemos castigar por el asesinato de ese sujeto. Cosa que efectivamente ocurriría si fuera comisivo el hecho y si el medio comisivo es efectivamente empleado deliberadamente para matarlo. La distinción que este artículo tiene que tener es una distinción fundamental, porque se mueve entre el nivel de las penas privativas de libertad de uno, dos o tres años, incluso hasta cuatro, pero no podemos ir mucho más allá sin transgredir gravemente el problema de que nadie responde sino por la medida de su culpa. Ahora, cuando entramos a los homicidios de este tipo, cometidos con especial perversidad, como ocurre en esta clase de figuras, evidentemente nos tenemos que mover entre los diez años para arriba, y aún eventualmente dentro de las penas perpetuar. Este es el punto que hay que tener en cuenta para saber si aquí debemos o no definir y muy concretamente las fuentes de esa segunda clase de responsabilidad.

Refiere Porte Petit, después de haber escuchado las ponencias; yo me permito opinar que se podría resolver el problema con un sentido eclético. En realidad hay mucha razón para pensar —y así lo habíamos estimado— que hay mayor seguridad si en un precepto se señalan los deberes que tiene el sujeto, ya sea que provenga de la ley, de una obligación, de una acción preceden-

te y como dice Don Luis Jiménez de Asúa, de un deber de convivencia social. Pero en realidad, hemos visto que algunos han estimado, entre ellos el profesor Soler, como sumamente peligroso que se tome en consideración el deber de convivencia social sin que esto no signifique que no sea conveniente que se describan tipos en que se recogiera este principio. Entonces yo me permito hacer esta proposición: creo sí es una garantía el que establezcan con precisión y en forma exhaustiva las fuentes del deber y procurar que se tome todo el cuidado para que no falte absolutamente ninguna.

Se presentan a virtud de lo anterior, tres propuestas sobre el problema de la omisión.

a) La primera sería la original de Río de Janeiro con la modificación del Profesor Soler.

“A quien asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado.”.

b) La del Profesor Laplaza, que agrega después de la primera línea del artículo.

“El hecho punible puede ser ejecutado por acción u omisión. Responderá por el resultado quien no lo impida dolosamente, cuando podía y debía evitarlo de acuerdo con las circunstancias”.

c) La proposición del Profesor Gonzaga dice:

“El deber de actuar en este caso incumbe a quien tenga la obligación legal de impedir la producción del resultado y a quien con su comportamiento precedente aunque sea sin culpa fuese causa del resultado”.

Opina Fragoso, los códigos más antiguos establecía como la fuente del deber de actuar, para caracterizar los delitos cometidos por omisión, a la ley, a los contratos y a la creación, de una situación peligrosa. Esto conducía a la doctrina a dificultades técnicas muy serias, puesto que era necesario concebir, en esta clase de delitos, una antijuricidad especial además de la antijuricidad general de la violación del precepto, lo que significaba que la tipicidad de este delito dependía de su antijuricidad. Hasta que

Negler con su trabajo publicado en 1911, se entendió que este deber jurídico de actuar no se sitúa en el campo de la antijuricidad sino en el campo de la propia tipicidad. Y puesto que ese deber jurídico de actuar surge con la propia norma, es indispensable que el mismo texto lo fije, lo establezca de una forma absolutamente precisa. Lo que trata de hacer al indicar en las leyes estos principios, no es establecer una presunción de responsabilidad penal en los casos de los delitos cometidos por omisión. La ley, es decir, las normas incriminadoras definen el delito de una forma que claramente indica una actividad positiva. De lo que se trata es solamente de señalar en que casos la omisión es equiparable a la acción. Por ahora, se trata solamente de delimitar al campo en donde se reconoce que una omisión corresponde a un acto. Claro que después, en esta misma clase de delitos, aunque no se admita la causalidad de la omisión, hay una indagación causal previa, que es la de saber, aunque la omisión sea equiparable a una acción, si esa omisión puede ser considerada una causa del resultado, lo que, a mi juicio, no se puede hacer con la teoría de la equivalencia de las condiciones. Entonces se trata de establecer la base según la cual es posible, desde luego, identificar a las acciones, las omisiones. Hay aquí dos tendencias que se presentan en las propuestas que en este momento son sometidas a la sala. Una de las tendencias es la de establecer los límites de esta equiparación en una forma muy amplia, y que, sustancialmente, equipara, en determinadas condiciones, la omisión a la acción, haciendo referencia, clara, a ciertos valores, a ciertos principios de solidaridad social o de situación social en la cual una omisión es equiparable a una acción en términos muy amplios. La otra tendencia es la de delimitar claramente las bases o los fundamentos de esta equiparación. Es la que sigue el proyecto Soler, el proyecto Hungría, el proyecto Portugués y en los cuales se establece muy claramente que la omisión es equiparable a la acción solamente en los casos determinados por una imposición de un deber que emana de la ley, que resulta de un contrato como dice el proyecto Portugués y el proyecto Hungría o en suma de aceptar una obligación jurídica específica de impedir el resultado, en nuestra proposición hemos adoptado esta segunda orientación, por las razones que esta mañana enunciamos tanto el Profesor Soler como el que habla.

Profr. Bunster, entiende que el proyecto presentado por la comisión de Río de Janeiro soluciona, el problema de la acción y de la omisión en el problema de las conductas punibles. Pero los delitos de omisión creados en la parte especial, serán los llamados propios delitos de omisión. Ya que en este punto estimo que el proyecto del Profr. Fragoso satisface esa necesidad cuando en el tercer artículo dice "El hecho punible puede ser ejecutado por acción u omisión". Ahora bien el problema del deber jurídico de actuar no es planteado en los delitos de simple omisión como en los delitos de comisión por omisión. Nosotros vemos que la fuente de ese deber jurídico surge expresamente o inmediatamente del precepto penal que establece el delito de omisión simple de que se trata en la parte especial. Entonces aquí no hay de por medio ningún problema constitucional, no hay ningún problema obligación de impedir el resultado. En los delitos de omisión simple, por tanto no se presenta este problema, por tanto, el problema es sólo respecto de los delitos de comisión por omisión que no estén previstos como tales en una figura concreta en la parte especial del Código. He escuchado exposiciones muy doctas en la mañana de hoy pero me asiste todavía una duda, bastante seria, que incluso me llevaría a postular que este tema fuera mejor madurado y que no sea resuelto en estas sesiones, sino que lo dejemos para otra reunión. Pues creo que nos estamos anticipando demasiado en Latinoamérica a un problema que no se ha planteado en los términos en que se ha planteado en otras partes como en Alemania, lo que ocurrió es que la opinión pública y no solamente los jueces, se han sentido extraordinariamente incluidos a equiparar siempre la omisión a la acción y acaso los jueces están con ello incurriendo en exceso. Pero a este respecto es muy distinta la situación jurisprudencial de Alemania y Latinoamérica. A los jueces latinoamericanos tal vez podríamos dirigirles el reproche contrario: que se han desentendido de que junto con la figura del delito comisivo, que trae consigo un resultado, existe la comisión por omisión.

Entonces ante estos hechos, me asalta una duda bastante grave de que nosotros estamos anticipándonos en Latinoamérica a un problema que no se ha planteado en otras partes y que acaso lo digo con dudas, nosotros pudiéramos prescindir de una regu-

lación técnica tan estricta como la que se postula en el provecho del Profr. Soler, en el anteproyecto del Profr. Hungría y en estas formulaciones que se han presentado a la mesa por los profesores Fragoso, Gonzaga y Da Costa. En esta discusión tan viva que se ha mantenido en Alemania yo creo que cabrá separar dos grandes planos que aparecen separados en el tercer artículo de la ponencia de Río de Janeiro. Un plano es el problema de la equiparación; otro plano es el problema de señalar las diferentes fuentes del deber jurídico de actuar o de impedir el resultado.

Yo quería, señor presidente, hacer estas consideraciones, no con un carácter escéptico, sino como una especie de llamado a la prudencia a fin de que no adelantáramos tan rápidamente sin un examen verdaderamente profundo sobre este problema y que si no postergamos, al menos la discusión del asunto para otra reunión, pudiéramos satisfacernos por ahora con una fórmula más simple que no suscite algunos de los problemas de los que no quisiera hacerme cargo porque creo que podrán hacerlo otros señores profesores.

El profesor Hungría, Jiménez de Asúa, Soler y Laplaza no están de acuerdo con lo hablado por el profesor Bunster, pues les parece una ofensa.

El profesor Laplaza, después de haber demostrado su inconformidad por lo hablado del Profr. Bunster, nos hace la siguiente observación. Aquí hablamos de acción, hablamos de acto, hablamos de hecho, hablamos de delito y se han dado una serie de explicaciones. Yo, observo que en Chile habíamos quedado en ocuparnos del tiempo y lugar del delito, y ahora por arte de magia, ha aparecido como encabezamiento de esta parte de nuestro trabajo, "el hecho punible..." y después "tiempo, lugar y forma de hecho punible". Aclarado el problema del tiempo y del lugar, es obvio que el único artículo restante que motiva la presente discusión, se refiere a la forma de hecho punible. Ahora bien, si se entiende por hecho punible el delito, estamos introduciendo un juego de metáforas. Se ha dicho que a veces puede ser preferible el concepto "conducta", pero a algunos no gusta la expresión y entonces ¿qué es lo que les gusta? es evidente que aquí todos estamos usando la palabra acción en sentido lato,

el que pueda o no coincidir con el sentido de la expresión "acción" en la moral o en la filosofía.

La acción tiene un primer aspecto que equivale a acto de conciencia, es decir, a una serie de ingredientes: pensamientos, deseos, propósitos, ingredientes intelectuales y volitivos. Como es sabido, todo esto es extraño al derecho penal, pero no deja de repercutir en el derecho penal. Es extraño al derecho penal porque éste se ocupa de la acción exteriorizada solamente. Entonces tenemos otro elemento, la exteriorización. Si a la acción le damos un contenido lato, a este fragmento de la acción, la exteriorización, podemos llamarlo acto. Por eso se dice que el conjunto de actos o fragmentos constituye una acción. Pero, además, hay otro aspecto, que es el que jurídicamente interesa más, la realización del acto con ciertos principios reguladores de obrar, es decir, la relación de contradicción con una norma legal, con una norma ética, la relación con la acción debida, o sea, el deber de obrar, y así sucesivamente. A esto creo yo que no hay inconveniente en llamarle conducta humana o comportamiento; en resumen, los elementos son la exteriorización del acto, la relación de ese acto con ciertos principios reguladores de la conducta y el resultado. La verdad es que el problema de la acción, técnicamente, en derecho penal ha sido presentado siempre conjuntamente con el de la omisión. El de la llamada acción diversa a la que se esperaba, que ha sido criticado recientemente y que si mal no recuerdo se originó hace más de un siglo. La segunda consiste en la acción esperada, no en la diversa. Es decir, estamos considerando este problema para relacionar de alguna manera el resultado que se produce, con ese tipo de conducta omisiva. Ahora, yo me pregunto ¿es indispensable que después de haber establecido en un artículo el criterio general y en el fondo un tanto redudante desde mi punto de vista que el hecho punible —léase el delito— debe ser ejecutado por acción u omisión, inmediatamente en el mismo artículo, establezcamos una disposición especial solamente con respecto a los delitos de comisión por omisión? Creo que es innecesario.

También es redundante referirse al problema de la causalidad con motivo de la comisión por omisión; eso lo va a elaborar la

doctrina judicial, por las mismas razones que nuestra Comisión había resuelto no ocuparse de la causalidad. Insisto una vez más que la referencia a ciertas fuentes en realidad no se trata de fuentes, no emanan sino de la ley penal la fuente de la responsabilidad penal como lo había observado el Profr. Bunster es una referencia a problemas concretos derivados de la doctrina y de la jurisprudencia Alemana. Había una tendencia de no ver claramente como se presentaba la omisión o la comisión por omisión, o se exageraba o se restringía su campo; entonces se considera necesario un artículo especial al efecto. Pero nosotros, no hemos tenido sólo el conocimiento, acaso por la sensibilidad de que estos problemas existen en nuestro país o en nuestros tribunales o siquiera en nuestra dictrina; además, no tenemos por qué seguir o incluir preceptos, que sigo insistiendo, responden a la más cruda y peligrosa responsabilidad objetiva. Cuando no se responsabiliza en virtud de un hecho exterior, o sea, de acción con signo más, sino sobre la base de construcción de la omisión fundada en un deber jurídico, no especificando, puede ocurrir que resulta peligroso, pues, se abre una puerta a la tiranía. Como decía el Profr. Da Costa con un ejemplo de SAUER; "si alguien no se saca el sombrero al pasar un cadáver, sería, igual a no quitarse el sombrero delante de la estatua del dictador y en cualquier de los casos, agregué con cierto espíritu socarrón, que en la primera hipótesis podría surgir el delito de vilipendio de cadáver, en la segunda, el delito de desacato". Por eso creo, e insisto en eso, que la fórmula que nosotros habíamos propuesto no es peligrosa. Procuraba dar un principio rector más amplia y más sencillo y, además eliminar o suprimir ciertas referencias directas a principios de responsabilidad objetiva que nosotros de ninguna manera podríamos aceptar. Y también, por último, evitar introducir el problema de causalidad por la ventana y con referencio solamente a la comisión, después de haberse rechazado por la puerta grande.

El Secretario Ejecutivo, propone que se añada al final de la frase "quien omite impedir un resultado que de acuerdo con las circunstancias podía y debía evitar, responderá por él para los efectos de la pena que se imponga por la determinación de ese resultado". Porque de esa manera queda perfectamente en claro

que está en relación con tipos descritos como tipos normales de acción con los cuales se va a producir la aplicación de ese precepto. Si a ello además le agregamos toda la segunda frase en un punto aparte, ya vamos despejando buena parte de los inconvenientes que puedan surgir o de las dudas que pueda ofrecer la redacción propuesta. En seguida, viene el grave problema de si acaso es necesario o no indicar cuáles son las fuentes de la obligación jurídica de actuar. A mi juicio podría explicarse dentro del precepto de que este debe de evitar es necesario un deber jurídico. Con esa sería suficiente, porque las reglas sobre ese deber no son reglas propias del derecho penal, son reglas propias de otras ramas del derecho, son reglas propias de derechos constitutivos y no de derechos secundarios como es nuestra disciplina, De tal manera que afirmando "podía y debía jurídicamente evitar" "Ya estaríamos dando una precisión que es suficiente. Tampoco hay que descartar, como ya algún orador lo ha señalado, que el derecho consuetudinario de un país pueda establecer determinadas obligaciones jurídicas y éstas no van a quedar comprendidas en ninguno de los tres extremos que han sido formulados. Una fórmula que se limitará a la primera parte, por el agregado de que se trata de un deber jurídico, no sería limitativa y tampoco pasaría a ser un concepto abierto o peligroso para las libertades. Porque, por ejemplo, en el concepto de la culpa también tenemos que hablar del deber de actuar del sujeto y tampoco es necesario señalar cuales son todas las fórmulas diferentes del deber de actuar. No se podría sostener que, con eso, al definir o al dar un concepto de la culpa estemos dan-atrevería a sugerir que se mantuviera la primera parte del precepto un concepto peligroso para la libertad. Por esta razón yo me cepto.

No me pronuncio por la fórmula del Dr. Laplaza, porque él "dolosamente" me parece, particularmente desafortunado. Luego agregar, en punto aparte, él "deber jurídico de actuar" y añadiendo el respondera por el "para los efectos de la pena que se imponga por la determinación de ese resultado", con lo cual queda clarísimamente manifestado que se trata de tipos naturalmente de acción, pero que también pueden ser cometidos por la vía de la omisión.

Dice Laplaza, con referencia a la palabra "dolosamente", debo expresar que este agregado lo hice solamente para procurar soslayar la posibilidad de alguna dificultad o crítica y además, porque entiendo que el delito de comisión por omisión sólo puede cometerse dolosamente.

Comenta Franco Guzmán. En la fórmula propuesta por la delegación del Brasil en la parte que dice "a quien con su comportamiento precede creó el riesgo, aún sin culpa". Ya el Profesor Leplaza había hecho algunas referencias sobre el particular y también en la mañana, de hoy, hace unos minutos, ha hecho observar que es la consagración de una norma de responsabilidad sin culpa. Efectivamente, sobre este punto concreto quiere señalar que ya en la reunión de Santiago de Chile, del año antepasado, al estudiarse el texto "a capite" se suscitó la misma discusión al examinar la fórmula de la culpabilidad, cuando se dijo que no hay delito sin culpabilidad. Recuerdo que en forma clara resolvimos que en ningún caso se acepten situaciones de responsabilidad objetiva. Por eso fue que a mí me causó un gran temor al leer la fórmula propuesta por la comisión de Río de Janeiro, pues entiendo que "consagra" una fórmula de responsabilidad objetiva y más que esto, un principio contra el cual han luchado y siguen luchando los legisladores de todo el mundo, el principio del *versarii in re illicita*.

Por eso estimo que el problema ya se había suscitado y comenzado a resolver con la proposición del Profesor Laplaza al decir: "responderá por el resultado quien no lo impida dolosamente". Esto significaba ya apuntar el problema y más que apuntar, resolverlo en parte diciendo "quien no lo impida dolosamente". Posiblemente habría sido mejor decir "dolosa o culpablemente". De cualquier manera, lo importante es que en las otras dos proposiciones, la del Profesor Gonzaga y la del Profesor Da Costa, se omite precisamente esta expresión "aún sin culpa", o sea, que lo único que pretendo es llamar la atención sobre evitar la necesidad de fórmulas que consagren el principio del *versarii in re illicita*.

Refiere Porte Petit. Con el afán de resolver este problema me voy a permitir decir que tal vez podría solucionarse, agregando precisamente el término que propuso el Dr. Novoa: "jurí-

dicamente". Pero para ser honrado, en estos puntos de vista, desearía que se resolviera primero si la fórmula del Brasil ha separado las fuentes del deber de obrar: La obligación, la ley y, otras fuentes con autonomía. De ser así, la proposición que se hace por el Profesor Novoa y por un servidor, no serviría para solucionar el problema, porque quedarían otras hipótesis fuera y tendría razón la comisión de Brasil. Creo que ya el problema es muy claro; si de lo que se trata es de encontrar las fuentes del deber de obra, aclaremos para hacer una fórmula correcta si realmente todas las fuentes son legales o hay otras que tienen autonomía. Por eso le pregunte antes al Profesor Fragoso, para no equivocarme en su pensamiento, si tenían autonomía las fuentes señaladas en su proyecto. Me ha autorizado a expresar, que cuando se dice "con su comportamiento precedente, crea un riesgo, aún sin... etcétera... y quien asumió...", nada tiene que ver con la primera hipótesis de la fórmula Brasileña. De tal manera que todo consiste en ponernos de acuerdo en cuales son, de dónde derivan las fuentes del deber de obrar, como ya he dicho anteriormente, la raíz del problema se encuentra en precisar si las fuentes del deber de obrar del sujeto derivan únicamente de la ley o hay otros con autonomía.

El Secretario Ejecutivo dice. En realidad yo no participo de la idea del Dr. Porte Petit, porque me parece que si acaso se dice "jurídicamente", se comprenden no solamente aquéllas fuentes del deber que fluyen del texto expreso de ley, sino también de otros hechos que dan origen a una obligación jurídica.

Profesor Laplaza. Perdón, una aclaración más, pues hay que pensar siempre que de estos preceptos van a surgir un delito, de manera que con la aclaración del Sr. Secretario Ejecutivo y siempre con la conciencia, que espero que sea unánime, de que el delito no va a surgir por obra de la costumbre o de cualquier uso de la sociedad entonces estaríamos de acuerdo.

El Presidente de las Secciones pone a votación si se incluye o no en el proyecto las fuentes del deber jurídico de actuar. Toma la votación y el resultado es 6 negativos, 5 positivos.

Refiere el Secretario Ejecutivo. Someteríamos a votación la primera frase del artículo, que dice: "El hecho pñible puede ser

ejecutado por acción u omisión". En esta parte recuerdo que conforme con lo ya aceptado por la comisión, convendría sustituir "ejecutado" por "realizado". Si les parece, entonces, a la comisión podría aceptarse la primera frase diciendo: "El hecho punible puede ser realizado por acción u omisión". ¿Habría oposición en ese sentido? Aprobado. En la segunda frase, hay varias indicaciones. Pero las proposiciones de los Profesores Da Costa y Gonzaga en este punto son coincidentes con el informe del Profesor Fragoso; de modo que no se les mencionaría separadamente. El texto tal como viene en el informe de la comisión de Río de Janeiro dice: "quien omite impedir un resultado que de acuerdo con las circunstancias, podía y debía evitar, responderá por él".

El Profesor Laplaza propone la siguiente modificación, suprimiendo el término "dolosamente" que dice, "responderá por el resultado quien no la impida cuando podía y debía evitarlo, de acuerdo con las circunstancias".

Profesor Laplaza, Recogiendo la sugerencia que hizo el Profesor Porte Petit y que coincide con la indicación del Sr. Secretario Ejecutivo, no tengo ningún inconveniente en que se diga "cuando podía y debía jurídicamente evitarlo de acuerdo con las circunstancias".

Secretario Ejecutivo. De tal manera que el texto completo, como apartado independiente, sería: "quien omite impedir un resultado que de acuerdo con las circunstancias podía y debía jurídicamente evitar, responderá por él para los efectos de la pena que se imponga por la determinación de este resultado".

Profesor Hungría, considero que la palabra "Debía" es lo procedente jurídicamente", cuando debía jurídicamente y podía evitarlo, de acuerdo con las circunstancias".

Sub-Secretario. El texto, que constituye una función de las diversas proposiciones y alternativas que existían, dice lo siguiente: "Cuando la ley reprima el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida, si podía hacerlo de acuerdo con las circunstancias y si debía jurídicamente evitarlo". En consecuencia se procederá a votar esta fórmula como

alternativa de la propuesta por la comisión de Río de Janeiro. Teniéndose, 7 por la afirmativa, 4 por la negativa.

Asienta el Profesor Sanabria. Me parece que fundamenté suficientemente mi proposición, pero como parece que algunos desean conocer más concretamente mis razones, las resumo en la siguiente forma: Cuando se dice "el hecho se entiende realizado en el momento de la acción u omisión", esta norma es suficiente para disciplinar el problema de que se trata (el tiempo de la comisión) tanto si se trata de delitos de mera conducta o formales como si se trata de delitos materiales o con resultado. De modo que no hay necesidad, en mi concepto, de la frase final "aún cuando sea otro el momento del resultado", porque por el contrario, puede ocurrir que se trate de un delito meramente formal; entonces no habría lugar a la producción del resultado y parecía que el artículo solamente se refiere a esos delitos. Entonces, en mi concepto, queda más comprensivo el artículo, más claro, al decir "el hecho se entiende realizado en el momento de la acción u omisión", porque comprende tanto el caso de los delitos de mera conducta como de los delitos de resultado, por una parte. Por otra, desde el punto de vista de la técnica legislativa, me parece más severo al precepto y menos inbuido de academismo en el sentido de no hacer una distinción que en el texto mismo del artículo aparece como meramente académica.

Profesor Tamayo. Considero como un principio que no admite discusión, el que no hay delito sin resultado y con ésto seguimos la muy autorizada opinión del Profesor Jiménez de Asúa. Desde el momento en que este es un principio fundametal y aún cuando coincida o pueda coincidir cronológicamente el instante mismo de la realización de la acción con el resultado, me parece que es muy conveniente mantener tal o cual como está la frase final del artículo, o sea, "aún cuando sea otro el momento del resultado".

Hungría expresa: El artículo evidentemente se refiere a los llamados delitos a distancia; ésto es, cuando la acción se realiza en un lugar y el resultado en otro distinto, planteándose cual es el tiempo del delito, el lugar de la acción y el tiempo del resultado. Hay una gran discusión doctrinaria al respecto; por eso que la

fórmula buscó solucionar la cuestión respectiva diciendo: el momento de la acción es aquél en que el resultado se produce o se debía producir. Por otro lado, el resultado no es el delito; tampoco se confunde con la acción o la omisión. De modo que no veo razón para esos reparos. Precisamente, para resolver la discusión de un modo claro, preciso, es que se establece tal redacción respecto del tiempo de comisión del delito. La fórmula es perfecta y esta cuestión doctrinaria hay que dirimirla.

El Secretario Ejecutivo dice: Si los términos "acción u omisión" fueran enteramente claros, podría seguirse sin ningún inconveniente el criterio de la proposición del Profesor Sanabria. Todos, como se ha dicho, absolutamente de acuerdo en la idea; se trata simplemente de la expresión adecuada para vertirla dentro del texto legal. La expresión "acción u omisión", en verdad, es una expresión ambigua dentro de la doctrina penal, porque hay quienes muy autorizadamente consideran que dentro de la expresión "acción" va incluso también el resultado. Decir "el hecho se entiende realizado en el momento de la acción u omisión" podría ser una regla que no tuviera ninguna utilidad y que no aportará solución al problema que se trata de resolver; por este motivo me parece que es indispensable mantener la frase. Personalmente preferiría utilizar otras expresiones en lugar de acción u omisión. Se podría usar "actividad delictuosa", que es la empleada en el artículo que sigue, pero tiene el inconveniente de no contemplar la omisión. Pero si nosotros, como había tenido oportunidad de señalarlo antes, no nos abanderizáramos ante este problema, de cuál es el contenido de la acción en materia penal, si es solamente la actividad material o corporal del agente, o si además lleva comprendido el resultado, es decir, si la acción en su conjunto se compone de la actividad corporal del agente, la relación causal y el resultado, como muchos lo estiman, me parece que llegaríamos a una posición ambigua que no va a resolver prácticamente el problema. Esa es la razón por la cual yo votaría negativamente la supresión de la frase.

Profesor Laplaza. Yo también había propuesto modificar "entiende" por "considerar".

Por último el Secretario Ejecutivo, sostiene: Sobre este pun-

to creo que no habría inconveniente, porque la expresión es más apropiada y refleja exactamente la misma idea. Si no hay oposición considerariamos aceptado reemplazar "entiende" por "considera". Vamos a someter, enonces, a votación la proposición del Profesor Sanabria para suprimir la frase final que dice "aún cuando sea otro el momento del resultado".

Subsecretario, votando 6 negativos; 4 afirmativos.

2.—OPINION NUESTRA.

Después de haber hecho referencia a las discusiones entre los miembros de las delegaciones participantes, nos permitimos hacer algunas observaciones, que ponen de manifiesto nuestro criterio.

Del trabajo efectuado por la comisión de Río Janeiro, expuesto por el Profesor Fragoso, estamos de acuerdo *con que no se defina el delito* por ser esta variable según el lugar y las costumbres de cada país; estimamos que no es necesario una definición del mismo, para poder esablecer como delito algunos comportamientos humanos.

El problema, "del deber de actuar en el delito de comisión por omisión", planteado por Porte Petit, pensamos que es necesaria su reglamentación en un artículo, ya que con ello se ahorrarían grandes problemas jurídicos en la vida práctica.

Fue objeto de discusiones apasionadas la conveniencia o no, de *reglamentar la relación de causalidad*; Nelson Hungría, nos expone los problemas que se ocasionan por la falta de reglamentación de la relación de causalidad y nos da como solución al problema, la fórmula adoptada por el Código de Brasil. Soler, toma la palabra para reforzar el criterio de que no se reglamenta la relación de causalidad, puesto que con ello se retrocedería en mucho sobre el progreso técnico y científico, explicando que el problema sobre quien cometió el delito, ya esta resuelto con la doctrina de la acción finalista de Welzel.

Sobre el particular, no estamos de acuerdo con la asamblea ya que consideramos a la relación de causalidad, como el punto básico para poder culpar a un sujeto como autor de un resultado

delictivo, aceptando como ya lo establecimos anteriormente la teoría de la equivalencia de las condiciones, por ser ésta la que separa la causalidad físico material de la causalidad psíquica. A nuestro entender este problema debió de ser tratado por tan importantes juristas.

Respecto al *tiempo del delito*, la comisión de Río de Janeiro estableció que el delito se entiende ejecutado en el momento de la omisión, aún cuando sea otro el del resultado. Consideramos, que lo anterior ocurre sólo en los delitos de simple omisión más no en los de comisión por omisión puesto que este quedaría integrado al darse el resultado material.

En cuanto a la terminología que se debe usar en los artículos: "delito" o "hecho punible", consideramos acertada la palabra "delito", puesto que no hay hechos omisivos, sino delitos omisivos, así como sólo hay delitos comisivos.

Compartimos lo propuesto por Laplaza, sobre *el lugar en donde se tiene por cometido el delito*, que es donde se produce el resultado, puesto que hasta este momento es cuando se tipifica el delito de comisión por omisión.

Al ser tratado el delito de *comisión por omisión*, la comisión de Brasil reglamentó exclusivamente la hipótesis de los crímenes comisivos por omisión, estableciendo: "El hecho punible puede ser ejecutado por acción u omisión. Quien omite impedir un resultado, que de acuerdo con las circunstancias, podía y debía evitar, responderá por él. El deber de actuar, en este caso incumbe a quien tenga por ley obligaciones de guarda, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, aún sin culpa y a quien asumió la responsabilidad que el resultado no aconteciera". Por nuestra parte, consideramos, a esta reglamentación no acertada, por contener errores que más adelante apuntaremos.

El Profesor Paulo José Da Costa, nos señala la importancia que tiene, el no confundir la obligación específica, que es impedir el resultado, con la obligación genérica, que es el deber de actuar. Nosotros, hemos establecido que el delito de comisión por omisión, es la infracción de una norma prohibitiva, como conse-

cuencia de que el autor contrariamente a su deber no ha actuado para conservar el bien jurídico protegido por la norma dispositiva. El no hacer algo estriba aquí en la no evitación de un resultado, cuya producción se hubiera impedido si el autor hubiera intervenido en la serie causal. Señalamos como elementos de este delito: el deber de actuar y el deber de impedir el resultado; uno es consecuencia de otro; teniendo como principal problema saber de donde emana ese deber jurídico de impedir el resultado. ya Heleno Claudio Fragoso, nos apunta que en las legislaciones actuales no se contempla de donde emana ese deber jurídico de impedir el resultado, creandose una situación de gran imprecisión que nos llevarían a extremos totalmente inaceptables, poniendo el ejemplo dado por Soler, de cuando una omisión de socorro puede ser convertida en un homicidio doloso.

Compartimos totalmente la idea de que el *deber de actuar para impedir el resultado* deba ser tipificado en la ley, puesto que el deber de obrar moral, no obliga al sujeto, a no ser que sea legal.

Pero surge el problema de saber si se establece en las normas, un deber de solidaridad social. Francisco González de la Vega, nos expone que hay deberes mínimos de solidaridad entre los hombres que no deben de estar ausentes de la tutela penal; en efecto, la legislación penal debe contener disposiciones que señalen un mínimo de protección a la solidaridad social, para garantizar una mayor convivencia. Nelson Hungría establece: el deber de impedir el resultado no es creación de la ley penal, son las leyes que lo anteceden; nosotros pensamos que tal obligación se debe contener en la ley penal.

Sobre la intervención de Bunster, para que se aplazara el tema no compartimos su opinión, puesto que si se llevó a cabo el congreso fue para elaborar el contenido del Código Penal Tipo y por tanto, deben ser resueltos todos los problemas que se susciten por difíciles que sean.

Francisco Laplaza, considera de poca importancia referirse al problema de la causalidad, como motivo de la comisión por omisión, con lo cual tampoco estamos de acuerdo ya que asen-

tamos al principio de nuestra opiniones sobre el tema tratado, en que el delito de comisión por omisión, está compuesto de una obligación genérica y específica por tanto este delito tiene como fundamento precisamente la causalidad y el no fundamentar la relación de causalidad es tanto como hablar de cualquier otro delito, pero no, de la comisión por omisión.

Compartimos la idea de Laplaza, al respecto de que se debe tipificar la responsabilidad objetiva, sobre la omisión fundada en un deber jurídico, para no dejar cabida a injusticias por parte de los juzgadores.

Francisco Laplaza entiende que el delito de comisión por omisión sólo pueda ser cometido en forma dolosa. Tal afirmación nos plantea la siguiente interrogante: ¿dónde deja los delitos de comisión que se efectúan por olvido?. Por nuestra parte, como ya se afirmó anteriormente el delito de comisión por omisión se da culposa y dolosamente.

Franco Guzmán, observa el error en que se encuentra la fórmula propuesta por la delegación de Brasil en la parte que dice: "A quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, aún sin culpa". Nosotros compartimos la idea de Franco Guzmán, pues sabemos que no existe delito sin culpa y por lo mismo la expresión criticada por Franco Guzmán, nos llevaría a equívocos.

La referencia que hace Porte Petit, sobre el término "jurídicamente" consideramos que es correcta pues la obligación "deber de obrar", no sólo deriva de la ley penal sino que existen otras fuentes: las derivadas de algún precepto jurídico específico de una obligación especialmente contraida para ese fin y de un acto precedente que impone esa obligación.

En relación a la fórmula propuesta por la comisión, estimamos que la expresión hecho punible debería cambiarse por la palabra delito, a fin de abarcar en esta última tanto a los delitos de mera actividad como a los de resultado material, ya que hablar simplemente de hecho, sería colocarse en los delitos de resultado.

Compartimos el punto de vista sostenido por la comisión, en

el sentido de que se reprima el hecho en atención al resultado producido, siempre que el agente no lo impida si podía hacerlo de acuerdo con las circunstancias y si además de ello, debía evitarlo jurídicamente.

3.—FORMULAS APROBADAS POR LOS DELEGADOS.

Sobre el tiempo, lugar y forma del hecho punible son:

ARTICULO.—El hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aún cuando sea otro el momento del resultado.

ARTICULO.—El hecho se considera cometido:

a) En el lugar en que se desarrolló, en todo o en parte la actividad delictuosa de autores o partícipes.

b) En el lugar en que se produjo o debió producirse el resultado.

En los delitos omisivos, el hecho se considera realizado donde hubiere debido tener lugar la acción omitida.

ARTICULO.—El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.

4.—FORMULAS PROPUESTAS.

Sobre el tiempo, lugar y forma del delito.

ARTICULO.—El delito se considera realizado en el momento de la acción u omisión.

El hecho se considera cometido:

a) En el lugar en que se desarrolló, en todo o en parte, la actividad delictuosa de autores o partícipes.

b) En el lugar en que se produjo el resultado.

ARTICULO.—El delito puede ser realizado por acción o por omisión. La ley reprime el hecho en consecuencia del resultado producido; la omisión es relevante, cuando quien omite tiene el deber jurídico de obrar.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- ANTOLISEI, FRANCESCO. La Acción y el Resultado del Delito, Trad. de José Luis Pérez Hernández, México, 1959.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 5a. ed., México, 1969.
- CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal, 9a. ed., México, 1963.
- GIOTTO, BONINI. L' omissione Nel Reato, Milano, 1947.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito, 4a. ed., Buenos Aires, 1963.
- El Criminalista. 2a. ed., Buenos Aires, 1950.
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Panorama del Delito, México, 1950.
- MAGGIORE, GUISPPE. Derecho Penal, 5a. ed., Bogotá, 1951.
- MEZGER, EDUMUNDO. Tratado de Derecho Penal, 2a. ed., Madrid, 1948.
- PACHECO, FRANCISCO. Código Penal Español Comentado, 2a. ed., Madrid, 1870.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Nociones de Derecho Penal Mexicano, T. I. México, 1961.
- Nociones de Derecho Penal Mexicano, T. II., Zacatecas, 1964.
- PORTE PETIT, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 3a. ed., México, 1964.

—Programa de la Parte General de Derecho Penal, 2a. ed., México, 1961.

REINARTH, MAURACH. Tratado de Derecho Penal, Tra. Juan Cordova Roda, Barcelona, 1962.

SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino, 3a. ed., Buenos Aires, 1956.

Código Penal Tipo para Latinoamerica, México, 1965.

I N D I C E

CAPITULO I

EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO EN GENERAL

	<i>Pág.</i>
1.—Generalidades.	11
2.—Denominación apropiada.	11
3.—El comportamiento.	13
4.—Elementos del comportamiento	14
5.—El hecho.	15
6.—Formas del comportamiento.	17
7.—Clasificación del delito en orden a la conducta.	19
8.—Ausencia del comportamiento.	21

CAPITULO II

LA COMISION POR OMISION

1.—De la omisión en general.	29
2.—Elementos de la omisión.	30
3.—Comisión por omisión.	32
4.—Distinción entre la comisión por omisión y la simple omisión.	33
5.—Relación de causalidad en los delitos de comisión por omisión.	36
6.—Los aspectos negativos del delito de comisión por omisión.	39

	Pág.
7.—La culpa y la preterintención en los delitos de comisión por omisión.	43
8.—Lugar y tiempo de realización del delito de comisión por omisión.	43
9.—Duración del delito de comisión por omisión.	45

CAPITULO III

CODIGO PENAL TIPO LATINOAMERICANO

1.—Ponencias y discusiones sobre el hecho punible.	51
2.—Opinión nuestra.	78
3.—Fórmulas aprobadas por los delegados sobre el hecho punible.	82
4.—Fórmulas propuestas.	82
BIBLIOGRAFIA	87