

consideración de la omisión debe recibir diferente trato que la de la acción, porque si bien es cierto que es cosa "convenida entre los filósofos", que psíquicamente son modos del ser, y que tanto se quiere actuando como omitiendo, no pueden ser elevados esos comportamientos a una categoría superior que los enmarque desde el lado objetivo, sino desde el subjetivo. En otros términos: partiendo de su base psíquica, se puede uniformar la apreciación, porque la finalidad perseguida da la tonalidad, y el hacer o el omitir desempeñan la función de medios para el logro del propósito. Obtenido éste y comprobado que la *acción esperada* habría evitado el resultado, se está en presencia normativamente de una actitud *causal* para el Derecho. Se *equipara*, con la expresión de Liszt, la omisión a la causación activa; pero aquélla es precisamente el reverso del juicio que merece naturalísticamente la acción; se debe justificar que la omisión, substituída por la acción debida, habría impedido el curso causal que produjo el resultado. En la acción se puso la causa, en la omisión no se cortó el proceso causal

existiendo la obligación jurídica de activar en tal sentido. Por ello es exacto, como destaca Vannini, que la omisión no es "ciertamente, entonces, por sí, un comportamiento agresivo del bien jurídico protegido"; y si la omisión se liga al resultado es en mérito de una evaluación puramente jurídica, ya que ella está fuera del curso causal.

Antolisei argumenta diciendo que la omisión "no es un *quid vacuum*, no es la nada", que la madre que deja morir de hambre a su hijo, al no amamantarlo, "no ha ejecutado un simple juicio de la mente", lo cual sin duda demuestra que la omisión posee una realidad tempo-espacial, y que, por ello, la ley no castiga *la nada*, sino la falta de actuación que habría impedido el resultado. La omisión, en síntesis, es captada por el Derecho, porque tolera, permite el desenvolvimiento de una causa. Si prescindieramos de esta segunda referencia normativa, terminaríamos por castigar no la omisión, el no hacer, sino la *causa ciega* que ha producido el efecto tipificado por la norma. Se pune, por ello, la ausencia de la acción esperada, de la acción de-

bida, de la acción que tenía el deber jurídico de poner en existencia el sujeto omitente.⁵⁶

La comisión por omisión punible requiere, a más del juicio de culpabilidad y de antijuridicidad:

⁵⁶ Para Massari, *Il momento*, edic. 1934, p. 56, se castiga en los delitos de comisión por omisión la acción que substituye a la acción debida. De raigambre filosófica y afirmando claramente el concepto normativo de la acción Ranieri, *Diritto*, p. 172, pues rechaza el aludido criterio de Massari para remarcar que la omisión existe cuando "no se hace aquello determinado y prescrito"; que la omisión tiene una substancia propia y real, pues es el comportamiento del hombre "reconocible y precisable en el tiempo y en el espacio, porque no es el no ser, sino el modo de ser del sujeto". Gómez, *Tratado*, I, pp. 416 y 417, opina que en los delitos de comisión por omisión, la omisión "no es sino la actividad observada por el agente como medio para perpetrar un delito", acudiendo al ejemplo aducido en el texto. Vannini, *Il problema*, p. 31, explica la función normativa de la omisión. Antolisei, *L'Azione*, pp. 46 a 57, desenvuelve brillantemente el tema. Beling, *Esquema*, p. 68, aduce: "En la omisión no puede dudarse de que, entre lo negativo —no hacer—, y lo positivo —resultado, cambio en el mundo exterior— pueda haber relación causal, pues tal duda arraiga en consideraciones de orden filosófico —conocimiento del sistema total de relación—, y prescinde de la cuestión jurídica, que es la única que interesa... Comprende el no evitar el resultado. "En sentido opuesto, como se ha visto, Mezger, *Tratado*, I, pp. 287, y ss.; Grispigni, *Diritto*, II, p. 43, define la omisión como la "conducta voluntaria, positiva o negativa, de un sujeto, la cual

la acción exigible, proveniente con exclusividad del Derecho —público o privado—; un curso causal extraño al sujeto que omite; la producción comprobada del resultado prohibido por la norma pe-

—a juicio del que la estima— es diversa de aquella que tenía que ser cumplida con base en una norma de cualquiera naturaleza"; el deber viene pues, para el autor, de todas las normas, en lo que coinciden: Mezger, I, pp. 291 a 304; Beling, ya cit.; Liszt, *Tratado*, II, p. 304. Lo decisivo de la tesis de Grispigni radica en que para él sí posee realidad material, la omisión. "Esto que existe objetivamente, sostiene, lo que constituye un fenómeno natural, reconocible y comprobable en el mundo externo es la conducta, sea en la forma de movimiento corpóreo, sea en aquella de inactividad o estado de quietud en el que se encuentra el cuerpo del sujeto; mas lo que deriva exclusivamente del juicio humano, y por ello no existe sino en la mente del que juzga, es la naturaleza de la omisión, de la conducta, esto es, su calificación... Y por tanto, tal conducta —calificada por el que juzga como omisión— es innegablemente una realidad temporal y espacial." Aclarando el concepto normativo —p. 48—, el autor agrega que "desde el punto de vista natural existe sólo una conducta y sólo respecto de ella es necesario afirmar la voluntad; en seguida, con motivo de la fuerza de la norma existente, tal conducta se califica como *no cumplimiento* de la acción prescrita... (imputación normativa)". A las mismas conclusiones arriba Bettiol, *Diritto*, pp. 160, 161, 162, clasificando los delitos de omisión en *simples* y de comisión por omisión. La primera sólo viola una norma jurídica que manda hacer; la segunda aquella norma y la que prohíbe un resultado; y pre-

nal, para llegar al juicio de responsabilidad, siendo "necesaria la prueba —como reclama Mezger—, obtenida por la vía de la interpretación de la ley, de que la fundamentación del deber encierra en sí,

cisa sobre el valor jurídico de la omisión: "La afanosa búsqueda de un criterio formal naturalístico de un género, propio a la acción y a la omisión, ha hecho olvidarse que la omisión tiene otra realidad de gran longitud, superior a la primera: su realidad normativa. El concepto de omisión tiene un significado sólo al contacto con una exigencia espiritual, en cuanto que en la realidad *naturalística* con el auxilio de meros criterios *naturalísticos*, no es posible calificar un dado comportamiento como omisivo... Y fuera de la norma —ética, jurídica— que permite juzgar un dado comportamiento y ahí calificarlo, la realidad natural es ciega"; para concluir afirmando que en relación con los fines perseguidos por la norma, al imponer la actividad, es dable apreciar el valor de omisión, y que ésta, como ha sido sostenido por Grispigni y Ranieri, tiene una realidad temporal y espacial. Singularmente interesantes las argumentaciones de Jiménez de Asúa, quien considera la comisión por omisión dolosa como verdadera comisión. La ley, p. 269. Beling, requiere para la omisión, en que la antijuridicidad recibe una disciplina especial: "I. Exigida por un precepto específico. II. Que esté incluida en el conjunto de deberes que para la ley importa una determinada situación jurídica (padres, empleados). O III. Que alguien haya tomado voluntariamente a su cargo el evitar peligros posibles ya sea", por una acción precedente o por la aceptación espontánea de una obligación. En igual sentido la explicación de Mezger. La función normativa desempeña

al mismo tiempo, la idea de responsabilidad penal en el caso de que el resultado se produzca".

En nuestro Derecho positivo el art. 335 prevé conjuntamente la omisión simple como delito, sea

en todo el orden jurídico un poder selectivo que se impone a la simple causación material, y al simple hecho material del omitir, acompañado del resultado, dañoso o peligroso. Si en la comisión por omisión no se encontrase restringida la materialidad por la culpabilidad en el no hacer, todos serían responsables de todo; *el hecho de vivir en sociedad* sería insoportable, y el orden jurídico un medio de opresión. Tan son normativos tales conceptos que el estado objetivo de peligro ocasionado por una actuación culposa no es punible por tentativa y que el resultado culposo no es penado como el doloso. En orden a las especies del deber, anotadas, no siendo este sitio propicio para su desenvolvimiento total y su crítica, sólo contemplaremos brevemente el tema. El deber jurídico precedente, puede darse, por ejemplo, en la madre que no amamanta a su hijo menor, ya que está obligada por el D. Civil a hacerlo. El abandono del menor, con acción previa —llevándolo a lugar distinto— o con simple omisión, dejándolo desamparado en donde se encuentra normalmente, es típico delito de omisión simple; el resultado puede ser culposo, por culpa con representación o sin ella, por simple olvido, violándose la norma preceptiva y la prohibitiva, sancionándose esta última por el citado título de culpabilidad; puede ser doloso, con dolo indeterminado respecto a varios resultados —lesiones, muerte—, de dolo eventual (anterior, sucesivo, al resultado querido como directo o simplemente como único riesgo), o de dolo directo, ocasionándose el resultado dañoso o peligroso por el curso

por deber jurídico, sea por especial aceptación. El resultado letal, en el diverso 339, a cargo del obligado a la acción, lo mismo que la lesión, con presunción *iuris tantum* de premeditación. Es obvio que el resultado puede ser doloso y culposo, por ello la presunción es un desacierto.

causal previsto y querido o por otro aberrante: Lesiones dolosas, homicidio doloso; tentativa de lesiones u homicidio, en concurso real con el abandono. Es pues evidente el absurdo consagrado por el precepto legal que presume la premeditación (niño, enfermo o persona incapaz abandonado, cuando se tenía el deber de actuar). En la especial aceptación, como el profesor de natación que omite cuidar a su discípulo, quien perece por inmersión en el agua: culpa simple, culpa con representación, o dolo en las modalidades acotadas; la enfermera que sale de la habitación del enfermo, quien perece por el descuido de aquélla; o bien que no suministra el medicamento para lograr la muerte del paciente. El hacer precedente ofrece las mayores dificultades, pues "el contenido del deber tal —como anota Mezger, I, pp. 303, 304— sólo puede determinarse tomando en cuenta de la manera más exacta la situación del caso concreto". No es superfluo añadir que sólo la acción esperada que deriva de la norma jurídica, es capaz de crear, junto al probado curso causal no evitado, la comisión por omisión, que unidos a los demás requisitos genéricos, darán la responsabilidad por el resultado.

El art. 340 sanciona la omisión, aisladamente, con base en el deber pietista, por lógica consecuencia el resultado no está en el ámbito de la culpabilidad.

El art. 341 prevé en concurso real la acción precedente delictiva (o fortuita, por tanto no punible) y la omisión siguiente, que incluso puede ser dolosa respecto al resultado y ocurriendo así cambia el signo de la culpabilidad.

El tipo del art. 342 sanciona la omisión simple, por incumplimiento del deber por especial aceptación, en que el resultado ya no es punible, por la naturaleza de la acción desplegada para no cumplir el deber exigible.

La omisión simple es sancionada por la fracción I del art. 400, y el resultado sólo quedará a su cargo cuando medie la instigación, la inducción o la autoría mediata, disciplinadas por el 13.

La acción precedente puede ser delictiva, pero ella obliga del mismo modo que la acción lícita. El plagiarlo está obligado a suministrar alimentos a su víctima, y si no lo hace pereciendo ésta por inani-

ción, el resultado es imputable al agente, en concurso real con el secuestro.

Ahora bien: el delito tentado nace en la comisión por omisión cuando el obligado rehusa "a intervenir frente a una situación de peligro para la integridad del bien penalmente tutelado", apunta Vannini. Si la acción se cumple antes del estado de peligro, la mera intención no agrede el bien protegido, en cuanto que la agresión consiste aquí en dejar que un curso causal ajeno al imputado ejerza su poder lesivo, no poniendo éste la acción esperada.

Siendo ya necesaria objetivamente la acción que es exigible y ésta se omite, tanto por la decisa voluntad como por la incerteza, en la perplejidad, hay una comisión por omisión.

El estado objetivo de peligro, querido, se produce a través de la omisión, pues su lado positivo, la acción, habría interceptado la relación causal.

Si la madre deja por una sola vez de amamantar a su hijo menor, con propósito homicida, esa omisión *no es causal*, por no resentir aún el estado de peligro la víctima elegida; sólo cuando es ya ne-

cesaria la actividad, por la situación en que se ha roto el equilibrio funcional del menor, y aquella persona obligada no actúa, hay homicidio tentado de comisión por omisión.

Tentativa y delitos agravados.

Cuando el tipo recibe una especial calificación en virtud de una circunstancia, llegada ésta, la consumación viola al mismo tiempo el tipo y la norma que prevé la circunstancia. El tipo es una combinación de dos preceptos legales: el que hipotiza la consumación y el que adosa la circunstancia. Como la tentativa no es sino la fusión de la norma del tipo y la genérica del delito tentado, referible a todos los tipos, con las excepciones que la ley misma determina, cuando se realiza una tentativa puede serlo del delito simple o del delito circunstanciado.⁵⁷

⁵⁷ Vannini, *Il problema*, pp. 128 a 130, ha estudiado con singular claridad y exactitud el tema, distinguiendo las circunstancias en subjetivas; objetivas debidas a los medios de ejecución, y las que miran al resultado en su entidad. Entre las primeras está situada la premeditación, lo mismo que la relación parental entre los protagonistas, en ciertos tipos;

La circunstancia es un hecho, de carácter objetivo o subjetivo, que se reporta a la pena, dejando inalterada la figura. Cuando hace variar el *nomen iuris* pierde su eficacia de circunstancia para adquirir la calidad de elemento.

la violencia es de la segunda categoría, así como los instrumentos —bombas, minas, explosivos, venenos, etc., del art. 315 del C. Penal de 1931—; y en la última se coloca la cantidad especial del daño, hipotizado en la norma como merecedor de una sanción más grave —deformidad, cicatriz perpetuamente visible en parte notable. Las subjetivas referentes a la relación con la víctima —padre, hijo; tutor, pupilo; patrón, empleado— tiene que darse como presupuestos de la acción ejecutiva y acompañarla. Igual acontece con las subjetivas fincadas en el “grado de intensidad del dolo”, lógicamente con previas y concurren en la ejecución y frustración. Las segundas, como son valuadas por la ley en razón de la materialidad, han de ser concomitantes a la acción tentada, pero si se renuncia al medio —amenaza, violencia física— el imputado se ve favorecido por el desistimiento y habrá ejecutado una tentativa simple, y, en su caso, un delito típico al emplear el medio: lesiones, daño en propiedad ajena, que no se ven protegidos por el desistimiento. En cuanto a la tercera categoría de calificantes, es donde surge la discusión. Vannini argumenta: “la norma sobre la circunstancia no es violable en sí, violable es el precepto formado por la fusión de la norma principal . . . , con aquella accesoria . . .”, y así la tentativa “será circunstanciada si el peligro inherente a la acción ejecutiva, o sea el peligro que constituye la tentativa”

Son objetivas las que se refieren a la naturaleza o especie del medio, al tiempo, lugar, a la gravedad del daño o del peligro; subjetivas las que contemplan la intensidad del dolo o de la culpa, la cualidad

está presente. El peligro no es referible con exclusividad al tipo simple, lo es también al agravado por la entidad del resultado, basta para su presencia que el peligro del tipo agravado se haya dado a través de la acción ejecutiva o frustránea. Se protege sin duda, pensamos con Vannini, la vida de las personas, se sanciona el matar y el comenzar a matar, y se aplica pena agravada al que mata premeditadamente y al que empieza a matar premeditadamente. Por lo mismo, se protege la integridad corporal —artículo 288 del C. Penal— y se sanciona con pena agravada la entidad especial del daño anatómico —art. 293—, estético —art. 290— y art. 292 última hipótesis —psíquico— art. 292 al hablar de enajenación mental en el segundo párrafo; fisiológico como en el mismo apartado al referirse a las funciones sexuales y para la tentativa de lesiones agravadas por la entidad del resultado, si se quiso ese resultado, la acción fué abstractamente idónea, había sujeto pasivo y se puso en real estado de peligro ese bien tutelado por la norma, se debe aplicar la pena de la lesión agravada y no la de la lesión simple. Maggiore, *Principi*, pp. 493, 494, Manzini, *Trattato*, II, pp. 375, 376, niegan la hipótesis c), que se ha venido analizando. Para tan ilustres escritores se trata de tipos especiales calificados por la entidad del resultado, de manera que o se consuma el daño y se llenan los requisitos del tipo, o no se consuma y entonces no hay

del imputado, sus relaciones con el ofendido. Pueden preceder, acompañar o seguir al delito. Anterior subjetiva es la premeditación, concomitante subjetiva-objetiva la crueldad, subsecuente la reparación del daño, la restitución de la cosa antes de juicio.

tipicidad principal ni tentativa agravada, sino simple. Vannini, *Lincamenti*, p. 144, reafirma su criterio, y agrega que la circunstancia objetiva no precisa ser completa para hipotizar la tentativa calificada, basta que haya comenzado a actuarse. Del mismo parecer son Ranieri, *Diritto*, p. 305; Pannain, *Manuale*, p. 421, aquél anota: "para que la circunstancia pueda ser puesta a cargo del agente, precisa el que pueda ser referida a su conducta, y porque haya sido actuada por él, sea en forma completa o incompleta, parcialmente"; el segundo escribe: la tentativa es circunstanciada si la circunstancia "está actuada efectivamente, y también si es incompleta". Hippel, por su parte, no sólo reconduce el tema a los términos planteados y lo soluciona con premisas iguales, sino que afirma que cuando se tiende a la víctima elegida una insidia, existe comienzo de ejecución de un homicidio circunstanciado. *Manuale*, p. 208. Bettiol, *Diritto*, p. 329, destaca la diferencia entre elementos y circunstancias del delito y conviene en que "la norma que hipotiza una circunstancia se une a la norma que hipotiza el delito en su configuración normal", y como la tentativa "es el fruto de la combinación de dos normas incriminadoras: una principal y otra secundaria", p. 354, concluye en la misma forma que Vannini sobre tentativa y calificantes. En el mismo sentido Massari, *Dottrine*, p. 182. No debe olvidarse, como es por

Siempre la circunstancia debe acompañar el comienzo de ejecución. En la frustración ya ha sido realizada totalmente. No importa en la tentativa inacabada que la circunstancia no esté completa,

cierto frecuente, que la circunstancia es lo que está alrededor del tipo, circundándolo, proyectada a la sanción, de manera que la disminuye —atenuante— o la agrava —calificante—; cuando esa relación, *posición del agente*, modo de ejecución, están en la descripción de los elementos del delito-tipo, ya no son circunstancias, sino requisitos esenciales del delito. La circunstancia no presente deja inalterado el *tipo normal*; la circunstancia que adviene lo agrava solamente, pero no agrega ni quita al tipo, sino a la pena. Todo apoderamiento de muebles, culpable y antijurídico es robo; sea o no doméstico el ladrón; sea en casa habitada o en lugar cerrado; sea en el taller o en la calle. La relación entre los protagonistas se refleja en la pena, no en el tipo. Toda privación de la vida de un hombre por otro, culpable y antijurídica es homicidio, pero si el homicida es hijo de la víctima, tal relación no es circunstancia del delito, sino elemento del tipo parricidio, con tal de que sea conocida por el agente. Esto no hemos querido entenderlo y confundimos circunstancia con elemento del delito, llegando por ello a soluciones absurdas en la interpretación de los tipos en referencia con el diverso 54 y el 55 del C. Penal. ¿El extraño a la familia del recién nacido que participa en su muerte con los ascendientes de éste, se puede decir vinculado al delito del art. 325 del C. Penal, en mérito de la prevención del diverso 55, que habla de circunstancias? Si la relación personal, en el absurdo infanticidio genérico del C. Penal de 31, entre victimario y víctima, no es circuns-

no es que se trate de tentativa de circunstancia, sino que existió tentativa de delito circunstanciado. El ladrón que aplica la flama oxídrica a la caja de caudales inició con violencia en las cosas el robo y la suspensión de la actividad por el fortuito, hace el hecho punible por robo agravado (no en el C. de 31).

tancia, ¿cómo puede estar disciplinada por un precepto legal que regula las circunstancias? Uno es lo que quiso prever el legislador y otro lo querido por la ley. Esta se encuentra ya separada formalmente de su autor y si bien el legislador quiso referirse a circunstancias y a elementos, sólo se refirió a circunstancias traicionándolo su léxico. De nuevo el legislador fué más sabio que la ley. No compartimos pues el punto de vista de Porte Petit y del valeroso Almaraz —citados anteriormente—, ya que le daríamos, en holocausto a la sabiduría del legislador, una extensión a la ley que en realidad no tiene. Esto va proyectado al delito tentado, con las ampliaciones y restricciones, que se derivan del art. 13 del C. Penal, pudiendo ser divisible el título por la culpabilidad, e indivisible por ella. Consultar Porte Petit, exposición, p. 81, donde estima que “la comunicabilidad de las condiciones personales, en el parricidio se ha solucionado definitivamente (se refiere al texto del Anteproyecto), al suprimirse el artículo 55 del Código en vigor, pues está en abierta pugna con el artículo 323 del mismo ordenamiento”, pensando que está regulado un elemento, por el artículo que alude a circunstancias, y, por ello, que ahí derivaba la indivisibilidad del título. El título es divisible o indivisible, pero no en mérito de tal precepto legal.

El que queriendo matar inflige un primer dolor innecesario a la víctima, ya actuó cruelmente, aunque no con toda la crueldad querida. El que pretende robar e inicia la horadación, sin concluirla, ha realizado un robo calificado; el que va a lanzar la bomba sobre su oponente, un homicidio calificado.

En el C. Penal el parentesco de consanguinidad es elevado a la categoría de elemento en los delitos de parricidio, infanticidio genérico y específico: arts. 323, 325, 327, respectivamente. No es circunstancia regida por la disciplina del diverso 55.

Son circunstancias, p. ej., subjetivas las de la fracción II, del art. 381, y subjetivas unidas a objetivas en las fracciones III, IV, V y VI del mismo precepto legal, comunicables en términos de los arts. 54 y 55.

El robo puede ser calificado por el lugar —circunstancia objetiva, por la relación patrón—, doméstico —circunstancia subjetiva— por la violencia, estupendamente mal legislada; por la entidad del daño — art. 371; es circunstancia sobreviniente la del art. 375 que sólo se presenta *post consumptionem*.