Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XLVI — Nº 167

ENERO - DICIEMBRE DE 1979

ESCUELA DE DERECHO

CONCEPCION—CHILE

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

# REFLEXIONES SOBRE LOS DELITOS DE OMISION A LA LUZ DE LA CONSTITUCION Y LEY CHILENAS.

**ABUNDIO PEREZ RODRIGO**
**Departamento de Derecho Económico**
**Universidad de Concepción**

## A MANERA DE INTRODUCCION.

Como todas las cosas, el Derecho Penal tiene sus particularidades y no puede ser de otra manera, por cuanto, de lo contrario, dejaría de ser lo que es, pues son esas características las que le dan bien la individualidad existencial, bien la coherencia conceptual o sistemática o la razón de ser estudiadas en forma separada.

Junto a esos elementos fundamentales, brotan ciertos adminículos, formas accidentales que, similares a los condimentos, le dan el sabor, la gracia y la simpatía. Por este camino se llega, a menudo, a ciertas exquisiteces que sólo los muy expertos saborean, escapando a nuestros paladares más simples y sencillos. Prueba de esto fueron, en el campo que nos ocupa, los estudios, opiniones, discusiones y divagaciones que años ha, acerca del nexo causal, sostuvieron brillantes y no tan brillantes autores, donde un simple cambio de adjetivo, aun cuando fuera de parecido significado, suponía la creación de una nueva teoría.

Una de esas cualidades propias, aunque exteriores, del Derecho Penal es que está en lucha de superación constante. Sólo como anotación marginal diremos que no puede ser de otra forma, dado el camino tan largo y difícil que falta para llegar a la cumbre. Detengámonos en la ley del Talión; para muchas ramas del Derecho representa el desideratum: según el monto del daño causado, deberá ser la reparación; es ideal y tan ideal que, a veces, por la destrucción de un automóvil, se recupera el valor de un neumático, tal vez sea por la rapidez. Para el Derecho Penal, en cambio, tiene el carácter de un principio jurídico de la época cavernaria.

Como preparación, acompañamiento o repercusión de esta propiedad encontramos normalmente discusiones, acaloradas al concebirse, tibias al escribirse, para después ser sometidas a un proceso de enfriamiento hasta su salida de imprenta; a veces, este proceso es excesivo y es necesario tomar las providencias pertinentes, para defenderse del frío.

Uno de los últimos temas en boga ha sido el de los delitos de omisión; tiempo atrás, apenas si se los nombraba en los cursos correspondientes, pero ha ido aumentando a todo nivel y han sido distinguidos profesores y estudiosos los que han cooperado a la luz, con su chorro de ciencia e inteligencia.

Desde hace años he tenido inquietudes sobre el mencionado tipo de delitos y aunque mi copa sea de brandy y servido en vaso pequeño, las quiero verter en estas líneas. Nacieron no en la quietud de un estu-

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



dio sereno y profundo, sino en el taloneo agitado por los pasillos en los edificios de los Tribunales de Justicia. Y como tales, como inquietudes que brotan, deben ser entendidas por aquellos que les queden ganas de seguir leyendo.

## I.—DELITOS DE OMISION EN GENERAL.

### I-A.—Punto de apoyo.

Es conveniente partir buscando el significado del término omisión. Nada mejor, para ello, que recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, por ser el que goza de una mayor aceptación, posee mayor exactitud y hasta, podemos afirmar, goza de una cierta oficialidad incluso en los medios forenses. El mencionado Diccionario señala las acepciones siguientes: abstención de hacer o decir; falta por haber dejado de hacer. Conviene también recordar que las acepciones del verbo omitir son "dejar de hacer una cosa. Pasar en silencio una cosa".

Con estos significados podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que estamos en las antípodas de otro término igualmente importante para este trabajo, a saber, hecho.

Siguiendo las acepciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, hecho es "p.p. irregular de hacer"; señala varias significaciones más, ninguna de las cuales permite incluir la omisión. Resulta evidente que el significado que interesa, en este momento, es como participio pasivo del verbo hacer, pues en tanto que motivo de estudio, lo es sólo en cuanto sustantivo, que llega a serlo precisamente cuando el modo verbal participio pasivo se sustantiva, generalmente, anteponiéndole un artículo. Sólo así es posible un paralelismo, una comparación, un cotejo con el sustantivo omisión.

Es útil, entonces, remitirnos al significado del verbo hacer que, según el mismo Diccionario, es "producir una cosa, darle el primer ser. Fabricar. Ejecutar, poner por obra una acción o trabajo". Son bastantes más las acepciones para este término, pero todas ellas, como es lógico, con un claro contenido de actividad.

Me quiero detener un poco sobre la significación "obligar a que se ejecute la acción de un infinitivo: le hizo venir".

No faltará quien quiera argüir que, al ser aplicable a cualquier infinitivo, pues el Diccionario se refiere en términos generales a la acción del infinitivo, sin distinguir, también lo sería con relación al infinitivo omitir.

La respuesta no se hace esperar, pues si bien no distingue, en cambio existe una limitación, pues se trata de "ejecutar la acción", en consecuencia, se debe tratar de un infinitivo que contenga la ejecución de una acción y ya vimos que omitir es dejar de hacer una cosa.

¡Ah!, puede contraargumentar más de uno, se puede obligar a dejar de hacer una cosa.

Acostumbrados al juego de la réplica y dúplica y haciendo uso de ésta, dentro del plazo, cabe responder, por una parte, que dejar de hacer no es hacer y por otra, y concediendo la ventaja de que lo fuera, dicha situación escapa al campo del Derecho Penal, puesto que, en esa

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



situación, falta la acción; la persona obligada es un simple instrumento, equiparable a cualquier medio del mundo animal irracional, vegetal o mineral. Y, obviamente, para el que obliga, se trata de un delito de acción. Es tan clara y diáfana la situación que no merece explicación de ninguna especie.

Es oportuno señalar aquí que no existe problema en asimilar, para nuestros propósitos, hecho y acción, pues al significar acción "efecto de una potencia; efecto de hacer", se identifica con hecho. Pienso que también esta afirmación va acompañada de caracteres de evidencia tales que torna superflua toda demostración.

Sintetizando, podemos afirmar que los términos Hacer y Hecho (acción) entrañan la contradicción de Omitir y Omisión; por su naturaleza, por su contenido son excluyentes, se repulsan necesariamente, sin posibilidad de excepción.

Es fundamental esta afirmación, por cuanto nos permite concluir que es imposible moral, física y metafísicamente encontrar un término o concepto que pueda incluirlos o darle a uno un sentido amplio para que abarque al otro. En otras palabras, y desmenuzando el significado de contradictorio, son conceptos que se repelen, en tal forma, que si uno es falso el otro es verdadero y viceversa, no pudiendo consecuencialmente ser los dos falsos o los dos verdaderos. Para hacerlo más patente y aun asumiendo el riesgo de parecer majadero, diré que no sólo no es posible incluir la omisión en el concepto de acción o de hecho o viceversa, sino que forzosa y categóricamente se excluyen.

No se puede pasar por alto que, a pesar de la riqueza del idioma castellano, normalmente la formación del concepto contradictorio tiene lugar anteponiendo al término correspondiente la negación NO y así lo contradictorio de amor no es odio, sino no-amor y, de blanco es no-blanco y no negro por ejemplo; de esta manera, puede no haber amor y tampoco odio, sencillamente es posible la ignorancia y por tanto, la indiferencia; de la misma forma, si un objeto no es de color blanco, caben una gama innumerable de colores, sin que necesariamente deba ser negro. Sin embargo, en la situación que nos ocupa, no es ni mucho menos la única, para determinar los extremos contradictorios encontramos dos términos, hecho-omisión; hacer-omitir.

**I-B.—Legislación positiva.**

Poseemos ya los elementos de juicio para incursionar en la legislación positiva y comprender el exacto alcance y contenido de cierta terminología por ella usada. Con ellos llegamos a una importante conclusión, cual es, que bajo el imperio de la Constitución Política del Estado del año 1925 todos los delitos de omisión, aunque estuvieran tipificados en el Código Penal o en cualquiera otra ley, eran inconstitucionales. Por consiguiente, todos los condenados por delitos de omisión lo fueron violando la Constitución que en su artículo 11 ordenaba, consagrando una garantía inviolable: "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio".

Y que nadie arguya sobre la base del espíritu del legislador o de la ley o analogía o historia fidedigna, ya que, al respecto, no cabe sino aplicar el inciso primero del artículo 19 del Código Civil que establece: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". Y en el caso del artículo 11 de la

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Constitución Política del Estado del año 1925, el sentido de la ley es más claro que el agua. Explicamos y desentrañamos, en forma acabada, el sentido de la palabra hecho, que es la empleada por el Constituyente del año 1925. Que haya autores, por muy respetables que sean, que intentan crear confusión en torno al vocablo hecho, es cosa distinta; pero que el sentido de la ley es claro, lo es.

Pero, entiéndase bien, existió violación de una garantía constitucional, pero no del principio de la legalidad, tal como en Doctrina se conoce, pues para respetar éste basta que la ley tipifique el delito y la pena, es decir, el principio de la reserva exige legalidad, pero no necesariamente con rango constitucional.

No hace falta señalar que la Jurisprudencia ni siquiera se ha planteado la posibilidad de que los delitos de omisión sean inconstitucionales, si bien pudiera hacerlo, basándose, por ejemplo, en el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal que exige la investigación de los hechos y circunstancias que eximan, extingan o atenúen la responsabilidad.

En Doctrina sólo se ha vislumbrado y las soluciones coinciden en el sentido que no existe inconstitucionalidad. De esta forma, los connotados profesores Politoff, Grisolía y Bustos estiman que "no parece tampoco que el artículo 492 —se refieren evidentemente al Código Penal— en comentario pudiera suscitar dudas sobre su constitucionalidad. Cierto es que el artículo 11 de la Ley Fundamental, al establecer el principio de la reserva legal exige que el delito sea un hecho ("antes del hecho sobre que recae el juicio"), pero no hay fundamentos filosóficos consistentes para excluir las abstenciones del concepto de hecho". (1)

Ya vimos que existen razones categóricas para afirmar la imposibilidad de incluir las abstenciones dentro del concepto de hecho; por consiguiente, es la afirmación de los distinguidos autores citados la que no tiene fundamentos filosóficos ni de ninguna otra especie.

Obviamente que lo más importante en cuanto a la disposición constitucional comentada es que ella está derogada y la ley que realmente interesa es la que actualmente nos rige, pero haciendo caso del refrán que enseña que la Historia es maestra de la vida, creí oportuno referirme a una disposición vigente durante medio siglo.

La norma constitucional aplicable, actualmente en vigencia, está contenida en el inciso final, del Nº 3, del artículo 1º del Acta Constitucional Nº 3 y cuya redacción es como sigue: "En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".

Se trata de la misma idea contenida en el inciso primero del artículo 18 del Código Penal y con palabras casi idénticas; en efecto, esta disposición señala que "ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración".

Opino que la situación anterior no se ha mejorado; cierto es que se abandona la palabra hecho por perpetración. Pero también es cierto que el sustantivo perpetración tiene un contenido eminentemente activo;

(1) Politoff, Sergio; Grisolía, Francisco y Bustos, Juan: "Derecho Penal Chileno". Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1971. pág. 68.

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



siguiendo el análisis, tomando como punto de apoyo el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, su significado es "acción o efecto de perpetrar". Si nos quedamos con este significado podemos, sin lugar a dudas, hacer aplicable la misma argumentación que se realizó a propósito del término hecho o acción.

Pero si seguimos moviéndonos dentro del tantas veces mencionado Diccionario, leemos que perpetrar es "cometer, consumar. Aplícase sólo a delito o culpa grave". Continuando, a su vez, con los verbos cometer y consumar podemos llegar, en forma laberíntica por cierto, alambicada dirían otros, a encontrar algún término dentro de cuya significación pueda incluirse el concepto de omisión. Pero cualquier paso más allá del significado de perpetrar encierra un peligro aún mayor, por aquello de que se aplica sólo a delito o culpa grave y entonces tendríamos que preguntarnos, ¿en qué situación quedan las faltas, no sólo de omisión, sino también de acción, en relación al principio de la reserva? En otras palabras, nos resulta peor el remedio que la enfermedad.

En todo caso, considero que la argumentación no es tan apodíctica, y es imposible que lo fuera, pues la argumentación anterior es la de mayor contundencia y valor probatorio dentro de la Lógica. Sin embargo, se puede afirmar con total seguridad que existen razones mejores para estimar que los delitos de omisión continúan siendo inconstitucionales, por cuanto, como manifesté, el contenido de la palabra perpetración se acerca en gran medida, por no decir que se identifica, al del término acción.

No se puede pasar por alto, sin mencionar, el que tal vez sea el texto constitucional a regirnos en el futuro. Me estoy refiriendo al Anteproyecto de la Nueva Constitución, elaborada por la llamada comisión Ortúzar.

En los dos incisos finales del Nº 3 del artículo 19 reza textualmente: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella".

Da la impresión que en este Anteproyecto se trató de consagrar en su totalidad el principio de la legalidad. Pensemos que, hasta ahora, hay aceptación legal expresa en la ley de la parte referente a la pena "Nulla poena sine lege", tanto en la Constitución de 1925, como en el Acta Constitucional Nº 3 y también en el artículo 18 del Código Penal; pero el "nullum crimen sine lege" no tiene consagración expresa y tal vez si la única forma posible de llegar a él, a través de la ley, sea relacionando las disposiciones citadas con el artículo 1º del Código Penal, mediante el raciocinio siguiente: si la pena debe estar señalada antes de la perpetración y el artículo 1º del Código Penal contempla como elemento de la definición de delito "penada por la ley", nos estaría indicando que el delito, el crimen, para que exista legalmente, debe tener señalada una pena, caso contrario no se comprende cómo pueda estar penado por una ley. Ahora bien, como la pena debe estar señalada "ex ante", por exigencia legal, también tendrá que estarlo el delito, o más propiamente, el hecho sancionado.

Pero aconsejaba el inmortal don Quijote al noble Sancho, "si desa manera cuentas tu cuento, Sancho, repitiendo dos veces lo que

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



vas diciendo, no acabarás en dos dias; dílo seguidamente y cuéntalo como hombre de entendimiento; y si no, no digas nada".

No divaguemos, entonces, y sigamos con nuestro tema.

Al respecto no hay novedades. El primero de los incisos transcritos es semejante al que nos gobierna y en el segundo se emplea el término conducta, palabra que también denota acción. Para nuestro Diccionario es: "Porte o manera con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones". Tengamos presente que, muchos y buenos autores, hacen sinónimos los términos acción y conducta para referirse al primero de los elementos del delito; nos encontramos, de esta manera, ante la misma situación, o sea, desde el punto de vista filosófico-gramatical no podemos menos que concluir que los delitos de omisión seguirán siendo inconstitucionales, aunque por ciertos matices de los nuevos términos empleados, por los distintos cuerpos legales, la inconstitucionalidad no sea tan chocante, manifiesta e impactante como bajo el imperio de la Ley Fundamental del año 1925.

Tal vez exista quien quiera objetar que se ha trabajado exageradamente con la significación que, a los distintos vocablos, da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en vez de acudir a su sentido natural y obvio, como hubiera sido lo correcto, supuesto que se trata de palabras empleadas en nuestra legislación.

Cabe responder a esto:

a) Lo medular de la argumentación prescinde de cualquier significación, para revestir el carácter de razonamiento lógico-gramatical. Desde el momento que probamos la contradicción entre el contenido de los dos términos, pierde importancia la fuente de la que obtuvimos el significado;

b) En la búsqueda del sentido de las palabras es necesario encontrar un patrón único y estable, de lo contrario no habría forma de entenderse, pues hablaríamos idiomas diferentes. Y en este contexto, es de todo punto de vista razonable el criterio de nuestros tribunales al aceptar, como sentido natural y obvio de las palabras empleadas por el legislador, la acepción que a ellas dé el Diccionario de la Real Academia de la Lengua; y

c) Si intentamos encontrarlo en base a criterios empíricos surgen interrogantes insolubles, como por ejemplo, ¿en qué lugar del país lo buscamos? ¿En el norte o en el sur? ¿En la costa o en la cordillera? Pues sabido es que la significación de los vocablos cambia, de hecho, de una región a otra e incluso son distintos o adquieren matices diferentes entre ciudades vecinas. O acaso ¿deberemos indagar en los medios de comunicación? En este caso, sería interesante hallar el sentido de la palabra mate, empleada por nuestro Código Penal, para tipificar el homicidio, en algún programa de televisión; encontramos motivos para hacerlo ya que se trataba y trata, según los interesados, de un programa de gran teleaudiencia.

Por las razones señaladas pienso que, al menos para los términos empleados en este artículo, el sentido natural y obvio es o coincide con la significación que de ellos acepta el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



No se piense, por lo afirmado, que estoy empeñado en hacer una defensa a ultranza para dejar fuera del campo penal los delitos de omisión. No es ésta la intención, desde el punto de vista doctrinario. Es precisamente todo lo contrario, pues considero que, por medio de las omisiones, se pueden producir situaciones merecedoras de reproche, tal vez mayor o en todo caso igual, al de las acciones.

Mi pretensión es solamente hacer una crítica a nuestra legislación y también a su interpretación o aplicación, según se prefiera; no es posible seguir, por inercia, penando omisiones en flagrante violación de principios básicos de Derecho Penal y cuyo acatamiento y formulación es el fruto de muchos siglos de evolución y progreso, quizás lento pero en constante avance, de la Ciencia Penal, como es el principio de la reserva o legalidad. En virtud de este principio, nadie se atrevería a solicitar una sanción penal y menos a aplicarla a una supuesta conducta, a una supuesta acción sin estar expresamente penada por la ley, ¿por qué no opinar lo mismo sobre las omisiones? No existen razones para un tratamiento diverso. Volveré sobre la misma idea.

¿Cuál es la solución? La dictación de un precepto constitucional, me parece más apropiado y técnicamente más perfecto que una simple norma legal, claro, diáfano y que vuelva innecesarias las interpretaciones forzadas. Algunos autores han afirmado que todas las Constituciones emplean el término hecho o acción y lo hacen en sentido amplio, vale decir, incluyendo las omisiones. Debo confesar que no soy experto conocedor de Cartas Fundamentales o Constituciones, pero, debido a ciertos avatares, llegó a mis manos el texto de la Constitución Española que ordena en su artículo 25: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Criticable o no, perfecta o imperfecta, en la materia que en este momento interesa, esta disposición es totalmente satisfactoria; se consagra el principio de la reserva, tanto en lo referente a las acciones como a las omisiones. Una vez más queda demostrado que las soluciones a toda cuestión o problema son siempre sencillas; aquí, con una sola palabra, desaparecen todas las dudas.

Mientras algo similar no se haga entre nosotros, existe al menos la duda razonable, por decirlo de la manera más suave, que se está penando a personas por delitos inconstitucionales. Y esta situación de una gravedad abismante, pues se aplica la sanción de mayor embergadura, a una persona que legalmente no le corresponde, va acompañada de la agravante de no ser posible de reparación.

Cualquiera otra solución, como por ejemplo, estimar que el artículo 1º del Código Penal constituye una interpretación auténtica del vocablo hecho de la Constitución, carece de sentido y hasta me atrevería a calificarla como absurda, desde el momento que la ley interpretativa tenía ya varios lustros de vida, cuando nació la ley interpretada. (2)

(2) Bustos, Juan; Flisfisch, Claudio y Politoff, Sergio: "Omisión de socorro y homicidio por omisión". En Rev. de Ciencias Penales. Septiembre - Diciembre de 1966. pág. 171.

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



La respuesta sería la misma si se pensara que, en este momento, la mencionada disposición interpreta la palabra perpetración.

## II.—DELITOS DE OMISION IMPROPIA.

Este subgrupo de delitos, dentro de los de omisión en general, plantea una problemática propia que se puede resumir en la pregunta, ¿son, en Chile, legales los delitos de omisión impropia? No es aplicable esta interrogante a los delitos de omisión propiamente tales, ya que están incluidos dentro de la definición que, de delito, nos entrega el artículo 1º del Código Penal.

Como este problema ha sido tratado expresa o al menos tácitamente por varios tratadistas, intentaré referirme a las opiniones sustentadas, para, a continuación, avocarme a la búsqueda de la solución correcta, desde el punto de vista de nuestra legislación positiva.

### II-A.—Doctrina nacional.

Los autores chilenos se han preocupado, en forma cada vez más frecuente, del tema principalmente en torno a los delitos contra las personas, mencionando, en forma expresa, el delito de homicidio, con relación al que han surgido los ejemplos clásicos: madre que no alimenta a su pequeño hijo y éste muere; salvavidas que, entretenido en acalorado flirteo, omite auxiliar y salvar al idiota que, sin saber nadar y peor si sabía, se adentra en aguas profundas y se ahoga.

Sin temor a equivocarme, se puede establecer que hay unanimidad entre los penalistas chilenos para sostener la admisibilidad de los delitos que en este momento nos preocupan, por nuestra legislación penal o más concretamente por nuestro Código Penal.

Tan sólo a modo de ejemplo, citaré algunos.

Para Labatut "son muchos los delitos de acción... susceptibles de transformarse en delitos de comisión por omisión. Como ejemplo típico se citan los que atentan contra la vida, pues de acuerdo al verbo rector, a la ley no interesan la manera cómo se perpetran" (3). En relación al delito de homicidio piensa el mismo autor que "la acción consiste en matar a otro y puede realizarse por medios positivos (comisión) o negativos (omisión)". (4)

Para Etcheverry no hay requisito "en cuanto a la naturaleza de la acción u omisión cuyo resultado es la muerte". (5)

De opinión semejante pareciera ser Novoa al afirmar que "la responsabilidad correspondiente a una comisión por omisión, puede surgir respecto de cualquier delito que requiera un resultado como elemento propio del tipo, si ese resultado puede derivar de un no actuar del agente". (6)

---

(3) Labatut, Gustavo: "Curso de Derecho Penal". 6ª Edición. Ed. Jurídica de Chile. Santiago 1976. Tomo I; pág. 158.
(4) Labatut, Gustavo. O. c. Tomo II; pág. 172.
(5) Etcheverry, Alfredo: "Derecho Penal". Editora Gabriela Mistral. Santiago 1976. Tomo III; pág. 20.
(6) Novoa, Eduardo: "Curso de Derecho Penal". Ed. Jurídica de Chile. Santiago 1960. Tomo I; pág. 255.

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Con mayor profundidad y detención han estudiado el tema Juan Bustos, Claudio Flisfisch y Sergio Politoff (7); también en forma similar lo han hecho Francisco Grisolía, Sergio Politoff y Juan Bustos. (8)

Se puede esquematizar el pensamiento de estos tratadistas en los puntos siguientes:

1.—Parten reconociendo la oposición a admitir esta clase de delitos por parte de la doctrina francesa y la discusión de que han sido objeto en la alemana.

2.—No hacer algo, abstenerse, omitir es un hecho; de la misma forma que, en una pieza musical, son hechos tanto las notas como los silencios, así también, en la vida social, tanto las conductas activas como las omisiones son hechos y pueden llegar a ser jurídicamente relevantes.

No existe, por tanto, problema en relación al principio de la reserva legal consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política del Estado al exigir que el delito sea un hecho. Como quedó sobradamente demostrado anteriormente esta afirmación no resiste el más somero análisis racional; al respecto me remito a lo dicho.

Sobre el principio de la reserva señalan Bustos, Flisfisch y Politoff que no se ve menoscabado porque la ley no se refiera en forma expresa a la posición de garante, pues así como en la acción la ley nada dice sobre la causalidad, de la misma forma en la omisión no tiene porqué referirse a la posición de garante.

3.—El argumento dogmático-positivo para defender la admisión de los delitos de omisión impropia en nuestro Código Penal, lo encuentran estos autores en el artículo 492, inciso primero, del mencionado cuerpo legal, al expresar "...o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas". Ahora bien, como el Título VIII del Libro II del Código Penal no contiene ninguna figura de omisión formalmente descrita, preciso es concluir que el artículo 492 se refiere a delitos contra las personas cometidos mediante conductas omisivas, que serían de omisión impropia o comisión por omisión y que de ser ejecutados con dolo caerían dentro de las disposiciones del Título VIII del Libro II del Código Penal y si con infracción de Reglamentos y por mera imprudencia o negligencia serían sancionados conforme a lo dispuesto en el artículo 492, inciso primero.

4.—Posteriormente fundamentan los requisitos o límites dentro de los que se puede asimilar la producción del resultado, por ejemplo muerte, a su no evitación, o sea, la posición de garante y posibilidad real física de actuar. Naturalmente esto es ajeno al punto que nos interesa en este momento.

¿Qué pensar de estas opiniones?

Para algunos, principalmente miembros de los Tribunales de Justicia, no cabe más que aceptar la opinión como verdadera, desde el momento que la mayoría de los autores, por no decir la unanimidad, así lo estiman; es el socorrido argumento de autoridad; es muy cómoda y evita problemas esta posición irracional; pero no es lo correcto desde un

(7) Bustos, Juan; Flisfisch, Claudio y Politoff, Sergio. O. c.
(8) Grisolía, Francisco; Politoff, Sergio y Bustos, Juan O. y L. cc.

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



punto de vista científico o al menos racional; por esta razón, trataré de analizar las opiniones expuestas.

No cabe crítica fundada sobre la opinión de Labatut, Etcheverry y Novoa pues se trata bien de opiniones doctrinarias evidentes, bien de afirmaciones sin argumentación, sobre todo al referirse al tema que estamos investigando; sobre ellas no puedo menos que decir que es hora que la validez de una afirmación científica corra pareja, no con el número de personas que conocen a su autor o con el de veces que su nombre aparezca con letras de imprenta, sino exclusivamente en razón de los argumentos esgrimidos para demostrar su validez. Sólo existen autores de nota en la medida que funden sus afirmaciones en sólidos argumentos. El argumento de autoridad, en sí mismo y mal que nos pese, carece de solvencia científica. Tal vez esté aquí la causa de nuestra dependencia jurídico-doctrinaria de autores foráneos, se obstaculiza a la ciencia en aras de la autoridad, algunos prefieren hablar de vacas sagradas, ignoro la razón.

Distinto es el caso del segundo grupo de autores; procuraré analizar su compacto y sutil argumento.

1.—Constatan un hecho en las doctrinas francesa y alemana; nada que agregar al respecto.

2.—No hacer algo, ¿es realmente un hecho? Aparentemente convence la comparación con los silencios en la pieza musical; pero, como de costumbre, las apariencias engañan. El silencio sólo puede formar parte de un concierto en la medida que existan notas. Es inconcebible una pieza musical compuesta únicamente por silencios; se trataría de una tomadura de pelo o broma de mal gusto invitar a una persona a "escuchar" un concierto compuesto exclusivamente por silencios. El silencio no es música; la canción, la pieza musical la componen, la forman las notas; el instrumento musical o la voz sola o del coro, en cuya partitura aparecen silencios en un determinado momento, no está participando, en ese instante, en el concierto; lo que no obstaculiza la valoración de su silencio.

Cosa semejante ocurre con la omisión; las acciones pueden valorar en algún sentido las omisiones, pero no pueden transformarlas en hechos. No podemos estructurar un concepto superior de hecho que amalgame al hacer y al omitir, por las mismas razones esgrimidas por Radbruch para desacreditar el concepto amplio de acción creado por alguna doctrina alemana; el hecho y su negación no pueden tener cabida dentro de un mismo concepto, lo impide un principio fundamental de Lógica, el principio de contradicción y sobre el que ya divagamos bastante. El salvavidas lo que hace es flirtear, en el ejemplo aludido, pero no hace omisión.

Dentro del contexto en que nos desenvolvemos y en este tipo de razonamiento-comparación, se puede dar ventaja, en el sentido de admitir la equivalencia nota-silencio y hecho-omisión. ¿Por qué? No se trata de un cambio de opinión, sería difícil, sino que admitiendo supuestamente la comparación, encontramos otra diferencia fundamental. En la pieza musical se admiten los silencios; las reglas de armonía, de composición musical, etc., las aceptan y estiman necesarias. Pero, nuestro problema actual es precisamente la admisión, por parte de nuestra legislación, de los delitos de omisión impropia; en otras palabras, se parte dando por establecida la solución que se busca, lo que no es posición científica. El compositor tiene como herramienta las notas y los silen-

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



cios, que combinará según sea su inspiración. Nosotros estamos en la búsqueda de la legalidad de una herramienta, las omisiones impropias y mientras no encontremos la solución, no nos es lícito trabajar con ellas.

Más débil aún es la defensa del principio de reserva basado en la comparación a la ausencia de precepto legal referente a la causalidad. En efecto, aunque la ley no se refiera, en forma expresa, al nexo causal, al menos en el Código Penal, sin embargo se refiere a la acción y al resultado, no habiendo dificultad en exigir el nexo causal entre ambos, por la más elemental Lógica; prescindiendo sobre la teoría que se sostenga sobre lo que es la causalidad, desde el momento que hablamos de una acción y un resultado, estamos suponiendo una relación de causa-efecto entre ambos términos. El problema de la omisión no radica en la ausencia de referencia a la posición de garante en nuestro Código Penal, sino en la no referencia a la omisión. Concordamos, entonces, en que no es necesaria la mención expresa a la posición de garante, como tampoco lo es la referencia a la posición real de actuar del garante; pero es imprescindible la referencia a la omisión, de la misma forma que a la acción. Si no hay referencia a la omisión, sencillamente lo que falta es la descripción, la tipicidad de las omisiones y el castigarlas, en ese contexto, es violar el principio de la reserva y echar por la borda una conquista dura y prolongada, para que los ordenamientos positivos consagraran el principio de la legalidad de los delitos y de las penas.

¿Existe en nuestro texto legal la descripción de la omisión impropia? En otras palabras, ¿están tipificados los delitos de omisión impropia en el Código Penal? Más adelante responderé a estas interrogantes.

3.—El artículo 492, inciso primero, del Código Penal no envuelve necesariamente la conclusión a que llegan los autores mencionados.

No es menester forzar la frase "ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas", para entenderla referida no sólo a aquellos delitos contemplados en el Título VIII, del Libro II del Código Penal, sino también a todas aquellas disposiciones que sancionan conductas que atentan contra las personas, como por ejemplo, el artículo 348 y otros muchos. No olvidemos al respecto que el Código Penal mereciendo, aún hoy en día, elogios contiene errores de carácter sistemático.

Más aún, pienso que no es descabellado opinar, por el carácter hipotético del término "constituiría", que pueda referirse a delitos que se tipifiquen con posterioridad a la vigencia del artículo 492, cuyos términos, en general, son de gran amplitud.

Con la admisibilidad de estas interpretaciones, aunque sólo sea en el terreno hipotético, pierde su fuerza el principal argumento de esta opinión doctrinaria. Por el momento, basta con restarle la fuerza probatoria que los autores citados le dan; es suficiente con probar que su valor no es categórico; el golpe de gracia se lo daré más adelante.

**II-B.—Intento de solución correcta.**

1.—A mi modo de ver existe en el Código Penal una disposición fundamental; es el artículo 1º de dicho cuerpo de leyes que contiene la definición legal de delito. De acuerdo a dicha disposición, "es delito to-

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



da acción u omisión voluntaria penada por la ley". Este concepto puede ser seccionado en dos partes, referida la primera a la acción y a la omisión, la segunda; no existe dificultad alguna en admitir como definición legal de omisión, la siguiente, es delito toda omisión penada por la ley.

Existe consenso, tanto en Jurisprudencia como en Doctrina, que los términos "penada por la ley" equivaldrían al más moderno concepto de tipicidad. Así expresa Novoa, que "...salvas raras excepciones, los tribunales chilenos no hablan de tipo ni tipicidad, ...prefieren atenerse a la vetusta fórmula de lo penado o no penado por la ley...". (9)

El mismo autor señala, en otra parte de su obra: "...podrá admitirse que lo esencial de ella —tipicidad— va envuelto en el concepto legal de delito, porque se declara tal a la acción u omisión a que la ley haya asignado una pena...". (10)

Por su parte, Etcheverry expresa: "Pero lógicamente resulta ser ese su significado... es preciso concluir que esa fórmula general —penada por la ley— sirve para designar, en realidad, las acciones que son típicas y antijurídicas". (11)

Por tanto, el concepto que de omisión nos entrega el artículo 1º del Código Penal puede traducirse en la siguiente fórmula, "es delito toda omisión típica, descrita por la ley".

Nuestra pregunta clave, entonces, la podemos formular así: ¿Están tipificados, en nuestra legislación, los delitos de omisión impropia?

La respuesta correcta es que no, pues los términos empleados por el legislador son esencialmente activos: mate, hiriere, golpeare, etc. Además esta clase de delito no está penada por ninguna disposición del Código Penal; entonces no es delito; queda al margen del Derecho Penal; en otros términos, son extralegales penalmente por lo establecido en el artículo 1º del Código Penal.

Cualquier interpretación analógica encierra el peligro de sacudir, aniquilar el principio de la legalidad, a la manera como una ola destruye el castillo de arena hecho por el niño en la playa con gran esfuerzo.

Notemos que la validez del argumento no descansa en la conformidad entre las palabras "penada por la ley" y tipicidad, sino en que el legislador exige penalidad para que sea castigada la omisión y esa pena debe ser señalada, en forma expresa, de la misma manera en que se debe hacer para los delitos de acción.

Si nos imaginamos, siquiera por un momento, el absurdo de una legislación que sancionara tan sólo homicidios, fruto de las omisiones, no hay duda que toda condena de una acción, causadora de muerte, como delito de homicidio, sería considerada como vulneradora del principio de reserva o legalidad de los delitos o de las penas. No hay motivo para no pensar lo mismo, en el caso concreto que se trata, que es al revés del ejemplo imaginado. Todos nos llevaríamos las manos a la cabeza y no para rascarla precisamente, si alguien fuera condenado por un delito de acción que la ley no penara, ¿existe razón o simplemente

(9) Novoa, Eduardo. O. c. Tomo I. pág. 327.
(10) Novoa, Eduardo. O. c. Tomo I. pág. 233.
(11) Etcheverry, Alfredo. O. c. Tomo I. pág. 120.

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



motivo, para no reaccionar de igual forma ante la sanción penal a una omisión no contemplada en la ley penal? La respuesta es negativa ya que el razonamiento debe ser igual para acciones y omisiones.

No es lícito asustarse —y esto vale en parte para todos los delitos de omisión— porque comisiones por omisión condenables y detestables queden impunes, por varias razones, entre las cuales:

a) Porque el Derecho Penal, por su misma esencia, no castiga todas las conductas abominables o reprochables desde el punto de vista moral o social, por ejemplo; el Derecho Penal castiga con una sanción penal algunas conductas ilícitas; es sistema discontinuo de ilicitudes; en consecuencia, van a existir conductas aun jurídicamente ilícitas que no alcanzan a revestir el carácter de ilícito penal; y

b) Aunque la razón señalada es suficiente, podemos agregar en relación a los delitos de comisión por omisión que las omisiones más graves pueden sancionarse por los artículos 346 y siguientes del Código Penal; recordemos que abandonar es dejar, desamparar a una persona, dejar alguna cosa emprendida ya y es perfectamente admisible el desamparo a escasos centímetros de distancia. Naturalmente que ya sabemos de qué pie cojean los delitos de omisión en general y por tanto este argumento sólo tiene una validez relativa.

2.—Existe otro argumento, caro a los civilistas aunque es muy discutible su validez en esa rama del Derecho, pero que, en Derecho Penal por la característica de ser un sistema discontinuo de ilicitudes, adquiere mayor fuerza. Es el siguiente, el legislador en numerosas disposiciones ha tipificado, junto al delito de acción, el de omisión; así, por ejemplo, encontramos los artículos 156, 233, 234, 239, 243, 244, 257, 273, 339 todos del Código Penal. Luego, si en ciertos casos ha descrito expresamente acción y omisión, quiere decir que cuando ha descrito tan sólo una u otra es porque deja fuera de la sanción penal a la no tipificada.

En mi modo de ver estos argumentos son lo suficientemente poderosos como para desvirtuar, sin ningún tipo de miramientos, el debilitado argumento esgrimido por la opinión contraria, basado en el artículo 492 inciso primero del Código Penal.

Opino que desde un punto de vista dogmático frío, el problema no llega a revestir caracteres de discutibilidad; de hecho se discute, pero la claridad de las disposiciones legales que avalan la opinión sostenida en este artículo excluye su discusión desde un punto de vista racional.

## CONCLUSION

No he querido demostrar con el escrito que mi opinión sea buscar la impunidad de los delitos de omisión en general. Tal vez si estime, con igual o mayor fuerza que los sostenedores de la tesis contraria a la defendida aquí, que los delitos de omisión merecen pena de modo similar a los delitos de acción. Pero el trabajo ha tenido exclusivamente una intención de problemática sobre los textos legales. Alguna vez debía verter en una publicación la inquietud, por largos años madurada, en el sentido que en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida que queramos mantener principios tan sagrados como el de la reserva o legalidad, no podían ser sancionados los delitos de omisión.

Los dardos van dirigidos y encaminados desde el punto de vista de lege ferenda. Existen omisiones que merecen gran reproche; es necesa-

Artículo: Reflexiones sobre los delitos de omisión a la luz de la Constitución y ley chilenas
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Abundio Pérez Rodrigo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



rio legislar, en forma clara y concordante, al respecto; no pueden coexistir los preceptos constitucionales estudiados con el artículo 1º del Código Penal y demás leyes que sancionan delitos de omisión.

No se puede pensar tampoco que mientras tanto, de seguirse la tesis sustentada, se produzcan abusos. Los abusos se dan con mayor facilidad al considerar los problemas de la tentativa y frustración en las omisiones, sobre todo impropias, que de admitirse indiscriminadamente, como lo hacen algunos autores, envuelven el peligro de castigar la intención, violando, en forma grosera, el fuero interno de las personas y eliminando la separación de los campos regulados por la Moral y el Derecho; a nadie es lícito poner una lápida sobre el principio "cogitationes noemo poenam patitur".

Por otra parte el mayor abuso es castigar por delitos de omisión violando disposiciones claras ya constitucionales ya legales, según los casos, esto sí es abuso; lo otro es tan sólo una defectuosa técnica legislativa de fácil remedio.

Para terminar tendré que glosar a Dante diciendo que quizá alguno escriba con mejor pluma sobre el tema.