

315.011
A 1142
1971
P. 1165
42

045594

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

LA IRRESPONSABILIDAD PENAL POR AUSENCIA DE ACTO



TESIS PRESENTADA POR
HIGINIO ANTONIO ACEVEDO
PREVIO A LA OPCION DEL TITULO DE
DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES

OCTUBRE DE 1971
SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

DR. RAFAEL MENJIVAR

RECTOR

DR. MIGUEL SAENZ VARELA

SECRETARIO GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

DECANO

DR. MAURICIO ALFREDO CLARA

SECRETARIO.

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE
CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente : : DR. ALEJANDRO DAGOBERTO MARROQUIN

Primer Vocal : DR. JAVIER ANGEL

Segundo Vocal: DR. MAURICIO ROSALES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE
MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente : DR. JOSE NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

Primer Vocal : DR. RODRIGO RAYMUNDO PINEDA

Segundo Vocal: DR. MANUEL ANTONIO RAMIREZ

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE
MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente : DR. MIGUEL ANGEL GOMEZ

Primer Vocal : DR. JOAQUIN FIGUEROA VILLALTA

Segundo Vocal: DR. ROBERTO LOPEZ MUNGUIA



ASESOR DE TESIS

DR. JOAQUIN FIGUEROA VILLALTA

TRIBUNAL EXAMINADOR DE TESIS

PRESIDENTE : DR. JOSE GUILLERMO ORELLANA OSORIO

PRIMER VOCAL : DR. LUIS DOMINGUEZ PARADA

SEGUNDO VOCAL : DR. ROMAN GILBERTO ZUNIGA VELIS



**Dedico este trabajo
a la memoria de
MARIA, mi madre; de
FRANCISCO, mi hermano, y de
TONITA, mi hermana.**

P R O L O G O

Un acontecimiento por demás ingrato marcó la ruta que habría - de seguir como abogado: la muerte violenta de mi hermano Francisco a manos de un cínico delincuente que, gracias a las malas artes de cierto abogado y a los vicios de la justicia penal nuestra, se encuentra gozando de libertad. Cursaba entonces segundo año de la Carrera de Derecho y cuando apenas sabía de la existencia del Derecho Penal, realizaba, en la Sala de Jurados de mi ciudad natal, la primera defensa de oficio.

Al cursar Derecho Penal (Parte General) mi interés por esta materia se acrecentó al contacto con las obras de dos grandes maestros: Don Luis Jiménez de Azúa y Raúl Carrancá y Trujillo.

Desde entonces, aunque sea en forma esporádica, he venido - publicando artículos sobre temas penales en la prensa nacional.

A ello se debe que haya escogido la materia de Derecho Penal para escribir mi trabajo de grado, tocándome en suerte el tema titulado "La Irresponsabilidad Penal por Ausencia de Acto".

Presento pues, mi modesto trabajo a la consideración de las - amables personas que me honren con su lectura.

Al terminar mis estudios no digo adiós a nuestra querida Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, prefiero despedirme diciendo hasta pronto...

Quiero expresar también mi inmensa gratitud para con nuestra casa de estudios y, a todas aquellas personas que han contribuido a mi formación académica: mis maestros, mis padres, mi esposa y mis hijas; estas -- últimas lograron convertir mis noches de desvelo en alegría.

Gracias también a mi hermano Enrique por sus magníficas sugerencias sobre técnicas de la investigación y a la Srita. Silvia Flores por su contribución mecanográfica.

H. A. Acevedo.

H I G I N I O A N T O N I O A C E V E D O

L A I R R E S P O N S A B I L I D A D

P E N A L P O R A U S E N C I A

D E A C T O

(T E S I S)

S A N S A L V A D O R , E L S A L V A D O R , C . A .

C A P I T U L O I

GENERALIDADES

a) Concepción unitaria y analítica del delito

A dos corrientes o teorías opuestas, al parecer irreconciliables, se puede reducir la disputa doctrinaria acerca del estudio del delito: La concepción totalizadora o unitaria, denominada por ANTOLISEI (1) "Mecánica", a nuestro juicio con impropiedad y la concepción analítica o atomizadora, llamada también "parcial" por BETTIOL (2). La primera pretende estudiar el delito como un todo, el delito en su conjunto, el delito como estructura, como escribe LANDABURU (3); dicha teoría ve en el delito, como enseña PAVON (4) siguiendo a ANTOLISEI (5) "un bloque monolítico imposible de escindir en elementos". La segunda, en cambio, estudia el delito descomponiéndolo en elementos o "fragmentos" como dice en tono despectivo BETTIOL (6).

Ambas corrientes doctrinarias cuentan con notables partidarios y defensores y ardorosos detractores.

-
- (1) ANTOLISEI, FRANCESCO - Manual de Derecho Penal. Parte General , Editorial UTEA, Buenos Aires, 1960 pág. 153.
 - (2) BETTIOL, GIUSEPPE - Derecho Penal - Parte General, versión de José León P., Editorial TEMIS, Bogotá , 1965 Pág. 166.
 - (3) LANDABURU, LAUREANO - Citado por RICARDO FRANCO Y GUZMAN en Delito e Injusto, México, 1950, Pág. 9.
 - (4) PAVON VASCONCELOS, F. - Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa S.A., México 1967, Pág. 141.
 - (5) ANTOLISEI, FRANCESCO - Ob. cit., Pág. 153.
 - (6) BETTIOL , GIUSEPPE - Ob. cit. pág. 166.

Los más caracterizados autores que sustentan la teoría unitaria son, a nuestro juicio, BETTIOL (1) en Italia y LANDABURU (2) y AFTALION (3) en Argentina.

-
- (1) BETTIOL, GIUSEPPE, Ob. Cit. Pág. 166: Criticando la teoría analítica, dice : "El delito terminó por quedar dividido en varios "fragmentos", sin ningún vínculo de conexión entre sí, y sobre la base de esta consideración se llegaba a una visión parcial o del todo deshilvanada. Como reacción contra este método analítico surge la consideración unitaria por medio de la cual el delito se presenta como una entidad que no permite se la escinda en elementos diversos, que, para usar una expresión vulgar, no se deja cortar en "tajadas".
 - (2) LANDABURU, LAUREANO, Conforme a cita que hace Ricardo Franco y Guzmán en "Delito e Injusto", el profesor argentino afirma que "el delito no es una suma de elementos independientes, sino una estructura en la cual las partes se encuentran íntimamente ligadas entre sí y con respecto a un todo, reconociendo el conjunto una única fundamentación de sentido."
 - (3) AFTALION, ENRIQUE R., "La Escuela Penal Técnico-Jurídica y Otros Estudios" Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1952, págs. 83, 85, 86 dice: "Mientras el teórico del Derecho se limita a trabajar con conceptos - por ejemplo : el concepto del delito nada se opone a que lleve sus análisis a extremos insospechados. Conceptualmente, hasta un cabello puede ser longitudinalmente partido en cuatro ... (pero) el delito a juzgar se presenta ante el juez como una totalidad, y no como una suma de partes ... Bien está que el juez tenga en cuenta todas y cada una de las vertientes jurídicas que ofrezca un hecho. Pero no por ello puede decirsele que lo haga en forma fragmentaria, seccionando a la acción en segmentos estancos, porque ello es sencillamente imposible."

También podemos ubicar dentro de la corriente unitaria a ANTOLISEI , aun en contra de la opinión de José Enrique Silva (1) a ROCCO (2) y CARNELUTTI (3). No desconocemos sin embargo, que los tres tratadistas italianos antes mencionados pertenecen a lo que ANTOLISEI llama la "era de la dicotomía", a la que también podemos agregar a CARRARA (4) CARMGNANI, MANZINI, FLORIAN Y PAOLI, en Italia ; FEUERBACH, en Alemania; ROSSI, en Francia y PACHECO, en España (5).

La doctrina analítica es ciertamente alemana y tiene su punto de partida en la doctrina del tipo de BELING expuesta por él en 1906 (6).

-
- (1) SILVA, JOSE ENRIQUE, Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño, en "Revista de Derecho No. 1", Editorial Universitaria, El Salvador, pág. 16. El propio ANTOLISEI, ob. cit., pág. 153 dice : "La exasperación del procedimiento analítico ha llevado no sólo a despedazar el delito en varias partes, sino también a considerar cada una de ellas como una entidad independiente , como un quid dotado de vida autónoma. A través de este procedimiento, ha podido ser considerado el delito como una suma de elementos dispares y heterogéneos. Esta concepción , que podría llamarse mecánica o atomística, debe reputarse errónea , porque el delito es un todo orgánico."
 - (2) ROCCO, ARTURO, dice Franco y Guzmán en Delito e Injusto, pág.8 que profesor italiano, en contra el método analítico se pronuncia mas o menos en el mismo sentido (que ANTOLISEI), criticando principalmente la teoría del tipo de BELING, calificándola de "nórdicamente nebulosa, llena de sutilezas inaprensibles y prácticamente confusa."
 - (3) CARNELUTTI, FRANCESCO, afirma BETTIOL, Ob. cit. pág. 166 que para dicho autor, "los elementos del delito no constituyen partes del acto, físicamente separadas y separables, sino aspectos de aquél, sólo distinguibles lógicamente."
 - (4) CARRARA, FRANCESCO, citado por BETTIOL, Ob. cit. pág. 170, habla de una "fuerza física y de una fuerza síquica."
 - (5) DE MIGUEL PEREZ, ISIDRO, Ob. cit. pág. 203.
 - (6) JIMENEZ DE ASUA, LUIS , Tratado , Tomo III, pág. 53.

Entre los que defienden la teoría analítica, que son la mayoría, citaré a VON LISZT, MEZGER, MAYER, BELING Y SAUER (1) en Alemania; el más fecundo penalista de habla castellana recientemente desaparecido, maestro LUIS JIMENEZ DE ASUA; el profesor SOLER (2) en Argentina; el recordado penalista mexicano RAUL CARRANCA Y TRUJILLO ; un discípulo de este FRANCO Y GUZMAN (3) y PAVON VASCONCELOS (4) también de México; DE MIGUEL PEREZ en Venezuela (5).

Nosotros llegado el momento de elegir, nos declaramos partidarios de la teoría analítica del delito.

-
- (1) SILVA, JOSE ENRIQUE, Ob. cit. pág. 16; PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. pág. 142.
 - (2) SOLER, SEBASTIAN , Derecho Penal Argentino, Tomo I, Tipográfica Editora Argentina - TEA - Buenos Aires, 1951 , pág. 227.
 - (3) FRANCO Y GUZMAN, RICARDO, Ob. cit. pág. 29 dice "Para nosotros, la definición del delito quedaría así : Conducta humana, antijurídicamente típica, culpable y sancionada con una pena. Quedarían por tanto para nosotros, como elementos esenciales del delito : 1o. Acción o conducta humana. 2o. Antijuricidad. 3o. Tipicidad. 4o. Culpabilidad . 5o. Punibilidad.
 - (4) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. pág. 142, expone: "Nosotros aceptamos la segunda concepción (analítica), la cual, sin negar la unidad del delito precisa su análisis en elementos, pues como bien dice JIMENEZ DE ASUA sólo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción u omisión sancionados por las leyes."
 - (5) DE MIGUEL PEREZ, ISIDRO, Derecho Penal, Principios Generales, Imprenta Universitaria, Caracas, 1963. Pág. 203, se pronuncia así: "Hay que estudiar el delito analizando separadamente sus caracteres; pero sabiendo que estos están estrechamente ligados entre sí ."

Indudablemente el esquema de las teorías estudiadas es limitado y estamos seguros de que hemos incurrido en omisiones que algunos no querrán perdonar, pero queremos, dentro de la extensión que al presente trabajo deseamos darle, disponer del espacio necesario para mayores desarrollos sobre otros temas que creemos de mayor interés.

b) Elementos del Delito.- Con JIMENEZ DE ASUA llega la teoría analítica a su máximo desarrollo.

Para él el "Delito es la acción u omisión culpable, típicamente antijurídica , penada por la ley e imputable a un sujeto responsable y sometido en ciertos casos a una condición externa de punibilidad." (1)

De ahí, el mismo Asúa, completando el trabajo iniciado por SAUER, construye el esquema de los elementos del delito en su doble aspecto : Positivo y Negativo (2) así :

ASPECTO POSITIVO	ASPECTO NEGATIVO
a) Actividad (3)	a) Falta de acción
b) Tipicidad	b) Ausencia de tipo
c) Antijuricidad	c) Causa de justificación
d) Imputabilidad	d) Causa de Inimputabilidad
e) Culpabilidad	e) Causa de inculpabilidad
f) Condición objetiva	f) Falta de condición objetiva
g) Punibilidad (4)	g) Excusas absolutorias

-
- (1) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 2a. Ed. Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 19, pág., 84.
- (2) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y El Delito, pág. 209 . El esquema mencionado lo encontramos también en los trabajos de JOSE ENRIQUE SILVA, Ob. cit. págs. 16 y 17; ISIDRO DE MIGUEL PEREZ. Ob. cit. pág. 204; FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Ob. cit. pág. 142.
- (3) DE MIGUEL PEREZ llama "acto" a este aspecto; PAVON lo denomina "Conducta" o "hecho" , término este último, a nuestro juicio inapropiado.
- (4) DE MIGUEL PEREZ, ISIDRO, Ob. cit. pág. 204, habla de "punibilidad o sanción."

c) Problema Terminológico

Para designar el primer elemento del delito se emplean los siguientes términos "acto" (1), "acción"(2), "actividad" ,"hecho" (3), "conducta", "obrar" (4), "acontecimiento".

Nosotros nos pronunciamos por el empleo de las palabras "acto" o "conducta", especialmente por esta última, para designar el primer elemento del delito. Compartimos esta opinión con JIMENEZ HUERTA (5) cuando dice: "Nosotros preferimos la expresión "conducta", no solamente por ser un término mas adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquellas otras que implican inactividad, inercia o inacción. Resulta Paradójico que esta segunda forma que puede revestir el primer elemento del delito, caracterizada por una inactividad o ausencia de acción forme parte de un concepto general denominado "acción" o "inactividad. La denominación por nosotros adoptada es utilizada también por FRANCO Y GUZMAN, GOLDSCHMIDT, ANTOLISEI, y NOVOA MONREAL.

-
- (1) Emplean el término "acto": LUIS JIMENEZ DE ASUA, La Ley y El Delito, pág. 210; FRANZ VON LISZT, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial REUS, Madrid, 1926.
 - (2) WELZEL, HANS, Derecho Penal, Parte General, Trad. de Carlos Fontán Balestra, Roque DEPALMA Editor, Buenos Aires, 1956, pág. 35.
 - (3) PAVON VASCONCELOS, Ob.cit. pág.158; MANZINI, VINCENSO, Tratado de Derecho Penal, Tomo 2 Vol.II, EDIAR S.A. Editores, Buenos Aires, 1948, pág. 13.
 - (4) SAUER, GUILLERMO, Derecho Penal, Parte General, Trad. de Juan del Rosal, BOSCH-Casa Editorial, Barcelona, 1956, pág. 133.
 - (5) JIMENEZ HUERTA, MARIANO, Panorama del Delito, Imprenta Universitaria, México, 1950.

d) Concepto de acto o conducta

Existe una corriente doctrinaria, con la cual nosotros no estamos de acuerdo, que considera la "acción" como elemento genérico comprensivo de la acción y de la omisión.

Para MAGGIORE (1), por ejemplo, la "acción" es la conducta positiva o negativa, que produce algún cambio en el mundo exterior.

MERKEL (2) también participa del mismo criterio cuando afirma "cuando empleamos esta palabra (acciones) ha de entenderse que con ella abarcamos las omisiones."

Hemos encontrado en PORTE PETIT, citado por PAVON (3) la siguiente crítica: la acción implica movimiento y la omisión todo lo contrario: inactividad. Si ambos términos, acción y omisión son antagónicos, uno de ellos no puede servir de género al otro.

WELZEL, en cambio, sostiene que "toda acción con significación penal es una unidad formada por elementos objetivos y subjetivos (de hecho y voluntad); su concreción se realiza en forma distinta: como COMISION O COMO OMISION. El término "comisión" es usado por RAMOS como sinónimo de acción propiamente dicha, y también lo encontramos en SOLER.

Estimamos correcta la tesis anterior, pero para nosotros, insistimos, el término genérico que comprende tanto la acción o comisión, como la omisión, es el de acto o conducta.

(1) MAGGIORE, GIUSSEPE, Derecho Penal, Vol. I, Editorial TEMIS, Bogotá, 1954, pág. 273.

(2) MERKEL, ADOLFO, Derecho Penal, Tomo I, Trad. de P. Dorado, La España Moderna, Madrid s/f., págs. 17 y 18

(3) WELZEL, HANS, Derecho Penal, pág. 35.

Pasamos inmediatamente a revisar algunos conceptos de acto y conducta, en su orden .

Para JIMENEZ DE ASUA (1) el primer caracter del delito es ser un acto. Empleamos- dice el maestro español- la palabra acto (e indistintamente acción lato sensu) y no hecho (como prefieren decir NUÑEZ, PAVON, CARNELUTTI, MANZINI, agregamos nosotros) porque hecho es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio el acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta. El acto comprende tanto la acción , como la omisión.

Para NOVOA MONREAL (2) el delito es fundamentalmente una conducta, esto es, un comportamiento humano exterior positivo o negativo.

Estimamos - dice PAVON- que la conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria. Este concepto - agrega - es comprensivo de las formas en las cuales la conducta puede expresarse : acción u omisión (3).

(1) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y El Delito, pág. 210

(2) NOVOA MONREAL, EDUARDO, Curso de Derecho Penal Chileno, Libro I, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1960, pág. 265.

(3) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. pág. 160.

Por su parte ANTOLISEI afirma que "la conducta puede adoptar dos formas distintas : una positiva (acción en sentido estricto) y otra negativa (omisión) antítesis de la anterior, llamada también acción negativa.

e) Elementos de la conducta o acto.

Haremos en principio, sobre este punto, una pequeña relación doctrinaria, para terminar exponiendo nuestra posición.

Enseña JIMENEZ HUERTA (1) que la conducta es siempre una manifestación de voluntad dirigida a un fin. Tres elementos , por tanto, son esenciales para su existencia : uno interno -voluntad- otro externo -manifestación-, y otro finalístico o teleológico meta que guía a la voluntad.

De acuerdo con LABATUT (2) la acción entendida en sentido amplio (conducta, decimos simplemente nosotros) en sus aspectos positivo y negativo, comprende : a) la conducta activa, el hacer positivo (comisión o acción en sentido estricto) o la conducta pasiva u omisión; b) el evento, efecto o resultado, y c) la relación causal entre éste y aquellas.

RADBRUCH, citado por Jiménez de Asúa, niega la posibilidad de un concepto superior que abarque la acción y la omisión . A la acción en sentido estricto, pertenece la voluntad, el movimiento corporal y el resultado. En la omisión faltan estos requisitos.

(1) JIMENEZ HUERTA, MARIANO, Ob. cit. pág. 10

(2) LABATUT GLENA, GUSTAVO, Derecho Penal, Tomo I, 3a. Ed. Editorial Jurídica de Chile, 1958, pág. 129.

En parecidos términos GOLDSCHMIDT (1) dice : "cuando suponemos que a la acción corresponden tres elementos : manifestación de voluntad, resultado y relación causal entre aquéllos, a la simple omisión le faltan todos estos elementos."

Para DEL RIO (2) , la acción comprende la acción propiamente dicha, el resultado o evento, y determinada relación causal entre una y otra. En otros términos - agrega - el acto en su momento formal, es acción más evento en relación causal.

A nuestro juicio -dice JIMENEZ DE ASUA - el acto está compuesto de tres elementos : a) manifestación de voluntad, b) resultado, y c) relación de causalidad, aunque, como sabemos, M. E. MAYER habla de delitos sin manifestación de voluntad y sin resultado.

PESSINA (2) expone que la acción consta del elemento interno del querer criminoso (volición) y del elemento externo de la ejecución de aquel querer (evento).

De acuerdo con CUELLO CALON (3), en la noción del delito entran tres elementos : a) una acción u omisión ; b) ambas han de ser voluntarias; c) han de estar penadas por la ley.

-
- (1) GOLDSCHMIDT, JAMES , Metodología , pág. 30.
 - (2) DEL RIO C., J, RAIMUNDO, Explicaciones de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1945, pág. 240.
 - (3) PESSINA, ENRIQUE, Elementos de Derecho Penal, 4a. Ed. Editorial REUS, Madrid, 1936, pág. 284.
 - (4) CUELLO CALON , EUGENIO, Derecho Penal , pág. 259.

Nosotros sostenemos, siguiendo la doctrina dominante al respecto, que el acto o conducta consta de tres elementos: a) manifestación de voluntad; b) resultado, y c) nexo o relación de causalidad entre aquellos.

En el capítulo III de nuestro trabajo nos ocuparemos nueva mente de los elementos señalados y de manera especial, sobre los dos últimos.

C A P I T U L O _ I I

ASPECTOS DEL ACTO

LA ACCION

- a) Concepto. De acuerdo con NOVOA MONREAL (1) y nosotros participamos del mismo criterio, "cuando la conducta humana se manifiesta de manera positiva, con un movimiento corporal del sujeto activo nos encontramos en presencia de una acción." La acción la podemos encontrar en el Código Penal con el uso de un verbo que la denota: "matar", "sustraer", "falsificar", "hurtar", "usurpar", etc.

Muchos autores convienen en afirmar que la acción es conducta humana. Mencionaremos algunos de los que tal cosa sostienen: FONTAN BALESTRA (2), SOLER (3), PEREZ (4) y CUELLO CALON (5).

-
- (1) NOVOA MONREAL, EDUARDO - Curso de Derecho Penal Chileno, Libro I, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1960, pág. 276.
- (2) FONTAN BALESTRA, CARLOS - El Elemento Subjetivo del Delito, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1957. En la pág. 1 dice: "Cuando decimos, simplemente, que el delito es acción, limitamos la responsabilidad penal a un "actuar humano".
- (3) SOLER, SEBASTIAN - Derecho Penal Argentino, Tomo I, Tipográfica Editora Argentina TEA, Buenos Aires, 1951, en la pág. 292 expresa: "El elemento primario del delito es la acción, o sea el hecho humano voluntario." Nos parece criticable el uso de la palabra "hecho" por prestarse a equívocos.
- (4) PEREZ, LUIS CARLOS - Manual de Derecho Penal, Editorial TEMIS, Bogotá, 1962, pág. 65.
- (5) CUELLO CALON, EUGENIO - Derecho Penal, Tomo I, 9a. Ed. Editora Nacional, México, 1961, a la pág. 293 se lee: "El delito es ante todo un acto humano, una modalidad jurídicamente trascendente de la conducta, una acción."

La doctrina por nosotros expuesta, que considera la acción como un "hacer positivo" ciertamente no es compartida por muchos autores. Bástenos mencionar a CUELLO CALON (1), JIMENEZ DE ASUA (2), MAURACH (3) DE MIGUEL PEREZ (4), MAGGIORE (5) y LABATUT (6) .

-
- (1) CUELLO CALON, EUGENIO - Ob, cit. pág. 293 dice : "La expresión acción en amplio sentido comprende : A) La conducta activa , el hacer positivo, la acción en estricto sentido ; B) la conducta pasiva, la omisión." Nosotros en lugar de hablar de acción en sentido amplio, preferimos decir acto o conducta. Citamos en nuestro apoyo a PAVON Ob. Cit. pág. 172 donde afirma que " el término genérico, como elemento del hecho, es la conducta comprensiva tanto de la acción como de la omisión."
 - (2) JIMENEZ DE ASUA, LUIS - La Ley y El Delito , pág. 216 dice que "el concepto del acto abarca tanto el hacer como el omitir."
 - (3) MAURACH, REINHART - Tratado de Derecho Penal, Ediciones ARIEL, 1962.- Pág. 182 afirma que "la acción abarca tanto el hacer corporal como el no hacer."
 - (4) DE MIGUEL PEREZ, ISIDRO - Derecho Penal, Imprenta Universitaria, Caracas, 1963, en el No. 88 escribe : "Aunque se hable de acción o de omisión debe entenderse siempre la unidad del acto."
 - (5) MAGGIORE, GIUSEPPE - Ob. cit. pág. 309; dice : "Acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer algo o en no hacer algo."
 - (6) LABATUT GLENA, GUSTAVO - Derecho Penal, Tomo I, 3a. Ed. Editorial Jurídica de Chile , 1958, pág. 129, manifiesta que "la acción entendida en sentido amplio, en sus aspectos positivo y negativo, comprende : la conducta activa, el hacer positivo (comisión o acción en sentido estricto) o la conducta pasiva u omisión." Ya hemos criticado este punto de vista.

LA OMISION

a) Concepto de omisión, Elementos

CUELLO CALON (1) tanto en el Manual, como en su Derecho Penal, nos dice que puede definirse la omisión como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un determinado hecho.

Por su parte CARRANCA Y TRUJILLO (2) enseña que el no hacer activa, corporal y voluntariamente, teniendo el deber legal de hacer constituye la omisión.

MEZGER (3) afirma que existe lo que el llama "hecho de OMISION (conducta pasiva, omisión), cuando el autor no hace algo que debe hacer, esto es, infringe una norma preceptiva.

Finalmente, ORTIZ MUÑOZ (4) da el concepto de omisión diciendo que es la no actuación trascendente al mundo externo, consistente en abstenerse de hacer un movimiento corporal que habría impedido el cambio o mutación que "debía" impedirse.

-
- (1) CUELLO CALON, EUGENIO, Manual de Derecho Penal Español, Parte General, BOSCH - Casa Editorial, Barcelona, 1945, pág. 49 ; Derecho Penal, Tomo I, 9a. Ed. Editora Nacional , México, 1961, pág. 296.
 - (2) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 5a. Ed. Antigua Librería Robredo, México, 1958, pág. 199.
 - (3) MEZGER, EDMUND, Derecho Penal, Parte General, Trad. de Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, pág. 105.
 - (4) ORTIZ MUÑOZ, PEDRO, Nociones Generales de Derecho Penal, Editorial Nascimento, Santiago , 1933, pág. 210.

Sobre la omisión existe abundante bibliografía, la cual nos permitiría hacer, una lista interminable de conceptos, pero para los fines de esta parte de nuestro trabajo, que es meramente introductivo del tema de tesis, creemos que son suficientes las transcritas.

Los autores citados (CUELLO CALON, CARRANCA Y TRUJILLO, MEZGER y ORTIZ MUÑOZ) pese a la diversidad terminológica empleada al definir la omisión, convienen en que esta consiste en una "inactividad voluntaria", en "un no hacer", en "abstenerse de hacer", etc. vocablos todos que significan lo mismo, esto es, una conducta negativa. Este es el primer elemento de la omisión.

También encontramos como signo común en los conceptos de CUELLO CALON y CARRANCA Y TRUJILLO, la "voluntariedad", en que consiste el segundo elemento de la conducta pasiva u omisión.

Finalmente, en las frases "deber de ejecutar", "deber legal de hacer", "no hacer algo que debe hacer", encontramos el tercer elemento de la omisión, consistente, como dice CUELLO CALON, en el deber jurídico de obrar. Mas no todos los autores están de acuerdo con los tres elementos que hemos señalado a la omisión. Bástanos señalar que PAVON (1) argumenta que el "deber jurídico de obrar, no es propiamente un elemento, por pertenecer a la teoría de la antijuricidad como con acierto lo afirma MEZGER."

(1) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. págs. 174 y 175.

b) Clases de omisión

Afirma SILVA (1) que la infracción penal puede ser cometida por: a) acción; b) omisión simple; c) comisión por omisión; d) omisión espiritual o culpa, (2).

Para nosotros, sin embargo, siguiendo la doctrina dominante al respecto, la omisión comprende únicamente dos categorías o clases: a) la omisión simple llamada también omisión **propia** por LABATUT y MEZGER y, denominada omisión propia o simple por PAVON y, b) la omisión impropia, llamada omisión aparente o falsa omisión por QUINTANO y conocida en la terminología francesa por comisión por omisión.

La omisión propia o simple, originante de los delitos de simple omisión, según MEZGER (3) es aquella "en que se castiga el no hacer de la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario un resultado."

(1) SILVA, JOSE ENRIQUE, Ob. cit. pág. 18.

(2) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Derecho Penal, pág. 199, se refiere a esta clase de omisión, en los siguientes términos: "Se ha distinguido entre delitos de omisión material y de omisión espiritual ... La omisión material da lugar a los delitos de simple omisión (propios delitos de omisión) y a los de comisión por omisión (impropios delitos de omisión); la espiritual a los especialmente denominados delitos de omisión espiritual, de culpa o de imprudencia."

(3) MEZGER, EDMUNDO, Ob. cit. pág. 118.

Nos dice PAVON (1) que la esencia de la omisión impropia, también denominada comisión por omisión, se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer a carrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abs tenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material.

Para CUELLO CALON, (2) la omisión impropia consiste en producir un cambio en el mundo externo, mediante la omisión de algo que el Derecho ordena hacer.

Entre la omisión simple y la comisión por omisión existen diferencias fundamentales, PAVON (3) señala las siguientes :

- a) En la omisión simple se viola únicamente una norma preceptiva penal, en tanto en los delitos de comisión por omisión se violan una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal;
- b) En los delitos de omisión sólo se da un resultado jurídico; en los delitos de comisión por omisión se produce un resultado tanto jurídico como material, y
- c) En la omisión simple es la omisión la que integra el delito, mientras en la comisión por omisión es un resultado material lo que configura el tipo punible.

(1) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. pág. 175.

(2) CUELLO CALON, EUGENIO, de acuerdo con cita que hace PAVON en su Manual de Derecho Penal , pág. 176.

(3) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. págs. 177 y 178.

Son ejemplos de simple omisión: Para MAGGIORE, la omisión de denunciar un delito por parte de un funcionario público; la omisión de avisar a la autoridad o de asistir a los menores, a los enfermos, a los heridos, etc.

El primer ejemplo también lo trae BETTIOL, y ambos lo refieren al Art. 361 del Código Penal Italiano (1).

Como ejemplo de delitos de comisión por omisión señalamos el caso clásico o típico, mas repetido en la doctrina, cual es, el de la madre que para dar muerte a su hijo lactante deja intencionalmente de amamantarlo. Hemos afirmado que este caso es el mas frecuentemente citado por los tratadistas de Derecho Penal, y, efectivamente, lo encontramos en WELZEL, MEZGER y GOLDSCHMIDT, entre los alemanes; en BETTIOL Y MAGGIORE, en Italia; CUELLO CALON, JIMENEZ DE ASUA y QUINTANO, entre los autores españoles; NUÑEZ, en Argentina; DEL RIO, en Chile.

JIMENEZ HUERTA señala junto al caso de la madre que no amamanta al hijo y le deja morir de hambre, el del médico que una vez iniciada la operación deja desengrar al enfermo (2).

(1) MAGGIORE, GIUSEPPE, Ob. cit. pág. 299 ; BETTIOL, GIUSEPPE, Ob. cit. pág. 212 .

(2) JIMENEZ HUERTA, MARIANO, Ob. cit. pág. 42.

Pero debemos recordar que para JIMENEZ DE ASUA (1) la madre que para dar muerte a su niño de pecho no le da de mamar, la infanticida mas que un delito de comisión por omisión, comete un delito francamente comisivo, debido a que la omisión no es mas que el medio o modo de realizar la comisión.

Mas adelante daremos otros ejemplos, referidos todos a nuestro derecho positivo.

(1) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y El Delito, pág. 217. También citado por Mariano Jiménez Huerta en Panorama del Delito, pág. 39.

DOCTRINA DE LA ACCION FINALISTA

Coinciden los tratadistas de Derecho Penal (DE MIGUEL PEREZ, CORDOBA, MEZGER, BUSTOS, FONTAN, MAURACH) al señalar a HANS WELZEL como el autor de la teoría o doctrina finalista de la acción.

JIMENEZ DE ASUA, citado por DE MIGUEL PEREZ (1) afirma que es ta teoría finalista del acto, que empezó en 1938 (2) tiene escasos seguidores y muchos y enérgicos atacantes.

Cualquiera que sea la posición que se adopte con respecto a esta teoría, ella debe estudiarse; no se puede defender, ni atacar, lo que no se conoce. Estamos de acuerdo con CORDOBA RODA (3) cuando afirma que "uno de los temas que merece hoy a nuestro juicio un detenido estudio monográfico dentro de la ciencia penal española (y aquí también) es el de la doctrina de la acción finalista.

Nosotros expondremos en forma bastante condensada esta teoría, basándonos principalmente en las obras de WELZEL que hemos podido consultar y en segundo lugar en sus comentaristas.

(1) DE MIGUEL PEREZ, ISIDRO, Ob. cit. pág. 222

(2) CORDOBA RODA, JUAN. Una Nueva Concepción del Delito. La Doctrina Finalista, Ediciones Ariel, Barcelona, 1963, pág. 46, discrepa en la fecha cuando dice: "La doctrina finalista aparece expuesta, por vez primera de modo completo, en los Studien zur System des Strafrechts de Welzel, publicados el año 1939. "Welzel en su obra titulada El Nuevo Sistema del Derecho Penal, pág. 11 nos dice que él expuso por primera vez las ideas fundamentales de su doctrina en 1930.

(3) CORDOBA RODA, JUAN. Ob. Cit. pág. 7.

Afirma Welzel en su Derecho Penal que "la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer finalista y no solamente causal. La finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso - dice WELZEL - gráficamente hablando, la finalidad es vidente; la causalidad es ciega."

"Como la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad consciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista." De Welzel es el siguiente ejemplo: "La enfermera que sin pensar en nada, inyecta una dosis de morfina demasiado fuerte, de efecto letal, realiza una inyección finalista, pero no una acción finalista de homicidio."

No somos partidarios de hacer citas extensas, pero, si estamos estudiando la teoría de WELZEL, nada fácil, será mejor que utilicemos sus propias palabras.

Escribir escuetamente que Welzel dice que la causalidad es ciega y la voluntad vidente, como lo hace DE MIGUEL PEREZ (1), es decir muy poco, o nada acerca de la teoría en estudio. El autor antes mencionado ha hecho un extracto tan diminuto de la teoría de la acción finalista, que dudamos que quien la lea pueda formarse siquiera una idea aproximada de la doctrina de Welzel. Nosotros quisiéramos no incurrir en el mismo error que estamos señalando.

FONTAN BALESTRA (2) el traductor del Derecho Penal de Welzel ha dicho que "la teoría finalista de la acción, no obstante los reparos que se le oponen, suscita en estos momentos un interés que justifica que le dediquemos algunos párrafos." Nosotros no los vamos a transcribir, quien lo desee puede consultar la obra citada, o la propia obra de Welzel a la cual se le parecen tanto los escritos de Fontán Balestra sobre la teoría de la acción finalista, como una hoja a otra hoja.

No nos queremos quedar en repeticiones innecesarias por que deseamos ocuparnos del tema mas discutido de la teoría de la acción finalista y es el de su mismo origen, de sus antecedentes.

(1) DE MIGUEL PEREZ, ISIDRO, Ob. cit. pág. 222

(2) FONTAN BALESTRA, CARLOS, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ediciones GLEM S.A., Buenos Aires, 1966, págs. 418 a 421.

Hemos encontrado en el Tratado de MAURACH (1) la siguiente afirmación: "La teoría de la acción fundada por Welzel, desarrollada posteriormente , en particular por BUSH Y NIESE, se basa, en sus orígenes en la filosofía de Max Scheler y N. Hartmann. CORDOBA RODA (2) además de los dos autores últimamente mencionados agrega a Hüsserl, que han influido según él, en forma decisiva en la doctrina de Welzel.

BUSTOS (3) señala que "direcciones especiales que tienen una influencia en la teoría finalista de la acción se encuentran en los trabajos de Graf zu Dohna y Von Weber." También ha afirmado que "la teoría finalista de la acción reconoce el concepto normativo de la culpabilidad que fuera desarrollado por Frank Freudental y Goldschmidt " y que está de acuerdo, en principio , con el desarrollo que le dieran Exner y Engisch al delito culposos.

De estas y de otras imputaciones ha tenido que defenderse Welzel, principalmente en El Nuevo Sistema del Derecho Penal.

-
- (1) MAURACH, REINHART, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ediciones Ariel, 1962, pág. 206.
 - (2) CORDOBA RODA, JUAN Ob. cit. págs. 38 y 39.
 - (3) BUSTOS RAMIREZ, JUAN, Culpa y Finalidad, Editorial Jurídica de Chile, 1967, pág. 27.

Dice WELZEL (1) "algunos críticos de mi doctrina se refieren cada vez mas a su origen y creen poderla interpretar en una relación de dependencia con un sistema filosófico determinado. a saber el de NICOLAI HARTMANN. Quizá haya sido ENGLISCH - agrega - el que haya suministrado para ello el lema, cuando en 1944 llamaba a Hartmann mi "garante".

"No tendría, sin duda, ningún motivo de avergonzarme- sigue diciendo Welzel - de que el origen de mi doctrina estuviera en la filosofía de Nicolai Hartmann, si fuera cierto. Las sugerencias para la formulación de la doctrina de la acción finalista - escribe Welzel - no las recibí de N. Hartmann, sino de la sicología del pensamiento, precisamente, de Richard Höningwald ." Enseguida señala Welzel que también ha recibido sugerencias de los sicólogos Karl Búchler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters y de los fenomenólogos, P. F. Linke y Alexander Pfänder, entre o tros.

Sin embargo, el mismo Welzel admite que el análisis de la estructura de la acción en la Ethik de N. Hartmann y en su Problema del ser espiritual, lo incitó a formular de nuevo su pensamiento en su libro Naturalismo y Filosofía de los valores en el Derecho Penal (1935) y utilizar ahora el término mas familiar de "finalidad" en lugar de la expresión menos manejeable de "intencionalidad" que había utilizado antes. Y esto, para nosotros significa que Welzel recibió de Hartmann cierta influencia.

(1) El Nuevo Sistema del Derecho Penal, pág. 11.

Quisiéramos ahondar en el estudio de esta fascinante doctrina de la acción finalista para no cometer el "pecado" que antes hemos señalado, pero ello nos apartaría de nuestro tema de Tesis.

C A P I T U L O I I I

EL RESULTADO

Concepto de Resultado

Antes de formular el concepto de resultado, tema acerca del cual la doctrina nos presenta cierta variedad terminológica y conceptual, veremos los puntos de contacto.

ANTOLISEI (1) se hace la siguiente pregunta: Que cosa es el resultado? La contesta diciendo que "Resultado es sinónimo de efecto. En el mismo sentido MAGGIORE, citado por PAVON (2) nos dice "que el resultado es un efecto indudable". Y agrega - pero hay que precisar que se trata de un efecto conforme al tipo descrito en el esquema legal", ya que, " los efectos de un delito son infinitos." Para nosotros , esto no es cierto, acaso puede decirse que son muchos los efectos del delito. También se ha dicho que el "resultado es el efecto del acto voluntario" (MAGGIORE). Se ha afirmado asimismo por DEL RIO (3) que "resultado significa el efecto o consecuencia de la acción". Nosotros, para ser consecuentes con la terminología que desde el principio adoptamos, diremos que el resultado es el efecto de la conducta. PAVON se pronuncia en el mismo sentido.

Pero, hasta aquí, no hemos llegado a definir el resultado . Sigamos, pues, en la búsqueda del concepto que pretendemos indagar.

(1) ANTOLISEI, FRANCESCO, Ob. cit. pág. 168.

(2) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. pág. 181.

(3) DEL RIO C., REIMUNDO, Ob. cit. pág. 241.

Muchos autores coinciden al afirmar que "el resultado consiste en una modificación del mundo exterior." Mencionaremos algunos tratadistas que tal criterio comparten: Ellos son: PAVON, MAGGIORE, BATAGLINI, CARRANCA Y TRUJILLO, SOLER, CUELLO CALON y DEL RIO, entre otros. Para ganar espacio omitimos las citas.

Pero el aludido acuerdo es más de palabras que de conceptos . El alcance de la frase "modificación del mundo exterior" o externo, como algunos prefieren decir, no es el mismo para todos los autores citados.

Refiere PAVON (1) que "se habla, en orden al resultado, de una concepción jurídica o formal y otra naturalística o material. El mismo autor explica que de acuerdo con la primera el resultado ha de entenderse como una mutación o cambio en el mundo jurídico o "inmaterial"... mientras la segunda sólo atiende a la transformación que en el mundo material se produce como consecuencia de la conducta del hombre, recogida por la ley incorporándola al tipo. Se dice también de parte de CUELLO CALON (2) que la modificación del mundo externo puede ser física (muerte de un hombre) o psíquica (la percepción de una expresión injuriosa). ANTOLISEI (3) va más allá. Habla de efecto, como casi todos los italianos para referirse al resultado, y dice que este puede ser físico, como la destrucción de un objeto en el delito de daños; fisiológico,

(1) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. pág. 180.

(2) CUELLO CALON, EUGENIO, Derecho Penal, págs. 228 y 229.

(3) ANTOLISEI, FRANCESCO, Ob. cit. pág. 169.

como la muerte de un hombre en el homicidio y, psicológico, en el caso ya relacionado de la percepción de una expresión ofensiva en la injuria o en la difamación.

Pero, de acuerdo con ANTOLISEI, LIEPMANN y SOLER, entre otros, no toda modificación del mundo exterior constituye un resultado. Como observa ANTOLISEI, en el caso de homicidio ejecutado con arma de fuego, se constata que el efecto inmediato y directo de la acción es el cambio de sitio del gatillo del fusil, consecuencia que tiene un valor secundario, puesto que el considerado por el Derecho es la muerte de la víctima. Ello porque sólo tiene rango de resultado, jurídicamente hablando, aquel efecto que el Derecho considera "relevante" para la integración del tipo. En idéntico sentido se pronuncia SOLER (1) cuando afirma que "resultado es sólo y exclusivamente resultado relevante, jurídicamente valorado como tal.

Para MEZGER (2) en cambio, resultado del delito es la total realización típica exterior. En el homicidio, comprende el resultado el apuntar y disparar el fusil, el curso de la bala, el toque de ésta en el cuerpo de la víctima, la lesión y la muerte. Contra la tesis de MEZGER se pronuncian SOLER y JIMENEZ DE ASUA. A SOLER le parece incorrecto designar como resultado del delito la total realización típica exterior y JIMENEZ DE ASUA, califica de muy atrevida la doctrina de MEZGER y termina diciendo: "No po

(1) SOLER, SEBASTIAN, Derecho Penal, Tomo I, pág. 299.

(2) MEZGER, EDMUNDO, Tratado, trad. de Rodríguez Muñoz, págs. 177 y 178.

demos aceptar la tesis de Mezger que acaba en confusionismo."

A nosotros también nos parece incorrecta la posición del profesor de Munich, acerca del resultado.

También consideramos desacertada la posición de aquellos que, como VANNINI, identifican el resultado con el daño, y también PESSINA (1) para quien el evento comprende el dolo y el daño.

Hay más aún, algunos autores, entre ellos MAYER, CARNELUTTI (2) y RAMOS (3) admiten la existencia de delitos sin resultado . CARNELUTTI afirma que "existen delitos en los cuales no se encuentra ni acción ni evento." JUAN P. RAMOS por su parte dice que "para que exista delito basta a veces la simple acción. La calumnia y la injuria no requieren evento." JIMENEZ DE ASUA, con quién nosotros estamos de acuerdo, es de opinión contraria. Para nosotros - dice en forma terminante- no existe delito sin resultado.

Hasta aquí con los devaneos doctrinarios acerca del resultado, es tiempo ya de que terminemos formulando el concepto de resultado, tal como lo anunciamos al principio de este capítulo.

Para nosotros, el resultado es un efecto de la conducta (en este punto nos respaldan ANTOLISEI, MAGGIORE Y BETTIOL, entre otros) y consiste en una modificación , mutación o cambio del mundo exterior, ya sea éste material, síquico, o simplemente Moral, con relevancia jurídica en todo caso.

(1) PESSINA, ENRIQUE, Ob. cit. pág. 284.

(2) CARNELUTTI, FRANCESCO, Teoría General del Delito. Trad. de Victor Conde, Editorial R. vista de Derecho Privado, Madrid , 1952, pág. 188.

(3) RAMOS, JUAN P., Curso de Derecho Penal, 2a. Ed. Tomo II, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1938, pág. 91.

LA RELACION DE CAUSALIDAD O NEXO CAUSAL

Concepto

Entramos al estudio de uno de los temas mas debatidos en el Derecho Penal, el del "nexo", como escuetamente dice NOVOA MONREAL, (1) o "nexo causal" como lo llaman JIMENEZ HUERTA Y PAVON, (2) o "relación de causalidad", como lo denominan la mayoría de los autores.

DE MIGUEL PEREZ (3) ha señalado que "desde Aristóteles se aprecia la dificultad de formular una definición filosófica de la causa". No se crea por ello que la teoría de la causalidad en el Derecho Penal es una doctrina antigua. La doctrina del nexo causal hace su aparición, de acuerdo con JIMENEZ DE ASUA (4) "en los comienzos de la que llaman los historiadores Edad Moderna y se ha llegado a la posición correcta, según el mismo autor lo afirma, después de "treinta años de labor". Sin embargo, de ello, la realidad es que la polémica sigue en pie. Lo que para unos autores es la "posición correcta" , es errada para otros. No existe, hasta el momento presente, indicio alguno que nos permita entrever que el problema relativo a la teoría de la causalidad haya sido resuelto de modo definitivo.

(1) NOVOA MONREAL, EDUARDO, Ob. cit. pág. 288.

(2) JIMENEZ HUERTA, MARIANO, Ob. cit. pág. 89; PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. pág. 197.

(3) DE MIGUEL PEREZ, ISIDRO, Ob. cit. pág. 226.

(4) JIMENEZ DE ASUA, LUIS , La Ley y El Delito, pág. 221.

Al tratar las teorías sobre la causalidad, pondremos en evidencia la divergencia existente al respecto.

Existe, sin embargo, acerca de la teoría de la causalidad, un punto sobre el cual los penalistas han llegado a un total acuerdo. Es el relativo a que el acto o conducta se integra por una acción, un resultado y un nexo causal o relación de causalidad entre una y otro. Así, CARRANCA Y TRUJILLO (1) enseña que "entre la acción y el resultado debe haber una relación de causa a efecto." PAVON (2) por su parte, dice que "debemos recordar que el hecho se integra con la conducta, el resultado y un nexo de causalidad entre la primera y el segundo. Solamente la terminología empleada es diversa. Para MEZGER (3) "la punibilidad del resultado presupone que éste se encuentre en relación de causalidad con el acto de voluntad del que actúa." Dice VILLALOBOS (4) que apenas si hace falta decir que entre el acto y el resultado debe haber una relación de causalidad." Pudiéramos referirnos además a CUELLO CALON, JIMENEZ HUERTA, VON LISZT, FONTAN BALESTRA, QUINTANO, JIMENEZ DE ASUA, DE MIGUEL PEREZ y NOVOA MONREAL, cuya posición al respecto nos es conocida, pero lo creemos innecesario. Estamos conscientes de que los ejemplos escogidos al azar son suficientes para probar nuestro aserto.

(1) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Ob. cit. pág. 198.

(2) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. pág. 197.

(3) MEZGER, EDMUNDO, Tratado Trad. Rodríguez M., pág. 202.

(4) VILLALOBOS, IGNACIO, Derecho Penal, pág. 226.

Pensamos también que ha llegado el momento de dar el concepto de nexo causal o relación de causalidad. No nos atrevemos - ciertamente, por nuestro propio esfuerzo, a formular concepto tan delicado. Nos limitaremos, en consecuencia, a transcribir algunos conceptos que gozan de aceptación.

Afirma JIMENEZ DE ASUA (1) talvés influído por MEZGER (2) que "existe relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto (conditio sine qua non).

FONTAN BALESTRA (3) nos da el siguiente concepto: "Cuando a una mutación producida en el mundo exterior puede considerársela la consecuencia de un hecho humano, decimos que entre una y otro hay relación de causalidad; relación de causa a efecto.

(1) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y El Delito, pág. 221.

(2) MEZGER, EDMUNDO, Ob. cit. pág. 203.

(3) FONTAN BALESTRA, CARLOS, Tratado, Tomo I, pág. 47.

DIVERSAS TEORIAS SOBRE LA RELACION DE CAUSALIDAD

Este tema bien puede ser objeto de un trabajo de tesis, por lo cual, nosotros nos limitaremos a presentar un estudio esquemático, mas breve aun que el formulado por don LUIS JIMENEZ DE ASUA, quien ha señalado lo imposible que resulta hacer un acopio total de las doctrinas sobre la causalidad (1).

Señalaremos, pues, escuetamente el contenido de cada teoría, sus creadores, los partidarios y seguidores de las mismas y en ciertos casos las críticas que han formulado sus adversarios. Básicamente seguiremos el orden en que las teorías sobre la causalidad han sido tratadas por JIMENEZ DE ASUA.

a) Teoría de la causa eficiente. LUIS CARLOS PEREZ y CARLOS FONTAN BALESTRA (2), coinciden al afirmar que en la teoría de la causa eficiente, "causa" es la condición que ha contribuido en mayor grado a la producción del resultado o efecto. A nuestro modo de ver, FONTAN incurre en un error al identificar esta teoría con la condición mas eficiente, que según él, la formula Birkmeyer. PAVON, señala a Kohler como el iniciador de la teoría en estudio. Para JIMENEZ DE ASUA, los partidarios de la teoría de la causa eficiente son: Heilbron, R. Horn, Kohler, Kraus, von Rohland, Stoppato, Luchini, Max E. Mayer siguió este criterio

(1) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y El Delito, pág. 223.

(2) PEREZ, LUIS CARLOS, Manual de Derecho Penal, Editorial TEMIS Bogotá, 1962, pág. 67; FONTAN BALESTRA, CARLOS, El Elemento Subjetivo del Delito, pág. 53.

hasta 1899, pero lo abandonó en 1903, según lo afirma JIMENEZ DE ASUA (1) .

Nos dice PAVON (2) que "la sola forma de enunciar la teoría da base a su crítica. La distinción entre causa y condición no deja de ser importante, pero el criterio de la eficiencia resulta insuficiente si no se precisa cuál es el fundamento que otorga , a una de las condiciones, el rango de eficiente en la producción del resultado. "FONTAN (3) considera que esta teoría "crea dificultades en la participación, pues es posible que sólo un partícipe haya puesto la condición eficiente, con lo cual los demás no serían responsables."

b) Teoría de la causa necesaria. La hemos encontrado enunciada únicamente por JIMENEZ DE ASUA, quien nos dice que según esta teoría, "La causa significa una situación a la que debe seguir de un modo absolutamente necesario y rigurosamente general, otra situación (Ranieri piensa así)" (4) .

c) Afirma JIMENEZ DE ASUA que "como una variedad se presenta un grupo de doctrinas que estima causa la de índole jurídica (Mosca, Anglionini, Tosti, Ferri) (5).

(1) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y El Delito, pág. 223.

(2) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. pág. 196

(3) FONTAN BALESTRA, CARLOS, El Elemento Subjetivo del Delito, pág. 53.

(4) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y El Delito, pag. 223.

(5) IDEM

d) Teoría de la causa en sentido individualizado, que de acuerdo con el mismo JIMENEZ DE ASUA, "designa como causa una de las condiciones del resultado. Esta teoría tiene variedades : doctrina de la preponderancia (Binding), de la condición mas eficaz (Birkmeyer), etc." (1)

e) Teoría de la causa humana y causa racional. La encontramos al menos mencionada en DE MIGUEL PEREZ (2). La trata también PAVON, llamándola teoría de la causa humana exclusiva. De ella dice JIMENEZ DE ASUA que "expuestas por ANTOLISEI en Italia y SOLER en la Argentina, totalmente desembocan en un aspecto de la causalidad adecuada" (3).

f) Teoría de la causación adecuada. Ha sido tratada por CARRANCA Y TRUJILLO, por LUIS CARLOS PEREZ, quien la denomina "teoría de la causa adecuada", y por JIMENEZ DE ASUA. DE MIGUEL PEREZ se limita a mencionarla. " Su mas decidido mantenedor dice Jiménez de Asúa - es von Bar." L.C.PEREZ es de la misma opinión. Para esta teoría se "atribuye la categoría de causa sólo a aquella condición que generalmente es apropiada para producir el resultado. "Siguen esta doctrina, con discrepancias mas o menos voluminosas, Liepmann, Merkel, Moyer-ellfeld, Perroni-Ferranti, Massari, CARRANCA agrega a Kries (4).-

(1) JIMENEZ DE ASUA, LUIS , La Ley y El Delito, pág. 223.

(2) DE MIGUEL PEREZ, ISIDRO, Ob. cit. pág. 227

(3) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y El Delito, pág. 223.

(4) IDEM

g) Teoría de la equivalencia de las condiciones. Buen número de autores se ocupan de esta teoría. Algunos son : MEZGER , VON LISZT, PAVON, FONTAN, L.C. PEREZ, CARRANCA Y TRUJILLO, JIMENEZ DE ASUA, NOVOA MONREAL, RICARDO C. NUÑEZ y JIMENEZ HUERTA.

A esta teoría se le conoce con varios nombres: teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría de la condición o de la conditio sine qua non. De ella dice MEZGER que es la "teoría dominante". JIMENEZ DE ASUA afirma que ciertamente es la doctrina dominante en el Derecho Penal Alemán.

MEZGER y JIMENEZ DE ASUA coinciden al sostener que, "según esta teoría, causa es toda condición del resultado concreto y que todas las condiciones del resultado deben ser (o considerarse) equivalentes; toda condición debe ser tenida como causa."

(1).

Señala NOVOA MONREAL (2) que "desde 1860, el magistrado alemán von Buri empezó a desarrollar una tesis que luego se impuso en el Tribunal Supremo de su patria. "También conviene en señalar a Von Buri como el autor de esta teoría, coincidente en ciertos aspectos con la formulada por JOHN STUART MILL: FONTAN BALESTRA, LUIS CARLOS PEREZ, CARRANCA Y TRUJILLO y JIMENEZ DE ASUA, entre otros.

(1) MEZGER, EDMUNDO, Tratado , Trad. de Rodríguez Muñoz, pág. 206; JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y El Delito, pág. 224.

(2) NOVOA MONREAL, EDUARDO, Ob. cit. pág. 289.

Pasamos inmediatamente a relacionar, en forma muy breve , las críticas formuladas contra la teoría de la equivalencia de las condiciones, que al decir de L.C.PEREZ (1) "está en absoluto descrédito" y sin embargo connotados autores como JIMENEZ DE ASUA, LISZT, MEZGER, NOVOA MONREAL y también DE MIGUEL PEREZ la aceptan como la tesis correcta.

En primer lugar CARLOS BINDING, "con su acre ironía " como dice JIMENEZ DE ASUA, criticó la teoría de la equivalencia de las condiciones diciendo que si éstas tuvieran esa importanucia en el orden penal, habría que castigar como coautores en el adulterio no solo a la mujer que cohabita con varón que no es su marido y al que yacé con ella, sino al carpintero que hizo la cama. Este caso también lo citan L.C.PEREZ y NOVOA MONREAL.

FONTAN BALESTRA (2) dice que "la teoría de la equivalencia puede atribuirse al mérito de haber fijado el límite mínimo de la causalidad, pero lleva sus consecuencias demasiado lejos. "Tomemos dos ejemplos cualesquiera - dice -, de los muchos que suelen darse: Un individuo debe viajar en avión al extranjero, pero la lesión que le produce la imprudencia de un automovilista, le impide hacerlo ese día; embarca al día siguiente y el avión cae, pereciendo el viajero. Es indudable que, prescin--diendo mentalmente de la lesión culposa, la muerte no se ha-

(1) PEREZ, LUIS CARLOS, Ob. cit. pág. 66

(2) FONTAN BALESTRA, CARLOS, El Elemento Subjetivo del Delito, pág. 51.

bría producido. Hay pues, relación de causalidad entre la lesión culposa y la muerte en el siniestro de aviación. El herido cuya muerte no habría de sobrevenir a consecuencia de la lesión causada, por su levedad, muere en el incendio del hospital en que está internado; el autor de la lesión es autor del homicidio, JIMENEZ HUERTA dice que los "secuaces" de esta teoría han tenido que recurrir al correctivo de la culpabilidad y como se señala NUÑEZ la relación de causalidad y la culpabilidad son dos cuestiones, no solo de contenido diferente, sino que exigen ser consideradas y resueltas de manera diferente.

Se han formulado además otras críticas a la doctrina en estudio, que aún conociéndolas pasaremos por alto, sólo por no salirnos de los límites previstos.

Terminamos este capítulo haciendo una enumeración de otras teorías sobre la relación de la causalidad:

- 1) La llamada fórmula mejorada de la teoría de las condiciones (Spendel)
- 2) Teoría de la condición más próxima (Antolisei)
- 3) Teoría de la relevancia de la acción (Müller)
- 4) Teoría de la adecuación al tipo (Beling)
- 5) Teoría de la última condición (Ortmann)
- 6) Teoría de la causa jurídica (Angiolini, Maggiore)

En esta parte de nuestro trabajo hemos omitido algunas citas al pie de página, ello porque serían demasiado abundantes.

C A P I T U L O I V

EL ACTO, EL RESULTADO Y LA RELACION DE CAUSALIDAD
EN EL DERECHO PENAL SALVADOREÑO. JURISPRUDENCIA .

a) El Acto (acción, Omisión, Comisión por omisión)

Nos hemos visto en la necesidad de introducir este capítulo, no contemplado en el esquema original, para no quedarnos en meras exposiciones teóricas.

Aquí trataremos de hacer, hasta donde nos sea permitido , la mejor aplicación posible de las teorías tratadas en los capítulos anteriores.

Afirma JIMENEZ HUERTA (1) que "frecuentemente suelen emplearse las palabras "acto", "hecho", "acción", o "actividad" para hacer referencia al primer elemento del delito."

Nuestro Código Penal emplea la expresión "acción u omisión" en el Art. 1 al definir el delito.

La palabra omisión la encontramos también en el Art. 8 No. 13 del mismo cuerpo de leyes. La palabra "hecho" es utilizada con bastante frecuencia en el Código Penal Salvadoreño. La recogen los Arts. 2, 9 fracción 4a., 10 circunstancia 2a. y 18a., 13 números 1o. y 3o. y 14. También emplean nuestra ley penal los vocablos "obre", "obra", "obrar". (Art. 10 circunstancia 6a., Art. 8 números 4o., 5o., 6o., y 9o.).

(1) JIMENEZ HUERTA, MARIANO, Ob. cit. pág. 7.

En el Código Penal Mexicano (1931) al decir de JIMENEZ HUERTA (1) "se utilizan estas diversas expresiones en forma indiferenciada. En el Art. 7o. se emplean las palabras "acto u omisión"; en la fracción VI del Art. 15 la expresión "hecho" en el Art. 19, las de "hechos", "acto", "acción" y "hecho". La misma terminología es utilizada por los códigos penales de Chile, Honduras, Nicaragua y Uruguay, todos de evidente recepción hispánica.

El Código Penal Salvadoreño nos dice en su primer artículo "Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley."

El Dr. JOSE MARIA MENDEZ (2) critica esta definición "diciendo que en realidad el artículo transcrito nada ha definido, sino que únicamente ha dicho que el delito es aquello que la ley considera como tal, luego tan enterados quedamos de lo que es delito antes de leerlo, como después."

El Dr. ENRIQUE CORDOVA (3) al comentar el Art. 1o. de nuestro Código Penal dice: "Con las palabras "acción u omisión", quiere la ley comprender, bajo el primer vocablo, a todos los actos que el hombre ejecuta en contravención de los derechos que garantiza la ley penal, y con el segundo, a los actos que

(1) JIMENEZ HUERTA, MARIANO, Ob. cit. pág. 7

(2) MENDEZ, JOSE MARIA, El Cuerpo del Delito, en Revista La Universidad, San Salvador, 1938, pág. 177

(3) CORDOVA, ENRIQUE, Estudios Penales, Primera Parte, Publicaciones de la A.E.D. San Salvador, 1962, pág. 20.

deje de ejecutar estando obligado a proceder en determinado sentido."

Como muy bien dice LABATUT (1) "la regla general es que los delitos sean de acción". Los delitos de omisión constituyen la excepción. Son ejemplos de esta clase de delitos, los comprendidos en los Arts. 285 No. 1o., 301, 339 y 362 inciso 3o. Pn. El Dr. Córdova (2) dice que "Sería responsable de imprudencia temeraria por omisión, la niñera que descuidara o abandonara al niño por estar en devaneos con un agente de policía, al grado de no ver que la criatura se lanzara en un precipicio y muriere. Otro tanto podría decirse, y así lo consideró el Tribunal Supremo de Madrid, de la madre que dándole el pecho de noche a su hijo se duerme con él en la cama y dormida lo aplasta. La madre es responsable de haber omitido retirar al niño, para evitar el peligro de matarlo dormida."

Para el Dr. Méndez (3) son ejemplos de delitos de simple omisión los casos de desobediencia comprendidos en los Arts. 299 a 303 del Código Penal Salvadoreño.

Nuestra jurisprudencia con respecto al tema en estudio es escasa. Hemos encontrado los siguientes casos, que apenas hacen alguna alusión:

(1) LABATUT GLENA, GUSTAVO, Ob. cit. pág. 131

(2) CORDOVA , ENRIQUE, Ob. cit. pág. 21

(3) MENDEZ, JOSE MARIA, Ob. cit. pág. 180.

"I.- Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. Art. lo. Pn. Esta disposición es una presunción legal, que como tal, admite prueba en contrario..." (1)

"I.- El dolo en materia penal consiste en la comisión de un hecho con conocimiento y voluntad, y se manifiesta por las circunstancias de hecho en que el delito ha sido cometido, ya sea por acción o por omisión (2).

JUAN DEL ROSAL (3) cita la siguiente doctrina del Tribunal Supremo de su país :

"Formas de conducta. El elemento objetivo del delito está constituido por el acto que realizó el agente o por la omisión en que incurrió (S. 23-3-1945)."

"Acción. Aquellos delitos que, como el asesinato, exigen acción, por su índole y naturaleza, no pueden cometerse más que por actos positivos y nunca por omisión (S. 10-4-1874)."

"Omisión. La responsabilidad de la procesada no se deriva de actuación post delictum, sino de su manifiesta abstención del deber de acudir en socorro de su hija política, que se en

(1) REVISTA JUDICIAL, Tomo LXIX, Enero a Diciembre de 1964 , Imprenta Nacional, San Salvador, 1966, pág. 304.

(2) REVISTA JUDICIAL, Tomo LXXIV, Enero a Diciembre de 1969, Imprenta Nacional, San Salvador, pág. 239.

(3) DEL ROSAL, JUAN, Código Penal, Texto Revisado 1963 con Jurisprudencia, Concordancias y Comentarios, Madrid, 1964.

contraba en estado de desamparo y en grave peligro de ser agredida despiadadamente por su hijo, al que con su sola presencia y autoridad hubiese contenido en sus criminales impulsos e impuesto el buen sentido sin riesgo alguno para su persona, que no podía temer de su descendiente, que era el agresor; y esa omisión fue voluntaria, puesto que a pesar de que se dio cuenta del suceso que se desarrollaba en la habitación inmediata, ocupada por sus hijos y nieta, no se aprestó a socorrer a la que con sus gritos revelaba la crítica situación de desamparo en que se hallaba, pudiendo hacerlo (S. 27-12-1954)."

"Comisión por omisión." La comisión por omisión constituye una construcción jurídica no admitida ni rechazada por nuestra ley penal (S. 30-1-1945). Para su configuración se requiere la existencia de un deber jurídico de impedir el resultado (S.30-1-1945)."

Comete parricidio por omisión la madre que dejando a su hija, entre los seis y diez días de su nacimiento, sin el socorro alimenticio necesario para su subsistencia le priva voluntariamente de la vida con intencionada infracción de los deberes legales y morales de la maternidad (S.12-2-1892)." (1)

(1) Dice MANUEL DOMINGO LUZON en su Derecho Penal del Tribunal Supremo, Tomo I, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1964, pág. 48 : "En el caso de la madre, el bien jurídico con que entra en oposición la conducta omisiva de la misma es el derecho a la vida del hijo , que coincide exactamente con el objeto material, que es, también, la extinción de la vida humana del niño.

En el Juzgado Primero de Paz de San Salvador a cargo del compañero y amigo Armando Pacheco Chacón , se presentó recientemente la denuncia de un presunto delito de homicidio de comisión por omisión.

Es el caso de un anciano enfermo, al que hallándose impedido de valerse por si mismo, no se le prestaron los auxilios necesarios en su dolencia, ni se le alimentó por sus parientes, que por convivir con él, conocían la penosa situación en que se hallaba, produciéndose de ese modo el deceso , a causa de una enfermedad estomacal y deshidratación .

- b) El resultado. En el homicidio, tipificado en el Art. 358 de nuestro Código Penal, el resultado consiste en la muerte de la víctima. En la injuria , definida por el Art. 410 Pn. como "toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, des crédito o menosprecio de otra persona," el resultado , de acuerdo con la doctrina de CUELLO CALON y ANTOLISEI, consiste en la percepción de la expresión ofensiva.
- c) La relación de causalidad . Dos disposiciones encontramos en nuestros Códigos que hacen referencia expresa a la relación de causalidad. Tales preceptos son: el Art. 360 (1) del Códi go Penal y el Art. 127 del Código de Instrucción Criminal , que recogen la teoría de la equivalencia de las condiciones.

(1) El inciso primero del Art. 360 Pn. prescribe: "Habr^á homicidio si las lesiones son mortales, y se estimará así para este efecto, cuando por sí solas y directamente han producido la muerte o cuando si el ofendido fallece por otra causa, esta haya sido efectonecesario e inmediato de ellas."

Afirma Jiménez de Asúa (1) que "en gran número de artículos de los códigos penales, se dice causar, u otras expresiones sinónimas." Nuestro Código Penal utiliza la palabra "causar" en los Arts. 362 Bis y 374; el Art. 361 emplea el término "ocasionare" ; el Art. 268 dice "ocasionare", los Arts. 363, 364, 366 y 378 hacen uso del vocablo "causare" y finalmente el Art. 376 habla de "causado."

En la jurisprudencia patria hemos encontrado tres sentencias de la Cámara de Tercera Instancia, que se refieren a la relación de causalidad y sustentan la siguiente doctrina :

- a) "Hay delito de homicidio si el ofendido murió por consecuencia inmediata de una enfermedad derivada de manera natural y directa de las lesiones que sufrió el occiso ; pero si la muerte ocurrió después de sesenta días de ser lesionado el ofendido, debe aplicarse al reo la pena de seis años de presidio conforme a los Arts. 358, y 360 Pn." (Revista Judicial, Tomo XLI, 25 de Enero de 1936, pág. 170). (*)
- b) "Si un individuo ejecuta a otro unas lesiones, produciéndole éstas una enfermedad , como consecuencia inmediata y necesaria, y muere el ofendido por causa de esta enfermedad, pasados sesenta días de causadas dichas lesiones, existe delito de homicidio, pero debe disminuirse al reo la pena legal en

(1) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y El Delito, pág. 222

(*) Revista del Ministerio de Justicia, Año III, No. 5, enero a diciembre de 1954, Imprenta Nacional, San Salvador , pags. 445, 468 y 519.

una tercera parte "(Revista Judicial, Tomo XLVI, 28 de octubre de 1941, pag. 574). (*)

- c) "No hay delito de homicidio sino de lesiones, cuando la muerte del ofendido no fue efecto necesario de septicemia que sobrevino como consecuencia natural de la infección consecutiva de la herida producida por disparo de arma de fuego" (Revista Judicial, Tomo XLIII, 28 de Marzo de 1938, pag. 161). (*)

El Tribunal Supremo de España, reiteradamente se ha pronunciado por la teoría de la equivalencia: "el que es causa de la causa es causa del mal causado (SS. 14-2-1894, 23-6-1900, 12-12-1931, 23-11-1940 y 27-6-1953. La persona que realiza consciente y voluntariamente un acto cualquiera de los que la ley suele calificar como delito responde criminalmente de todas sus naturales consecuencias (S. 5-6-1928). El autor de un hecho punible responde de todas las consecuencias derivadas de su acción (S. 9-7-1946)". (1)

También el citado tribunal español ha admitido una teoría limitadora , llamada de la consecuencia natural por DEL ROSAL" El que es causa de la causa es causa del mal causado, siempre que éste sea consecuencia del acto ejecutado por el autor del delito. (S. 12-3-1929). (2)

(*) Revista del Ministerio de Justicia , año III No.5, enero a diciembre de 1954, Imprenta Nacional, San Salvador , págs. 445, 468 y 519.

(1) DEL ROSAL, JUAN, Ob. cit. pág. 21

(2) IDEM

C A P I T U L O V

AUSENCIA DE CONDUCTA

a) Generalidades

La denominación por nosotros adoptada es utilizada por JIMENEZ HUERTA, NOVOA MONREAL y PAVON. DE MIGUEL PEREZ Y JIMENEZ DE ASUA hablan de "ausencia de acto". FONTAN BALESTRA prefiere decir "ausencia de acción", vocablos éstos, que por prestarse a equívocos , nosotros rechazamos.

Escribe JIMENEZ DE ASUA "autores que como Beling, P.Merkel y Emilio González López (La Tipicidad) consideran la acción como elemento integrante de la tipicidad, miran como es lógico , la falta de acto como ausencia de tipo". Esta posición, a nuestro juicio, es errada. Estamos en total acuerdo con JIMENEZ DE ASUA cuando dice: "los que damos personalidad y autonomía al acto, estimándole como el primer caracter del delito, hacemos de la falta de acción un elemento negativo del crimen con sustantividad propia."

JIMENEZ DE ASUA y DE MIGUEL PEREZ nos aseguran que "se debe a los penalistas alemanes haber establecido con toda claridad la ausencia de acto, con independencia de la imputabilidad o culpabilidad." Son muchos los autores, sin embargo, que no reconocen configuración propia a la ausencia de acto, que queda para ellos embebida en la inimputabilidad. Los que así piensan, en nuestro sentir, están equivocados.

Siguen el recto camino SEBASTIAN SOLER, FONTAN BALESTRA y RICARDO C. NUÑEZ en Argentina; JOSE RAFAEL MENDOZA, en Venezuela y PAVON VASCONCELOS, en México.

Señalamos a los penalistas alemanes como los pioneros en delimitar la ausencia de conducta o acto separándola de la imputabilidad y de la culpabilidad. En efecto, ya dijo Franz von Liszt que "no existe... acto, cuando alguno causa daño en cosas de otro durante un ataque de epilepsia; cuando se halla imposibilitado por un desvanecimiento; o cuando obra violentado por fuerza irresistible." "Según Beling tampoco puede haber delito en estados de inconsciencia (algunos de los cuales comportan falta de acción), como el sueño, el desmayo, la hipnosis, etc. y en los llamados movimientos reflejos , p.e. el estornudo y en la fuerza irresistible."

Enseña JIMENEZ DE ASUA (autor que de modo preferencial seguimos en esta parte de nuestro trabajo) que "la construcción alemana, que sitúa los movimientos reflejos y la fuerza física insuperable en el dominio del acto, apreciándolos como falta de acción, ha llegado también a Italia, singularmente con G. Bettiol. Allí siguen la tesis correcta Frosali y Ranieri, además de Bettiol."

b) Casos de ausencia de conducta.

Pasamos inmediatamente a hacer un ensayo de sistematización, valiéndonos de las obras de los siguientes tratadistas: EDUARDO NOVOA MONREAL, LUIS JIMENEZ DE ASUA, CARLOS FONTAN BA

LESTRA, FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, IGNACIO VILLALOBOS, JOSE RAFAEL MENDOZA, ISIDRO DE MIGUEL PEREZ Y GUILLERMO PORTELA.

Para nosotros constituyen auténticos casos de ausencia de conducta o acto, los siguientes:

1o. La Fuerza Física Irresistible o vis absoluta, llamada también constreñimiento físico, está reconocida unánimemente como ausencia de acto, según JIMENEZ DE ASUA. Nosotros la hemos encontrado tratada en todos los autores citados hace solo unos instantes. Está regulada también en los Códigos Penales de Argentina (Art. 34 No. 2o.); Alemania (Art.52); Austria (Art.62); Bolivia (Art. 13); Brasil (Art. 18) ; Bélgica (Art. 71); Costa Rica (Art. 26 No.1o.); Colombia (Art. 23 No. 1o.); Chile (Art. 10 No. 9o.); Cuba (Art.35 lit. F.); Francia (Art. 64); Honduras (Art. 7 No. 10o.) ; Italia (Art. 46); Guatemala (Art. 21 No,5o.); México (Art 15 fracción I); Nicaragua (Art. 21 No.9); Ecuador (Art. 18); Panamá (Art. 47); República Dominicana (Art.64); y por supuesto, en nuestro Código Penal (Art. 8 numeral 9o.) y en su modelo, el Código de España. Se mantiene también la fuerza irresistible en todos los Proyectos de Código Penal de la República de El Salvador.

El siguiente capítulo lo dedicaremos a esta primera forma de ausencia de conducta.

La fuerza mayor, que a juicio de PAVON constituye un indiscutible caso de ausencia de conducta, no lo es en efecto ,

nosotros la ubicamos como causa de inculpabilidad, siguiendo en este punto a JIMENEZ DE ASUA. De este modo enmendamos el error cometido al proponer en nuestro esquema de tesis el desarrollo de la fuerza mayor en un trabajo que versa sobre la irresponsabilidad penal por ausencia de acto, influidos entonces por PAVON y por el Código Penal de Italia (Art. 45.)

2o.- El Sueño y el Sonambulismo, aceptados como ausencia de acto por JIMENEZ DE ASUA, desde 1931, en su Teoría Jurídica del Delito y más recientemente en su Tratado. También es admitida esta tesis por DE MIGUEL PEREZ y por JOSE RAFAEL MENDOZA. En el capítulo VII, del presente trabajo nos ocuparemos de estos casos de ausencia de conducta y allí señalaremos los justos límites a los mismos. Por ahora bástanos señalar que el Art. 20 del Proyecto de Código Penal Salvadoreño de 1959 ya ha considerado "el sueño natural o provocado" entre las causas de irresponsabilidad por ausencia de acto.

3o.- La sugestión y la hipnosis, que las hemos encontrado tratadas como ausencia de acto en JIMENEZ DE ASUA, DE MIGUEL PEREZ, FONTAN Y JOSE RAFAEL MENDOZA. Está regulada en el Código Penal de Colombia (Art. 23 No. 1o.) y también en el Proyecto de Código Penal para nuestro país (Art. 20 No. 2o.). De este caso de ausencia de conducta nos ocuparemos en el Capítulo VIII.

4o.- La Inconsciencia, en sus grados mas altos, que como lo afirma JIMENEZ DE ASUA, ella "supone la anulación de movimientos voluntarios y, por ende, la ausencia de acto humano."

En el "Sistema" por nosotros propuesto no encuentran cabida los "ensueños o pesadillas" ni la "ebriedad del sueño" aceptados por JOSE RAFAEL MENDOZA como "aspectos negativos de la acción". Tampoco admitimos con el caracter de ausencia de acto "el cumplimiento de una orden jerárquica que legalmente le está prohibido al ejecutor analizar", a que alude FONTAN.

C A P I T U L O V I

LA FUERZA FISICA IRRESISTIBLE

a) Generalidades

Enseña PUIG PENA (1) que "se entiende por fuerza irresistible aquella violencia extraña, por virtud de la cual éste (el sujeto) actúa como instrumento sin voluntad en manos de otro... efectivamente, el agente que obra coaccionado por la violencia externa no puede en puridad considerarse como sujeto activo de la infracción. "Obra sin culpa, dice PACHECO ; obra sin voluntad, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera."

NOVOA MONREAL (2) afirma que esa violencia puede obrar sobre un ser humano en dos formas diferentes : o bien porque es violencia material que se aplica sobre su cuerpo y que - fuerza a éste a un determinado movimiento o se le impide (la llamada vis absoluta).

En esta forma de violencia física, el sujeto forzado es un mero cuerpo físico , que como tal es movido directamente por la fuerza que sobre el obra. El mismo autor nos dice que "aparte de la fuerza física, puede un hombre ejercitar fuerza o violencia moral sobre otro, sea amenazándolo, sea presionando

(1) PUIG PEÑA, FEDERICO, Derecho Penal, Tomo II, 4a. Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág.31

(2) NOVOA MONREAL, EDUARDO, Ob. cit. págs. 279 y 280.

do su ánimo, de manera de limitar su libertad de decisión , con el objeto de obtener de él una determinada manifestación de voluntad.

b) Origen de la fuerza física irresistible

Dice QUINTANO (1) que "el punto de partida histórico de la eximente de violencia se halla, sin duda, en la institución romana de la vis maior."

PUIG PEÑA (2) nos dice que "en el Derecho Romano la fuerza irresistible era una faceta de la vis maior definida en la Instituta como aquella que la mente humana no puede prever ni evitar y se apreciaba como eximente cuando, a pesar de la oposición de una persona, se obliga a sus miembros a ejecutar o sufrir algo. Tanto en este Derecho como el canónico comprendían dentro del término "violencia" supuestos que luego se han ido desgajando del vocablo primario para constituir entidades penales independientes. Ello sucedió aparte de la propiamente llamada fuerza irresistible, con la legítima defensa , el estado de necesidad e incluso la obediencia jerárquica." La confusión llega aún al Código Penal Español de 1822, que dentro de la violencia material incluye las amenazas y el temor fundado en un mal inminente y grave que integran la eximente de vis compulsiva o violencia moral. Pero

(1) QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, Compendio de Derecho Penal Vol.I, Editorial Re vista de Derecho Privado, Madrid , 1958, pág. 291.

(2) PUIG PEÑA , FEDERICO, Ob. cit. pág. 32.

desde el Código Penal Español de 1848, afirma PUIG PEÑA, "se da propio contenido a la violencia material o física."

c) Naturaleza jurídica de la Fuerza Irresistible

Los autores, entre los consultados, se ocupan de este tema. Nosotros nos valemos de PUIG PEÑA en este punto. El nos dice que "se plantea determinar la naturaleza jurídica de la eximente de fuerza", de la siguiente manera: "Para la doctrina clásica la fuerza irresistible exime precisamente porque suprime la voluntariedad y espontaneidad del hecho. El su jeto non agit, sed agitur; se encuentra coaccionado, y, por tanto, su voluntad no contribuye a la realización del acto, es un instrumento sometido a la fuerza material de otro que es a quien se carga toda la responsabilidad." (1)

Al decir de PUIG PEÑA (2), "MEZGER formula una acertada doctrina. Para él la acción exige como fundamento un querer del agente, es decir, un acto interno, anímico, por el cual el agente se coloca a sí mismo como causa de la realización de un resultado que se ha representado. Ese querer no existe cuando el sujeto actúa bajo el influjo de la fuerza irresistible. Por consiguiente, huelga hablar de culpabilidad o inculpabilidad. Basta con decir que el agente no ha actuado; no hay acción a él atribuida. Donde propiamente puede hablarse de culpabilidad es en la vis compulsiva o violencia moral ,

(1) PUIG PEÑA, FEDERICO, Ob. cit. pág. 33.

(2) IDEM.

pues en estos casos sí hay manifestación de voluntad, y, por ende, acción. Afirma PUIG PEÑA que dicha tesis fue atisbada por el comentarista español PACHECO, cuando dijo que "la acción que se ejecuta por virtud de una violencia irresistible no es seguramente una acción humana; quien así obra no es en aquel acto un hombre, es un instrumento."

d) Vis Absoluta y Vis Compulsiva. Distinción

Debemos, ante todo, distinguir la fuerza física irresistible o vis absoluta de la violencia moral o vis compulsiva. Se dice, de parte de NOVOA MONREAL (1), que "como la violencia (fuerza) física puede dar origen tanto a la vis absoluta como a la vis compulsiva, según la forma y fines con que ella sea aplicada, no basta hablar de violencia o fuerza para caracterizar la vis absoluta." "En efecto, la primera, esto es, la fuerza física irresistible, debe, en primer lugar, ser una fuerza "material". Así lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia. En segundo lugar, debe tratarse de una fuerza proveniente de un "tercero", "dimanante de otro como dice PAVON"; también es esta una exigencia doctrinaria y jurisprudencial. Dicha fuerza material o física, proveniente de otro hombre, es decir, exterior, ha de ser "irresistible" y además "involuntaria." En la violencia moral, su mismo nombre nos lo está indicando, no concurre una violencia material o física. Esta

(1) NOVOA MONREAL, EDUARDO, Ob. cit. pág. 280

es la primera diferencia entre esta y aquella. Debemos observar además que como afirma NOVOA MONREAL, "en la vis compulsiva existe conducta" de parte del que actúa, no así en la vis absoluta en la cual hay ausencia total de comportamiento humano. Como bien lo señala CARRANCA Y TRUJILLO, "el que obra en virtud de la violencia física que sufre su organismo ejecutando un hecho tipificado por la ley como delito, no es causa psíquica, sino sólo física...por cuanto no es él mismo el que obra, sino que obra quien ejercita sobre él la fuerza física."

e) Ubicación de la Fuerza Física Irresistible entre las llamadas "Circunstancias que eximen de responsabilidad criminal."

Mas de una vez ha sido considerada la fuerza física irresistible como causa de justificación. Ferri, en Italia y Ramos, en Argentina, participan de esta tesis, considerada minoritaria por QUINTANO, y en efecto, lo es. En contra de esa posición se pronuncia GOLDSCHMIDT (1), diciendo que "la fuerza irresistible no constituye una causa de justificación, la inimputabilidad no es causa de exclusión..." ANTON ONECA, (2) ubica la fuerza irresistible entre las causas de inimputabilidad. LUIS CARLOS PEREZ es de la misma opinión. Nosotros disentimos con el modo de pensar de dichos autores.

Tampoco podemos admitir, como lo hace CUELLO CALON, que la fuerza física irresistible sea una causa de exclusión de

(1) GOLDSCHMIDT, JAMES, La Concepción Normativa, pág. 30.

(2) ONECA, JOSE ANTON, Derecho Penal, Editorial REUS, Madrid, 1929, pág. 45.

la culpabilidad. Se aproximan a la tesis correcta Von Hippel, Von Liszt, Mezger y LABATUT GLENA, para quienes la fuerza física irresistible constituye una causa excluyente de la acción.

QUINTANO llega a la posición correcta al señalar la fuerza física irresistible como ausencia de acto (para nosotros ello significa ausencia de conducta), pero incurre en el error de calificarla de causa de exclusión de la culpabilidad. Adoptan también la tesis correcta PORTE PETIT, JIMENEZ DE ASUA y VILLALOBOS.

f) Utilidad de la Vis Absoluta.

Pasamos ahora a referirnos al debate sobre la utilidad de la mal llamada "eximente" debida a fuerza física irresistible.

1o.- Dada la mínima posibilidad de infracciones criminales realizadas bajo la vis absoluta (sobre todo en los delitos de acción), no sufriría nada la economía del Código si se suprimiese.

2o.- Que si, como afirma MEZGER, el obrar violentado por fuerza física irresistible no constituye una acción en el sentido técnico de la palabra, por ser la espontaneidad una característica fundamental de la misma, podría muy bien suprimirse aquella en los códigos que, como el nuestro, definen el delito incluyendo en su concepto el elemento de la acción que no existe si falta aquella espontaneidad.

"Pese a estas críticas - dice PUIG PEÑA (1) nos pronunciamos por su admisión en las leyes, porque la escasa frecuencia de la misma no autoriza a suprimirla, pues en ese caso habría de suprimirse también otras menos frecuentes." Además" porque aparte de que habría que dejar a la jurisprudencia la correcta interpretación del término acción (lo cual es cierto que siempre ocurriría), la constancia de la "eximente" tiene la ventaja de que se precisan los requisitos que han de reunir esas situaciones negativas de la espontaneidad y que son exigidos por el legislador en virtud de un juicio valorativo."

Refiriéndose a la fuerza física irresistible, dice QUINTANO (2): "A pesar de su vetustez y falta de actualidad, es, en general, recomendable el mantenimiento de la fuerza irresistible entre las eximentes, sin que sea tampoco argumento válido el de su rareza e inverosimilitud. También es raro e inverosímil el delito de piratería, y subsiste. Por lo demás, si en los delitos de acción la inverosimilitud es cierta, en los de omisión es perfectamente concebible y hasta normal, sin necesidad de acudir a supuestos truculentos." "Hay todavía otra razón legal y práctica , la de la responsabilidad civil,

(1) PUIG PENA ,FEDERICO, Ob. cit. pág. 34.

(2) QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, Comentarios al Código Penal, Vol, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pág. 132.

que como causa de justificación la extingue, a la par que la criminal, en lo que se refiere al autor material del hecho." También DE MIGUEL GARGILOPEZ (1) ha dicho que "a pesar de su limitado alcance, no creemos conveniente su supresión en un futuro.

Por las razones expuestas por los autores citados, y las cuales compartimos, nosotros también nos pronunciamos en - contra de la supresión de la fuerza física irresistible del Código Penal.

g) La Fuerza Física Irresistible en la Legislación Penal

Algo adelantamos ya cuando señalamos los diversos Códigos Penales que regulan la vis absoluta. Aquí nos referiremos solo a unos pocos Códigos, a los españoles y a sus "hijos" y "nietos" especialmente, ello porque un estudio de derecho comparado de mayores proporciones nos aportaría demasiado del objeto de nuestra Tesis.

El Código Penal, texto revisado de 1963 de España, decretado en Madrid el 28 de marzo de ese año, como casi todos los que le han precedido, declara exento de responsabilidad criminal a "El que obra violentado por una fuerza irresistible", en el Art. 8 No. 9o. Nuestro Código Penal regula la vis absoluta en idéntica forma también en el Art. 8 No. 9.

(1) DE MIGUEL GARGILOPEZ, ADOLFO, Derecho Penal, Parte General, 1a. Ed. Editorial REUS, Madrid, 1940, pág. 214.

Los Códigos Penales de Nicaragua (Art. 21 No. 9o.); Honduras (Art. 7 No. 10o.); Chile (Art. 10 No. 9o.), emplean la fórmula ya abandonada por nuestro Código de englobar dos eximentes bajo el mismo numeral.

Los Códigos Penales de los países mencionados declaran exentos de responsabilidad criminal a "El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por miedo insuperable."

Los Códigos Penales de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Guatemala y México, emplean una redacción diversa, tal como se podrá apreciar en las disposiciones que a continuación transcribimos :

El Art. 34 No. 2o. de Argentina dice: "No son punibles: El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente."

El Art. 13 del Código Penal de Bolivia, al tratar "de las circunstancias que destruyen la criminalidad o culpabilidad del acto," dispone: "Son circunstancias que destruyen el delito o culpa ... 5a. cometerlos involuntariamente, forzado en el acto por una violencia material a que no haya podido resistir."

El Código Penal de Costa Rica en el Art. 26 declara exentos de responsabilidad : 1. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o incurriere en una omisión a causa de impedimento involuntario e insuperable.

El Código Penal de Guatemala preceptúa: "Art. 21. Están exentos de responsabilidad criminal: 5o. El que obra violentado por una fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él por otra persona y que anule por completo su libertad."

En Cuba, el Código de Defensa Social, en su Art. 35 dice: "Son inimputables : F) El que obra impulsado por una fuerza material exterior irresistible o mediante sugestión patológica o fuerza psíquica igualmente irresistible."

Finalmente , el Código Penal de México de 1931, en el Art. 15 fracción I, recoge la siguiente regulación : " Son circunstancias excluyentes de responsabilidad : I. Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible."

h) Requisitos de la Fuerza Física Irresistible. Jurisprudencia

PAVON (1), refiriéndose al Art. 15 fracción I del Código Penal Mexicano de 1931, cuyo contenido omitimos aquí para no hacer innecesarias repeticiones , dice : "Del texto inferimos que la vis absoluta tiene como requisitos :

- a) Una actuación consistente en una actividad o inactividad involuntaria.
- b) Motivada por una fuerza física , exterior e irresistible
- c) Proveniente de otro hombre que es su causa.

(1) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. pág. 230.

Por nuestra parte resumiendo algo que ya dijimos al principio de este capítulo, señalamos como requisitos de la fuerza física irresistible, los siguientes :

- 1o.- Debe tratarse de una fuerza material; en la vis absoluta, como enseña NOVOA MONREAL (1) , el sujeto forzado es un mero cuerpo físico, que como tal es movido directamente por la fuerza material que sobre él obra";
- 2o.- Dicha fuerza material ha de ser proveniente de un tercero, de otro hombre, esto es, exterior; y,
- 3o.- Debe ser, además, dicha fuerza irresistible e involuntaria.

A falta de jurisprudencia patria, nos valdremos de los fallos del Tribunal Supremo de España, para señalar en ellos, la concurrencia de los requisitos arriba indicados.

RODRIGUEZ NAVARRO (2) resume en la siguiente forma la doctrina general al respecto: "Precisa que un tercero ejerza una violencia material tan irresistible que, anulando por completo la libertad del agente, le obligue a ejecutar el acto que su voluntad rechaza. Nosotros hemos subrayado en el párrafo precedente aquellas palabras que corresponden a los requisitos que hemos señalado a la fuerza física irresistible ,para comprobar nuestro aserto,

(1) NOVOA MONREAL , EDUARDO, Ob. cit. págs. 279 y 280.

(2) RODRIGUEZ NAVARRO, MANUEL, Doctrina Penal del Tribunal Supremo, Tomo I, 2a. Ed. Aguilar S. A. de Ediciones , Madrid, 1959, págs. 606 y 607.

A continuación los fallos que anunciamos antes:

- a) Que precisan el requisito "exterior" :

Precisa, según tiene declarado esta Sala, que tal fuerza provenga del exterior, actuando materialmente sobre el agente e impidiéndole por ello una libre determinación de sus actos ..." (S. 11-10-1958; Rep. Jurisp. Aranzadi, 3010) (S. 24-4-871; t. 2o., pág. 230) (S.16-12-895; G. 17-9-896; t. 55, pág. 412); (S.31-1-896; G 7-10-896; t. 56, pág. 153). Existen muchas sentencias mas , de contenido idéntico, que sólo para abreviar no citaremos.

- b) Que señalan los requisitos de "fuerza material" y proveniente de un tercero."

Requiere para su apreciación violencia material inconstatable proveniente de un tercero, que anule la voluntad del agente y le obligue a delinquir , no siendo de apreciar cuando no se deriva de los hechos probados. (S. 10-2-945; Rep. Jurisp. Aranzadi, 222); De contenido idéntico: (S.3-7-889; G. 10-9-889, t. 43, pág. 126)(S.22-11-897; G. 10-12-897; t. 59,pág. 390); (S. 11-8-925 ; G.14-3-926 ; t. 112, pág. 496)."

- c) Que aluden al requisito "irresistible", entre otros :

"La fuerza irresistible no consiste en el movimiento de arrebató que impulsa al agente a cometer el delito, sino que se integra por un hecho de fuerza de naturaleza física ejercido sobre la persona del culpable, tan caracteri

zada e inconstable que su voluntad quede anulada y sometida por la coacción y violencia material de un ter ce ro que le obligue a obrar como él en modo alguno qui so ..." (S. 3-3-905; G. 24-1-906; t. 74, pág. 243); (S. 28-9-901; G. 2-6-902; G. 2-6-902; t. 67, pág. 98); (S. 9-5-924; G. 20-10-924; t. 111, pág. 390 (1).

También la jurisprudencia de Argentina, de México y de Chile (2), en ciertos casos coinciden al señalar los requisi tos por nosotros expuestos y que son recogidos por la jurisprudencia española.

i) La Fuerza Física Irresistible y el caso Fortuito

Escribe QUINTANO que una vez "separada del estado de necesidad la circunstancia del número 9o., precisamente por su ineluctabilidad, podría sentirse alguna veleidad de aprox imar la a otra también de este tipo total, la del caso fortuito" definido en el Art. 43C. como "el imprevisto a que no es posi ble resistir." "Pero la ineluctabilidad en éste procede del azar, y la de la fuerza irresistible, de otra voluntad extraña, superior y personal, con lo cual, toda confusión desaparece." El caso fortuito está regulado en el Art. 8 No. 8o. Pn., según el cual se declara exento de responsabilidad criminal :

(1) RODRIGUEZ NAVARRO , MANUEL, Ob. cit. pág. 607.

(2) Ver CARLOS FONTAN BALESTRA, Tratado , págs. 445 y 446 ; CELESTINO PORTE PETIT, Legislación Penal Mexicana Comparada, Parte General, Jalapa, 1946, págs. 92 y 93. EDUARDO NOVOA MONREAL, Ob. cit. págs. 282 y 283.

"El que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo."

El Dr. Enrique Córdova (1), apoyándose en esa disposición dice que "la eximente requiere las siguientes condiciones:

- a) Que el agente ejecute un acto lícito;
- b) Que proceda con la debida diligencia;
- c) Que cause un mal por mero accidente, esto es, sin culpa ni intención de causarlo", y, según él, concurren dichas condiciones en el conocido ejemplo del cazador que al disparar en el bosque sobre el animal que desea herir, hace blanco en el amigo y compañero que con él ha salido de paseo."

A nosotros nos parece inapropiado el anterior ejemplo . Aparte de que no es siempre lícito cazar en el bosque, el cazador del ejemplo , a nuestro juicio, cometería un delito por imprudencia, en el compañero con el que ha salido de paseo ,pues no puede decirse que ha disparado con la debida diligencia, quien andando acompañado de un amigo de cacería no se cerciora de su posición exacta, para evitar los efectos dañosos de su acto, que son bajo todo punto de vista previsibles, y es que, es éste requisito , como lo señalan acertada

(1) CORDOVA, ENRIQUE, Estudios Penales, Primera Parte, Publicaciones de La A.E.D. San Salvador, 1962, pág.204. GUSTAVO LABATUT GLENA, Ob. cit. pág.172, señala los mismos requisitos.

mente , SANCHEZ TEJERINA, LABATUT GLENA y CUELLO CALON, entre otros, la línea de demarcación entre la culpa y el caso fortuito. A dicho requisito, dice QUINTANO, parece aludir el texto legal al hablar del "mero accidente."

El mismo Dr. Córdova (1) nos da este otro ejemplo: "Un apuesto joven, amigo de los deportes viaja en un automóvil, manejándolo él mismo. El carro tiene que pasar por un puente que sin que nadie lo sepa ni pueda sospecharlo, no resiste el peso del vehículo. El carro se va al fondo en que hay un riachuelo. Algunas personas que tomaban un baño resultaron golpeadas por el carro. El accidente es del todo fortuito" Nos parece que este caso es un buen ejemplo de caso fortuito.

Algunos ejemplos que traen los autores sobre la fuerza física irresistible, de la cual ha dicho DE MIGUEL PEREZ, que "no se concibe", que "sólo hay casos de laboratorio, son :

Para QUINTANO, "la mujer casada que es violada por quien conoce su condición comete un delito de adulterio, formalmente al menos, con la eximente de fuerza irresistible, y es, a la vez, autora eximida de éste y víctima del de violación." El ejemplo no puede ser mas desafortunado. Si bien es cierto que conforme al Art. 388 Pn. comete adulterio la mujer que yace con varón que no sea su marido, su acción de yacer debe ser voluntaria para que se repute delictiva, de acuerdo con

(1) CORDOVA, ENRIQUE, Ob. cit. pág. 205.

el Art. 10. Pn. En el caso comentado no se trata de fuerza irresistible , de ausencia de conducta o acto, sino de ausencia de delito, y en consecuencia, no hay cosa alguna de que deba eximirse a la mujer casada que es violada. Nos atrevemos a afirmar que el pretendido adulterio de que habla QUINTANO , ni civilmente tiene relevancia alguna, con lo cual estamos negando a tal hecho el caracter de causal de divorcio, que conforme al Art. 145 C. causal 2a. , pudiera erradamente atribuírsele.

NOVOA MONREAL refiere los casos "del que toma la mano de otro y la obliga a un movimiento o del que da un fuerte empujón a otro, lanzándolo sobre otra persona o cosa", en los cuales, según él nos encontramos frente a la llamada vis absoluta. El primero de los ejemplos es un indiscutible caso de vis absoluta, FONTAN, en su Tratado lo explica mas claramente cuando dice "así el caso, de aquel a quien se le lleva la mano para que llene o suscriba un documento."

JOSE RAFAEL MENDOZA cita el caso de un ebrio sentado en el asiento de un automóvil, al lado del chofer, que de pronto tomó fuertemente el volante, poniendo sus manos sobre las del chofer, obligándole a desviar la marcha, a consecuencia de lo cual mató a un transeúnte. Convenimos con el profesor de Caracas al calificar fuerza física el caso anterior.

j) La fuerza física irresistible como atenuante

Nuestro Código Penal, en el Art. 9o. dispone: "Son circunstancias atenuantes :

la.- Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos."

Y , el artículo precedente , el 8, como sabemos, trata de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, entre las cuales, y bajo el No. 9o., se encuentra la fuerza irresistible.

La disposición últimamente citada la enunciamos al hablar de la fuerza física irresistible en la legislación penal.

Nos hallaríamos, en consecuencia, frente a una circunstancia atenuante derivada de la fuerza irresistible, cuando falte uno cualquiera de los requisitos que señalamos en la letra h) del presente capítulo, que por considerarlo innecesario no repetimos aquí.-

C A P I T U L O V I I

EL SUEÑO Y EL SONAMBULISMO

a) El sueño como falta de acto.

Afirma DE MIGUEL PEREZ (1) que "desde los tiempos de Carrara, aunque con alguna que otra excepción, se presenta el sueño como el primer ejemplo de ausencia de acto." JIMENEZ DE ASUA (2), por su parte, dice "el primer ejemplo, por su cacter natural, que nos ofrece la falta de acto es el sueño. Aunque Manzini cree que a quien duerme no se le puede considerar inimputable y diga que las normas se dan también para los "durmientes." Una frase que se ha convertido en refrán , y que dice: lo que se piensa despierto, dormido se sueña, pareciera darle la razón al tratadista italiano, que en el punto en cuestión, verdaderamente andaba errado , ya que, como lo señala JIMENEZ DE ASUA, "está en lo cierto Alimena cuando dice que " ni siquiera valdría sostener que los sueños son ac--tuación de pensamientos que dominan durante el día; pues, aun admitiendo esto, es cierto que el pensamiento aun dominante en el estado de vigilia, no se ha actuado."

(1) DE MIGUEL PEREZ, ISIDRO, Ob. cit. pág. 230.

(2) JIMENEZ DE ASUA, LUIS , Tratado de Derecho Penal, Tomo III 2a. Ed. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires, 1958, No. 1161.

GAJARDO (1) nos ha enseñado que "el inconsciente se exterioriza mediante los actos fallidos y los sueños."

El sueño ha sido definido por PAVON como el "estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente (que) puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos." El mismo autor nos da el siguiente ejemplo: "si una mujer de agitado sueño, al moverse en su lecho sofoca y mata con su cuerpo a su hijo recién nacido, colocado ahí por el padre sin conocimiento de aquella, habrá realizado un movimiento corporal y por ello expresado físicamente una actividad , un hacer, mas faltara el coeficiente psíquico necesario (voluntad) para que tal actuación sea relevante en el campo del Derecho." (2)

"Al no integrarse la conducta, por falta de voluntad, habrá inexistencia del hecho y por ende de delito." Ello significa que en el ejemplo propuesto nos encontramos frente a un caso de irresponsabilidad penal por ausencia de conducta.

Explica GAJARDO que "todos los sueños, por absurdos que parezcan , tendrían un sentido que se oculta bajo símbolos, y traducen siempre la realización de un deseo." Los sueños, como forma de manifestación de los fenómenos inconscientes, al

(1) GAJARDO C., SAMUEL, Manual de Medicina Legal, Editorial Jurídica de Chile, 1948, pág. 80 .

(2) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. cit. pág. 233.

decir del médico legista Chileno, "traducen a menudo la exigtencia de deseos reprimidos , muchas veces, olvidados, que durante el sueño burlan la resistencia, o sea, la fuerza que les impedía manifestarse durante la vida consciente."

Como bien lo señala DE MIGUEL PEREZ (1) , "los psicoanalistas desentrañan esta cuestión con gran maestría y con e--fectos psicoterapéuticos: pero a los penalistas nos basta con saber que quien actúa u omite hacer algo dormido, no realiza en sí el verdadero acto delictivo, aunque en su soñar llegue incluso a proferir injurias graves contra alguien."

Sin embargo, en las legislaciones militares se castiga el sueño como delito o como falta, si éste origina la omisión de un deber jurídico. Así ocurre en Chile, donde la ley positiva sanciona penalmente el hecho mismo de quedarse dormido, de conformidad con el Art. 302 del Código de Justicia Militar de aquel país.

Entre nosotros, el Código de Justicia Militar dispone en el Art. 142 que será castigado el militar que se durmiere esyando de facción o centinela.

Al hablar de sueño, nos referimos a lo que NOVOA MONREAL y LABATUT GLENA denominan "Sueño normal" para distinguirlo del sueño provocado, al cual nos referimos mas adelante. Para

(1) DE MIGUEL PEREZ, ISIDRO, Ob. cit. pág. 231.

LABATUT "el sueño normal es un estado de inconsciencia que acarrea irresponsabilidad, a menos que las consecuencias da ñosas puedan imputarse a culpa del sujeto , como sería el ca so de la madre que, conociendo su sueño agitado, duerme con la criatura en el mismo lecho y le ocasiona la muerte por a plastamiento o asfixia." En parecidos términos se expresa FAVON , (y creo que la coincidencia no es casual) cuando dice que "puede surgir responsabilidad culposa si la madre, sabien do que su hijo recién nacido la acompaña en el lecho y cono ciendo lo agitado de su sueño, le produce la muerte por sofo cación al aplastar su cuerpo sobre él durante un movimiento inconsciente, pues el resultado no fue previsto por ella te niendo la obligación de preverlo, en razón de la naturaleza previsible y evitable del hecho, o habiéndolo representado , tuvo la esperanza de su no aparición. "

Lo cierto es, como dice JIMENEZ DE ASUA, que en el estado de sueño no existe ni la conciencia ni la voluntad que caracterizan la acción humana, por lo que nos hallamos en presencia de una falta de acto.

Sin embargo, el mismo JIMENEZ DE ASUA nos dice que " se ha aludido -erróneamente, citando la "Vida de Dionisio" de Plutarco - al caso del tirano de Siracusa que mandó al supli cio a un infeliz, reo tan solo de un sueño, alegando como ra zón , que no habría soñado durante la noche si no hubiese -

pensado durante el día." (1)

b) El Sonambulismo

El sonambulismo, llamado también "sueño anormal" por JIMENEZ DE ASUA, consiste , al decir de GAJARDO, en la actividad de la persona, realizada durante el sueño. Para PAVON "el estado sonambúlico es similar al sueño", en cambio para JIMENEZ DE ASUA , el estado del sonámbulo es idéntico al del individuo que sueña.

PAVON refiere que puede distinguirse el sueño, del sonambulismo" en que el sujeto deambula dormido. Hay movimientos inconscientes y por ello involuntarios." Para JIMENEZ DE ASUA "la diferencia está en el hecho de que en el sonambulismo, no se halla impedida la conversión en actos motores de los fantasmas de la mente y de las representaciones que se verifican durante el sueño.(2)

Se llama sonambulismo - dice NERIO ROJAS - "a un estado espontáneo de inconsciencia con actividad motriz, continuación del sueño fisiológico. El sujeto pasa del reposo de su sueño a la actividad sonambúlica, ambulatoria, sin solución de continuidad." (3)

(1) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, Tratado , Tomo III, No. 1161.

(2) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, Tratado , Tomo III, No. 1162.

(3) ROJAS , NERIO, Medicina Legal, 7a. Ed. Librería El Ateneo Editorial , Buenos Aires, 1961, pág. 401.

Afirma CUELLO CALON que "el sonambulismo espontáneo es una causa de irresponsabilidad, lo cual es cierto, pero incurre en el error de identificar al sonámbulo con el alienado, para concluir diciendo, que los actos ejecutados por aquel , durante el sueño no son imputables."

Los movimientos involuntarios e inconscientes ejecutados por el sonámbulo no son actos en sentido propio. Solo a falta de un término apropiado, aceptamos que "son actos automáticos" como dice JIMENEZ DE ASUA. Explica el mismo autor, que en el sonámbulo "la percepción por medio de los sentidos está absolutamente abolida, o se halla limitada a los objetos que corresponden al contenido de la conciencia durmiente. Cuando el sonámbulo se despierta, falta absolutamente en él todo recuerdo de los acontecimientos a que ha asistido durante el sueño, y, naturalmente también de todo lo que efectivamente ha sucedido; a lo sumo rememora que lo que realmente ha acaecido sólo ha sido un sueño. A veces la memoria de lo ocurrido en los precedentes accesos se conserva, pero sólo retorna en los accesos nuevos, dándose así un estado de doble vida y de doble conciencia."

Enseña JIMENEZ DE ASUA, y PAVON lo repite, que el sonambulismo es una enfermedad nerviosa, o mejor dicho, probablemente no es mas que una manifestación parcial de otras neuropatías (como el histerismo), o de epilepsia , según han observado los psiquiatras, como por ejemplo Hoche y Weygandt.

Dice GAJARDO (1) que "la explicación de esta anomalía (sonambulismo) está en que los centros nerviosos del cerebro ceden al impulso onírico , lo que no ocurre en el sueño normal; y, en consecuencia , el sonámbulo realiza automáticamente lo que sueña, sin que su voluntad intervenga. No es dudoso que el individuo, en tal estado, carece de capacidad para los actos civiles que pudiera realizar, y de responsabilidad penal en los delitos."

Explica NERIO ROJAS (2) que "el sonambulismo no es una manifestación posible de cualquier sujeto; es un trastorno nervioso, una enfermedad, o el síntoma de una neurosis, como la histeria y la epilepsia. Es propio de la pubertad; en general, de la juventud de cualquier sexo." Así, dice JIMENEZ DE ASUA y también PAVON, (que al igual que nosotros sigue al maestro español), que el sonambulismo "suele encontrarse principalmente en la edad juvenil, y, sobre todo, en la época del desarrollo de la pubertad, siendo frecuente que dure algunos años. Según el doctor Massion-Verniory , el sonambulismo del niño es trivial. En el adulto es raro, En este último implica un desequilibrio constitucional. Dice ROJAS que el "acceso se presenta casi siempre de noche, pues aparece durante el sueño natural; en ciertas épocas se repite todos los días y mas o menos a la misma hora. En parecidos términos

(1) GAJARDO C. SAMUEL, Ob. cit. pág. 120

(2) ROJAS, NERIO, Ob. cit. pág. 401.

se expresa JIMENEZ DE ASUA, cuando dice: "los accesos a veces se repiten todos los días, en horas determinadas, y van siempre precedidos del sueño. Afirma también NERIO ROJAS que el sonambulismo "suele precederse de convulsiones o rigidez muscular, y se termina espontáneamente por la vuelta al sueño, por una confusión mental , o por excitaciones que despiertan al enfermo."

Con otras palabras JIMENEZ DE ASUA expresa que "como pródromos (del sonambulismo) pueden observarse ligeras convulsiones o una rigidez cataléptica de los músculos. Antes de volver a la vigilia, el sonámbulo pasa por un estado de sueño ordinario o por una situación confusional soñolienta más o menos prolongada. El paralelo en la exposición de JIMENEZ DE ASUA y NERIO ROJAS como puede apreciarse , es no torio.

Refiere ROJAS que "después de estudiar detenidamente las opiniones y los hechos, Pierre Janet afirma dos caracteres esenciales del sonambulismo : el olvido al despertarse y la memoria alterante."

El mismo ROJAS dice que "es fácil suponer que dada la actividad del sonámbulo, ha de serle posible la realización de actos delictuosos." Al respecto JIMENEZ DE ASUA, continuando con el paralelismo a que hemos hecho referencia, escribe : "en situación sonambúlica, pueden cometerse actos delictivos, de los cuales da Krafft - Ebing una breve casu-

ística . También ROJAS , despues de afirmar que "la justicia, en efecto, ha debido intervenir en procesos de esa naturaleza," dice, que son "estos hechos raros, tanto que Krafft Ebing, Du Saulle y Vladoff traen mas o menos los mismos casos, que no pasan de media docena. Casi siempre se trata de sueños activos, con homicidio completo o frustrado . A veces el alcoholismo interviene: sonambulismo alcohólico de Magnan y Grothers. (1)

c) Los Problemas de responsabilidad del sonámbulo

El maestro JIMENEZ DE ASUA es uno de los pocos autores, entre muchos que hemos consultado, que se ocupa del problema en estudio. Debido a esta circunstancia , aun en contra de nuestros deseos, nos valdremos casi exclusivamente de su palabra en esta parte de nuestro trabajo. Sinceramente creemos que a nadie extrañará tal cosa, pues, autores que como PAVON, que gozan ya de prestigio en su patria y fuera de ella, al abordar este tema copia casi íntegramente al tratadista español antes mencionado. Naturalmente ello no es, en manera alguna un "pecado."

De acuerdo con NOVOA MONREAL (2) "debemos resolver (la cuestión de) si hay conducta en el comportamiento que se ob-

(1) Compárese si se quiere, LUIS JIMENEZ DE ASUA, Tratado, Tomo III, No. 1163, y NERIO ROJAS, Ob. cit. págs. 401 y 402.

(2) NOVOA MONREAL, EDUARDO, Ob. cit. pág. 278.

serve en un ser humano que experimenta ciertos estados espe
ciales, en los cuales puede dudarse de la plena participa--
ción de todo su sistema nervioso y en particular de sus cen
tros cerebrales, como son: el sueño normal , el sonambulis-
mo, etc." El mismo autor nos dice que "la solución de esos
casos depende de una cuestión de hecho que corresponde re-
solver por vía experimental: si en esos estados el comporta
miento es expresión del juego de todo el sistema nervioso
humano, especialmente de los centros altos. Si la respues-
ta es negativa, no puede haber conducta y el individuo no
representaría para el Derecho mas que un animal o un robot.
Si la respuesta es afirmativa, habría de reconocerse la
existencia de un fenómeno conductual humano."

Y, con singular prudencia afirma que "los vacíos que
existen en el conocimiento científico actual acerca de la
verdadera base neurofisiológica de esos estados, no nos per
miten una respuesta categórica. Sin embargo, -prosigue di-
ciendo- la estrecha correlación que parece existir entre la
total participación de los centros cerebrales y las manifes
taciones motoras complejas y coordinadas, permiten suponer
que en los estados en que faltan dichas manifestaciones ,
esto es, en el sueño normal y en estados profundos de hip-
nosis y narcosis, queda descartada la existencia de una con
ducta." (1) Nosotros sostenemos que también en el sonambu-

(1) NOVOA MONREAL, EDUARDO, Ob. cit. pág. 278

lismo, que como hemos visto, es un estado que experimenta el durmiente, tampoco existe conducta alguna del sujeto so nambúlico, que es en cierto modo un enfermo. Sin embargo, equipar el sonámbulo al loco o al niño es un error, que ciertamente se ha cometido. Modernamente CUELLO CALON incurre en el error de equiparar al sonámbulo con el alienado. También es equívoca la posición de médico-legistas - como Fódé ré y Hoffenbauer - que proclamaron la responsabilidad moral del sonámbulo, por creer que sólo se puede ejecutar durante el sueño, lo que se piensa durante el día.

También entre los penalistas se encuentran posiciones desacertadas. JIMENEZ DE ASUA cita el caso de Tissot, pena lista del pasado siglo, que se hacía la siguiente pregunta: Quién creería por ejemplo, que un individuo que tuviese un enemigo a quien profesara un odio moral, sería tan poco culpable si llegare a matarle en estado de sonambulismo, como si no lo hubiera conocido jamás, ignorando su paradero, etc.? Todo lo que podría alegar en su descargo, es que no había gozado de plena libertad y que tiene derecho a alguna indulgencia."

El mismo JIMENEZ DE ASUA nos dice que "Rossi, en cambio, abonó la irresponsabilidad de los sonámbulos que ejecutan hechos que la ley configuró como delitos; por la imposi**bi**lidad de penetrar el misterio del sueño. A su juicio las

discusiones en que se han enfrascado los jurisconsultos y los profesores de medicina, a propósito de esa cuestión, deben reputarse ociosos." Sin embargo, el mismo Rossi, se co-loca en una posición polémica cuando, según refiere LUIS JIMENEZ DE ASUA , "se aventura a decir que los sonámbulos son irresponsables porque no pueden observar."

Dufay y Lombroso aun reconociendo la irresponsabilidad del sonámbulo aconsejan para él medidas de seguridad.

"Un individuo - dice Adolfo Prins - que tiene accesos de sonambulismo y que durante el acceso tiene costumbre de manejar y disparar armas de fuego , si coloca un revólver cargado sobre su mesa de noche, y mata a una persona, durante el período de sonambulismo, puede ser perseguido por homicidio involuntario, si se demuestra , en concreto, la falta de previsión." A JIMENEZ DE ASUA - le parece correcta la posición de Prins. Nosotros nos preguntamos si el sonámbulo es capaz de tal previsión. Sólo si la respuesta fuera afirmativa, compartiríamos la opinión del maestro español. Pero no nos aventuramos en un campo que nos es casi totalmente desconocido y en el cual debemos atenernos al dictámen de médicos legistas y de manera especial, de siquiatras .

Dice JIMENEZ HUERTA, que " si el que ha hipnotizado a otro por simple pasatiempo o con fines terapéuticos aprovecha al hipnotizado para efectuar un delito, es obvio que lo utiliza como un simple instrumento material."

En suma, nosotros participamos de la opinión de aquellos que, como CUELLO CALON, sostienen la irresponsabilidad del sonámbulo por falta de conducta y, en cada caso concreto, el problema consistente en saber el verdadero estado del enfermo y de su incapacidad para delinquir, debemos indagarlo por medio del exámen de especialistas en la materia.

d) La Embriaguez del sueño

Enseña NERIO ROJAS que "la embriaguez del sueño es la persistencia de la actividad onírica al despertarse, durando ello unos pocos minutos, en los cuales el sujeto está como semidormido y semidespierto a la vez." El mismo ROJAS afirma que "favorecen la embriaguez del sueño, las fatigas física y psíquicas prolongadas, las malas digestiones o digestiones laboriosas, las bebidas alcohólicas antes de dormir, la privación del sueño, todas las causas de auto intoxicación . También se favorece por un sueño demasiado profundo, como se observa en miembros de la misma familia, las pesadillas, el despertar bruscamente, sobre todo, en un sueño." (1)

Dice LUIS CARLOS PEREZ que en "la embriaguez del sueño, durante el cual la persona se despierta soñando, de modo que las imágenes oníricas son tomadas por realidad, pues (el sujeto) no se da cuenta de las impresiones que recibe." ROJAS, quien pudo haber influido en PEREZ, afirma que en tal estado

(1) ROJAS NERIO, Ob. cit. pág. 402.

anómalo, "el sujeto se despierta soñando, las ideas del sueño persisten sin rectificación son tomadas por realidad y conducen a la ejecución de actos mas o menos graves." El estado de embriaguez del sueño, al decir de ROJAS." es pasajero, dura algunos minutos solamente, con una amnesia consecutiva a veces completa, aunque casi siempre la memoria es rudimentaria, y contiene los recuerdos subjetivos del hecho, como si fuera sueño, y no las circunstancias objetivas del mismo."

El mismo médico legista Argentino refiere los siguientes ejemplos." Una madre que sueña con un incendio, corre y arroja su hijo por la ventana para salvarlo. Un hombre que sueña con fantasmas, toma un hacha para perseguirlos y mata a su mujer."

e) El sueño y el Sonambulismo en la Legislación Penal.

Estos estados no se encuentran regulados en nuestro Código Penal, pero entre las llamadas eximentes o causas que excluyen la incriminación, como las denomina CARRANCA Y TRUJILLO, comprendidas en el Art. 8 de dicho cuerpo de leyes, la del No. 1 dispone que estan exentos de responsabilidad criminal: "El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que por cualquier causa independiente de su voluntad se halle privado totalmente de razón." Con base en esta disposición legal pudiera pensarse que el problema de la irresponsabilidad penal del que obra durante el sue

ño o en estado de sonambulismo, pudiera resolverse, amparándonos en dicha eximente , pero no es así. Si siquiera el trastorno mental transitorio, encuentra asidero en ella.

A falta de jurisprudencia patria, en apoyo de nuestra afirmación citamos tres casos de la doctrina española, tomados de JUAN DEL ROSAL:

- 1) Las circunstancias eximentes no pueden apreciarse por analogía (S. 3-6-1948)
- 2) No pueden apreciarse otras eximentes que las comprendidas en este artículo (8 Pn.) (S.8-3-1872)
- 3) Sólo pueden estimarse como eximentes las situaciones o estados previstos como tales por el legislador (S.24-2-1917)

Lo anterior nos está señalando la necesidad en que nos encontramos de adoptar, en materia de causas de irresponsabilidad, disposiciones de carácter más amplio, comprensivas de tales estados.

El proyecto de Código Penal Salvadoreño de 1959, elaborado por los doctores José María Méndez, Manuel Arrieta Gallagos, Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez h, y Julio Fausto Fernández, en la Sección I titulada "IRRESPONSABILIDAD POR AUSENCIA DE ACTO VOLUNTARIO" , el Art. 20 dispone : "No es responsable de su conducta antijurídica, por ausencia de voluntad:

lo.) El que actua durante el sueño natural o provocado, sin que pueda atribuírsele negligencia."

En la exposición de Motivos, la comisión redactora dijo: "El Art. 20 del proyecto comprende los casos típicos que el derecho penal moderno estima como ausencia de acto : el sueño natural o provocado, la sugestión hipnótica y la fuerza irresistible."

Afirma JIMENEZ DE ASUA (1) que "son pocos los Códigos que han mencionado expresamente entre las causas de exención de responsabilidad penal, el sueño o el sonambulismo. Recordemos dice el Código del Cantón Suizo Valais (ART.87), derogado ya, y sobre todo algunos Códigos penales de Hispanoamérica que conservan la tradición española del Código de 1822."

Refiere el maestro JIMENEZ DE ASUA que "proclaman la irresponsabilidad del dormido o del que se halla en estado de sueño, los Códigos de Bolivia (Art. 13 circ. 7), Venezuela (Art. 62) y Uruguay (Art. 30, in fine).

Afirma el mismo penalista hispano que "Pacheco trató de hallar el modo de eximir al durmiente y al sonámbulo, lamentando que la ley, para evitar dificultades y simulaciones, no consigne esas formas de exclusión de pena. La ley -dice- lo hubiera debido hacer en el caso del sonambulismo o del sueño simple; quedando a la autoridad judicial el encargo ,

(1) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, Tratado , Tomo III, No. 1164.

que siempre le queda, de depurar la verdad de las alegaciones."

Pacheco observó que aunque "el sueño tiene ciertas circunstancias comunes con la demencia," no es ahí donde haya de ampararse al durmiente. Por ello piensa que "el único precepto de la ley que se aplica al caso en cuestión es el de su Art. 10. Ya vimos -dice- que no podía haber delito como no hubiese acción voluntaria. Ahora bien : si el sonámbulo no obra por su voluntad, los actos que ejecuta no pueden ser delitos. El Art. 10. lo absuelve." El Padre Montes y José Antón, al decir de JIMENEZ DE ASUA, mantienen análogo criterio.

C A P I T U L O V I I I

LA SUGESTION Y LA HIPNOSIS

a) Generalidades

De arduo problema califica JIMENEZ DE ASUA la cuestión relativa a la falta de conducta del hipnotizado y aunque se dude de que puede cometer delitos en tal sugestión hipnótica, nos encontramos frente a una auténtica falta de acción, LABATUT GLENA, al hablar de la sugestión hipnótica afirma que "el hipnotismo es un sonambulismo provocado."

Dice el Dr. BERNARD C. GINDES que "el hipnotismo, despojado de su atuendo misterioso, es un método terapéutico que busca vivificar al pensamiento convirtiéndolo en acción específica para un fin definido." El mismo autor expresa que "cuando se utiliza el hipnotismo para animar el pensamiento llamamos a esa actividad sugestión. Ella constituye el medio que permite colocar un pensamiento en la mente de un su jeto, para provocar una reacción dirigida y controlada." Y mas adelante agrega: "Un pensamiento puede hacer que un hombre dé o hurte, mate o cure." (1)

Para PAVON, "el hipnotismo constituye un fenómeno de realidad indiscutible, cuya existencia ha sido totalmente verificada en múltiples experiencias."

(1) GINDES, BERNARD C., Nuevos Conceptos sobre el Hipnotismo, Editorial Psique, Buenos Aires, 1965

PEREZ ha dicho que la sugestión es producto de la hipnosis, esto es cierto, y ha dicho también que la sugestión es causa de inimputabilidad y esto, a nuestro juicio, no es verdad, ya lo hemos afirmado antes, se trata de ausencia de conducta.

El Dr. GINDES señala a De Puységur como el primero en demostrar el "sonambulismo artificial", como se llamaba a ese estado, bautizado por el Dr. James Braid con el nombre de "hipnotismo", utilizando la palabra griega hypnos, que significa "sueño".

MANZINI (1) sostiene que "no toda especie de sugestión constituye coacción psíquica. Tal efecto, ciertamente no lo produce la sugestión simple. "El mismo autor italiano manifiesta que "se dice que los individuos caídos en sueño hipnótico pueden recibir y ejecutar, ya se inmediatamente, ya sea a distancia sugerencias criminosas.

b) Concepto de hipnotismo

GAJARDO ha escrito que el hipnotismo es la sustitución de la voluntad del individuo, por una voluntad extraña, capaz de inducirlo a actuar. El sujeto pasa a ser, así, el simple instrumento de una voluntad ajena. En consecuencia, en este estado, "no actuando la voluntad, no puede existir responsabilidad", porque hay ausencia de conducta, agregamos nosotros:

(1) MANZINI, VINCENZO, Ob. cit. págs. 310 y 312

Enseña ROJAS que "se denomina hipnotismo a un estado anormal provocado, que tiene vinculaciones, en su naturaleza psicológica, con el sueño, con el ensueño y con el sonambulismo espontáneo. Pero es fundamentalmente distinto de esos procesos, pues su aparición es provocada por otra persona, siendo la sugestión la única causa de su desarrollo!"

JIMENEZ DE ASUA por su parte dice que "se designa con el nombre de hipnotismo un conjunto de situaciones especiales del sistema nervioso, producidos por maniobras de caracter artificial."

PAVON, siguiendo indudablemente a JIMENEZ DE ASUA, expresa que el hipnotismo "consiste esencialmente en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial.

c) Clases de Hipnotismo

Bernard C. Gindes afirma que "en 1878 , Charcot, y sus alumnos de la Academia consiguieron demostrar que hay varios grados de sueño hipnótico, y que el sujeto hipnotizado puede manifestar síntomas cambiantes en cada grado. Este fue el primer esfuerzo tendiente a clasificar de manera científica los fenómenos hipnóticos."

PAVON nos dice que las manifestaciones del hipnotismo "pueden ir, desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico pasando por diversas fases en las cuales se acéntúa, en sus características externas, el grado de hipnotismo."

Esa es una forma un tanto imprecisa de esbozar una clasificación, que ciertamente, el citado autor no se propone hacer.

JIMENEZ DE ASUA refiere que "suele distinguirse el pequeño y el gran hipnotismo" y que en éste "se observan tres estados, aislada o sucesivamente: el estado cataléptico, estado letárgico y estado sonambúlico." El Dr. ALFONSO ARTEAGA PEREIRA (1) coincide con el maestro hispano al explicar dichos estados.

De acuerdo con el mismo tratadista, "el estado cataléptico se caracteriza por la rigidez muscular y la inmovilidad sin fatiga, en las diversas posiciones que se dan al sujeto. El estado letárgico, en cuyos momentos el sistema muscular está inerte, si bien la percepción sensorial puede existir, el individuo oye y analiza lo que escucha, pero no puede expresarlo, puesto que se halla en inercia todo el sistema muscular. El estado de sonambulismo trae consigo la actividad del cerebro y el aumento de la fuerza muscular; pero la sensibilidad dolorífica se halla anulada; el sujeto está en absoluta analgesia." (2)

d) Medios de producir el hipnotismo

Sólo haremos una pequeña relación de los medios de producir el hipnotismo, debido a que no nos proponemos el estudio de tal fenómeno, que escapa a nuestra capacidad y que, por otra parte no pertenece al Derecho Penal.

(1) ARTEAGA PEREIRA, ALFONSO, Hipnotismo, Magnetismo y Sugestión, Editorial Divulgación, México, 1955, págs. 116 y 117.

(2) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, Tratado No. 1168.

Afirma ROJAS que "los medios para producir el estado anormal de sueño son diversos", y de ellos hace una buena síntesis." Al principio , con Mesmer -dice- la acción era por el tacto y la mirada del operador (magnetismo). Después con Braid todo se reduce al hipnotizado que fija su vista y su atención en un objeto brillante. Se emplean también pases por los ojos, presión en zonas hipnógenas. Desde Bernheim se sabe que todo eso es sólo sugestivo. El empleó la sugestión verbal rápida o lenta, según el sujeto ."

Los procedimientos (para hipnotizar) pueden combinarse o no, pero todo depende del grado de pasividad, sugestibilidad del operado. Los hay también de orden motor, comprendiendo los movimientos y el lenguaje; por medio de la vista, oído o sentido kinestésico : repetición de palabras, órdenes de movimientos o de actitudes, parálisis y afacias."

A estos y otros medios de producir la hipnosis se refiere también GINDES, quien al hacer la historia del hipnotismo, a los nombres de Federico Antonio Mesmer y James Braid, citados por ROJAS, agrega al Marqués de Puységur, quien descubrió el "sonambulismo artificial" y demostrara que se puede producir artificialmente un estado análogo al del sueño en un individuo completamente despierto" ; al Padre Gassner ; a F. Burcq ; a Claude Bernard ; al doctor Luys, quien inventó el espejo giratorio para producir el sueño sonambólico; y finalmente a G. Charcot, Liébault y Bernheim de la Escuela de

Nancy, a la que mas tarde aludiremos, y Janet.

e) Naturaleza y amplitud del fenómeno

Afirma LABATUT GLENA (1) que "la naturaleza y amplitud del fenómeno es cuestión que interesa al médico. Alipenalis ta le importa saber si puede o no exigirse responsabilidad criminal por delitos cometidos en ese estado, en el supuesto de que ello sea posible." En cambio, a JIMENEZ DE ASUA le parece trascendentalísima esa cuestión acerca de la cual, "existe un antagonismo irreductible entre dos escuelas : la de París (llamada también de la Salpetriere) y la de Nancy."

Para la primera (Representada por Charcot, Brouardel y Gilles de la Tourette y seguida por Delboeuf en Bélgica y Benedikt en Austria) no hay verdadero hipnotismo más que cuando se produce en personas histéricas, siendo una verdadera neurosis, y produciéndose tan sólo, en neurópatas . Según la escuela de Nancy (representada por Liébault, Liégeois , Bernheim, Mesnet, Beaunis, etc.) el hipnotismo no es un hecho patológico, sino fisiológico, que puede ser producido en personas perfectamente sanas."

f) Opiniones sobre posible producción de actos delictivos.

GINDES categóricamente afirma que "nadie puede sostener que es completamente inmune a la sugestión." El mismo autor nos dice que existe la "creencia de que una persona ordina--

(1) LABATUT GLENA, GUSTAVO, Ob. cit. pág. 246.

riamente no cumplirá en estado de hipnosis orden alguna que no cumpliría en estado normal de vigilia" y que "esto descarta la posibilidad de actos criminales causados por sugestión." Pero el mismo GINDES dice que "hay muchas pruebas que contradicen esa afirmación."

Dice MANZINI (1) que "los psicólogos , afirman, sin embargo , que el dominio del delirio sonambúlico no es casi nunca absolutamente completo: Si las cosas sugeridas son demasiado íntimamente repugnantes al sujeto, él las puede resistir eficazmente, y exitarse por eso nerviosamente hasta el punto de tener un ataque histérico. El paciente cede de buen grado a realizar cualquier acto ordenado, y así mata con la daga de cartón , pero porque sabe de lo que se trata, mientras que si se tratase de un verdadero homicidio no sería tan dócil."

1) Escuela de Nancy

Aluden a esta escuela, entre otros, ROJAS, CUELLO CALON, PAVON y JIMENEZ DE ASUA, y es precisamente éste, el que ha hecho el mayor desarrollo acerca de la misma.

Dice JIMENEZ DE ASUA que "los representantes de esta escuela, piensan que los hipnotizados incluso los que resisten a las impulsiones sugeridas, acaba por ejecutar el hecho ordenado por el hipnotizador, siempre que la sugestión sea repetida varias veces con insustencia; el automatismo del hip-

(1) MANZINI, VINCENZO, Ob. cit. pág. 312.

notizado puede ser todo lo absoluto que desee el hipnotizador."

Afirmación semejante encontramos en PAVON, ROJAS y CUELLO CALON, cuando tratan de la Escuela de Nancy.

Para JIMENEZ DE ASUA, uno de los textos más expresivos de esta escuela, se halla en la obra de BEAUNIS: " En todo caso, incluso cuando el sujeto se resiste, es siempre posible, insistiendo , acentuando la sugestión , hacerle ejecutar el acto querido. En el fondo el automatismo es absoluto y el sujeto no conserva de espontaneidad y de voluntad más que lo que quiere dejarle su hipnotizador."

Para esta escuela - concluye diciendo JIMENEZ DE ASUA- debe , pues, proclamarse la irresponsabilidad del que ejecuta actos delictivos durante el período de sonambulismo provocado, y nos hallaríamos , pues, ante un caso perfecto de ausencia de acto" o de ausencia de conducta, como prefiere decir PAVON, y nosotros también.

2) Escuela de París

Los mismos autores que se ocupan de la Escuela de Nancy se ocupan también de la Escuela de París. Esta escuela sustenta la opinión contraria a la de Nancy.

Refiere JIMENEZ DE ASUA (1) que para la Escuela de París, "las impulsiones sugeridas (de acuerdo con los que si-

(1) JIMENEZ DE ASUA, LUIS, Tratado , Tomo III, No. 1170

guen esta doctrina) no se ejecutan cuando el hipnotizado opone resistencia, la abolición de la libertad moral no es absoluta, pues el que se halla en sonambulismo hipnótico puede examinar el valor y gravedad del acto sugerido." El mismo autor cita el texto demostrativo de Brouardel : "Se puede someter a un sonámbulo a sugestiones agradables o indiferentes, pero si las sugestiones pugnan con sus afecciones personales, o con sus sentimientos naturales, opone una resistencia casi invencible. Hay allí un elemento más allá del cual no va el poder del hipnotizador, y esto es muy importante desde el punto de vista médico-legal ." Para los que así piensan - dice JIMENEZ DE ASUA - no podrá proclamarse la irresponsabilidad del que delinque hipnotizado, ni decirse que hay falta de acción. Participan de esta opinión : Peixoto y el Dr. Remolino.

3) Escuela Intermedia

Esta escuela, llamada también "ecléctica" por PAVON, es como su nombre mismo lo indica "una opinión intermedia que se halla definida por los que creen que, en ciertos casos, los hipnotizados presentan una resistencia real a las impulsiones sugeridas ;pero que, otras veces y bajo ciertas condiciones, la sugestión es irresistible y se cumple automáticamente, lo cual ocurre en los degenerados o en los predispuestos al delito. Los doctores Voisin y Berillón, mantuvieron este criterio en el Congreso de Bruselas de 1892."

PAVON expresa que de acuerdo con los partidarios de "la Escuela ecléctica o intermedia, los sujetos en estado hipnótico pueden ordinariamente resistirse a ejecutar lo ordenado, pero en ocasiones no, obrando en esta última situación por automatismo, fenómeno dado solamente en individuos de notoria debilidad mental y proclives al delito."

Dice CUELLO CALON (1) que "una opinión intermedia sostiene que aun cuando no esté probada la ejecución de verdaderos delitos por medio del hipnotismo teóricamente no es imposible su ejecución, bastaría que el hipnotizador se dirigiera a un sujeto fácilmente hipnotizable y desprovisto de sentido moral."

Refiere el maestro JIMENEZ DE ASUA que "en el XIII Congreso de Medicina, habido en París en agosto de 1900 , se sostuvo que la sugestión hipnótica de un delito es posible siempre que se trate de un hecho insignificante, como un hurto pequeño, un engaño, etc. o de un delito de laboratorio, o cuando el sujeto ha sido adormecido varias veces, y cuya sugestionabilidad haya sido cultivada."

"Por el contrario, tratándose de un delito de gravedad, el hipnotizado resiste, pues se establece un brusco contraste entre la naturaleza moral del sujeto y el acto sugerido, y este choque psíquico determina un despertar parcial de la persona.

(1) CUELLO CALON, EUGENIO, Derecho Penal, Tomo I, pág. 456.

lidad y una suerte de fenómeno de detención y corrientes inhibitorias , todo lo cual produce la resistencia del hipnotizado, que de una manera directa o indirecta se niega a obedecer. De lo dicho en este Congreso, parece deducirse que la sugestión de verdaderos delitos por el hipnotismo no está probada, aunque teóricamente no es imposible, pues basta que el hipnotizador se dirija a un sujeto fácilmente hipnotizable , desprovisto de sentido moral , para que la resistencia no se produzca." Esta exposición de JIMENEZ DE ASUA es un todo coincidente con la de CUELLO CALON, copiada por nosotros en párrafos anteriores.

Estamos de acuerdo con CUELLO CALON (1) cuando dice :
"Pero sea más o menos posible la perpetración de delitos por medio de sugestión, el problema existe, como declara Alimena, es urgente resolverlo. En el caso de que estas sugerencias sean realmente posibles, y esta es una cuestión que no ha de resolver el derecho penal, sino otras ciencias, la solución sería considerar al sugestionador responsable de los actos ejecutados por el sugestionado, pero sí éste, para encontrar fuerzas con que cometer el delito o para buscar una eximente, se somete voluntariamente a prácticas hipnóticas durante las que se le sugestiona la comisión de hecho punible, será también responsable, su situación sería idéntica a la del que se

(1) CUELLO CALON, EUGENIO, Derecho Penal, Tomo I, pág. 457

embriaga con ánimo de delinquir."

Pero aun en ese caso, nosotros pensamos que el hipnotizado si bien es responsable del hecho cometido en las circunstancias dichas, su situación es equiparable a la del cómplice. Ello porque aun cuando se somete voluntariamente a prácticas hipnóticas, sólo siéndole sugerido el delito por el hipnotizador, que puede o no hacerlo, cometerá el hecho punible en tales circunstancias.

Manifiesta JIMENEZ DE ASUA que "esta posición intermedia, reservada más que prudente, impera hoy."

Ya sea que nos pronuniemos por la teoría de la Escuela de Nancy o por la Escuela Intermedia, es obvio que los penalistas y nosotros los aficionados debemos preocuparnos por que nuestro Código Penal regule la situación del que delinque en estado de sugestión hipnótica.

Vemos con agrado que los autores del Proyecto de Código Penal patrio de 1959, se hayan ocupado de esta cuestión y propongan la siguiente regulación :

"Art. 20 No es responsable de su conducta antijurídica, por ausencia de voluntad:

2o. El que actúa en estado hipnótico, no buscado de propósito para delinquir."

El Código de Defensa Social de Cuba, en el Art. 35 dispone que "son inimputables : F) El que obra impulsado por una fuerza material exterior irresistible o mediante sugestión

patológica o fuerza psíquica igualmente irresistible.

También el Código Penal de Colombia la regula en el Art. 23 cuando dice : "No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete.

1o. Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica , siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo."

El Código Penal de Colombia, como se puede apreciar , regula la sugestión hipnótica o patológica, en el Art. 23 en los mismos términos que emplean los autores del Proyecto de Código Penal Salvadoreño, lo que nos hace pensar que de ese cuerpo de leyes fue tomada por ellos. Nos robustece en esta creencia el hecho de que la misma Comisión admite haber tenido a la vista la legislación de Colombia, entre otras muchas, para el desarrollo de su labor.

Al final de nuestro trabajo propondremos la redacción de la disposición legal que debe regular todos los casos de ausencia de conducta, entre los cuales se encuentra el que hoy estudiamos.

C A P I T U L O I X

LA INCONCIENCIA

Entre los motivos de irresponsabilidad penal por ausencia de conducta, se encuentra la llamada por varios autores inconsciencia, a la que dedicamos este capítulo, que es penúltimo de nuestro trabajo.

En este punto nos apartamos de la doctrina tradicional y dominante, seguida por LUIS CARLOS PEREZ; JUAN P. RAMOS; LUIS JIMENEZ DE ASUA, en La Ley y El Delito; entre los penalistas y NERIO ROJAS; SAMUEL GAJARDO y el guatemalteco CARLOS FEDERICO MORA, en parte, entre los médicos legistas.

Este selecto grupo de autores sostiene, en términos generales que el término que pudiera comprender situaciones ajenas a las patológicas con la excepción de ROJAS que habla de inconsciencia patológica, es el de inconsciencia. En ella comprenden, unos mas, otros menos, las situaciones siguientes: el sueño, el dolor, la embriaguez, la epilepsia, la emoción patológica, el trastorno mental transitorio, la narcosis, la pasión violentísima, etc.

Esa posición, ciertamente no es equivocada, pero tampoco satisface, debido a que el rigor metódico y científico se pierde al tratar de abarcar situaciones dispares dentro del concepto de inconsciencia.

No es simple excusa que digamos que podemos equivocarnos en nuestro empeño. Sabemos que la historia de las ciencias, y el Derecho Penal entre ellas, registran hechos elocuentes de errores de esta naturaleza. Autores de prestigio universal se han equivocado y algunos murieron antes de poder rectificar y otros pudieron hacerlo. Omito hacer mención concreta de los casos por tres razones : 1o. no son objeto del presente trabajo; 2o. la lista resultaría demasiado grande, y 3o. no hace falta.

La denominación genérica que nosotros utilizamos en lugar del de inconsciencia, para comprender todos esos estados es el de "irresponsabilidad penal por ausencia de conducta" del cual, la inconsciencia pasa a ser una especie, que en nuestra humilde opinión ya no comprende el sueño, el sonambulismo, la sugestión y la hipnosis, que consideramos escindidos del término inconsciencia , con un contenido propio que las distingue. A ello se debe precisamente que les hayamos dedicado capítulos separados en la presente Tesis.

Para nosotros los auténticos casos de inconsciencia serían los siguientes: Los actos reflejos, los actos instintivos, automáticos o habituales y la epilepsia, que siempre es de naturaleza patológica.

Coincidimos con la manera de pensar de DE MIGUEL PEREZ (1), cuando dice : "Se pretende (hacemos énfasis en este vo cablo) incluir en la inconsciencia el sueño, el sonambulismo, la sugestión hipnótica, la fiebre , el dolor y la embriaguez." Esta es una clara alusión a JIMENEZ DE ASUA.

Nosotros eliminamos "el dolor" y "la fiebre" (aunque se trate de una fiebre muy alta, como lo admite FONTAN) porque se trata en ambos casos de síntomas de variada etiología y por ese camino equivocado de considerarlos "inconsciencia" llegaríamos al absurdo de declarar irresponsables a un sin número de enfermos.

Tampoco admitimos que "la violentísima pasión" de que ha bla "el maestro de maestros" don LUIS JIMENEZ DE ASUA, puede caber en el término inconsciencia . La jurisprudencia española al respecto es elocuente. Esta rechaza el "ímpetu o arrebatado violento", los "impulsos de orden psíquico o psicológicos", etc. La jurisprudencia de México también excluye los "ímpetus o arrebatos pasionales", de las circunstancias excluyentes de responsabilidad.

La narcosis, la embriaguez y el trastorno mental transitorio, si bien pueden ser eximentes, el lugar para tratarlos es otro.

JUAN P. RAMOS (1), al ocuparse del "estado de inconsciencia" hace la crítica del Art. 34 inc. lo. del Código Penal argentino. Dice que la palabra inconsciencia que figura en la citada disposición legal, "no está definida, y por lo menos debió empleársela con el objetivo completa, por que no toda inconsciencia es causa de inimputabilidad" (de irresponsabilidad, decimos nosotros).

GAJARDO sostiene que los hábitos y los actos instintivos son capaces de mover la conducta al margen de la conciencia. "Si bien es verdad irrefragable - dice JIMENEZ HUERTA- que el coeficiente psíquico de la conducta radica en la voluntad, no puede ésta ser entendida sólo en el estricto sentido de precisa y rectilínea voluntad - acto concreto de voluntad, impulso voluntario, voluntad de causación-, pues, quedarían fuera del concepto todos aquellos actos que no son producidos por la clara noción de un fin, es decir, los actos automáticos, instintivos o habituales no obstante que frecuentemente constituyen la base de un delito."

Expresa JIMENEZ DE ASUA que " Los movimientos reflejos que se producen por excitaciones internas revisten indudablemente importancia; pero deben de istinguirse de los actos meramente impulsivos, en que la acción no puede ser negada."

91) RAMOS, JUAN P. Ob. cit. pág. 270.

De acuerdo con JIMENEZ DE ASUA, (1) no existe señorío alguno de la voluntad en el suceder externo oriundo de movimientos reflejos. Así por ejemplo, si en un ataque de vómito se ensucia una tela preciosa o se destroza un objeto, no se comete el delito de daños.

MEZGER opina que "requieren una especial consideración, dentro del derecho penal, aquellos casos de sucesos corporales, en los cuales falta un acto de voluntad jurídicamente relevante y, por lo tanto, desde un principio, una acción punible." Y coloca en primer lugar los llamados movimientos reflejos.

Expresa NOVOA MONREAL (2), que "si el movimiento corporal obedece a un impulso nervioso de aquellos que se denominan actos reflejos, ... no hay conducta." Nosotros participamos de esa opinión del profesor Chileno.

Sostiene FONTAN (3), que "los movimientos reflejos no son expresión del psiquismo del sujeto, y por ello, resulta in-- cuestionable la falta de acción."

Consideramos un imperdonable atrevimiento de nuestra parte, ocuparnos de la epilepsia, por ello lo hacemos limitándonos a copiar a ROJAS Y a MORA, dice el primero que el interés

(1) JIMENEZ HUERTA, MARIANO, Ob. cit. pág. 14

(2) NOVOA MONREAL, EDUARDO, Ob. cit. pág. 269

(3) FONTAN BALESTRA, CARLOS, Tratado, Tomo I, pág. 447.

de esta enfermedad en materia penal es grande, aunque, la frecuencia de sus delitos no sea tan grande como suele creerse.

Para MORA (1), la epilepsia es una enfermedad que se caracteriza por ataques convulsivos periódicos y trastornos mentales de diversas clases. Cuando decimos "enfermedad"- aclara MORA- no empleamos el término correcto, pues la epilepsia es, en realidad, un síndrome.

ROJAS por su parte dice que la epilepsia tiene una etiología muy variable, lo que ha hecho que se la considere como un síndrome y no como una entidad morbosa.

La epilepsia presenta, al decir de MORA, dos clases de síntomas diferentes: los convulsivos o ataques epilépticos propiamente dichos, y los psicopatológicos en los que no hay convulsiones ni otras señales de ataque, sino pérdida de la conciencia y conservación de la aptitud para realizar actos, a veces muy complicados y, con alguna frecuencia, entregarse a una conducta agresiva.

De acuerdo con NERIO ROJAS la delincuencia epiléptica tiene como signo característico la impulsividad con o sin conciencia y es sabido que en eso se basó Lombroso para asimilar la criminalidad nata a dicha enfermedad.

(1) MORA, CARLOS FEDERICO, Medicina Forense, 3a, Ed. Tomo II, Guatemala, 1958, pág. 289.

En esta afección se encuentran los casos más netos de amnesia temporarios totales, según Ribot. Sin embargo, dice ROJAS, a veces, aunque es raro, la memoria persiste en el primer momento, apareciendo la amnesia sólo después, fenómeno curioso llamado "amnesia retardada" (MAXWELL).

JUAN P. RAMOS ha sostenido que "el ataque o equivalente epiléptico" se halla comprendido en el término inconsciencia, que emplea el Art. 34 inc. 1o. del Código Penal Argentino. Este es el único caso que nosotros conocemos acerca de una ley penal que regule este estado, aunque como se ha dicho por JIMENEZ DE ASUA y DE MIGUEL PEREZ, también está regulado en Alemania.

C A P I T U L O X

C O N C L U S I O N E S

Nos declaramos partidarios de la teoría analítica del delito y consecuentes con la posición adoptada, hemos analizado el primer elemento del delito, la conducta, la cual consta de tres elementos a) manifestación de voluntad, b) resultado ,y c) Nexo o relación de causalidad.

Hemos sostenido que la omisión comprende únicamente dos categorías: a) la omisión simple u omisión propia y b) la omisión impropia o comisión por omisión.

También hemos afirmado siguiendo al maestro JIMENEZ DE ASUA, que el resultado puede ser material, síquico, o simplemente moral, siempre que sea relevante para el Derecho.

Analizamos la relación de causalidad y nos pronunciamos ahora por la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Al estudiar la ausencia de conducta, que para nosotros implica irresponsabilidad penal por ausencia de la misma, señalamos los casos en que dicha conducta falta. Son los siguientes: 1o. La fuerza física irresistible; 2o. Sueño y Sonambulismo ; 3o. La sugestión y la Hipnosis, y 4o. La inconsciencia.

Así podemos sintetizar las cuestiones en que hemos expuesto, en cierto modo, nuestro personal punto de vista. Aunque , como es preciso reconocerlo, no hayamos sido originales en ello.

Para terminar queremos plasmar nuestro pensamiento, no en meras conclusiones teóricas y para evitar esto, proponemos la redacción que, a nuestro juicio, debe adoptarse por el legislador, en materia de ausencia de conducta.

Art. Existe irresponsabilidad penal por ausencia de conducta , siempre que :

- 1o.- El comportamiento obedezca a una fuerza física irresistible a la que no sea posible sustraerse;
- 2o.- El hecho se produzca en los estados de sueño normal o de sonambulismo;
- 3o.- El comportamiento sea obtenido mediante sugestión o hipnosis;
- 4o.- Concurra cualquier otro estado de inconsciencia completa.

Así ponemos punto final a nuestro trabajo.

B I B L I O G R A F I A

- ANTOLISEI, FRANCESCO - Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial UTEA, Buenos Aires, 1960.
- AFTALION, ENRIQUE R - La Escuela Penal Técnico-Jurídica y Otros Estudios Penales, Valerio Abeledo - Editor, Buenos Aires, 1952.
- ARTEAGA PEREIRA, ALFONSO - Hipnotismo , Magnetismo y Sugestión, Editorial Divulgación, México, 1955.
- BETTIOL, GIUSEPPE - Derecho Penal, Parte General, Editorial TEMIS, Bogotá, 1965.
- BUSTOS RAMIREZ, JUAN - Culpa y Finalidad, Editorial Jurídica de Chile, 1967.
- CAMARGO HERNANDEZ, CESAR - Introducción al Estudio del Derecho Penal, BOSCH - Casa Editorial, Barcelona, 1964.
- CARNELUTTI, FRANCESCO - Teoría General del Delito- Trad. de Victor Conde, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL - Derecho Penal Mexicano, Tomo I , 5a. Ed. Antigua Librería Robredo , México, 1958
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL - Las Causas que Excluyen la Incrimnación, México, 1944.
- CASTELLANOS, FERNANDO - Síntesis de Derecho Penal en Panorama del Derecho Mexicano, Tomo I, UNAM, México, 1965.
- CONCHA, JOSE VICENTE - Tratado de Derecho Penal, 7a. Ed. Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas, Paris, s/f.
- CORDOBA RODA, JUAN - Una nueva concepción del delito, La doctrina finalista , Ediciones Ariel, Barcelona, 1963
- CORDOVA, ENRIQUE,- Estudios Penales, Primera Parte, Publicaciones de la A.E.D. San Salvador, 1962.
- CUELLO CALON, EUGENIO - Derecho Penal, Tomo I, 9a. Ed. Editora Nacional, México, 1961.
- CUELLO CALON, EUGENIO - Manual de Derecho Penal Español, Parte General, BOSCH - Casa Editorial, Barcelona, 1945.
- DE MIGUEL PEREZ, ISIDRO - Derecho Penal , Principios Generales, Imprenta Universitaria, Caracas, 1963

DE MIGUEL GARGILOPEZ, ADOLFO - Derecho Penal, Parte General, la. Ed. Editorial REUS, Madrid, 1940

DEL RIO C., J, RAIMUNDO - Explicaciones de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1945.

FONTAN BALESTRA, CARLOS - Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ediciones GLEM S.A., Buenos Aires, 1966.

FONTAN BALESTRA, CARLOS - El Elemento Subjetivo del Delito, Roque DEPALMA Editor, Buenos Aires, 1957.

FRANCO Y GUZMAN, RICARDO - Delito e Injusto, México, 1950.

GAJARDO C., SAMUEL - Manual de Medicina Legal, Editorial Jurídica de Chile, 1948

GINDES, BERNARD C. - Nuevos Conceptos sobre Hipnotismo , Ed. Psyque, Buenos Aires, 1965.

GUTIERREZ GOMEZ, JORGE - Comentarios al Código Penal Colombiano, Bogotá, 1940.

GOLDSCHMIDT, JAMES - La Concepción Normativa de la Culpabilidad, Editorial DEPALMA, Buenos Aires, 1943.

GOLDSCHMIDT, JAMES - Metodología Jurídico Penal- Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 166 No. 1, Enero de 1935

JIMENEZ DE ASIA, LUIS - La Ley y El Delito - 5a. Ed. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1967.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS - Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 2a. Ed. Editorial Losada S.A. , Buenos Aires, 1958.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO - Panorama del Delito, Imprenta Universitaria, México, 1950.

LABATUT GLENA, GUSTAVO - Derecho Penal, Tomo I, 3a. Ed. Editorial Jurídica de Chile, 1958.

LUZON DOMINGO, MANUEL - Derecho Penal del Tribunal Supremo, Tomo I, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1964.

MAGGIORE, GIUSEPPE - Derecho Penal, Vol. I, Editorial TEMIS, Bogotá, 1954.

MANZINI, VINCENZO - Tratado de Derecho Penal Tomo 2, Vol. II, Trad. de Santiago Sentis Melendo. EDIAR S.A. Editores, Buenos Aires, 1948.

- MAURACH, REINHART - Tratado de Derecho Penal, Trad. de Juan Cor
doba Roda, Ediciones ARIEL, 1962.
- MERKEL, ADOLFO - Derecho Penal -Tomo I, Trad. de P. Dorado. La
España Moderna, Madrid , s/f/
- MEZGER, EDMUND - Derecho Penal, Parte General, Trad. de la 6a.
Ed. Alemana por Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argen-
tina, 1958
- MEZGER, EDMUND - Tratado de Derecho Penal, Trad. de la 2a. Ed.
Alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz, Tomo I, Editorial Revis
ta de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- MORA, CARLOS FEDERICO - Medicina Forence, 3a. Ed. Tomo II, Gua-
temala, 1958
- NOVOA MONREAL, EDUARDO - Curso de Derecho Penal Chileno, Libro
I, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1960.
- NUÑEZ, RICARDO C.- Derecho Penal Argentino, Tomo I, Editorial
Bibliográfica Argentina , Buenos Aires, 1959.
- ONECA, JOSE ANTON - Derecho Penal, Editorial REUS, Madrid, 1929.
- ORTIZ MUÑOZ, PEDRO - Nociones Generales de Derecho Penal, Edito-
rial Nacimiento, Santiago , 1933
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO - Manual de Derecho Penal Mexicano,
Parte General, 2a. Ed. Editorial Porrúa S. A. México, 1967.
- PEREZ, LUIS CARLOS - Manual de Derecho Penal, Editorial TEMIS,
Bogotá, 1962.
- PESSINA, ENRIQUE - Elementos de Derecho Penal, Trad. de Hilarión
González del Castillo, 4a. Ed. Editorial REUS, Madrid, 1936.
- PORTE PETIT, CELESTINO - Legislación Penal Mexicana Comparada ,
Parte General, Jalapa, 1946
- PUIG PEÑA, FEDERICO - Derecho Penal, Tomo II, 4a. Ed. Editorial
Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO - Compendio de Derecho Penal, Vol.I,
Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958
- QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO - Comentarios al Código Penal, Vol.I,
Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.
- QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO - Tratado de la Parte Especial del De
recho Penal, Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962.

QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO - Curso de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

RAMOS, JUAN P. - Curso de Derecho Penal, 2a. Ed. Tomo II, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1938.

RODRIGUEZ NAVARRO, MANUEL - Doctrina Penal del Tribunal Supremo, Tomo I, 2a. Ed. Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid, 1959

ROJAS, NERIO - Medicina Legal, 7a. Ed. Librería "EL ATENEO" Editorial, Buenos Aires, 1951.

SAUER, GUILLERMO - Derecho Penal, Parte General, Trad. de Juan del Rosal, BOSCH - Casa Editorial, Barcelona, 1956.

SOLER, SEBASTIAN - Derecho Penal Argentino, Tomo I, Tipográfica Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1966.

VIADA Y VILASECA, SALVADOR - Código Penal de 1870, Concordado, Comentado, 5a. Ed. Tomo I, Editorial REUS, Madrid, 1926.

VILLALOBOS, IGNACIO - Derecho Penal Mexicano, Parte General, 2a. Ed. Editorial PORRUA S.A. México, 1960.

VILLALOBOS IGNACIO - Dinámica del Delito -Editorial JUS, México, 1955.

VON LISZT, FRANZ - Tratado de Derecho Penal, Trad. de la 20a. Ed. Alemana de Luis Jiménez de Asúa, Tomo II, Editorial REUS, Madrid, 1927.

WELZEL, HANS - El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Versión Castellana de José Cerezo Mir, Ediciones ARIEL, Barcelona, 1964.

C O D I G O S P E N A L E S

CODIGO PENAL DE COSTA RICA - Edición preparada por Atilio Vincenzi, Editado por Librería Las Américas, 1957.

CODIGO PENAL DE COLOMBIA - Con notas y concordancias de Jorge Ortega Torres, 9a. Ed. Editorial TEMIS, Bogotá, 1958.

CODIGO PENAL DE CHILE -(1875)- Edición Oficial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1959.

CODIGO PENAL DE ESPAÑA (1963) - Jurisprudencia, concordancias y comentarios de Juan del Rosal, M. Cobo. G.R. Mourullo y B. F. Castro, Madrid, 1964.

CODIGO PENAL DE HONDURAS (1906) - Talleres Tipo-Litográficos, "Ariston" Tegucigalpa, 1949.

CODIGOS PENALES IBEROAMERICANOS - Estudio de Legislación comparada por Luis Jiménez de Asúa, Vol. I Editorial "Andrés Bello" Caracas, 1946.

CODIGO PENAL DE ITALIA - En Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal - Editorial TEMIS, Bogotá, 1956 Vol. 5.

CODIGO PENAL DE MEXICO (1931) - 2a. Ed. Editorial Porrúa S. A., México, 1957.

CODIGO PENAL DE PANAMA - Imprenta A. Lehmann, San José, Costa Rica, 1967 .

CODIGO PENAL DE URUGUAY (1889) - Anotado y Concordado por Eduardo Jiménez de Aréchaga, 5a. Ed. Casa A. Barreiro y Ramos, Montevideo, 1926.

CODIGO PENAL DE EL SALVADOR, de 1904, REFORMADO - En Constitución y Códigos de la República. Ediciones de 1947 y 1967.

P R O Y E C T O S D E C O D I G O P E N A L

PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL SALVADOR - Con Exposición de Motivos, preparado por Mariano Ruiz Funes, en Revista Judicial, Tomo LVIII, Enero-Diciembre de 1953.

PROYECTO DE CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR (1959)- Elaborado por los doctores José María Méndez, Manuel Arrieta Gállegos, Enrique Córdoba, Manuel Castro Ramírez h, y Julio Fausto Fernández.

PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA LA ARGENTINA - Con Exposición de Motivos, elaborado por José Peco.

PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA - Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

PROYECTO DE CODIGO PENAL DE FERRI (1921) - Citado por Jorge Gutiérrez Gómez.

R E V I S T A S

CRIMINALIA, AÑO XXVII, No. 6, Junio 1961, contiene la Interpretación Dogmática de la Definición del Delito del Dr. Raúl Carrancá y Trujillo.

LA UNIVERSIDAD. Trae, El cuerpo del Delito del Dr. José María Méndez, monografía premiada en 1938, por la Universidad de El Salvador.

REVISTA DE DERECHO No. 1, Imprenta Universitaria. Contiene la Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño del Dr. José Enrique Silva.

REVISTA JUDICIAL, TOMO LXIX, Enero a Diciembre -1964, Imprenta Nacional, San Salvador, 1966.

REVISTA JUDICIAL, TOMO LXXIV, Enero a Diciembre - 1969, Imprenta Nacional, San Salvador

REVISTA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, AÑO III, No. 5, Enero a Diciembre de 1954, Imprenta Nacional, San Salvador.

INDICE

Página

CAPITULO I	Generalidades: a) Concepción unitaria y analítica del delito; b) elementos del delito; c) Problema terminológico; d) Concepto de acto o conducta; e) Elementos de la conducta o acto.....	1	a	12
CAPITULO II	Aspectos del Acto. La acción. concepto. La omisión: a) Concepto. Elementos. b) Clases de omisión; doctrina de la acción finalista.....	13	a	26
CAPITULO III	El Resultado: Concepto. La relación de causalidad. Concepto. Diversas teorías sobre la relación de causalidad.....	27	a	39
CAPITULO IV	El acto, el resultado y la relación de causalidad en el Derecho Penal Salvadoreño. Jurisprudencia.....	40	a	47
CAPITULO V	Ausencia de Conducta. a) Generalidades; b) Casos de ausencia de conducta.....	48	a	52
CAPITULO VI	La fuerza física irresistible: a) Generalidades; b) origen; c) naturaleza; d) vis absoluta y vis compulsiva; e) ubicación de la fuerza irresistible; f) utilidad; g) La fuerza física irresistible en la legislación penal; h) Requisitos de la fuerza física irresistible. Jurisprudencia; i) La fuerza física y el caso fortuito; j) La fuerza física como atenuante.....	53	a	69
CAPITULO VII	El sueño y el sonambulismo: a) El sonambulismo. c) Problemas de responsabilidad del sonámbulo; d) La embriaguez del sueño; e) El sueño y el sonambulismo en la legislación penal. Jurisprudencia.....	70	a	86

CAPITULO VIII	La Sugestión y la Hipnosis: a) Generalidades; b) Concepto de hipnotismo; c) Clases de hipnotismo; d) Medios de producir el hipnotismo; e) Naturaleza y amplitud del fenómeno; f) - Opiniones sobre posible producción de actos de - lictivos: 1) Escuela de Nancy; 2) Escuela de - París; 3) Escuela Intermedia.....	87	a	99
CAPITULO IX	La Inconsciencia; Los actos reflejos, Los actos instintivos, automáticos o habituales y la epi lepsia.....	100	a	106
CAPITULO X	Conclusiones.....	107	a	108
BIBLIOGRAFIA.....		109	a	114