

UNIVERSIDAD DE BELGRANO - ESCUELA DE POSGRADO

TESINA DE LA ESPECIALIZACION DE DERECHO PENAL

DELITOS DE COMISION POR OMISION: EL ROL DEL GARANTE
– SU RESPONSABILIDAD

Por Juan Carlos Belagardi

(1324-00719/6

MAIL: jbelagardi@mpd.gov.ar)

SUMARIO:

1. INTRODUCCION.- 2. SINTESIS SOBRE ACCION Y OMISION DESDE LA TEORIA DEL DELITO. 3. CONCEPTO DE AUTOR. 4.- CONCEPTO DE GARANTE. 5.- DOLO Y CULPA. 6.- RESPONSABILIDAD DEL GARANTE. 7.- DEBE DISMINUIRSE LA PENA EN ESTOS CASOS? . 8.- SINTESIS.-

1.- INTRODUCCIÓN:

En el presente trabajo final de la Especialización en Derecho Penal, trataremos de abordar algunos aspectos acerca de quienes se consideran ubicados en posición de “garante” en los llamados delitos de comisión por omisión o bien de omisión impropia, tratando de profundizar sobre el rol de este actor en el proceso penal enfocando en especial la responsabilidad en los supuestos fácticos mencionados.

Se trata de abarcar algunos aspectos sobre la responsabilidad que le cabe al sujeto ante distintos supuestos que pueden serle atribuibles por omitir actuar en distintas circunstancias cuando está obligado a ello.

Nos surge como primera cuestión para dar base a nuestro trabajo, pensar y repensar en el problema central que se nos presenta y tratar de desentrañar los motivos por los cuales en primer lugar a un “no hacer” se le puede atribuir un reproche legal, como este “no hacer” puede “causar” un resultado determinado y en su caso cuantificar la responsabilidad sobre el hecho del “garante” y –en caso de corresponder- cual debe ser la pena.

Haremos una relación de lo que es la acción, con sus modalidades, con una visión desde la teoría del delito, para luego adentrarnos sintéticamente a los delitos de omisión y los de comisión por omisión y enfocar nuestro esfuerzo en intentar efectuar algunas consideraciones sobre la atribuibilidad de índole penal que le puede caber al sujeto.

2.- SINTESIS SOBRE ACCION Y OMISION DESDE LA TEORIA DEL DELITO:

Para ingresar en este tema y para una mayor claridad expositiva debemos presentar algunas definiciones necesarias para llegar desde el género a la especie, fin ultimo del presente trabajo.

Se le atribuye a Hegel la formulación del primer concepto jurídico-penal de acción. Por otra parte, han sido y son numerosas las denominaciones para referirse a este elemento del delito, Mayer empleó la palabra “acontecimiento”, otros autores hablan de “conducta” (Antolisei, Zaffaroni); algunos emplean el vocablo “hecho” (Mezguer, Von Liszt), “hecho punible” (Maurach) o “hecho legal” (Nuñez); Jiménez de Asúa habla de “acto”, Mir Puig parece inclinarse por la voz “comportamiento”; pero la mayoría mantuvo el nombre “acción” (Jescheck, Welzel, Baumann, Roxin, entre nosotros Soler, Fontán Balestra, Terán Lomas)¹.

POSTURAS EN TORNO A LA ACCION (principales concepciones teóricas):

Concepción Causal de la acción: Inspirada en la mentalidad naturalista, esta concepción tradicional concibe la acción como una causación o no evitación voluntaria de un cambio material operado en el mundo exterior que además es perceptible por los sentidos. Esta teoría proviene del positivismo jurídico profesado por la llamada Escuela Clásica Alemana de Derecho Penal (Von Liszt, Beling). Entienden por acción un

¹ Lascano, Carlos - Derecho Penal – Parte General – . Córdoba, Ed. Advocatus, pág. 241..

Frías Caballero, Jorge (1993) , Teoría del Delito. Buenos Aires, Hammnurbi, págs 195/197.

comportamiento corporal voluntario consistente en un hacer o en un no hacer u omisión, que obviamente causen un resultado.

Concepción Finalista de la Acción: Elaborada por Welzel, esta concepción afirma que la voluntad humana sin contenido no es voluntad, la finalidad es el eje de la acción humana. Para el finalismo la esencia de la acción humana no reside en una causalidad ciega que prescinde del contenido de la voluntad, sino en la finalidad que constituye ese contenido.

Welzel afirma que *“el hombre gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos, y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de esos fines”*. Entonces la *“...actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin”*².

Conforme a este concepto, la acción abarca dos etapas, una primera que transcurre en la esfera del pensamiento (estructura de la acción en su aspecto subjetivo) y comprende la proposición del fin por el autor, es decir se fija la meta u objetivo que va a perseguir y los medios de los cuales se valdrá para su realización. Luego viene una segunda etapa de realización externa en donde el autor pone en movimiento los medios que oportunamente ha escogido en dirección a la producción del resultado. Conforme a esto *“el finalismo traslada el dolo y la culpa desde la culpabilidad a la acción y los agrega al elemento subjetivo del tipo, al que se considera un tipo de acción, un tipo “final”*”³.

Esquemas funcionalistas: Se desarrollan a partir de los años 70 del siglo pasado y a través del funcionalismo se busca abrir el derecho penal a los criterios de valoración que proporciona la política criminal.

Por la importancia que han adquirido en nuestros días y la influencia en nuestro aprendizaje debemos contemplar aunque sea someramente la postura de autores que por su actualidad no podemos soslayar.

Funcionalismo moderado (Roxin): *“Concepto Personal de Acción”*⁴. El profesor alemán elabora un concepto normativo indicando que sólo pueden ser consideradas acciones las conductas exteriores del sujeto descartándose las causas que como los pensamientos transcurren en la íntima de la persona, se excluyen todas aquellas consecuencias que no están gobernados por “la instancia conductora anímico-espiritual del ser

² WELZEL, Hans, Derecho Penal alemán. Parte General, Ed. Jurídicas de Chile, Santiago, 1970, p. 53.

³ LASCANO, Carlos, ob cit., pág. 244.

⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal – Parte General*. Trad. Por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Cívitas, Madrid, 1997, I, pp. 252 a 266.

humano" (ej.: efectos provocados por la fuerza física irresistible, en un delirio, etc.). Este concepto de acción abarca tanto las acciones ya sean estas dolosas o imprudentes como así también las omisiones.

A su vez el profesor Carlos Lascano indica que *"la acción es el sustantivo que se va dotando de predicados valorativos cada vez más ricos en contenido como acción típica, antijurídica, culpable y punible"*⁵.

Funcionalismo radical o sociológico (Jakobs)⁶: Aquí Jakobs enseña que la acción debe concebirse como *"expresión de sentido"*, se trata de *"la causación individualmente evitable, esto es dolosa o individualmente imprudente de determinadas consecuencias, que no se producirían si concurriese una motivación dominante dirigida a evitarlas"*⁷.

Concepto social de Acción: Si bien dentro de esta corriente se formularon varios conceptos, los mismos terminaron adoptando una similar denominación y esta corriente tiene como impronta propia la relevancia social que el hacer o el omitir humanos producen con su obrar. Intenta dar una explicación de las distintas formas del comportamiento humano relevantes para el derecho penal. Jescheck, uno de los exponentes más destacados de esta corriente opina que la "acción es toda conducta humana socialmente relevante" y que esta conducta socialmente relevante puede consistir en: a) en el ejercicio de una actividad finalista, b) en la causación de consecuencias dominables por el autor, y c) en una inactividad frente a una determinada expectativa de acción⁸. Es decir que se intenta elaborar un concepto de acción que trata de articular la causalidad, la finalidad y lo que sería la acción jurídicamente esperada (omisión).

Esto nos lleva a observar que como primer pensamiento, observamos que en nuestra legislación penal positiva existe una ausencia de previsión para casos de omisión en el actuar del sujeto, es decir que las distintas situaciones que podrían atribuirse a un individuo determinado no han sido legisladas.

Eso nos lleva a una primer reflexión centrada en la constitucionalidad en la represión de los tipos omisivos no escritos, la respuesta a esta inquietud nos inclina a la negativa. En efecto ante una situación no tipificada los jueces tienen vedada la creación de una

⁵ LASCANO, ob. Cit. Pág. 245.

⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. Por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp 156 a 182.

⁷ LASCANO, OB. CIT. , PÁG. 246.

⁸ LASCANO, ob. Cit. P'g. 251.

norma que castigue mediante la aplicación de una construcción de un tipo cualquiera que sea. En ese caso el juez se estaría irrogando facultades legislativas, las que por nuestro sistema republicano de gobierno les están absolutamente vedadas.

Entonces estos tipos impropios de omisión que no se encuentran escritos serían tipos abiertos como se da en los casos de los delitos culposos, para tener que llegar en definitiva a apelar a criterios que se han seguido en los distintos códigos, los cuales han abrevado del código alemán⁹ (lo siguieron el código austríaco (art. 2º)¹⁰, español.¹¹, italiano¹², portugués¹³, brasileiro¹⁴, peruano¹⁵, colombiano¹⁶, paraguayo¹⁷, el de El Salvador¹⁸,

⁹ Art. 13 STGB. *Comisión por omisión*: "(1) El que omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, será punible según esta ley sólo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización del tipo legal por un hacer. (2) La pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el art. 49, párr. 1."

¹⁰ Parágrafo 2 del ÖStGB "Cuando la ley castigue la producción de un determinado resultado, será también punible quien omita evitarlo a pesar de estar obligado a ello en virtud de un especial deber que le impone el sistema legal vigente y siempre que la omisión de evitar dicho resultado sea equivalente a la realización de los elementos de un hecho comisivo penado por la ley."

¹¹ Art. 11: "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto, se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una especial obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción o una omisión precedente".

¹² Art. 40 cpv.: "No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de impedir equivale a causarlo".

¹³ Art. 10: "Comisión por acción y por omisión: "1. Cuando un tipo legal de delito comprenda cierto resultado, el hecho abarca no sólo la acción adecuada para producirlo sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo que otra fuera la intención de la ley. 2. La comisión por omisión de un resultado sólo es punible cuando recaiga sobre el omitente un deber jurídico que le obligue personalmente a evitar un resultado. 3. En el caso del número anterior la pena podrá ser atenuada de modo especial".

¹⁴ Art. 13.- "El resultado del que depende la existencia del delito, solamente es imputable a quien le dé causa. Se considera la causa la acción u omisión sin la cual el resultado no se hubiera producido. 1.- Si sobreviene una causa relativamente independiente se excluye la imputación cuando, por sí sola, produjo el resultado; los hechos anteriores, sin embargo, se imputan a quien los practicó. 2.- Una omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien: a) tenga por ley deber de cuidado, protección o vigilancia; b) de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado; c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de producción del resultado."

¹⁵ Art. 13. *Omisión impropia*: "El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada".

¹⁶ Art. 25: *Acción y omisión*. "La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la Ley. Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1.- Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2.- Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. 3.- Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4.- Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3, y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales".

¹⁷ Art. 15: *Omisión de evitar un resultado*: "Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando: 1. exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado; y 2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte generalmente, tan grave como la producción activa del resultado".

ecuatoriano¹⁹, entre otros) –reiteramos que no hay normas específicas en el ordenamiento penal argentino de fondo-.

El interrogante acerca de si la omisión es algo real o si se trata de una idea generada por la norma, ha recibido respuestas dispares. La falta de coincidencia es inevitable pues en el fondo todo depende de la postura filosófica del intérprete.

Entonces como atribuir una acción, típica, antijurídica y culpable, siendo estas las preguntas a las cuales se les debe dar una respuesta constitucional y obviamente legal.

DELITOS DE OMISION (OMISION PROPIA)

Nuñez afirma que *“...La ley prohibitiva que tiene por objeto una conducta positiva puede, también, ser violada por el agente, no haciendo lo que, con arreglo a una norma jurídicamente obligatoria debe hacer en el caso, esto es, mediante una omisión jurídica. El delito, consistente en un efecto...se logra...mediante una inactividad...Los delitos que se ejecutan de esta manera se denominan...delitos de comisión, porque, el autor, consuma el delito, no por el camino del actuar positivo, sino absteniéndose de hacer lo que se esperaba que hiciera”*²⁰.

En lo que respecta a la tipicidad en el caso de una conducta omitiva se debe dar la situación de que se genere un deber de actuar y que quien se encuentra obligado a actuar de determinada manera haya omitido o no haya cumplido con esa imposición teniendo capacidad para haberlo hecho. De verificarse esta circunstancia se da el primer paso para comprobar la tipicidad de una omisión, aquí ya estamos vislumbrando la figura del garante.

En segundo lugar si comparamos la actuación del sujeto con la acción que le era obligada y estas no coinciden, se habrá cumplido con otro requisito del tipo de los delitos de omisión.

¹⁸ Art. 22. El que omite impedir un resultado que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiera producido. El deber de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; o quien con su comportamiento precedente creó el riesgo; y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado".

¹⁹ Art. 12. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

²⁰ NUÑEZ, Ricardo, (1959), *Derecho Penal Argentino –Parte General*. Buenos Aires Bibliográfica Argentina, tomo I, pág. 236.

Finalmente y a modo de un tercer requisito debemos considerar si el omitente carece de la capacidad de realizar la acción. Si carece de la misma, la acción no será típica.

DELITOS DE COMISION POR OMISION (OMISION IMPROPIA)

Los delitos impropios de omisión son las infracciones de impedir el resultado de un delito de comisión, que no se hallan expresamente tipificados en la ley penal²¹ y se estructuran sobre la base de un deber de impedir la producción de un resultado y, en principio, pueden como hemos dicho, no estar descriptos expresamente, como ocurre en el caso del Código Penal Argentino²².

Se infiere de lo dicho que solamente podrán ser autores de este tipo de delitos personas que se encuentren en una posición muy particular y en una estrecha situación con respecto al bien jurídico lesionado. La persona que se encuentra en esa posición se denomina “*garante*”. Esta posición de garante es, en consecuencia un elemento de la autoría.

Para que exista imputación tiene que darse las circunstancias del tipo objetivo y las del tipo subjetivo de que se trata.

Hasta aquí una para nada pretenciosa introducción al tema que nos ocupará y en principio no resulta para nada sencillo básicamente por la escasa doctrina existente y es el relativo a la “constitucionalidad” de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, ya nos hemos inclinado por la negativa.

Parte de la doctrina sostiene que la omisión es una de las dos formas en las que una persona se puede manifestar. No es simplemente una inacción sino es un *no hacer* habiendo podido actuar sin que ello hubiera podido acarrear perjuicio alguno.

Baumann apunta que la conducta humana no puede consistir únicamente en realizar un movimiento corporal, por ejemplo, levantar un brazo, sino también en no realizarlo: dejar el brazo caído. Quien quiera agregar otros elementos al concepto de acción, sigue Baumann, tropezará inmediatamente con dificultades insolubles y se verá obligado a abandonar el concepto general común a la acción y a la omisión. Entonces esa abstención, esa falta de acción de desplazamiento del sujeto cuando pudo haberlo hecho, queda

²¹ BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del Delito*, 3ra edición, Ed. Hammurabi, pág.205

²² BACIGALUPO, ob. Cit. pag. 201.

indefectiblemente a nuestro criterio ligada al entorno y adquiere el alcance de una especial proyección del sujeto en ese mundo.

Entonces nos preguntamos si la omisión es una idea que nace con la norma, y podemos entender que los conceptos de acción y de omisión que resulten necesarios para la construcción de una Teoría del delito dependen de que exista una norma legal donde se construya un tipo que fije que se entiende por un hacer y que por un no hacer, siempre y cuando tenga consecuencias para el mundo exterior.

En ese orden, la valoración jurídica alcanza no sólo a la conducta que tuvo manifestación en movimientos externamente apreciables, sino también a la que se concretó en forma de inactividad.

De esta manera si el sujeto es objeto de una fuerza física irresistible o bien de un estado de inconsciencia, no hubiera podido llevar a cabo la conducta de la forma en que la norma exige ya se trate de un hacer o de un no hacer, no se cumple de entrada el primer escalón de la teoría del delito, presupuesto jurídico necesario para ingresar al examen de las notas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

A sea que se trata de delitos que, por lo general, no se hallan tipificados como de comisión por omisión, no se los identifica como designados de esa manera. El intérprete debe recurrir a un tipo prohibitivo, que tiene por finalidad dar protección al mismo bien jurídico, que resulta lesionado también por la omisión. Para considerar que la conducta omisiva es adecuada al tipo, un dato decisivo es la equivalencia, es la paridad, es la igualdad de la omisión (de ese no hacer) con el actuar positivo, tal como lo determina el parágrafo 13 del Código penal alemán al cual nos remitimos.

En síntesis el parágrafo 13 de aquel Código procura resguardar las garantías individuales exigiendo, además de la correspondencia entre la realización del tipo mediante un hacer y un omitir, que el sujeto tenga el deber de responder jurídicamente de que el resultado no acontezca.

No respetan la necesidad de que exista esta equivalencia real aquellas legislaciones que solamente dicen: "No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo".

Este segundo requisito indica el carácter de la obligación, la que debe ser impuesta por el Derecho. Sólo se podrá castigar, entonces, si es posible encontrar la norma jurídica que obligue a garantizar que no se produzca el resultado y que haga equiparable, por ejemplo, la conducta de matar y la de no impedir la muerte.

Es claro que los magistrados pueden realizar una interpretación extensiva, pero el riesgo que ello representa para las garantías individuales no puede pasar desapercibido.

Tiene absoluta razón Stratenwerth cuando opina que la constitucionalidad de la sanción de los delitos impropios de omisión ofrece serios reparos, reservas que no se eliminan a través de una regulación como la del párrafo 13 del Código penal alemán aludido. Acierta al decir que no han ayudado a reducir las objeciones constitucionales los intentos fracasados que se realizan para precisar en mayor medida la regulación legal: el hecho de que ciertos comportamientos considerados como merecedores de pena tuvieran que permanecer impunes no justificará ninguna lesión del principio fundamental del Estado de Derecho, mucho más cuando la falta de límites claros en la ley determina que, en la práctica del marco jurídico al que Stratenwerth se refiere, se tienda a dar a la punibilidad de los delitos impropios de omisión una extensión intolerable. Según su razonamiento, la imposición de pena se tendrá que limitar, por lo menos, a aquellos casos en los que la equivalencia de la omisión con la acción positiva surge como incuestionable.

3. CONCEPTO DE AUTOR.

Cuando el hecho ocurre por la omisión en que incurre el sujeto responsable del cuidado del bien jurídico, para considerarlo penalmente autor, se requiere acudir a pautas valorativas particulares, para que podamos determinar cuales son las circunstancias propias. Estas están enderezadas a determinar cuáles son las características objetivas del autor a que se refiere el tipo en esta especial hipótesis.

Solamente la conducta debe estar indicada expresamente en el texto de la ley, es decir hay que indicar cual fue el “no hacer” reprochable para inculpar como autor a un sujeto determinado.

Es claro que esa persona no tiene el deber de evitar el resultado, sino de hacer lo que esté a su alcance para que ese resultado no ocurra.

4.- CONCEPTO DE GARANTE.

Unicamente a quien se encuentra en una situación determinada frente a un suceso futuro, reúne los requisitos especiales para formularle una imputación

objetiva. Lo torna en un sujeto activo del delito de omisión impropia el hecho de que él tiene la responsabilidad, jurídicamente impuesta, de hacer lo posible para evitar la consecuencia.

Para graficar la situación, la doctrina dice que esa persona se halla en posición de garante.

Las dificultades comienzan cuando se trata de establecer quien puede ser garante, de que manera indicamos la obligación de asegurar el bien.

Salvando las distancias, la búsqueda de una persona a quien imputarle el incumplimiento de un deber impuesto por la convivencia social.

LA POSICION DE GARANTE:

Al respecto la doctrina ha dicho que *“la posición de garante es un elemento de la autoría que se presenta cuando el sujeto ha sido puesto por el Derecho en estrecha relación con la protección de un bien jurídico. Mientras un tipo propio de omisión puede ser atribuido a cualquier persona, la omisión impropia sólo puede ser imputada a quien tenga la calidad de garante...”*²³.

También importante sector de la Jurisprudencia se ha expedido en el sentido de reconocer a la posición de garante como uno de los elementos que conforman el tipo objetivo de la omisión impropia y que además la omisión de evitar el resultado sea equivalente a causarlo mediante una acción positiva, así se expidió la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires in re 46.341 de fecha 23 de agosto de 1994²⁴.

²³ RIGHI, Esteban – FERNANDEZ, Alberto A. (2005) , *Derecho Penal*. Buenos Aires. Hammurabi, pág. 246.

²⁴ En la oportunidad se dijo *“...el sentenciante...decidió que la procesada fue lisa y llanamente autora del homicidio al no brindar auxilio a sus hijos, y que de tal modo cometió los delitos perpetrados contra ellos pues pudo solicitar auxilio para los menores y no lo hizo a pesar de los castigos, la evidente desproporción física entre agredidos y agresor y el saber que el medio empleado era apto para causar la muerte y lesiones. De manera que así se hizo autora por su omisión de los delitos referidos. Ya que se prueba igualmente la autoría de la encausada que pese a ser garante de la vida de las víctimas se abstuvo de defenderlas frente a las agresiones que refiere, no obstante haber podido solicitar auxilio”*. Aclarándose que *“...la procesada participó en los hechos en calidad de autora porque según la conducta confesada al omitir dar auxilio a sus hijos cometió los delitos que contra ellos se perpetraron , produciendo entonces resultados típicos en el sentido de delitos de comisión de homicidio y de lesiones, pues podía evitar los resultados finales ...que la acusada se hallaba en posición de garante, lo que le imponía hacerlo, según resulta de las obligaciones de la patria potestad (C.C. 264 incs. 2º y 4º, 265 y 278), que de otro lado esta posición le era conocida con evidencia pues sabía que era la madre y que el no evitar lesiones o la muerte equivale a causarlas de manera que tenía el deber de evitar que los tipos se realizaran, y en consecuencia que la omisión conocida y querida fue dolosa y antijurídica, como así que la Cabral fue autora penalmente responsable de los delitos que en principio se consideraron como homicidio y lesiones leves y graves porque tenía la posición de garante efectiva respecto a los bienes jurídicos que eran la vida y la salud de sus hijos y no evitó el resultado pese a poder hacerlo, y que el mandato para ser garante , como se vió resulta de la ley civil.*

A grandes rasgos diremos que la posición de garante es el lugar que ocupa alguien que por ley tiene que ocupar el lugar que le corresponde.

Reiteramos que no hay normas específicas en el ordenamiento penal argentino de fondo-. Se observa que en las distintas circunstancias introducidas en el derecho comparado que ha sido indicado, se establece además una serie de razonamientos para intentar incluir –aunque en forma un tanto deficiente- definiciones de posición de garante. Por otra parte se vislumbra una indicación para establecer un paralelismo de la acción con la omisión, es decir por un lado se crea una cláusula de equivalencia pero por otro se introduce una cláusula de correspondencia intentando menguar la eventual pena cuando el accionar diferente del ordenamiento legal tenga el mismo contenido ilícito que el de la que causa el resultado, es decir la conducta activa del sujeto.

En nuestra opinión consideramos que en principio toda esta legislación a la cual hemos aludido en el acápite precedente, no logra superar su inconstitucionalidad, porque son simples construcciones para habilitar una elaboración analógica de tipos penales. La analogía no deja de ser tal porque la ley la habilite e indique algunos criterios para su aplicación y puesta en marcha. No es con la habilitación de la analogía que se satisface la legalidad.

Zaffaroni expresa que *“en esta corriente legislativa –de la que hace excepción el código francés de 1994- además de criterios generales para sustituir faltantes definiciones de posición de garante, suele establecerse una equivalencia de la omisión con la acción con lo cual por un lado se crea una cláusula de equivalencia, pero por otro se introduce también una cláusula de correspondencia, que implica un correctivo a la posición de garante para los casos en que, pese a ella, la conducta no alcance un contenido de injusto (disvalor) correspondiente a la de la tipicidad activa”*²⁵, para rematar diciendo que si bien en el código argentino no existe ninguna de estas cláusulas, en general la doctrina ha sostenido una construcción análoga, constituyendo dicha opinión para no dejar impunes a los impropios delitos de comisión que no están escritos en la legislación de fondo.

Si bien reiteramos, en el código argentino no existe ninguna de estas cláusulas, los autores en general se han inclinado por la construcción análoga en miras a la necesidad de no admitir por considerarlo grave una supuesta impunidad de los impropios delitos de omisión no escritos.

²⁵ ZAFFARONI, ob. cit. pág. 577, Pto III, 2.

5.- DOLO Y CULPA.

Se trata de determinar cuales son los deberes desde el punto de vista de lo jurídico que puedan intentar demostrar las obligaciones jurídicas, debiéndose por ende impedir un resultado y a la vez cuales son los alcances de esos deberes. Aquí surgen circunstancias a valorar, pero, de que manera podemos arribar a un convencimiento sobre el dolo o la culpa del sujeto de forma incuestionable.

Por estos días se tiende a superar este tipo de dificultades, reconociéndose en general que la imputación objetiva se formula a quien tiene el dominio del riesgo. Este concepto de señorío posibilita la unificación sistemática de la teoría de la autoría, al funcionar como un principio superior a las cuestiones causales, entendidas éstas de la manera tradicional.

La correspondencia de la omisión con el comportamiento activo se establece invirtiendo las exigencias: no es la ejecución, sino el no evitar el resultado, lo que fundamenta la imputación objetiva. Además el resultado se debe observar en el obrar concreto del sujeto en su función de garante del bien jurídico protegido.

Dolo.

Para que exista dolo en la comisión impropia el sujeto, este debe tener conocimiento de que tiene un poder final de su hecho y además que se encuentra en posición de garante. La finalidad radica en que el sujeto, conforme a su voluntad, ordena los medios de que dispone para no realizar las acciones mandadas, las que posibilitarían el resguardo del bien jurídico confiado a su custodia.

Así como se programa una actuación positiva, también se proyecta una conducta omisiva. Para que haya comisión por omisión dolosa tiene que existir una circunstancia el propósito de que el resultado acontezca y ello pone en duda la posibilidad de que la tipicidad culposa se realice mediante omisión impropia.

El conocimiento de las circunstancias que fundan el deber de actuar pertenece al dolo y el error en que el sujeto caiga será un error de tipo, en tanto que no podrá formularse el juicio de culpabilidad en caso de que incurra en un error invencible de prohibición; es decir, sobre la existencia y alcances del deber jurídico mismo.

Hay dolo cuando el omitente, en forma voluntaria, no procura impedir el resultado, conociendo que está en situación de garantizar que él no se produzca.

Culpa.

Una primera aproximación al tema descartaría la posibilidad de delitos de comisión por omisión culposos, pues en los tipos culposos el efecto acontece por deficiencia en la forma en que los medios que hubiesen permitido evitarlo.

En este caso la resolución del hecho culposo se regiría por las reglas comunes.

Sin embargo es posible hacer las siguientes consideraciones:

La existencia de culpa en la producción de un resultado por omitir el deber de cuidado puede derivarse del incumplimiento de una norma conminatoria. Así, la protección del bien jurídico o su defensa frente a peligros, constituirá a veces el deber principal derivado de un contrato, como los servicios de un guía de montaña, de ciertos instructores deportivos, médicos, enfermeras y todo aquel cuya negligente actividad pueda provocar un suceso.

Los obligados causan la muerte o lesiones (comisión) cuando dejan de realizar los actos que de ellos se esperan (omisión), sin que esos resultados lo hayan querido o ratificado (ausencia de dolo).

6.- RESPONSABILIDAD DEL GARANTE.

Si la ley no menciona específicamente en qué casos surge el deber de obrar, ¿cómo se pueden identificar las fuentes?

La doctrina ha hallado varias respuestas:

Siguiendo en esta ruta suele reconocerse como fuente de la obligación de actuar para la construcción analógica de los impropios delitos de omisión a *la ley, el contrato y la conducta anterior o precedente del sujeto*.

LA LEY: La garantía surge de la ley misma y en los casos en que alguien está al cuidado de una persona y se le impone el deber de actuar que surge de la ley misma (Ej; el padre para los hijos, pero no es el caso de cuando se trata de un deber legal general como el que surge de la necesidad de brindar una ayuda (es el caso que cita ZAFFARONI del jardinero despedido que ve ahogarse al niño y lo deja); también es responsable cuando la persona es legalmente responsable de un determinado ámbito (ej. El

médico de guardia) y un tercer caso de deber legal sería cuando el sujeto activo tuviese un especial poder respecto de la protección o vigilancia para los bienes jurídicos de una tercera persona. (ej. Policías o miembros del resto de las fuerzas de seguridad) y un último deber legal sería el que surge del nexo de un individuo con una fuente de peligro (ej. El conductor que maneja un automóvil).

EL CONTRATO: El contrato debe tener la suficiente entidad para poner al sujeto en la posición de garante y por ende se le genere una obligación con la suficiente fuerza de ubicarlo como tal. De allí que se afirme que el contrato sólo puede ser fuente de la posición de garante cuando de la confianza depositada emerja un particular deber de cuidado, vigilancia o protección, la principal fuente de obligación aquí es la confianza y no el contrato, esa confianza puede o no ser mutua y citamos como ejemplo el caso del bañero que no salva una persona que se ahoga en un playa pública, como saber si el fallecido tenía o no confianza en el bañero de turno.

LA CONDUCTA PRECEDENTE O EL HACER ANTERIOR: *“hoy es generalmente reconocido el principio de que las conductas peligrosas pueden obligar, dentro de determinados límites, a apartar el peligro creado por uno mismo. No obstante...hasta hoy el principio de la injerencia no ha logrado una formulación del todo satisfactoria*²⁶. No es un requisito que haya sido seguido por varios autores²⁷, parte de la discusión se circunscribe a considerar si sólo corresponde evitar los peligros próximos. En lo que sí hay coincidencias de buena parte de la doctrina es en que este actuar en virtud de la conducta precedente no puede ser deber de garantía en el caso de que también la víctima pudo o debió haber previsto el resultado. Según ZAFFARONI, la jurisprudencia alemana ha llegado a límites inaceptables, afirmándola en el caso de un individuo que había omitido impedir que su amante adúltera cometiese un falso testimonio²⁸.

Finalmente y siguiendo al mencionado autor un último cuarto grupo fundamental de fuente del deber de actuar y que más problemas ha acarreado es el de las RELACIONES EN LA SOCIEDAD O EN LA VIDA., que trata tanto de las relaciones de familia como la de un principio de confianza, aunque aquí se pueden presentar algunas dudas por ejemplo en que relevancia se le debe dar al parentesco extramatrimonial.

Siguiendo expresiones de ZAFFARONI y adelantando una opinión personal, acordamos en que *“habiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido*

²⁶ ZAFFARONI, ob. Cit. Pág 579.

²⁷ Por cierto Feuerbach decía que las dos únicas fuentes eran la ley y el contrato.

²⁸ ZAFFARONI, ob. Cit. pág. 579.

*escritos*²⁹. No hay que escudarse en que se estaría en presencia de una extensa ley penal de fondo para justificar una construcción analógica de la ley penal en franca contradicción con el art. 18 de la C.N..

Además en nuestra legislación no se ha autorizado la construcción de equivalencias que permitan dar lugar a una arquitectura analógica de los tipos que no se encuentran escritos y en caso de procederse a tal construcción la misma sería inconstitucional por un principio de prohibición de efectuar formulaciones “in malam partem” .

Puede alegarse que surgen numerosas situaciones de impunidad, es cierto, pero en este caso es el legislador quien debe proceder a cubrir las omisiones o vacíos legales, circunstancia que le está vedada a los jueces. *“La irresponsabilidad legislativa no autoriza la violación de la Constitución por parte de los jueces y, menos aún, la instigación a ella por parte de la doctrina”*³⁰.

Sancinetti opina, *“en los delitos impropios de omisión no escritos, la posibilidad de imputar a una omisión la producción de un resultado, como si se tratara de una comisión, podría formular reparos desde el punto de vista del principio de legalidad. Asimismo, dicho autor, es de opinión de no introducir ninguna “cláusula de conversión” porque tiene la ventaja relativa de mantener la punición de la “comisión por omisión” dentro de los límites bien estrechos...pues, por lo dicho, la ausencia de una cláusula de conversión no tiene de hecho el efecto de generar una laguna de punibilidad intolerable -como lo sería la derogación de delitos del derecho penal nuclear en la parte especial-, sino el de que la punición imprescindible siga rigiendo en la práctica, pero por vías objetables desde el punto de vista constitucional”*³¹.

Por su parte, Pessoa estima que estos delitos *“...son inconstitucionales por lesionar el principio de ley previa establecido por la Constitucional Nacional en su art. 18. Ello es así, desde nuestro punto de vista, por una razón fundamental: porque los tipos omisivos impropios constituyen un mecanismo de ampliación del tipo penal. El tipo penal activo, como hace a su propia estructura, describe con sentido de prohibir acciones*

²⁹ ZAFFARONI, ob. Cit. pág 581.

³⁰ ZAFFARONI, ob. cit. pág. 582.

³¹ SANCINETTI, Marcelo; “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la Parte General de los códigos penales”, en: CDPJ, Buenos Aires. (citado por James Reátegui Sánchez en “Aspectos histórico-dogmáticos, político-criminales y de derecho positivo en el ámbito de los delitos impropios de omisión”. Revista electrónica de derecho - 2007/11/10.

(el hacer), no describe omisiones, éstos se convierten en materia de prohibición por vía de los llamados tipos omisivos propios"³².

El profesor Donna estima que los delitos impropios de omisión, no se aplican de manera constante, y cuando se aplica se hace *"...de una manera sumamente flexible, y por qué no decirlo, sumamente peligroso para el principio de legalidad", ya que "...no se sabe bien cuál es el criterio utilizado para la imputación del resultado en estos casos"*³³.

Por su parte, Duloup sostiene que hoy es sin dudas violatoria del principio de legalidad la pretensión de adecuación de estas formas omisivas a tipos concebidos como de acción positiva. Baste pensar en la elaboración de proyectos en tal sentido desde hace décadas, para comprender que la falta de legislación positiva no puede redundar en perjuicio para el ciudadano, desde la óptica de su derecho a una información precisa acerca de lo prohibido bajo amenaza de sanción penal³⁴.

En esta línea de pensamiento, puede ubicarse también a Righi / Fernández quienes afirman que una sentencia condenatoria por delito impropio de omisión puede ser atacable por inconstitucionalidad. *"Es evidente la exigencia político criminal que orienta la jurisprudencia que, por ejemplo, aplica la norma del art. 80 inc. 1 del Cód. Penal que sanciona severamente a quien mata a un pariente, a la madre que en lugar de estrangular a su bebé, lo deja morir por inanición. Sin embargo, el comportamiento que describe la norma es "matar", es decir causar la muerte de la víctima, en tanto que la imputada por reprochable que sea su omisión, no mató al bebé, por mas que resulte insatisfactorio condenarla por omisión de auxilio (art. 108 Cód. Penal) es una solución más compatible con lo que dispone el art. 18 de la Constitución Nacional"*³⁵.

Entre los que se encuentran en una posición contraria a cuestionar la constitucionalidad de la omisión impropia, se expresa Creus, cuando sostiene que *"...la corrección jurídica de la causalidad permite incluir en ella toda condición "típica" de un resultado, sea ésta la de producirlo -cuando no se lo debía producir- o la de no impedirlo -cuando se lo debía impedir-, por lo cual no nos parece violatoria del principio de legalidad la consideración de la comisión por omisión (en su significado socialmente adecuado de la acción*

³² PESSOA, Nelson R.; *"En torno a la constitucionalidad de los tipos omisivos impropios en el Derecho Penal argentino"*, en: Buompadre, Jorge Eduardo (Dir. y Coord.), *Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, Buenos Aires, 1997, Pág. 112.

³³ DONNA, Edgardo Alberto; en Prólogo al libro de Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Buenos Aires, 2003, Pág. 7

³⁴ DULOUP, Osvaldo Arturo; *Teoría del Delito*, Buenos Aires, 1995, Pág. 177.

³⁵ RIGHI, Esteban / FERNANDEZ,; *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Pág. 260 y 261.

de "matar", tanto mata el que quita la vida a otro, como el que permite que se extinga la vida cuando puede impedirlo")³⁶. Cercana parece ser la posición de Frias Caballero/Codino/Codino cuando, a la pregunta sobre la constitucionalidad de los delitos impropios de omisión, responden lo siguiente: *"En rigor, la objeción se fundamenta más en la apariencia que en la realidad. La punición de esta clase de delitos se halla referida a la interpretación de los tipos legales. Existen algunos que, por no discriminar los medios concretos con los que se perpetra el hecho, admiten implícitamente su comisión por omisión"*³⁷.

Las fuentes según Stratenwerth y Bustos Ramírez pueden ser de variada naturaleza: La ley, el contrato, el hecho anterior que pone en peligro el bien jurídico (injerencia), las relaciones especiales de comunidad, la asunción de una función de protección y la supervigilancia de fuentes de peligro que están en el propio ámbito de dominio o que se proyecta sobre el actuar de terceros.

Esta enumeración genérica es sólo un intento de clasificación, pues lo que realmente importa es que debe existir una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico que debe proteger, de manera tal que en sus manos esté el control de la situación.

7.- DEBE DISMINUIRSE LA PENA? MOTIVOS

Las especulaciones al respecto son por demás variadas, desde las puramente intuitivas (En su momento Groizard pensó que es menos intensa la maldad; para Sauer y Mezger se revela una energía delictual más débil) hasta las que buscan un fundamento de mayor rigor científico diciendo que la posibilidad de atenuación que contempla el parágrafo 13 II del Código alemán responde a que comúnmente el contenido de culpabilidad de la omisión es menor al del hacer positivo. También a que, de manera excepcional, el contenido del injusto del delito impropio de omisión puede ser también inferior que el del correspondiente delito de comisión.

Sin perjuicio de que estas razones sean válidas, queda la impresión de que el legislador se muestra temeroso -y con razón a nuestro juicio- de que por vía de la equiparación de acción y omisión, se cometan injusticias. Ha preferido dejar un conducto de escape, en aras al mantenimiento de la pauta general restrictiva que debe orientar el Derecho

³⁶ CREUS, Carlos; Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, 1999, Pág. 178.

³⁷ FRIAS CABALLERO, Jorge / CODINO, Diego / CODINO, Rodrigo; Teoría del Delito, Buenos Aires, 1993, Pág. 206 y 207.

penal; máxime teniendo en cuenta que la creación de los injustos de estas características queda en gran medida en manos del juzgador con el riesgo que ello representa.

8.-. CONCLUSION:

La Constitución Nacional consagra en su Art., 18 el principio de reserva al establecer que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Y cabe preguntarse si la punibilidad de los delitos de comisión por omisión , que no estén expresamente legislados, viola el principio “nullum crime nulla poena sine lege”.

En los delitos de “omisión comisiva causal” no tenemos este problema porque, se trata de figuras que tienen tipificado un resultado sin tener en cuenta la forma en que la persona se ha conducido, la omisión causal estará comprendida en el tipo, pero en los delitos de “omisión comisiva no causal” la cuestión varía y creemos que es inconstitucional la condena que se aplique por estos hechos, cuando no están expresamente contemplados por un tipo penal.

Si la omisión es causa del resultado, lo que se castiga no es el haberlo causado sino el no haberlo impedido, lo que es evidentemente diferente. “Matar a un hombre”, no es lo mismo que “no evitar su muerte” y por lo tanto esta segunda conducta no está comprendida en el tipo del art. 79 del código penal, en la forma en que dicho artículo se encuentra redactado.

Binding³⁸ pone el ejemplo de la madre que contrata a un experto nadador para que acompañe y preste ayuda al hijo que, siendo un mal nadador, realiza una excursión por el río contra la voluntad materna. El nadador no cumple su promesa y el muchacho muere ahogado. Aquí la omisión no es causal porque el joven iba a realizar el paseo de cualquier manera y por ello creemos que de acuerdo a nuestro derecho positivo no podrá ser condenado por homicidio porque ello violaría el requisito de tipicidad³⁹.

Otra sería la solución si existiera una disposición en nuestro código penal similar a la del proyecto de Sebastián Soler (art. 10) o al excluido art. 14 del proyecto de 1975 (Ley 20.509 y decreto 480/73).

³⁸ Citado por Mezguer en la pág. 311 del Tomo I de su tratado.

³⁹ En contra Jiménez de Asúa, Tomo III, pág. 420 para quien el nadador es punible. De acuerdo Mezguer, Tomo I, pág. 311.

Por otro lado, si se adopta la posición contraria a la que sustentamos existe el peligro de una indeseable hipertrofia de los impropios delitos de omisión, con la consiguiente pérdida de la seguridad jurídica. Basta pensar que todas las madres serían penalmente responsables de las lesiones que sus hijos menores se causaren en accidentes, porque ellas tienen el deber jurídico de impedir ese resultado aunque no hayan intervenido en la cadena causal.

Opinamos que en el estado actual de nuestro orden jurídico sólo constituyen delito los de "omisión comitativa causal" y los de "omisión comisiva no causal" que estén expresamente contemplados en un tipo penal.

Para el sistema finalista, las objeciones se centraron -al igual como en el causalismo-, en la omisión⁴⁰ y en la culpa, sobre todo en la culpa inconsciente, en los cuales el agente no dirige su accionar u omitir a la finalidad, situación también extensible para casos de dolo eventual. La teoría final, en líneas generales, consideró a la modalidad dolosa como "acción", soslayándose a lo previsible (es decir, a la culpa). En cuanto al delito de omisión, el finalismo adoptó un punto de vista ontológico; es decir, pretende aprehender la estructura lógica-objetiva del ser del hombre, del actuar y del omitir, que determina el juicio subyacente a la norma y al injusto. Empero, el propio Welzel, descubrió que el tema no era fácil, porque con el transcurrir del tiempo, ha ido variando su pensamiento en relación a la naturaleza de los delitos de omisión. En un primer momento considero que la omisión era un problema concretado en la voluntad, luego considero que la omisión era un problema de finalidad y causalidad potencial de la persona. Pero fue Kaufmann, quien hizo los mayores estudios de la omisión en el campo del finalismo.

El valor de la supremacía constitucional: Como cuestión general diremos, -siguiendo a Badeni- que el *"...principio de la supremacía de la Constitución impone a gobernantes y gobernados la obligación de adecuar sus comportamientos a las reglas contenidas en la Ley Fundamental, cuya jerarquía jurídica está por encima de las normas que puedan emanar de aquéllas"* -agrega además- *"La legalidad y estabilidad jurídicas que genera la supremacía de la Constitución, se expresa tanto en una supremacía material como una supremacía formal"*. Así pues, si los actos emanados de los demás poderes del Estado tuvieran la misma jerarquía jurídica que las normas y postulados constitucionales, la Constitución sería fácilmente infringida por los órganos institucionales (fundamentalmente, en nuestro caso, por el órgano jurisdiccional), a los cuales precisamente aquélla pretende limitar en su funcionamiento.

⁴⁰ QUINTERO, María Eloísa; "Omisión vs. acción. Responsabilidad por la conducta omisiva", en: Parma, Carlos; El pensamiento de Günther Jakobs, Mendoza, 2001, Pág. 293 apunta que en "... el ámbito de la dogmática de la omisión, los postulados finalistas significaron a nuestro entender un retroceso en el desarrollo del concepto de Acción, atento a que se volvió a plantear como insuperable la dicotomía entre omisión y acción, remarcando entre ellos diferencias sustanciales".

La supremacía constitucional es receptada en la Constitución Nacional art. 31 en los siguientes términos: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son ley suprema de la Nación;..."* ⁴¹

En nuestra legislación hay tipos omisivos donde el derecho exige un cierto comportamiento activo (ej. 108 omisión de auxilio).

Es decir que el género aquí sería la omisión sin que en el código penal figure la omisión impropia. Omite quien está jurídicamente obligado. Por su parte se debe tratar de un delito de resultado el cual se consigue omitiendo por parte del sujeto que se encuentra jurídicamente obligado, no basta la obligación moral, sino que el compromiso debe estar mandado por el derecho, el problema radica en encontrar la ley para el caso, cosa que no es simple por cierto, aunque tampoco es tan tajante por ej si uno contrata un enfermero para que suministre remedios y de dar los remedios es responsable, pero si el enfermero delega a alguien, ahí ya no hay contrato.

Es decir que la fuentes formales no tienen demasiada consistencia en el deber de garantizar. Otro ejemplo es el que está en una esquina y no avisa al que está por cruzar que viene un auto y lo puede atropellar.

Ahora bien, llegado el momento de expedirnos por la constitucionalidad o no de los delitos impropios de omisión, surge como primera medida un respeto total hacia nuestra Carta Magna y el principio de legalidad en ella impuesto por el art. 18. Los problemas de constitucionalidad en el ámbito de los delitos de omisión impropia están referidos fundamentalmente con aquel principio que determina los supuestos de hecho y fija las consecuencias jurídicas, es decir, como es de nuestro convencimiento con el principio de legalidad.

Empero, antes de emitir un juicio definitivo corresponde que se analicen dos cuestiones puntuales como lógica consecuencia del aludido principio de legalidad: por una parte se trata de considerar que en la omisión impropia se dan tipos abiertos, al igual que los delitos imprudentes; y por otro lado, debemos considerar si la omisión impropia puede ser considerado una especie de aplicación analógica "in malam partem".

Además, una derivación de la exigencia del principio de legalidad es el de taxatividad. *"La pena es aplicable sólo en los casos de realización de tipos de conducta*

⁴¹ BADENI, Gregorio; Reforma Constitucional e Instituciones Políticas, Buenos Aires, 1994, Pág. 127. Sobre la supremacía de la Constitución: LINARES QUINTANA, Segundo V.; Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Tomo I, Buenos Aires, 1976. FERREYRA, Raúl Gustavo; Notas sobre Derecho Constitucional y garantías, Buenos Aires, 2001, Pág. 65 y ss.

*expresamente previstos por la ley con indicación de sus elementos descriptivos y normativos. El principio de taxatividad excluye la aplicación analógica de la ley penal, la cual debería ser expresamente prohibida por la ley"*⁴².

Acordamos con la doctrina que afirma que *"la omisión impropia, para su correcto tratamiento punitivo debe ser enfocada desde tres planos diferentes: el político-criminal, el Derecho positivo y el estrictamente técnico-dogmático. Creo que en ese orden de prelación: las valoraciones sobre su conveniencia o no en la incorporación en un sistema jurídico, luego, una vez, autorizada su recepción, se discutiría sobre su adecuado alcance lingüístico en los textos penales, y finalmente, los juristas discutirán su tarea en función a la norma penal fijado previamente en el plano del Derecho positivo. La otra cuota de responsabilidad y compromiso, lo tendrán los juzgadores en cuanto a su aplicación a supuestos concretos. Sin duda, y convengamos que la expresión literal de la norma penal que contenga la figura de la omisión impropia (ya sea en la Parte General o en la Especial) será, en principio, de vital importancia a la hora de encarar cualquier problemática de la interpretación, en consecuencia, las palabras de Sebastián Soler: "el mejor tratado de Derecho no puede derogar a la peor ley", tienen aquí plena validez"*⁴³.

Todo lo expuesto nos lleva a inclinarnos por la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia en la medida de que no estén descriptos en la ley, los jueces no deben proceder a una construcción analógica de la ley, ello está prohibido expresamente, ya sea por mandato constitucional como por la ley de forma. Al respecto el art. 2º del C.P.P.N. indica que *"...las leyes penales no podrán aplicarse por analogía"*, en claro respeto por el principio de legalidad ya que la ley penal debe ser anterior al hecho que pueda dar motivos a un proceso⁴⁴.

El razonamiento a nuestro entender tiene como basamento las garantías de seguridad, de libertad personal y demás que rigen en el Código Penal. Entonces

⁴² BARATTA, Alessandro; "Principios de Derecho Penal mínimo (para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley pena)". Traducción de Beatriz Lenzi, en: DP. Ty PCP, Buenos Aires, 1987, Pág. 629

⁴³ Aspectos histórico-dogmáticos, político-criminales y de derecho positivo en el ámbito de los delitos impropios de omisión. Reátegui Sánchez. Revista electrónica de Derecho Penal incorporado el 10/11/2007.

⁴⁴ CS, Fallos: 293:378; 300:291 (28/3/1978) en el que la Corte estableció que "si bien constituye específica tarea de los jueces interpretar las normas legales a los fines de la exacta determinación de su sentido jurídico, en materia penal el juzgador se ve restringido por la exigencia de "ley anterior al hecho del proceso" (art. 18 de la Constitución Nacional), que excluye de por sí, toda posibilidad de aflicción analógica o extensiva de las normas punitivas"; 301:395 (10/05/79), en palabras de la Corte: "el derecho penal, en cualquiera de sus ramas constituye un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas, que no tolera, por la naturaleza de los objetos jurídicos de que se trata, ningún tipo de integración, extensión o analogía tendientes a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley". (Citado por ALMEYRA, Miguel A., *Código Procesal Penal de la Nación - Comentado y anotado*, La Ley, T I pág. 277

los jueces tienen absolutamente vedado ampliar, los tipos, o las interpretaciones legales por analogía en su defecto toda construcción que se haga en ese sentido cae por inconstitucional.

Si bien puede quedar – por lo menos en nuestra opinión- la sensación de insatisfacción al considerar que por un lado se cumple cabalmente con nuestra legislación desde nuestra Carta Magna para abajo en cumplimiento de todas las garantías de las que gozan los sujetos que son traídos a juicio, por otra parte nos puede quedar la impresión de una especie de deber incumplido, de vacío, de que ciertas conductas –penalmente reprochables por cierto- puedan quedar fuera de la persecución penal cuando deberían marcar una reprimenda hacia el individuo que con su obrar omite estando con la posibilidad de actuar de otra forma y así evitar la lesión de un bien jurídico.

Este trabajo que resultó ser una inquietud que en principio trató de versar sobre un subtema del programa visto en clase del cual no había muchos antecedentes, terminó siendo un postulado del cual podemos emitir una opinión como lo hemos expresado en el sentido de oponernos a la aplicación de la analogía e inclinarnos por la inconstitucionalidad de toda construcción jurídica elaborada en ese sentido y que además deja abierta la puerta para ahondar más en el tema ante la insatisfacción que la cuestión nos deja.

Sin dudas deberá ser el legislador quien ponga las cosas en su lugar, pero hasta tanto ello ocurra con la esperanza de que el día que se intente formular una legislación pensada, lo sea alejada de las histerias del momento a las cuales nos tiene acostumbrados nuestros representantes, el tema merece su estudio continuo y que todas las voces que se expresan tienen su cuota de razón.

Finalmente se espera que lo expuesto haya permitido conocer cuáles son las discusiones que hoy se plantean en la dogmática en torno a la comisión por omisión. Indudablemente, el tema es bastante más complejo y más vasto de lo que aquí se ha planteado, pero, aun así, deseamos haber podido dar a conocer cuáles son los lineamientos teóricos más relevantes y que haya quedado explicitada lo mejor posible nuestra postura sobre la palmaria inconstitucionalidad en el caso de aplicarse tipos omisivos impropios no escritos por no ser –obviamente- parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Juan Carlos Belagardi

jbelagardi@mpd.gov.ar