

LA OMISIÓN IMPROPIA NO ESCRITA EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO. PROBLEMÁTICA. INCONSTITUCIONALIDAD vs. CONSTITUCIONALIDAD

Matías URRÁ¹

1)-ACLARACIÓN PRELIMINAR

El presente trabajo implica el tratamiento de una problemática estricta, que impone traer -en forma previa-, una serie de conceptos que posibilitarán el mejor desarrollo de la temática seleccionada.

2)-IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA QUE GENERA EL PLANTEO TEMÁTICO

El núcleo de este trabajo pasa por discernir entre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la llamada omisión impropia no escrita en el Derecho Penal Argentino. Su tratamiento involucra el de las siguientes cuestiones: *El de las respuestas dadas a la problemática de la omisión desde la dogmática penal (como problema liminar necesario); *Las consecuencias que impone inclinarse por una posición respecto de la omisión; y *La disyuntiva entre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la omisión impropia no escrita, abordada desde una perspectiva de sistema y derecho penal susceptibles de ser diagramado desde la traza constitucional.

3)-LA OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL – TEORÍAS - OMISIÓN PRETÍPICA O TÍPICA

Este acápite pretendo dar cuenta del camino que ha recorrido la disyuntiva de la omisión en el derecho penal, dado que entiendo que su tratamiento es necesario a la hora de explicar las bases de los tipos omisivos.

En tal sentido, me dedicare a la discusión que ha traído

¹ Abogado, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídica de la Universidad Nacional de La Pampa, maestrando de la Maestría en Ciencias Penales de la Fac. de Cs. Económicas y Jurídicas de la UNLPam, correo electrónico: maturr13@gmail.com

aparejada la búsqueda de un concepto de omisión y su ubicación sistemática en la teoría del delito, así como su vinculación con la teoría de la acción.

Aun cuando toda clasificación implica cierto grado de arbitrariedad, creo que es posible resumir el estado de la cuestión a través de los siguientes puntos: **I)** Por un lado, están aquellas posiciones que sustentan la existencia de un supraconcepto que abarca tanto la acción como la omisión, aquel estaría ubicado en la base de la teoría del delito, resultando el primer estamento necesario de análisis (teorías causalistas y naturalistas); **II)** Por otro, también se ha propuesto el estudio de la omisión en la base de la teoría del delito diferenciándola de la acción, estableciendo que ambas no pueden analizarse bajo una misma noción debido a que se trata de comportamientos humanos completamente diferentes y por ello no cabe ubicarlos en un mismo concepto²; y **III)** Por último, se ha planteado que la omisión debe analizarse en la tipicidad, dado que antes de ello no existen omisiones. Esta propuesta denominada “normativa” admite dos posibilidades: **i)** Estudiar la acción como elemento básico de la teoría del delito y la omisión en el tipo penal, argumentando que no existe omisión pretípica; o **ii)** Diferir tanto la acción como la omisión a la tipicidad argumentando que es el bien jurídico penal la base de la teoría del delito.

Respecto a esta clasificación, he seleccionado una serie de autores a los efectos de ilustrar algunas de las posturas referidas, para por último, mencionar cual de ellas y porque creo a mi humilde entender la que responde de mejor forma a la cuestión planteada.

a)-Franz von Liszt. Su postura y la evolución posterior desde su pensamiento: Su concepto de acción se presentaba como natural, aun cuando su propia formulación planteaba dificultades que ponían en duda dicho carácter: *el movimiento corporal arbitrario se realiza mediante representaciones, mediante la contracción muscular resultante de la inervación de los nervios motores*; no era, pues, el que resultaba de cualquier inervación, sino de la que estaba *regida por representaciones o imágenes*. Liszt, separaba artificialmente el contenido de la imagen y se quedaba con imágenes sin contenido; no es extraño que al pretender construir de la misma manera la omisión, no lograra explicarla sin referencia a la antijuridicidad: *omisión es, la no realización de determinado hacer esperado; omitir es un verbo transitivo*; no significa no hacer,

² -Ej.; Gustav Radbruch, cuestionaba las teorías causalistas -naturalistas-, dado que entendía que la acción y la omisión no podían ser agrupadas bajo un supraconcepto debido a que se comportan como “*A y no A*”.

sino no hacer algo; y por cierto lo que era esperado (debido).

El propio concepto causal y en sus orígenes positivistas, no tenía nada de naturalismo (Raúl E. Zaffaroni – Alejandro Slokar - Alejandro Alagia, 2001: 403 y sgte.), porque: **a)**-separaba las imágenes -que siempre deben regir la voluntad humana consciente o manifiesta- de sus contenidos; y **b)**-porque el concepto de omisión no podía construirse sin referencia a la antijuridicidad³.

Con la necesidad de construir un concepto único, el neokantismo concibió la conducta como voluntad de hacer algo, y siguió remitiendo su contenido a la culpabilidad, admitiendo que esa división era *artificial*, pero aceptándola, como una característica del concepto jurídico cuya distorsión de lo real debía asumirse como consecuencia de las premisas constructivas. El concepto causal -neokantiano de acción-, así elaborado, tenía escasa utilidad práctica y muchas dificultades teóricas; no lograba transformarse en un concepto superior capaz de brindar una base común para la acción y la omisión, porque la omisión -considerada un no hacer- no es causa de ningún resultado típico, y por otro, porque la causalidad no tiene límites y son infinitas las acciones que son causa de resultados típicos.

El concepto finalista de acción, cuestionó la noción del causalismo, por su falta de capacidad para servir de elemento fundante común con la omisión y con la culpa, admitiendo que su *concepto sólo servía para la acción en los delitos dolosos activos, a lo que algunos agregaban que sólo en los de esa naturaleza y de resultado material*. Tampoco esta noción resolvía los problemas dogmáticos y, en general, las tentativas de reemplazar la no finalidad por una finalidad potencial y la no causación por causación potencial, no fueron más que confesiones de insuficiencia o falta de elaboración.

Producto de una mayor elaboración de la teoría finalista surgió la noción de la omisión como un *aliud agüere* (otro hacer), que llevó a algunos partidarios de la teoría a asignarle operatividad sólo para la actividad y no para la omisión, a negar que un concepto pretípico de acción pudiese cumplir las funciones fundantes y vinculantes o a reformar la culpa como dolo de peligro, en función del riesgo permitido.

Otros ensayos, pretendieron hallar, en el nivel pretípico, un *concepto de acción abarcativo* de la acción y de la omisión, apelando a su sentido social (Raúl E. Zaffaroni – Alejandro Slokar

³ -Esta última dificultad tampoco pudo resolverse con la ulterior apelación a la omisión como distensión muscular, ensayada por Ernst von Beling

- Alejandro Plagia, 2001: 408 sgtes); en el espacio pretípico, esto deja en pie la más que centenaria observación de von Liszt: *omitir es verbo transitivo y siempre se trata de omitir algo*. Como algo se halla en el tipo, la acción deja de ser una referencia pretípica. El otro camino es imaginar que ese algo se encuentre en otro lado y, pese a que ningún autor de esta corriente lo expresa claramente, podría pensarse que *la acción debida* pueda ser referida pretípicamente a la *ética social*; esta alternativa -explica Zaffaroni-, sería un juicio fáctico muy difícil de realizar, dado que la ética social no es unívoca en una sociedad compleja y, por ende, implicaría una referencia a un *ámbito incierto, librado a la arbitrariedad del intérprete; para no caer en ese exceso*, la teoría social se hallaría en la misma dificultad que cualquiera de las restantes.

b)-Hans H. Jescheck. Su concepto abarcativo. El baremo general “hombre medio”: Explica (Santiago Mir Puig y Muñoz Conde: 290 y sgtes), que la acción es comprensiva de la omisión, y que dicho concepto puede abarcar *todo actuar humano relevante para el derecho penal*, es decir bajo un concepto se puede analizar a la acción, a la omisión, y a los comportamientos dolosos e imprudentes; cuestiona, los conceptos dados de acción y omisión por las teorías causalistas y finalistas, y establece que la única manera de reunir en ambas modalidades en un concepto es *encontrar un punto de vista superior de naturaleza valorativa que aúne en el ámbito normativo los elementos incompatibles en el ámbito del ser*.

Propone, que acción y omisión *es todo comportamiento humano socialmente relevante*; y que existirá comportamiento cuando exista una *respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o al menos reconocible*, mediante la realización de una *posibilidad de reacción* de que aquel dispone en razón de su libertad; este concepto resultara la base del posterior análisis doloso o culposo -al momento del tipo- como también será apto para los delitos omisivos en cuanto puede manifestarse una inactividad ante una determinada expectativa de acción -que no necesariamente debe fundarse en el derecho- a lo que agrega como exigencia la *posibilidad de conducción*; para determinar si esta existe y de esa forma canalizar como omisión, debe afirmarse la capacidad de realización de la acción esperada con empleo de la finalidad; es decir, un sujeto omitiría la acción esperada cuando tenga la *“capacidad general de acción”*, la que se determina con un *baremo general y no individual*; de acuerdo a ello, correspondería calificar como omisión a la pasividad de una persona, solo si *“otra persona”* en el lugar del autor imaginado en posesión de todos los conocimientos y

capacidades que resultaren necesarias en las situaciones concretas, hubiese podido realizar la “*conducta esperada*”.

Este autor soluciona la cuestión con la remisión a un “*baremo general*”, entiende, *que no puede analizarse únicamente la capacidad del autor y según esta, resolver si omitió o no*; el baremo del hombre medio es suficiente para dar respuesta a la problemática de la capacidad de acción, de manera que, al analizar las habilidades y capacidades del autor, habría que colocarlas en las del “*hombre medio*” a los efectos de determinar si omitió o no la conducta esperada.

Indica, que a través de este *concepto valorativo* de la omisión, se podía explicar la crítica al finalismo, el que se nutria del plano ontológico, en el que era inexplicable la pasividad; se decía que una persona en total pasividad esta realizando un comportamiento socialmente relevante; en este supuesto la pasividad del autor no es una “*nada*” sino por el contrario *un comportamiento humano socialmente relevante* (omisión), a continuación del que debía analizarse si el autor tenía la *posibilidad de conducción* remitiéndose a los parámetros previstos en el baremo del “*hombre medio*”.

A esta postura se le ha criticado, que en el concepto de *comportamiento humano socialmente relevante* lo único común entre la acción y la omisión responde a que ese concepto en origen es valorativo; sin embargo, allí terminan las coincidencias, puesto que la omisión tiene un componente valorativo totalmente diferente que obliga a su estudio diferenciado, ese componente distinto es el baremo del hombre medio cuando se estudia la capacidad de acción; otra posible observación responde a la ambigüedad que implica en una sociedad moderna la determinación de un “baremo” que mida a través de una formula los estándares de acción exigibles, debiéndose tomar en consideración que de lo que se trata aquí es de componer un elemento que dará curso a un proceso que puede culminar con la habilitación de poder punitivo por parte del Estado.

c)-Gunter Jakobs-Funcionalismo sistémico-La teoría negativa de la acción. Su posición: Siguiendo a Luhmann⁴,

4 -Niklas Luhmann (*1927 en [Luneburgo](#), Baja Sajonia - †6 de noviembre, 1998 en [Oerlinghausen](#)), sociólogo alemán. A los 18 años, formó parte de la Luftwaffe durante la Segunda Guerra Mundial, y fue detenido por los aliados. Recobrada su libertad, comenzó a estudiar derecho en Friburgo, terminando en 1949. Ejerció como funcionario desde 1954; viajó a los Estados Unidos en 1961 y comenzó a estudiar sociología como alumno de Talcott Parsons en Boston, en la Universidad Harvard. Parsons, quien ejerció una gran influencia en su forma de pensar, era en ese momento la más influyente figura del pensamiento sociológico en Occidente. Luego de su estancia en Harvard, Luhmann publica en 1964 la

contempla el derecho como un sistema normativo cerrado, y limita la dogmática jurídico-penal al análisis normativo funcional del derecho positivo, con exclusión de consideraciones empíricas no normativas y de valoraciones externas al sistema jurídico-positivo.

A partir de los años setenta, se intentó construir un concepto de acción abarcativo de la omisión, tomando el modelo de la omisión -hasta ese momento se había tratado a la omisión como una variable de la acción-, esta posición trató de invertir la cuestión. La clave común de todos los autores que ensayan esas construcciones es la caracterización de la acción sobre la base de la evitabilidad: *la acción en derecho penal es la evitable no evitación en posición de garante*; la posición de garante, que se elaboró para la omisión, con el objeto de excusar la enorme amplitud prohibitiva resultante de que cualquier no evitación pudiese ser típica, se generaliza y extiende también a la actividad, entendiéndose que: *cualquier persona actualiza su peligrosidad para bienes con un movimiento físico delictivo y, por ello, en función de una conducta precedente, asumiría la posición de garante*.

Este concepto deja fuera de su ámbito los tipos que no exigen la posición de garante, como es claro en las llamadas omisiones propias; pero la crítica fundamental que merece, más allá de que la posición de garante se extienda en forma inadmisiblemente, es que no logra abarcar la acción y la omisión: en las formas activas, la evitación equivale a la *no producción*; por ende la no evitación (producción) es una *no-no producción* (la negación de la negación es afirmación); en las omisiones, la no evitación equivale a producción; y la evitación a la no producción. Nada se altera con esto, porque acción y omisión siguen apareciendo como modalidades separadas; tampoco resuelve el problema -explica Zaffaroni- la tentativa de fundar la teoría negativa en una común omisión de contrapulsación psíquica, que pretende arraigarse en el psicoanálisis, pues con ello no se avanza más allá de la vieja voluntariedad del causalismo. Este concepto jurídico-penal de acción reconoce un defecto metodológico, que abarca todas sus variables: *no se trata de un concepto pretípico sino de un concepto de acción típica*.

Como resultado del rechazo de la construcción finalista

primera obra dedicada a analizar problemas sociológicos a partir del uso de la teoría de sistemas: "Funktionen und Folgen formaler Organisation" (Duncker & Humblot, Berlín, 1964). <http://es.wikipedia.org/wiki/NiklasLuhmann>

de la culpa -únicamente la considera válida para el dolo-, por lo cual procura un concepto de *evitabilidad individual*, para que sea abarcativo del dolo y la culpa. La causación individualmente evitable del resultado es el concepto abarcativo del actuar doloso (individual) y culposo. El reconocimiento de la ejecución de la conducta y en ciertos casos de sus consecuencias (en el dolo) o la cognoscibilidad individual (en la culpa), pertenecen a la acción como condiciones de la evitación, y con ello al injusto. Por ende, resulta que en el ámbito del dolo no hay diferencia con el concepto final de acción; sólo se ha desplazado la extensión de la finalidad dirigida al resultado hacia la evitabilidad del resultado. Este cambio es lo que permitiría comprender la culpa y las acciones culposas automatizadas en un concepto abarcativo de acción bajo las comunes condiciones de evitabilidad.

Jakobs se enfrenta con la omisión y coincide con la observación de Radbruch, de que *si la acción y la omisión fuesen afirmación y negación de algo, no sería posible colocarlas en el mismo sombrero*, pero que como *no constituyen una afirmación y su contrario*, lo único que puede hallarse en común es un nombre (conducta) pero no un concepto abarcativo; coincide en el nombre “conducta” y lo convierte en concepto a través de la evitabilidad: *el concepto de acción como evitable causación y el correspondiente concepto de omisión como evitable no impedimento de un resultado, permiten construir un concepto abarcativo de conducta que en la respectiva evitación de un resultado diferente abarca lo común de la acción y la omisión*; en síntesis: conducta es la evitabilidad de un resultado diferente. Este autor se aleja de la concepción negativa de la acción, rechazando lo que considera la disolución de los delitos activos en la omisión; por ello, mantiene *separada la acción y la omisión y construye con la evitabilidad el concepto abarcativo de conducta*.

Parecería -de acuerdo lo destaca Zaffaroni- (Raúl E. Zaffaroni -Alejandro Slokar - Alejandro Alagia, 2001: 410/411) que, mientras la concepción negativa originaria tomaba como modelo la omisión, Jakobs toma como modelo la culpa, lo cual reproduce en otro sentido dificultades análogas: en toda esta variable se repite el mismo problema que en la teoría negativa, en cuanto a que el *concepto de acción que se ensaya es típico y no pretípico*. Especialmente en el caso de la omisión, toda referencia pretípica al resultado requiere una previa individualización del mismo, que es típica. La individualmente no evitable causación de un resultado no sería una acción atípica, sino que directamente no sería una acción.

En rigor, la evitabilidad tiene importantes funciones en la teoría del delito, pero en la teoría del injusto y no precisamente en el concepto mismo de acción.

d)-Claus Roxin -Variante Funcionalista. Supraconcepto: manifestación de la conducta punible: Este autor (1997:234), admite que el normativismo está limitado por la realidad empírica, la que tendría sus propias exigencias y condicionaría las construcciones jurídicas y las soluciones; por otra parte, postula una dogmática del derecho penal abierta a principios político-criminales desde los que interpretar las normas jurídico-positivas⁵.

La variante de Roxin postula un concepto de acción pretipica, criticando a Jakobs y a la concepción negativa por construir la acción como parte de la teoría de la imputación. Este autor elabora un concepto de acción que se aparta del causal y del final, al que denomina *concepto personal de la acción*; lo define, como lo que se produce por un humano como centro de acción anímico espiritual o, más brevemente, como *exteriorización de la personalidad*.

Señala que, el concepto naturalista de acción (Liszt, Beling) como el extremo normativismo (teoría negativa) se alejan de la experiencia común, lo que no sucedería con un concepto jurídico basado en la exteriorización de la personalidad, que tendría una base *prejurídica penal*; defiende la existencia de un supraconcepto que incluye a la acción y la omisión estableciendo que dicho análisis debe practicarse en la base de la teoría del delito.

La diferencia con los autores mencionados es notoria, puesto que Roxin para ciertas omisiones, afirma que la existencia de tal comportamiento se determina a *nivel típico*. Sostiene, que el supraconcepto debe comprender *todas las formas de manifestarse la conducta punible*, es decir tanto la acción como la omisión y los hechos dolosos y los culposos; además de incluir todas esas formas, debe cumplir, con las funciones elementales de un concepto básico de la teoría del delito, es decir debe servir como *elemento de enlace o unión*, con lo cual debe aparecer como *neutro* ante los siguientes peldaños valorativos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y no debe invadir el campo del tipo penal. Ese concepto debe también funcionar como *elemento límite* lo que significa que debe excluir todo lo que excede la materia penal (ej.: sucesos causados por

⁵ -Resulta necesario aclarar que tanto el normativismo de este autor como del comentado Jakobs reaccionaron contra el ontologismo de Welzel, éste había surgido a su vez en oposición al relativismo valorativo del neokantismo, el cual por su parte se había contrapuesto al naturalismo de von Liszt

animales, pensamientos, actos reflejos).

Con estos parámetros, Roxin elabora *la manifestación de la personalidad* con lo que entiende dar respuesta a todos los objetivos básicos de la teoría del delito; dicha solución consiste en atribuirle a un acontecimiento el carácter de manifestación de la personalidad, es decir no existe descripción de lo que es una conducta sino todo lo contrario, le asigna a un hecho el carácter de conducta solo si responde a tal manifestación. Así, afirma que acción: *es todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual de la acción*.

Asigna, como contenido de la *manifestación de la personalidad* tanto finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, como valoraciones personales, sociales, jurídicas; luego diferencia este elemento de todos los que siguen dentro del análisis de la teoría del delito, afirmando que: *en el momento de la acción o la omisión no deben resolverse otras circunstancias como lo son la causalidad, finalidad, resultado, relevancia social, ya que pertenecen a los sustratos siguientes de la teoría*.

Respecto a la omisión, advierte sobre la existencia de una problemática, puesto que, en algunos casos de omisión *la manifestación de la personalidad* no resulta neutral frente al elemento valorativo que supone el tipo penal; explica que, una omisión llega a ser una manifestación de la personalidad a través de una *expectativa de acción*, debido a que teóricamente pueden hacerse diariamente las cosas más peculiares pero no hacerlo no significa una omisión; agrega, que son esas expectativas las que transforman una nada en omisión. En la mayoría de los supuestos estas expectativas se cubren con *valoraciones sociales*, y por ende se separan fácilmente de los tipos penales; en determinados supuestos de omisión⁶, esas expectativas se fundamentan en “*preceptos jurídicos*”, de forma tal que en estos casos la omisión no se encuentra separada del tipo penal, sino que por el contrario *para determinar si hay omisión hay que adentrarse en la tipicidad*, tal circunstancia no menoscaba a su entender su propuesta⁷.

Con esa salvedad, este autor proclama una omisión pretípica;

6 -Se refiere en concreto a los que provienen de lo que el denomina *derecho penal accesorio*, el que abarca temas o puntos que no se encontraban alcanzadas por el *derecho penal nuclear*, ejemplo los delitos receptados en la legislación tributaria, aduanera, etc.

7 -Esto que Roxin plantea como una *característica excepcional*, es decir la necesidad de evaluar la omisión por su remisión al tipo penal, será el eje de la explicación -con matices que le son propios- de la postura de Santiago Mir Puig y de Raúl E. Zaffaroni, de la que más abajo daré cuenta in-extenso.

es decir que no basta con no hacer sino que la omisión punible es: *no hacer algo determinado*, a esa *expectativa la cubre con valoraciones sociales y normativas*, es decir será omisión todo aquello que la sociedad espere que se debe hacer, o que la ley (penal o extra penal) obligue a su realización (supuesto de excepción).

A este autor se le ha criticado, con relación a los supuestos que explica como excepcionales en los que la expectativa de acción se fundamenta en un precepto penal; explica Roxin que cuando el legislador establece determinados deberes de aviso o de entrega y amenaza con pena la vulneración de los mismos, *es la creación del tipo lo que por primera vez convierte el no hacer en una omisión*, pues mientras el aviso o la entrega no se exigían jurídicamente, sería absurdo realizarlo y en todo caso su no-realización no es una manifestación de la personalidad ni una acción sino nada; cabe indicar que esta crítica también le resulta aplicable a las concepciones de Santiago Mir Puig, y Raúl E. Zaffaroni, que luego explicare, dado que ambos sostienen la inexistencia de la omisión pretípica y su planteo a nivel típico.

Dice Gustavo Fissore (2005: 12 y sgtes), que el análisis de Roxin es equivocado; dado que es cierto que el legislador crea un tipo penal preceptivo y con ello crea una expectativa de acción, pero que ni siquiera en estos supuestos dados como excepciones la omisión se analiza en la tipicidad; puesto que cuando el legislador crea ese tipo preceptivo tiene *razones político criminales* para punir esa omisión; esto significa que la sociedad tiene intereses en que ello se cumpla; de tal manera que previo a la creación de un tipo penal existe en la sociedad la necesidad de punir esa omisión, sostener lo contrario sería colisionar con dos principios básicos del derecho penal en un Estado de Derecho, el principio de lesividad y el mínima intervención; es decir que si la sociedad no exige una determinada acción en expectativa, mal podrá tipificarse penalmente por resultar ello violatorio de los principios mencionados; ello sucede con todos los tipos penales, tanto en los que punen acciones como omisiones. Resulta absurdo pensar que la expectativa social nace con la ley, es decir que esta genera el reclamo por una acción determinada. Agrega, que si se sostiene un derecho penal que respete el principio de lesividad y de mínima intervención debe afirmarse que la sociedad tiene muchas expectativas de acciones, pero solo aquellas que resulten dañosas para aquella en sus intereses más relevantes y no exista a su vez una forma de protección menos afflictiva que el derecho penal, son las que pueden ser tipificados.

Deduce que nunca el legislador podrá crear un tipo penal que

no se fundamente en una necesidad de la sociedad y a su vez que represente una lesividad para el bien jurídico y que este avalado por los valores intra y extra penales que justifican su actuar. A manera de corolario expresa que es imposible que exista *expectativa típica*, sin que antes exista *expectativa social*.

Entiendo, que la crítica formulada precedentemente parte de un equivoco y de cierta inocencia sobre la lectura del sistema penal, así y tal y como se verá en mayor extensión al abordar la postura de Zaffaroni, la apreciación de la omisión a nivel típico soluciona de mejor manera los problemas destacados cuando su análisis se produce a nivel pretípico, tal construcción se endereza a limitar el poder punitivo, esclarecer su ejercicio, y a establecer un claro límite entre los deberes morales y éticos (de difícil conceptualización y generalización en una sociedad moderna y compleja como la actual) y el objeto del derecho penal. En esa lógica no es posible afirmar que se viola el principio de lesividad, al indicar que a nivel pretípico solo existen conductas activas-externas, y como la omisión no es una mera no-acción, sino un no hacer algo -no hay omisión de nada-, siempre hay que tener una instancia de comparación valorativa, la que se sitúa en el supuesto de hecho legal. Sostener ello, es reconocer que de lo que se trata es de una forma de individualizar conductas prohibidas, que implica que ante las circunstancias definidas en la norma perceptiva toda otra conducta se encuentre prohibida, sin que a partir de allí se pueda afirmar que en su concepción (en la definición de la expectativa de acción) no hayan operado similares mecanismos a los que se dan en los tipos activos convencionales. En tal sentido, no puedo pasar por alto, que existen algunos fenómenos -en particular el de banalización y administrativización del derecho penal-, que perturban aquella pretensión de que, siempre detrás de la definición de una conducta como prohibida -en cualquiera de sus modalidades-, por el legislador hay una necesidad -expectativa-social traducida en tal sentido.

Desde otra óptica a la de la crítica precedente, es posible señalar respecto a la construcción de Roxin que intenta abarcar tanto a la acción como a la omisión, los comportamientos dolosos y culposos, entendida como las formas manifestarse la conducta punible, que no tiene un contenido claro; al referir que se compone de razones subjetivas, objetivas, etc., y además cuales son sus límites, puesto que tal y como mencione al tratar la postura de Jescheck, no ha de perderse de vista de que esta “elaboración” compone un elemento que dará curso a un proceso que puede culminar con la habilitación de poder punitivo por parte del Estado.

e)-Santiago Mir Puig. Su concepto de omisión típica:

Afirma (1996:162 y sgtes), que la omisión depende del tipo penal, y que previo a ello solo existen comportamientos humanos activos y externos; el derecho penal protege bienes jurídicos y en función de ello se castigan comportamientos humanos porque el tipo penal así lo dispone; sostiene que en un Estado social y democrático el *derecho solo puede prohibir comportamientos voluntarios finales*.

Respecto de la omisión observa que es imposible su estudio a nivel natural, y por ello parte de la doctrina se inclina por un concepto valorativo - social; sin embargo, se aparta de dicho concepto aceptando la crítica de que no es necesario para la existencia de un delito omisivo la presencia de una *expectativa social* y que *bastaría la infracción del deber de actuar impuesto por la ley penal*; indica, que los tipos omisivos requieren al igual que los tipos de comisión un comportamiento humano externo constituido por una actividad positiva, y por ello en la omisión la *no-realización de la conducta descripta por la ley tiene lugar siempre o casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva distinta*. No busca la construcción de un supraconcepto, puesto que entiende que la acción y la omisión se mueven en *planos diferentes*; la acción como comportamiento humano tiene lugar en el *plano ontológico y prejurídico*, mientras que la omisión se mueve en el *plano jurídico -típico-*; por ello todo tipo omisivo requiere como presupuesto un comportamiento positivo; afirma que la omisión es un comportamiento dotado de un significado social positivo distinto al de no hacer algo esperado.

En síntesis, asevera que la *base de la teoría del delito es el comportamiento humano voluntario final*; en este capítulo solo existen conductas humanas positivas del hombre, y en el caso concreto de *las omisiones se analizarán las acciones positivas distintas a las ordenadas por el tipo penal*.⁸

Gustavo Fissore (2005:22), critica esta posición por afirmar que no es imprescindible la concurrencia de una expectativa social para fundamentar la omisión, y que bastaría la infracción al deber de actuar impuesto por la ley penal; indica -en igual sentido a los casos planteados como excepción por Roxin-, que sino existe expectativa social de actuar es insuficiente la mera exigencia jurídico penal por no respetar el principio de lesividad. A lo que agrega, que si nos valemos de un derecho penal que se fundamenta en la misma ley, sin ninguna necesidad o finalidad social, recaeremos en un derecho

⁸ -Tal y como lo expondré más abajo la postura de este autor se asemeja a la sustentada por Raúl E. Zaffaroni, tanto en su obra compartida: Derecho Penal – Parte General – Ed. Ediar – 2001 – Buenos Aires, y reafirmada en su más reciente obra: Estructuras básicas del Derecho Penal – ed. EDIAR – Buenos Aires – 2009.

penal autoritario o en un derecho penal que se basa en la protección de la misma ley (ej. funcionalismo sistémico de Gunter Jakobs).

La segunda crítica, se vincula a la necesidad que destaca esta posición respecto a la exigencia de un comportamiento externo constituido generalmente por *actividad positiva distinta a la no-realización de la conducta descrita por el tipo penal*; esto lleva a afirmar que en los delitos de omisión existen tantos comportamientos (positivos) típicos cuantos posibles conductas distintas e incompatibles con la acción esperada (determinada en el tipo penal). En tal sentido señala, que no parece razonable que para sustentar ello, Mir Puig afirme que existe omisión cuando el sujeto mediante la pasividad esta realizando un *comportamiento dotado de significado social positivo distinto al de hacer algo esperado*.

f)-Raúl E. Zaffaroni. Inexistencia de la omisión a nivel pretípico—la omisión típica. Tesis del aliud agüere: Indica (2001:570 y sgtes), que al igual que hay una estructura típica dolosa y culposa, existe una estructura típica omisiva; en el tipo activo la tipicidad se verifica mediante la identidad de la conducta realizada con la del tipo, en el tipo omisivo surge de la diferencia entre la conducta realizada y la descrita; se esta en presencia de *dos técnicas diversas para individualizar conductas prohibidas*; a razón de esta dispar técnica legislativa, la norma que se deduce de un tipo activo asume un enunciado prohibitivo, en tanto que la deducida de un tipo omisivo asume un enunciado imperativo; en función de este enunciado, la norma deducida del tipo prohíbe toda acción diferente de la prescripta en ese mandato, o sea, que resulta típico el aliud agüere⁹ u otro hacer.

Destaca, que la norma que se deduce del tipo activo está enunciada prohibitivamente, en tanto que la deducida del tipo omisivo lo está imperativamente, esto no significa que puedan trasvasarse libremente, *pues cuando una norma enunciada prohibitivamente se transforma en un enunciado imperativo, cobra una amplitud mayor y a veces inusitada que excede su alcance prohibitivo*; refiere, que lo que es posible hacer -sin riesgo de extender el contenido de lo prohibido-, es reducir todos los enunciados imperativos a prohibitivos: si se ordena una conducta, se prohíben las que son diferentes; *esta posibilidad de reducción es la que permite individualizar la materia de prohibición en los tipos omisivos*. Tal reducción recíproca de los enunciados no tiene

⁹ -Tesis expuesta en el siglo XIX por Luden, y que fue criticada -principalmente- con el argumento de que la acción diferente de la prescripta no causa el resultado.

carácter lógico, sino que proviene de una *ineludible limitación de lenguaje* -ilustra tal aserción, con el siguiente ejemplo: *no matarás no es idéntico a cuidarás la vida del prójimo*- limitación que no puede ser desconocida ante el requerimiento de observancia del principio de reserva o de clausura, de cuya estructura deriva que *se privilegia el enunciado prohibitivo de la norma deducida del tipo, y sólo por excepción admite el imperativo*. Razón por la que entiende, que no sería compatible con el principio de reserva una parte especial integrada en su totalidad -o ampliamente dominada- por tipos omisivos; esta excepcionalidad fundada en limitaciones de lenguaje, y derivada de las normas de superior jerarquía, *es la que impide la asimilación de las estructuras omisivas a las activas o, en el otro extremo, la reducción de las activas a las omisivas*, lo que se aproxima peligrosamente a la posición sistémica, que identifica acción y omisión en el deber de asegurar o evitar que de la organización de una persona no derive un riesgo prohibido.

Respecto a la excepcionalidad de los tipos omisivos, Zaffaroni contesta la aserción de que un orden jurídico que impone acciones es más solidario que otro que se limita a prohibirlas; esta -manifiesta- es válida para el derecho en general y sólo aplicable al poder punitivo en la medida en que se deje de lado por completo todo dato de la realidad sobre su operatividad social; la selectividad convierte a todos los delitos en *delicta propria* (son punibles en la medida en que tengan un autor que responda al *estereotipo criminal*); en los impropios delitos omisivos la correspondencia al estereotipo es, en la realidad social, la verdadera fuente de la posición de garante; el paroxismo de esta selectividad surge de extremar este fenómeno hasta hacer de esa correspondencia una fuente de la posición de garante en cualquier delito, lo que llevaría a la tesis de los *deberes de salvamento por injerencia* a la situación insólita de exigir a una persona estereotipada el deber de evitar el propio estereotipo (el estado de vulnerabilidad); lejos de reflejar un orden jurídico más solidario mostraría una realidad en la que se ejercería poder punitivo casi exclusivamente sobre los que menos posibilidades tienen de solidarizarse, y eludirían esos imperativos los que realmente podrían modificar las relaciones sociales de manera significativa.

Aclarados esos puntos, indica que la adopción de la teoría del *aliud agere* implica que en el plano pretípico no existen omisiones penalmente relevantes sino sólo acciones. Ello se debe a que *la omisión no es el puro y simple no hacer* -omisión no es ausencia de acción-; como la omisión no es una mera no-acción, sino un no

hacer algo -no hay omisión de nada-, siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa, en virtud de lo que expresa: **el concepto de omisión es necesariamente normativo.**

Explica, que cuando se prescinde de la indispensable referencia normativa que demanda la omisión, se cae en la aparente paradoja de que la omisión es una acción, que se disuelve cuando se establece la adecuada distinción entre pragma y tipo y, por ende, se advierte que **la omisión es una forma típica de prohibir acciones.**

En síntesis, en el *plano pretípico* sólo existen *acciones*; en tanto que en el *plano típico* existen *dos estructuras una que prohíbe las conductas que describe (activa) y otra que prohíbe las conductas distintas de las que describe (omisiva).*

Sin perjuicio de ello, manifiesta, que se ha pretendido lo contrario; y describe, las posiciones que se alejan de la suya, menciona las críticas que se le han formulado y las responde; explica que, Beling entendía que como la acción era una inervación muscular, la omisión era una distensión muscular. Radbruch renunció a un criterio unitario de acción, porque llegó a negarla voluntariedad en la omisión; algo parecido hizo Mayer, quien sustrajo de la omisión culposa el concepto de acción; con semejante carencia de base unitaria en la teoría general del delito no fue difícil la desaparición de la acción como tal y su reemplazo por el tipo, lo que tuvo lugar años después con la acción realizadora del tipo en las variantes de Radbruch y Beling, que se corona con la pretensión de Gallas. Radbruch buscó apoyo en afirmaciones de Liszt, quien sin duda pretendía una base unitaria.

Concluye, que si se parte de la *existencia pretípica de la omisión* es ineludible disponer de una referencia valorativa; en ello -a su entender- no parecieron ver ningún problema los partidarios de la *teoría de la acción esperada*¹⁰, para quienes había omisión cuando el sujeto no realizaba una acción esperada; la pregunta que se imponía *era quién la esperaba*; era inconcebible que fuesen las pautas culturales, porque llevaría a una total *etización del derecho*

10 -Teoría afirmada por Mezger como piedra angular de la omisión; afirma que la esencia de los delitos de omisión radica en la acción esperada. La acción esperada produce la omisión jurídico penal. La omisión debe comprenderse no como un hecho físico, sino como valoración derivada de una norma que impone determinada acción. La acción es esperada por el derecho por lo tanto la omisión jurídico penal puede fundamentarse desde afuera. Las fuentes de la acción esperada, de la obligación de actuar son cuatro: la ley penal, la obligación impuesta por el contrato, la conducta precedente y el deber general. Los seguidores de la teoría argumentan que la acción esperada es suficiente para fundamentar la omisión, sin necesidad de que dicha acción sea exigida por el derecho penal, único caso en el que puede considerarse antijurídica. En conclusión toda acción exigida es esperada y una acción esperada pero no exigida carece de interés para el derecho penal.

penal: si fuese el orden jurídico, no hay acciones esperadas, sino debidas, con lo cual se confunden los niveles de análisis. Maurach, trató de hallar una solución a través de la consideración de la acción en la omisión, como una mera categoría jurídica, lo que significaba una dicotomización del concepto mismo de acción, o sea, entendida como una realidad en el tipo activo y como una categoría jurídica en el omisivo. Ante esta disyuntiva se pretendió ampliar el concepto de conducta humana hasta límites que abren la entrada a lo que cualquier criterio razonable excluiría de la conducta humana, con lo que se destruye la base unitaria, como lo pretendió Michaelowa, para quien conducta sería precisamente la respuesta del ser humano al mundo exterior. La amplitud de este concepto, análogo al de Androulakis, es insostenible, porque lo extiende de un modo en que deja de ser funcional para el *nullum crimen sine conducta* y, por ende, pierde su principal objetivo teórico.

Refiere, que alegan contra el aliud agüere que la conducta realizada puede ser totalmente ajustada a derecho e inofensiva; tal argumento es fácilmente rebatible: quienes pretípicamente admiten la existencia de una omisión, lo hacen mediante la colocación de la conducta humana en una constelación situacional en que la omisión sería una de las formas reactivas; pues bien, el tipo tiene por función captar esa situación, precisarla y, en esa situación determinada -y no en cualquier otra-, desvalorar la acción efectivamente realizada; así podrá ser penalmente irrelevante la conducta de jugar con terrones de azúcar, pero no lo es si el que lo hace es el futuro heredero de la tía rica que está muriendo, a un metro de distancia, como consecuencia de una crisis hipoglucémica; luego concluye que el tipo penal capta un marco situacional en el que desvalora lo único que puede desvalorarse: **una acción**.

4)-CARACTERÍSTICAS DE LOS TIPOS OMISIVOS EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

Previo a ingresar en la caracterización de los tipos omisivos, explicare que puntos entiendo son los que me inclinan a adherir a la postura del Dr. Zaffaroni en la materia:

*En primer termino, su concepto de omisión es normativo; antes de disponer del supuesto de hecho legal -tipo penal-, no es posible saber si hay una omisión, puesto que pretípicamente todas son acciones; esto descarta la complejidad de construir un concepto ontico de omisión sin referencias valorativas, o en su caso con referencias valorativas no concretas (ej. teoría de la acción esperada); es decir en el mundo solo hay acciones jurídicas las omisiones son éticas,

pero no son jurídicas hasta que el derecho no lo dice, y este “*solo lo dice en el tipo*”.

*De esta forma, se traza una separación concreta entre lo ético y el derecho, puesto que no se incorpora todo aquello en aquel, sin que pueda tampoco afirmarse que toda omisión jurídica sea también ética, si bien algunas acciones que tienen lugar en situaciones típicas expresan la violación de la norma preceptiva, esta no puede ser conocida antes de disponer del supuesto de hecho legal.

*Esta posición identifica los problemas concretos de los tipos omisivos, ej., la limitación del lenguaje asociada a que un enunciado preceptivo tenga un alcance mucho mayor que uno prohibitivo, lo que explica la excepcionalidad de los tipos omisivos en la ley penal, y el riesgo que importa contra la reserva fomentar la reversión de un enunciado prohibitivo en uno preceptivo¹¹.

*Esta perspectiva se identifica y ubica en el marco de un derecho penal de acto y no de autor, dado que el autor ejecuta una conducta diferente a la que prevé la norma imperativa, por lo cual, y sin importar el contenido de la conducta ejecutada, la que únicamente adquiere relevancia penal al solo efecto de demostrar que en dicha situación típica la conducta debida -determinada en el tipo penal- no fue ejecutada.

Aludidos los aspectos que hacen -a mi parecer- adecuada la posición de Zaffaroni, formulare los caracteres de los tipos omisivos; en tal sentido cabe indicar tal y como ya fuera dicho, que aquellos se construyen mediante la técnica de prohibir acciones diferentes a las debidas, se describe la acción debida en cierta situación típica cualquier otra esta prohibida en dicha situación¹².

La acción diferente no se prohíbe en si misma, sino porque exterioriza la no realización de la acción debida, por ello no tiene importancia la inexistencia del vínculo de causación entre ella y el resultado ni su inocuidad fuera de la situación típica, sino porque la conducta diferente es típica, porque es la única forma de manifestar la voluntad infractora de la norma imperativa (Raúl E.

11 -En esta misma óptica se enrola la respuesta que brinda Zaffaroni a la afirmación de que es más solidario un derecho que impone acciones que otro que se limita a prohibirlas, tal argumento solo es admisible para el derecho en general nunca en su concepción del derecho penal, puesto que afirmar ello implicaría desconocer la selectividad como característica del sistema penal y su concepción agnóstica de la pena y construcción dogmática con un fin acotante del poder punitivo.

12 -La acción prohibida por ende es un hacer diferente - otro hacer: agüere aliud.

Zaffaroni; 2009: 124 y sgtes.). En síntesis, el tipo omisivo describe el pragma con la conducta debida, en el presupuesto de hecho fáctico la conducta debe ser diferente de la descripta; la omisión típica es siempre un comportamiento diferente al prescripto por la norma, que puede consistir en acciones realizadas al momento de producirse el resultado o previamente (Raúl E. Zaffaroni; 2009: 125 y sgtes.).

El tipo omisivo sistemático, tiene siempre la característica de ser *circunstanciado*, puesto que define una *situación típica* y solo en esa situación el comportamiento diferente del prescripto revela una violación al precepto derivado del tipo, la conducta típica expresa la violación de la norma porque no se dirige al fin ordenado.

En la tipicidad omisiva media causalidad física porque el resultado se produce conforme a un proceso causal; la diferencia estriba en que en el *tipo activo* la norma prohíbe poner en funcionamiento el proceso causal (causación del resultado ofensivo) en tanto que en el *tipo omisivo* se prescribe interferir (se ordena la inferencia) en el proceso causal para evitar el resultado (evitación del resultado ofensivo); en ambos existe causalidad física, por lo cual esta es pasible de ser dirigida (por causación o evitación) hacia el resultado. No se trata de una causalidad diferente sino de dos modos diferentes de conducir, dirigir o montarse sobre la misma causalidad como hecho físico.

La dominabilidad en el tipo omisivo sistemático significa la *posibilidad cierta de interferir la causalidad*. La verificación de la causalidad -como causación o evitación- siempre es un juicio hipotético relacionante y por ende sobre lo que pudo ser y no fue, por lo que es imposible evitar un margen de duda a su respecto.

Los tipos omisivos permiten distinguir entre los *proprios* y los *impropios* delitos de omisión¹³; los omisivos propios son muy excepcionales en las leyes penales, son los tipos cuyos *sujetos activos no es calificado*, o sea, que puede ser cometido por cualquier personal (ej. art. 108 C.P.); en los impropios los *sujetos activos son siempre calificados* -se trata de delicta propia-. Aun cuando los tipos omisivos son todos circunstanciados -exigen una situación típica-, la calificación del sujeto activo en los impropios significa que este se halla vinculado por un especial deber de preservación o

13 -El criterio distintivo seguido entre propios e impropios delitos de omisión es sostenido por Jescheck, Stratenwerth, Pfander, Schwarz, etc

cuidado respecto del bien jurídico ofendido (diferente al del resto de las personas) que en esa situación típica le obliga a garantizarlo es decir que la situación y su condición lo colocan en una *posición de garante* (ej. art. 106 C.P.). Los deberes que configuran la posición de garante pueden tener por fuente la ley misma, el contrato o el comportamiento anterior del agente (Raúl E. Zaffaroni; 2009: 127 y sgtes.).

5)-LA PROBLEMÁTICA DE LOS TIPOS OMISIVOS IMPROPIOS “NO ESCRITOS”. LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. DIFERENTES POSTURAS; SOLUCIONES POSIBLES: CLÁUSULAS GENERALES DE EQUIVALENCIA Y CORRESPONDENCIA

Establecidos los saberes previos, en este acápite desarrollare el planteo concreto formulado en el **pto. 2)** como temática específica, deteniéndome por tratarse del autor que he seleccionado como guía en las posiciones sustentadas por Raúl E. Zaffaroni, para luego abordar la de otros autores de la doctrina nacional.

Respecto al enfoque de Zaffaroni (1981: 463 y sgtes), es necesario realizar un distingo; inicialmente sostuvo la constitucionalidad de los tipos omisivos impropios “no escritos”; sin perjuicio de ello ya indicaba, “*que la indeterminación típica de la posición de garante en los tipos de omisión impropia “no escritos”, provoca una serie de objeciones constitucionales*”. Agregaba, que esta característica del autor no obedecía a un defecto legal; su planteo consistía en preguntarse si el legislador podía cerrar los tipos omisivos impropios; a lo que contestaba que aquello era a su entender impracticable dado que: “*no es posible, en principio limitar concreta y agotadoramente, en tipos legales, la variedad de autores posibles de omisión*”; lo que describía como un “*problema dogmático*” que radicaba en la naturaleza de la cosa, dicha dificultad no podía ser resuelta “*por vía legislativa*”, los intentos de lograr la solución en una fórmula legal de la parte general, pasaban de ser una indicación general orientadora, una mera “*frase programática*”, lo que producía que el problema quedase planteado en los mismos términos, no obstante, queda claro que el legislador proporcionaba aquí también el criterio para cerrar los tipos, al igual que en la culpa.

Concluía, que ante la existencia de un criterio legislativo para cerrar los tipos, y aunque el “*principio de legalidad sufre un*

menoscabo”, ello obedecía a que: *es imposible legislar de otro modo, sería la naturaleza de la materia prohibida la que impide adoptar otra técnica legislativa*. Respecto a la materia prohibida -en sí misma-, decía que no puede ser inconstitucional porque no lo son los tipos activos que prevén idénticas lesiones de bienes jurídicos. Sin embargo, admitía que la omisión necesitaba (en este aspecto) una profunda investigación, puesto que había *objeciones constitucionales* que no quedan del todo contestadas, en particular señalaba a aquellas en donde se indicaba a estos supuestos como casos de *creación judicial de derecho penal*. En atención a estos problemas, planeaba dos dificultades que entendía existían para legislar en materia de omisiones impropias, por un lado, la solución no podía darse en reglas generales¹⁴, sino que debía hacerse acuñando tipos en la parte especial, lo que “*descontaba como impracticable por el legislador*”.

Luego, Zaffaroni (2001:577 a 582), modifica su posición y pasa a entender que *los tipos omisivos impropios “no escritos” son inconstitucionales*, antes de entrar a analizar los argumentos en los que sostiene la mentada determinación; entiendo que ambas soluciones dadas por el autor -aun cuando diferentes en sus consecuencias- partían de una misma base pero hacían primar finalidades distintas, así es que me parece que la teorización plasmada en su tratado (1981), destacaba concretamente que esa construcción podía plantear algunas objeciones constitucionales, es más indicaba que el principio de legalidad sufría un importante menoscabo, pero aun así y ante la supuesta imposibilidad del legislador de acuñar en la parte especial todos los tipos omisivos impropios, es que se inclinaba por la constitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos; pero con la aparición del fenómeno de la inflación o banalización de la legislación penal¹⁵,

¹⁴ -En este planteo es posible observar el germen de una problemática que posteriormente ocupará a la doctrina especializada, se trata de la introducción de las denominadas cláusulas de equivalencia (que implica la equivalencia de la omisión con la acción) y las de correspondencia (respecto a la construcción de la posición de garante), a manera de sortear la lesión al principio de legalidad -que parte importante de la doctrina sostiene- en lo que respecta a los tipos omisivos impropios no escritos.

¹⁵ -En palabras de este autor la llamada **administrativización del derecho penal**, caracterizada por la pretensión de un uso indiscriminado del poder punitivo para reforzar el cumplimiento de ciertas obligaciones públicas (especialmente en el ámbito impositivo, societario, previsional, etc.), que banaliza el contenido de la legislación penal, destruye el concepto limitativo del bien jurídico, profundiza la ficción de conocimiento de la

comprueba que el legislador no está imposibilitado de incorporar por el mecanismo constitucional pertinente (la sanción de una ley en sentido formal y material) los tipos de omisión impropia en la parte especial del Cód. Penal, no siendo admisible su construcción a partir de la reversión de los tipos activos legislados.

Concretamente, y explicado desde mi percepción el porque de la variación en su postura, daré cuenta de los puntos a través de los que dicho autor en su obra conjunta sostiene la inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios “no escritos”.

En la doctrina, domina la afirmación de que los tipos impropios de omisión no están todos escritos, por lo que el juez debe completar las características de los autores conforme a los modelos legales de los que se hallan escritos; por ende, parecería que los tipos impropios de omisión no escritos serían *tipos abiertos*, al igual que los *tipos culposos*.

Partiendo de esa premisa y observando que en los tipos escritos la posición de garante (círculo de posibles autores) está definido en la ley, se hace necesario delimitarla en los que se consideran tipos omisivos impropios no escritos, en razón de lo que se apela a criterios generales que se introducen en la legislación penal¹⁶; en esta corriente legislativa, además de criterios generales para sustituir las 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 (desvalor) correspondiente al de la tipicidad activa.

Aclara, que en el código argentino no existe ninguna de

ley, pone en crisis la concepción del dolo, cae en responsabilidad objetiva y, en general, privilegia al estado en relación con el patrimonio de los habitantes. En esta modalidad, el poder punitivo se reparte más por azar que en las áreas tradicionales de los delitos contra la propiedad, dado que la situación de vulnerabilidad al mismo depende del mero hecho de participar de emprendimientos lícitos. Existen sospechas de que recientes teorizaciones del derecho penal se orientan a explicar esta modalidad en detrimento del derecho penal tradicional. pág. 12 - Derecho Penal - Parte General, ed. EDIAR – Buenos Aires – Raúl E. Zaffaroni –Alejandro Slokar - Alejandro Alagia

16 -Estos criterios generales han sido introducidos legislativamente en los códigos penales a partir del art. 13 del código alemán, que sirvió de modelo a los restantes (art. 2 del código austríaco, art. 11 del español, art. 10 del portugués, art. 13, 2º párrafo del brasileño, etc.)

estas cláusulas, pero que en general la doctrina ha sostenido una construcción similar, fundada en la necesidad derivada de considerar inadmisibles o escandalosas la imaginada impunidad de los impropios delitos de omisión no escritos.

En esa tradición, refiere que la bibliografía nacional suele reconocer como fuente de la obligación de actuar para la construcción analógica de los tipos de omisión impropia, *la ley, el contrato y la conducta anterior o precedente del sujeto*; con todo, se sostiene que no es el mero deber de actuar, sino la particular posición en que se halla el sujeto activo respecto de un bien jurídico o frente a una fuente de peligro; se privilegian los contenidos de los deberes más que las fuentes formales de éstos, sosteniéndose que si bien todo garante tiene el deber de actuar, no todo el que tiene el deber de actuar es garante; de allí que otros orienten la cuestión por la clasificación de los deberes, atendiendo al ámbito de responsabilidad por organización y por deberes en virtud de responsabilidad institucional.

Afirma que, la posición de garante presenta notorias ventajas frente a las tradicionales fuentes del deber de actuar, aunque nunca pudo ofrecer la certeza que prometía; la inseguridad se pone de manifiesto en la *diversa metodología empleada para la determinación de la equivalencia de la omisión impropia con la acción*. Si bien tiene la ventaja de restringir la inadmisibles amplitud del mero deber de actuar que hacía abarcar a la tipicidad cualquier límite de antijuridicidad, no resuelve mucho, por efecto de sus propios límites inciertos.

Sintetiza, la evolución del pensamiento penal en materia de omisión, observa que la tradición del viejo canonismo fue seguida por el derecho anterior al iluminismo; así, indica que la glosa sostenía que quien no evita el crimen, estando obligado a ello por su estado y teniendo el poder de hacerlo, era responsable, y ya incorporaba la regla de la correspondencia, *considerando que siempre la pena debía ser menor*, conforme a la máxima *gravior semper reputatur culpa in committendo quam in omitiendo*; este principio -relata- fue adoptado por el código fascista de 1930, en el que se consagró que no impedir un resultado que se tenía el deber de evitar equivale a causarlo, para lo que se apeló a la causalidad jurídica y se eliminó la atenuante de los posglosadores; luego se apeló a la posición de garante para limitar la extensión del deber

jurídico a toda la antijuridicidad; finalmente, algunos códigos introdujeron la posibilidad de atenuar las penas en función de un menor contenido injusto, pese a la posición de garante, es decir, volvieron a la norma de los posglosadores.

Esta dinámica muestra que los tipos de los impropios delitos de omisión no escritos se originaron en una teoría preiluminista a la que se procura poner límites, porque *a nadie le pasa por alto la lesión a la legalidad* que importa y que no se salva con cláusulas generales: *nunca la legislación penal autoritaria consagró la analogía libremente, sino conforme a pautas que señalaba el propio legislador*.

En tal sentido, refiere, que pese a todos los esfuerzos de la doctrina por justificarlos, es innegable que estos códigos por lo menos están violando la exigencia de *estricta legalidad*, menciona que desde antiguo se ha sostenido la pretensión de que existen tipos omisivos no escritos, con el escaso argumento de que *agotan el contenido prohibitivo de los tipos activos*¹⁷. Agrega, que no hay diferencia sustancial entre el casi desaparecido *crimen culpae*, que pretendía erigir un tipo culposo junto a cada tipo doloso, con los pretendidos tipos omisivos no escritos que operarían como *falsete* de los tipos escritos; uno y otro aspiran a una legislación penal sin lagunas en la que nada pueda escapar al poder punitivo; reflexiona, que existiendo 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 escritos; contesta a través del fenómeno que denomina banalización irresponsable de la ley penal, la objeción que se funda en que el agregado de los nuevos tipos llevaría al código a una *desmesurada extensión*.

En síntesis, asevera que la construcción analógica de tipos penales no tiene otra explicación que una pretendida “*etización*”, a la confusión entre moral y derecho. Entiende, inadmisibles que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber emergente de otras leyes, así agrega, que en la ley argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilite la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella sería también inconstitucional frente a la general prohibición de la *analogía in*

17 -Zaffaroni explica que esta expresión encierra una pretensión de completividad del derecho penal incompatible con el carácter fragmentario de la ilicitud penal.

malam partem.

Destaca, que en nuestra tradición legislativa, no hay referencia alguna a la omisión que permita inferir la posibilidad de construir analógicamente estos tipos judiciales; a lo que adiciona que en la parte especial existen numerosos tipos impropios de omisión, paralelos a los tipos activos correspondientes y con su círculo de autores delimitado.

Al problema de la construcción analógica, suma, el de la *equivalencia de injustos*; dado que puede ser que el contenido injusto de la conducta típica no equivalga al tipo omisivo doloso, pues plantea, *no siempre representa el mismo grado de injusto no evitar un resultado que causarlo*; la ley puede reconocer esta disparidad y traducirla en la escala penal conminada, pero incluso cuando esta no lo haga el juzgador debe analizar la equivalencia de injusto en el momento de establecer la penalidad (conf. art. 41 C.P.).

Por ultimo, afirma que se ha querido justificar estas construcciones con el objeto de evitar pretendidas situaciones de escandalosa de impunidad, las que no solo no existen¹⁸, y mas aun si se presentasen, se trataría de *omisiones del legislador que los jueces no están autorizados a colmar por vía de la analogía*, y que no sería difícil resolver por legisladores responsables, *la irresponsabilidad legislativa no autoriza la violación de la Constitución por parte de los jueces y, menos aun, la instigación a ella por parte de la doctrina.*

A continuación, daré cuenta de la posición que han adoptado otros autores de la doctrina nacional:

Marcelo Sancinetti, (1991:139) explica que en los delitos impropios de omisión no escritos, la posibilidad de imputar a una omisión la producción de un resultado, como si se tratase de una comisión, genera una serie de reparos desde el punto de vista del principio de legalidad; plantea que el criterio de no introducir ninguna cláusula de conversión o equivalencia, tiene la ventaja

¹⁸ -Muchos de los casos que son presentados como los que implicarían situaciones de grave impunidad quedarían impunes; el mas usado es el ejemplo de la madre que deja de alimentar al niño para que muera, ya se encuentran previsto por nuestra ley penal; el caso encuadra en el tipo del art. 106 C.P., calificado por el parentesco conforme al art. 107; esto significa que el delito está conminado con pena máxima de veinte años, según la reforma de la ley 24.410; dada la escala penal prevista, la pena prácticamente sería idéntica en los códigos que establecen la cláusula de equivalencia con el correctivo de correspondencia, con la ventaja de que en el texto argentino no se viola la legalidad.

de mantener la punición de la comisión por omisión dentro de límites bien estrechos, explica que si uno quisiera ver realizada en la práctica la pretensión de Stratenwerth de que *“la punibilidad se limite a aquellos casos en los cuales la equiparación se imponga indiscutiblemente”*, no habría en verdad nada mejor que dejar sin alterar aquellas legislaciones que -como la Argentina-, aún no han introducido una cláusula de conversión; dado que en los países en que sus legislaciones incorporaron una fórmula tal, existe un riesgo mayor de que la punibilidad por delito impropio de omisión reciba una extensión intolerable; aun así reflexiona: *“que el estado actual de la dogmática sobre el delito de omisión permite generar tantas dudas sobre la legitimidad de penar una omisión bajo la descripción legal de un verbo de causación que, al menos desde la puridad de los principios, es preferible establecer legalmente la cláusula de conversión”*; lo contrario lleva -a su entender- o bien a una interpretación analógica de los tipos penales o bien a la admisión de una causalidad en la omisión que no se puede defender. Admite, que la ausencia de una cláusula de conversión no tiene el efecto de generar una laguna de punibilidad intolerable sino el de que la punición imprescindible siga rigiendo en la práctica, pero por vías objetables desde el punto de vista constitucional. Tampoco se puede decir que en las legislaciones en que no existe una cláusula de conversión no se resienta en alguna medida la necesidad político-criminal de una pena justa; plantea que en la jurisprudencia argentina el hallazgo de una condena por delito impropio de omisión es -en el ámbito del delito doloso-, una *rara avis*, mientras que los tipos penales activos -sobre todo el homicidio y las lesiones-, en caso de imprudencia, son aplicados sin más a hechos omisivos, sin siquiera tomar consciencia de que se trata de situaciones de hecho que, en rigor, no cumplen el *“tipo del texto”* y con frecuencia sin tomar consciencia siquiera que se trata justamente de una omisión (Marcelo Sancinetti: 18 y sgtes).

Nelson R. Pessoa (1997:112) entiende, que estos delitos son inconstitucionales por lesionar el principio de ley previa, reconocido en el art. 18 C.N., puesto que a su entender, *los tipos omisivos impropios constituyen un mecanismo de ampliación del tipo penal*; explica que el tipo penal activo, como hace a su propia estructura, describe con sentido de prohibir acciones (el hacer), no describe omisiones, éstos se convierten en materia de prohibición

por vía de los llamados tipos omisivos propios.

Edgardo Alberto Donna (2003:7), indica que los delitos impropios de omisión no se aplican de manera constante, y que cuando ello sucede 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*”.

Osvaldo Arturo Duloup (1995:177) sostiene que es violatoria del principio de legalidad la pretensión de adecuación de estas formas omisivas o tipos concebidos como de acción positiva; puesto 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 penal.

En sentido contrario, se expresa Carlos Creus (1999:178), en cuanto refiere 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 es violatoria del principio de legalidad la consideración de la comisión por omisión*”; y plantea que en un significado socialmente adecuado de la acción de “matar”, tanto mata el que quita la vida a otro, como el que permite que se extinga la vida cuando puede impedirlo.

A través de estas reseñas he intentado compilar las posiciones adoptadas desde la doctrina, respecto de la problemática planteada, a continuación y en forma previa a las reflexiones que el presente trabajo me ha generado, mostrare con un precedente jurisprudencial como las variantes antes citadas pueden trasladarse a un supuesto concreto de la realidad.

6)-EJEMPLO DE ABORDAJE JURISPRUDENCIAL DE LA PROBLEMÁTICA. RESEÑA DEL FALLO: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE - 15/12/2009 - A., W. A. (Publicado en: LL Litoral 2010 (mayo), 418 - LL 11/05/2010, 7 - Cita Online: AR/JUR/65490/2009).

Previo a ingresar en el tratamiento del precedente seleccionado, debo aclarar que la presente no intenta ser una compilación de las decisiones que sobre la cuestión tratada han adoptado distintos tribunales; la elección del fallo ha tenido por única intención mostrar en una faz diferente, la problemática de la

omisión impropia no escrita, articulada en un caso concreto, como método de observatorio de la problemática dogmática constitucional en análisis.

Síntesis de los hechos: El Juez 1° I. Penal de Sent. (Melincué) condenó a D. como autora del delito de homicidio calificado por el vínculo, y absolvió a A. de la misma imputación, fundó la condena de D. tuvo probado que causó la muerte de su hija recién nacida; absolvió a A. dado que no conoció el accionar de D. por estar durmiendo y que, aun de haber estado despierto, pudo no enterarse de lo ocurrido; evaluó que *no estaba en posición de garante en relación a la bebé por no ser su padre*. El Fiscal recurrió la sent., y la C. Ap. Penal (Venado Tuerto) revocó la abs. de A. condenándolo como *coautor del delito de homicidio agravado*; consideró que podía inferirse que ambos cónyuges habían tenido participación en el hecho, merituó, en cuanto a que A. *“no impulsó activamente la cadena causal que acabó en el resultado conocido, igualmente habría responsabilidad de su parte, pues se estaría ante un hecho omisivo, en el que el autor omitió la realización de una acción que habría podido evitar el resultado, cayendo su conducta en la categoría de la omisión impropia”*. Ratificó la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia y de delimitó su alcance, se ponderó que *al no ser A. el progenitor de la víctima*, la *“posición de garante”* surgía de la eticidad derivada de las *relaciones de solidaridad en que se ubican aquellos deberes que tienen por objeto el cuidado de persona necesitada -incapaz de valerse- como lo era la hija recién nacida de su propia cónyuge*. Concluyó, que A. debía responder penalmente por la muerte de la hija de su cónyuge D. en *calidad de coautor del delito de homicidio agravado por el vínculo aun cuando no era padre de la niña por aplicación del artículo 48 “in fine” del Código Penal*. Contra esa decisión la defensa de A. interpone recurso, invoca dos agravios; el que aquí interesa, afirma que la cámara al resolver condenar a A. como coautor del delito de homicidio agravado acudiendo a la figura de la *“omisión impropia”* como estructura típica de imputación ha violado el principio de legalidad sustancial previsto en el art. 18 de la C. N.; señala la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia no consagrados expresamente en la ley penal resulta evidente a la luz de los principios de legalidad penal y reserva (arts. 18 y 19 C.N., y 9 C.Prov.). Descalifica el razonamiento efectuado por el a quo, para

entender que el imputado se hallaba en una “*posición de garante*” respecto de la vida de la víctima; puesto que al haberse demostrado que A. no era el padre de la niña fallecida, no era posible atribuir esa posición de garante con base en *las relaciones de familia* y que los *deberes éticos y solidarios* en que se fundó la construcción del tipo lejos están de ser integrantes de la ley penal. Expresa que *tal amplitud conceptual en la construcción típica inventada por esta forma de argumentar* atentó contra el principio de legalidad, la prohibición de la analogía y el derecho penal de acto, tributario del principio de reserva. ...Cuestiona, que se le haya extendido a A. a quien se considera coautor, el agravante por parentesco cuando no era padre de la víctima, entendiendo que el art. 48 prevé la comunicación de las calificantes sólo para partícipes pero no para coautores.

Lo resuelto por la C.S.J. de Santa Fe: declara procedente el recurso interpuesto por la defensa de A. y anula el pronunciamiento; en lo que hace al contexto de este trabajo adopta en particular el 1° Ministro votante una clara postura sobre los delitos de omisión impropia no escrita; en oposición a la adoptada por la Cámara que revoca la sentencia del Juez de 1° Inst.

El Dr. Erbetta dijo: además de los argumentos del magistrado para descalificar la decisión del a quo, vinculados a: la valoración de la prueba, adecuada fundamentación/motivación, cumplimiento de las garantías de debido proceso y defensa en juicio; arbitrario razonamiento del a quo para sostener la imputación de A., violación de las normas de la sana crítica; principios de inocencia, de congruencia fáctica; supuestos que por su entidad, en palabras del magistrado, sobran para invalidar la resolución atacada (ptos. 1 al 7 del voto indicado).

A tales argumentos agrega (ptos. 7.2 y 8) otros que son centrales, el 1° se refiere a la construcción de la posición de garante, y el 2° a la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia no escrita, a continuación los sintetizo: *Refiere -pto. 7.2-, se le atribuye a A. ser responsable por su omisión impropia del delito de homicidio agravado en calidad de coautor a través de la no realización de una conducta que hubiera evitado el resultado, concluyéndose que se hallaba en posición de garante respecto de la bebé (a pesar de no ser el padre) por las obligaciones éticas que surgen de las relaciones de solidaridad. Advierte, que ello, resulta

imposible de mantener por alteración de la regla de congruencia, a lo que añade que deviene arbitraria la valoración que en el fallo se efectúa de los deberes de garantía que le incumbían a A. Indica, que la doctrina denomina delitos impropios de omisión a aquellos en que la omisión no sólo consiste en el incumplimiento de un mandato de acción, sino en la no evitación de un resultado que el autor está obligado a impedir, *el autor se encuentra en posición de garantía respecto a la protección del bien jurídico*. Explica, que los delitos omisivos reconocen dos categorías: los de simple omisión y los impropios de omisión (en los que el injusto se agota en el incumplimiento del mandato de acción y la no evitación del resultado típico); en relación a estos últimos, las dificultades surgen cuando no se encuentran expresamente previstos en la parte especial y se los pretende admitir a partir de la conversión del enunciado de una norma prohibitiva en una norma preceptiva; es decir, cuando son elaborados por el intérprete a partir de un tipo activo. En estos supuestos, dada la apertura incriminante, se procura limitar el tipo sosteniendo que los delitos de omisión impropia no escritos no son delitos comunes sino que requieren una especial condición de la autoría, de modo que no cualquiera puede ser autor sino solamente aquél que se encuentre *en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación en la situación típica*; de este modo, se limita el círculo de autores a las personas que se encuentran, en relación al bien jurídico, en una *posición de garantizar su integridad y protección*. Plantea el problema de las fuentes de la posición de garantía, en los casos que no están expresamente regulados, se trata de tipos abiertos -como ocurre con los tipos culposos- en que el juez *debe completar, individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales de los que se hallan escritos*, debiendo fundar en cada caso que el sujeto se hallaba en una posición de garantía que lo convertía en relación a una víctima determinada en un posible autor del delito omisivo; la exigencia de la posición de garante para poder ser autor de estas omisiones tiene una clara función de limitar los deberes jurídicos que pueden generar eventuales efectos penales, de manera tal de evitar que comprenda a toda la antijuricidad; es por ello -indica- que su determinación resulta de gran trascendencia en orden a fijar los alcances de la responsabilidad penal; aclara, que no existe unanimidad en la doctrina nacional en cuanto a los posibles

orígenes de esta posición de garantía.

*Plantea, que cualquiera sea el criterio seguido -por el a quo-, en cuanto a la determinación de la posición de garante, no se ha acreditado, ni fundamentado posición alguna de garantía que obligara a A. sino que, *se omitió* precisar en la indagatoria cuál era la posición de garante y su fuente; ello tiene una relevancia decisiva porque aún admitiendo la constitucionalidad de los denominados delitos de omisión impropia no escritos, cabe reparar que la *posición de garante* constituye un elemento típico descriptivo de carácter objetivo valorativo que, como tal, debe ser intimado en la indagatoria para posibilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa, *circunstancia que no ocurrió*. Advierte, al momento de precisar la obligación de actuar de A. no se referencia ni la ley, ni el contrato, ni la conducta precedente, por el contrario, se apela a una difusa relación de solidaridad y se concluye que el orden jurídico lo colocaba de todos modos en posición de garante; tal razonamiento no puede ser ratificado desde la óptica constitucional; dado que, admitir que la posición de garante de la cual se deriva la responsabilidad penal pueda surgir de las “*relaciones de solidaridad*” que comprenden a todo aquel que se encuentre frente a una persona necesitada o incapaz de valerse sin exigirse vínculo real de parentesco, ni que tal situación se relacione causalmente con la conducta precedente, *implica acordar al tipo penal omisivo una amplitud tal que resulta incompatible con los principios antes enunciados*.

*A continuación -pto. 8-, se expide en relación a la inconstitucionalidad de los delitos impropios de omisión; afirma que la elaboración de tipos omisivos no escritos a partir de estructuras típicas activas es *inconstitucional*, implica una violación al principio de legalidad estricta (art. 18 C.N.) como consecuencia de la aplicación analógica (in malam partem) de la ley penal. Destaca, la complejidad de los problemas de los delitos omisivos, y refiere -en relación a la impropia-, que en su mayoría no están escritos y su admisión deriva de una formulación doctrinaria por vía de considerar equivalente, en ciertos casos, la omisión o no evitación de un resultado con la comisión o producción del mismo prevista en un tipo activo; respecto de lo que advierte que *la lesión a la legalidad surge palmaria*; subraya, que el error consiste en suponer que no impedir es igual a causar, cuando no hay equivalencia causal

entre causar y omitir; y que sólo desde un *normativismo extremo* puede admitirse una identificación plena entre actuar y omitir.

*Explica, que el principio de reserva de ley, y de certeza, privilegian el enunciado prohibitivo y sólo por excepción admiten el imperativo, dado que no existe equivalencia, ni correspondencia, entre acción y omisión, los delitos omisivos -en especial los impropios de omisión- al igual que los comisivos, los dolosos o los culposos, **deben estar expresamente tipificados en la parte especial porque así lo exige el principio de legalidad.**

*Agrega, que los delitos impropios de omisión no escritos constituyen tipos abiertos en los que el *juicio de tipicidad debe ser cerrado y completado por el juez*; menciona que en otras legislaciones se procura limitar el círculo de autores y resguardar el principio de legalidad, apelando a criterios generales introducidos legislativamente -cláusula de equivalencia-, según la que la omisión equivale a su causación, y la cláusula de correspondencia, según la cual la lesión de ese mandato debe igualar en contenido la ilicitud y en reproche el delito de comisión. De esta forma, afirma, la doctrina y la legislación comparada han tratado de elaborar criterios para trazar límites legales a la posibilidad de atribución de responsabilidad a título de omisión impropia. Indica, que el Código Penal Argentino no contempla en la parte general ninguna cláusula de este tipo, lo que permite sostener que *los delitos de omisión impropia no escritos derivan de una prohibida construcción analógica injustificadamente motivada en la supuesta e imaginada impunidad.*

*Finalmente, señala, que ninguna razón de impunidad puede invocarse, en tanto las eventuales conductas que suelen usarse para denunciar esa impunidad quedan abarcadas por tipos penales que contemplan sanciones proporcionales a la gravedad de los hechos; de allí que la supuesta impunidad que generaría la no admisión de una violación constitucional no es real, pero aún cuando se presentasen, se trataría de omisiones del legislador que los jueces no están autorizados a colmar por vía de la analogía y que no sería difícil resolver por legisladores responsables.

Los doctores **Netri, Gastaldi y Spuler**, fundan la admisión del recurso interpuesto por la defensa de A. con similares argumentos a los sustentados por el Dr. Erbetta en sus **ptos. 1 a 7**, no adhiriendo a lo expuesto por él en cuanto al plateo de constitucionalidad de los

delitos de omisión impropia no escrita.

Practicado un análisis puntual de la decisión del Dr. Erbetta, se inclina por la *inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia no escrita*, para ello se basa en las razones sostenidas por Raúl E. Zaffaroni, lo que queda claramente demostrado por su contenido, respecto de su mención me remitiré a la síntesis realizada en el **pto. 5** y a la descripción hecha en el voto pre-indicado. Sin perjuicio de ello, se desprende que esta no es una posición compartida por el resto de los integrantes de esta Corte, puesto que tanto los Dres. Negri y Gastaldi, sustentan la necesidad de revocar la resolución atacada, reproduciendo argumentos similares pero sin responder al planteo de inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia no escrita, más haya va el Dr. Spuler, el que se expresa adhiriendo al voto del Dr. Erbetta, pero solo en sus **ptos. 1 a 7**.

Párrafo a parte, merece la decisión de la Cám. Ap. de Venado Tuerto, el que además de los problemas de valoración de la prueba, de razonamiento y de violación de una serie de principios y garantías del proceso penal, etc., admite la constitucionalidad de los delitos omisión impropia no escrita, al construir la imputación de A. por omisión a través un tipo activo “equivalente” -el art. 80 inc. 1) del C.P.-, y fundar la posición de garante de A. en las “relaciones de solidaridad”, desechando por completo la función limitadora que tiene este elemento en los delitos de omisión impropia (ver la síntesis de argumentos dados en el **pto. 7.2** por el Dr. Erbetta). Indicado ello, no puedo sino advertir que el problema de los delitos de omisión impropia no escrita, no solo se produce a nivel teórico, sino que puede representarse en la faz practica, el caso analizado lo demuestra, trazando así las aristas de una oposición latente pero siempre existente de tras de este tipo de problemáticas, que enfrenta a aquellos enfoques que buscan acotar el poder punitivo y las que solo se encargan de justificar constante aumento.

7)-REFLEXIONES

Encuentro oportuno iniciar este acápite con una clara delimitación del significado del problema tratado, entiendo que aquel me remonta a uno más general que me coloca ante la siguiente pregunta: *¿cual es el sistema penal y dentro de éste que derecho penal estamos sosteniendo?*, si reconocemos que aquel, se caracteriza por su selectividad, y que su resultado: la imposición de una pena, aun

no ha encontrado una construcción que la pueda sustentar eficazmente; entonces debemos mantener un derecho penal (en clave constitucional) como una serie de reglas que se encarguen de contener el ejercicio desmesurado del poder punitivo; desde esta tesitura únicamente queda concluir que los delitos de omisión impropia no escrita son inconstitucionales; y que ninguna situación de cierta o aparente impunidad habilita a su construcción por el interprete.

Hecha esta primera aproximación, debo si descontar su falta de originalidad, dado que únicamente he formulado un acote imperfecto de la concepción del sistema penal sustentada por Raúl E. Zaffaroni.

Aclarado ello, y en el entendimiento de que la dogmática penal debe reportar una función práctica y no sólo descriptiva o clasificatoria, sino que debe ser difusora de soluciones doctrinales y orientadora de las decisiones jurisprudenciales¹⁹, únicamente queda desarrollar los argumentos que a mi entender sustentan la expuesta inconstitucionalidad:

*Los delitos de omisión impropia en el Código Penal Argentino son captados por tipos, tan legales como los activos; por ende, la construcción analógica de los primeros viola tanto respecto de estos como lo haría con relación a los segundos, el principio de legalidad constitucional; esta identidad no hace desaparecer las diferencias que existen entre los tipos activos y los omisivos²⁰, tampoco cambia la situación el hecho de que la mentada construcción se haga tomando como base un tipo activo legislado en la parte especial. Tal construcción -analógica- de los tipos omisivos impropios no pierde su esencia, cuando una ley la autoriza mediante una formula general²¹ con indicaciones para que el juzgador la realice, pues es propio de toda habilitación de integración analógica de la ley penal que el legislador imparta instrucciones o directivas a los jueces para la construcción de los tipos judiciales. En síntesis el Código Penal Argentino no contiene ninguna autorización para que los jueces construyan tipos penales -analogía integradora violatoria

19 -Conforme lo sostiene el Dr. Alberto M. Binder.

20 -Desde el tipo de norma que receptan: prohibitiva, los activos y preceptiva, los omisivos; hasta la concurrencia de elementos que son propios de uno y no existen como tal en los otros, por ej.: en los omisivos la situación típica, y la posición de garante.

21 -Esta habilitación general de integración analógica no existe en nuestro Código; y aun así parte de la doctrina especializada, se ha expresado que de existir la misma también sería inconstitucional por idénticas razones a las expuestas para los delitos de omisión impropia no legislada.

del principio de legalidad-.

*Los que habitualmente sostienen la idea de que si deben construirse esos tipos, lo hacen indicando que de no ser así se generarían situaciones de impunidad, o aquellas estarían sujetas a una pena insignificante, así por ej., en el caso de la madre que no alimenta a su bebe para que este muera, se dice que el contenido ilícito es equivalente a la conducta activa del homicidio y que como la madre se haya en posición de garante, este tipo omisivo impropio construido por lo jueces no hace más que agotar el contenido ilícito del tipo activo²².

Tales afirmaciones son cuestionables, en 1° termino, por la inexistencia de la mentada equivalencia de injusto, la que no es tal salvo que se admita que representa el mismo grado de injusto -y por lo tanto amerita el mismo desvalor-, no evitar un resultado que causarlo; partiendo de la aludida inexistencia resulta inadmisibles sostener que a través de la construcción por los jueces de los tipo omisivo impropio no se hace más que agotar el contenido ilícito de los tipos activos. Al respecto se ha dicho²³, entiendo de manera acertada, que dicho ejemplo ya tiene previsión en nuestra ley penal, el caso encuadra en el tipo del art. 106 C.P., calificado por el parentesco de acuerdo al art. 107, lo que significa que el delito está conminado con una pena máxima de hasta 20 años²⁴, la que es prácticamente similar a la que se impone en los códigos que establecen la cláusula de equivalencia con el correctivo de correspondencia, con la obvia ventaja de que la aplicación de las normas citadas no se viola el principio de legalidad.

Aun, así y de presentarse (no en el ejemplo indicado) situaciones de impunidad, como bien dice Zaffaroni (2001: 577 a 585), se trataría de omisiones del legislador que los jueces no están autorizados a llenar por vía de la analogía, y que no sería difícil resolver por legisladores responsables; *la irresponsabilidad legislativa no autoriza la violación de la Constitución por parte de los jueces y, menos aun, la instigación a ella por parte de la doctrina.*

*Sin perjuicio de lo referido, y en aquellas legislaciones que han incorporado las cláusulas de equivalencias y correspondencias

22 -Posición que puede representarse en la doctrina nacional por la postura de Carlos Creus, a la que ya me referí en particular.

23 -Parte de la doctrina especializada, por ejemplo: Raúl E. Zaffaroni, entre otros.

24 -Según la reforma de la Ley 24.410

a la parte general del Código Penal, se ha reconocido que no siempre responden a las exigencias de certeza y legalidad, ni al principio de proporcionalidad entre gravedad del hecho y sanción correspondiente, y por ello postulan mejorar esas cláusulas pero, especialmente, proceder a la *descripción detallada de los delitos impropios de omisión punibles en la parte especial de los Códigos*.

*En otro sentido, y retomando a la cuestión de nuestro derecho penal (visto desde una perspectiva constitucional), cabe reflexionar que el principio de reserva de ley, y de certeza privilegia las normas de contenido prohibitivo y sólo por excepción admite las imperativas; puesto que como ya fue dicho no existe equivalencia, ni correspondencia, entre acción y omisión, y los delitos omisivos (en especial los impropios de omisión), al igual que los comisivos, dolosos o culposos, deben estar expresamente tipificados en la parte especial porque así lo exige el principio de legalidad.

En lo concreto, esta fue la propuesta realizada en el anteproyecto de Reforma y Actualización integral del Código Penal Argentino y leyes complementarias (años 2005/2006), en el que se establecía que sólo son punibles las acciones y omisiones descriptas en la ley, ampliando en la parte especial el número de delitos impropios de omisión previstos de manera expresa, sin que se genere una extensión desmesurada de la norma proyectado.

El propio Marcelo Sancinetti, plantea no introducir ninguna cláusula de conversión o equivalencia en aquellas legislaciones que, como la argentina, no la tienen; puesto que -entiende- que de esta forma se tiene la ventaja de *mantener la punición de la comisión por omisión dentro de límites bien estrechos y ver realizada la pretensión de que la punibilidad se limite a aquellos casos en los cuales la equiparación se imponga indiscutiblemente*, ello refiere, no ocurre en los países en que se incorporaron tales fórmulas, en los que existe un riesgo mayor de que la punibilidad por delito impropio de omisión reciba una extensión intolerable, sin perjuicio de lo que aclara, *que el estado actual de la dogmática sobre el delito de omisión permite generar tantas dudas sobre la legitimidad de penar una omisión bajo la descripción legal de un verbo de causación que, al menos desde la puridad de los principios, es preferible establecer legalmente la cláusula de conversión*.

Entiendo, que la solución de este autor traslada el análisis a un estadio posterior, que implica aceptar determinadas afirmaciones

como validas -o al menos admisibles- que desde la postura que he trabaja es imposible sostener como la pretensión que *la punibilidad se limite a aquellos casos en los cuales la equiparación se imponga indiscutiblemente*, puesto que como no existe equivalencia entre acción y omisión, y tampoco se puede sostener que representa el mismo grado injusto no evitar un resultado que causarlo, y menos aun que una necesidad político criminal de una “*pena justa*”, habilite la construcción de tipos judiciales por los jueces en clara contradicción de la regla de clausura -art. 19 C.N.-, que bien interpretada (en clave de dogmática zaffaroniana), establece como punto de partida el “*estado de libertad*” como derivación de que “*todo esta permitido, salvo que se encuentre expresamente prohibido*”, lo que implica que para evitar colisionar con el principio de legalidad y de ley estricta, que lo prohibido este expresamente definido por el tipo penal.

Tales derivaciones implican a mi entender que la solución auspiciada, la que se reproduce -aplicada a un caso particular- en el voto dado en el fallo arriba citado por el Dr. Erbetta, responde de mejor manera a una construcción dogmática penal, con una finalidad acotante del poder punitivo.

BIBLIOGRAFÍA:

- CREUS, Carlos (1999): *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires
- DONNA, Edgardo A. - en Prólogo al libro de Gimbernat Ordeig (2003): *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”* - Buenos Aires
- DULOUP, Osvaldo A.(1995): *Teoría del Delito*, Buenos Aires
- FISSORE, Gustavo (2005): *La omisión en el Derecho Penal*. Rosario: - ed. Nova Tesis
- MIR PUIG, Santiago (1996): *Derecho Penal – Parte General – cuarta edición*
- MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ, Conde -*Tratado de Derecho Penal – Parte General* - ed. Bosch - Vol. I
- PESSOA, Nelson R. (1997): *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

- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal – Parte General- Tomo I*
- SANCINETTI, Marcelo (1991): *Casos de Derecho Penal*. Buenos Aires: ed. Hammurabi
- STRATENWERTH, Günter (2005): *Derecho Penal Parte General*. Ed. Civitas
- SANCINETTI, Marcelo: *Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la Parte General de los códigos penales*. en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_01.pdf
- ZAFFARONI, Raúl E. (2009): *Estructuras básicas del Derecho Penal*. Buenos Aires: ed. EDIAR
- ZAFFARONI, Raúl E. – SLOKAR, Alejandro – ALAGIA, Alejandro (2001): *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: ed. EDIAR
- ZAFFARONI, Raúl E. (1981): *Tratado de Derecho Penal – Parte General - Tomo III*. Buenos Aires: ed. EDIAR