

# La figura del delito de omisión impropia y la necesaria óptica constitucional

POR GUSTAVO J. RAVIZZOLI

**Sumario: I. Introducción. — II. Marco conceptual. — III. Problemas constitucionales. — IV. De la causalidad de la omisión a la posición de garante. — V. Omisiones no consagradas de modo expreso. — VI. Argumentos sobre la violación de los subprincipios de *lex scripta* y de *lex certa*. — VII. Sobre una cláusula de equiparación. — VIII. Algunas conclusiones.**

## I. Introducción

Sin duda, el marco de las omisiones impropias -dentro de la estructura típica omisiva- se presenta como una de las problemáticas de singular trascendencia en el campo del Derecho Penal que ha exigido y exige un denodado esfuerzo intelectual jurídico en pos de dar una respuesta posible a las conductas que se tienen por tales. Ello así, desde la perspectiva de un sistema normativo (1).

Hablar de “problemas constitucionales” respecto al delito de omisión impropia supone, entonces, una mirada permanente hacia el texto de la Constitución Nacional como Ley Suprema. En otras palabras, implica una interpretación o hermenéutica de las normas que nos ocupan que agudice el análisis desde la “máxima herramienta legal” -nacional- cristalizada de tal manera el trazado de los límites al *ius puniendi* estatal.

Sentado ello, como se verá, este acotadísimo trabajo hará especial hincapié en las razones y fundamentos doctrinarios que invalidan la punición en los delitos de comisión por omisión cuando las omisiones no se hallen legisladas expresamente, y la posibilidad o no de solución mediante la incorporación de una cláusula de conversión, transformación o equivalencia.

(1) En tal sentido, el Prof. Dr. Maximiliano RUSCONI afirma que “En el ámbito de las omisiones impropias se presenta la necesidad de establecer criterios de imputación del resultado a la desobediencia del deber de auxilio generado en la posición de garantía [...] En las omisiones no hay ninguna imputación posible que no sea sobre bases normativas. El resultado, siempre y en todo caso se atribuye al incumplimiento, pero sobre esta relación no es posible predicar ninguna causalidad” (Derecho Penal, Parte General, Ed. Ad-Hoc, 2007, pp. 397 y 398).

## II. Marco conceptual

Por delitos de omisión impropia o delitos omisivos equivalentes a la comisión activa del delito se entienden aquellos en el que el omitente se encuentra obligado a realizar determinado comportamiento en función a un deber especial, debiendo este responder por la no evitación del resultado jurídicamente reprobado. En estos casos “la omisión de evitar el resultado tendrá la misma significación que la acción de producirlo” (2) Admitida dicha definición esta nos vincula a su descripción normativa que se encuentra plasmada en las previsiones del art. 106 del Código Penal Argentino. Esto es, la situación que da origen al deber de actuar, los supuestos en los que se estará frente a la posición de garante, el incumplimiento del auxilio debido, una mención a la capacidad de acción y la amenaza de pena ante distintos resultados en función de su gravedad.

La idea de libertad en torno a la faz cognitiva del autor ha integrado también el concepto por cuanto se desprende del código sustantivo que el legislador ha optado por consagrar más cantidad de delitos por comisión que por omisión, “.. por la sencilla razón de que la afectación a los espacios de libertad de la norma de mandato es sensiblemente más gravosa que en la norma prohibitiva ...” (3).

“Si el mandato se caracteriza porque debe ser realizada una determinada acción y la prohibi-

(2) STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General, I El hecho punible. Ed. Edersa. Madrid. 1982, p. 292.

(3) RUSCONI, Maximiliano. Derecho Penal. Parte General, Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2007, p. 404.



ción porque no debe ser realizada una determinada acción, la conclusión es casi evidente. Los mandatos supondrían una mayor limitación de la libertad de acción humana que las prohibiciones. En éstas bastaría con que no se realizara una acción, pudiéndose llevar a cabo una cualquiera de las alternativas a ella. En los mandatos, en cambio, sería preciso realizar una acción con lo que no se podría acometer la realización de ninguna otra de las posibles en ese momento" (4).

### III. Problemas constitucionales

Planteado elementalmente el tema, podría decirse que el mismo finca en establecer si determinadas conductas omisivas pueden resultar sancionadas por el Derecho Penal cuando no se encuentren expresamente contempladas o escritas. Esto es, si puede admitirse constitucionalmente los llamados delitos de omisión impropia, interrogante que -al tiempo de generar otros cuestionamientos- nos remite al principio de legalidad, enmarcado en la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*.

"Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal" (5). Principio que no es sino otra cosa que la consecuencia de los límites derivados del Estado de Derecho (6).

(4) SILVA SANCHEZ, Jesús María. El Delito de Omisión -Concepto y Sistema-. Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires. 2003. 2ª Ed., p. 190.

(5) BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Ed. Hammurabi. 2ª Edición. Buenos Aires. 1999. p. 103.

(6) MIR PUIG, precisa en este sentido: "El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, procedente, pese a su formulación latina, de FEUERBACH, quien vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa (art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre de 26 de agosto de 1789 y de la Constitución de 3 de septiembre de 1791). Los antecedentes anteriores a la Ilustración que pueden mencionarse -principalmente la Magna Charta Libertatum inglesa de Juan sin Tierra, de 1215, y la Constitutio Criminalis Carolingia germánica, de 1532- no poseen el sentido moderno del principio de legalidad. Así la Magna Charta inglesa no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal y la Carolingia no prohibía la analogía contra reo. Pero, sobre todo, el actual significado político inspirador del principio de legalidad diverge del que poseían los antecedentes posteriores a la Ilustración. Sólo a partir de la ideología

El principio de legalidad ha sido consagrado en nuestra Constitución Nacional en el art. 18 (7), 19 segundo párrafo (8) y en el art. 75 inc. 22 -que reconoce jerarquía constitucional a la Convención Americana de los Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros tratados internacionales enumerados. También se ha plasmado en el art. 10 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (9).

Ahora bien, dicho principio se instrumenta a través de cuatro subprincipios que debe observar la ley penal y se traducen, en pocas palabras, en exigencias frente al legislador como al juez. De parte del legislador, que la descripción de la figura delictiva se formule del modo más preciso posible (*lex certa*) y que las leyes no tengan efecto retroactivo (*lex praevia*). Del juzgador, que las condenas se asienten sobre ley escrita, desplazando el derecho consuetudinario (*lex scripta*) y que no se amplifique la ley escrita en menoscabo del afectado (*lex stricta*) (10).

De tal modo, ajustando el enfoque del presente estudio en orden a los subprincipios apuntados, se

liberal impulsada por ésta y consagrada políticamente sobre todo a partir de la Revolución Francesa, se concibe como limitación del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano. Sólo desde entonces el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es, como dice MEZGER, "un Palladium de la libertad ciudadana". MIR PUIG, Santiago. Introducción a las Bases del Derecho Penal. Ed. B de F Montevideo - Buenos Aires. 2ª Ed. 2007. pp. 125 y 126.

(7) "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso..."

(8) "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

(9) "Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente."

(10) HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Ed. Bosch. Barcelona. 1984, pp. 313 y 314. Como se desarrollará, también parte de la doctrina entiende que el subprincipio de *lex certa* se plasma en exigencias frente al órgano jurisdiccional.



observa claramente que la plataforma normativa de base constitucional dicta que no puede imponerse una sanción penal a determinada persona sin que previo al desarrollo de su conducta, esta haya sido expresamente prevista como delito y se hubiere dispuesto su correspondiente pena.

En este orden, el Tribunal de Casación Penal de la provincia tiene dicho que *"... La sentencia es un fenómeno normativo de creación de una norma individual fundada en la aplicación a un caso concreto de una norma general, que en el ámbito del Derecho Penal no puede ser otra que la ley, en virtud del principio de legalidad ..."* (11).

#### IV. De la causalidad de la omisión a la posición de garante

Tangente a lo expuesto, este análisis tiene como punto de partida la crisis del dogma causal -como seguidamente se abordará- frente a la exigencia de diseñar el sistema normativo que apuntáramos, pues se presentan numerosas aristas de seria problemática que tienen anclaje en un concepto distinto de la acción (cuando por ella se entiende como "actuar" o "hacer algo"). En efecto, Silva Sánchez, al efectuar consideraciones al concepto de acción-conducta remarca que no tiene mucho sentido preguntarse en determinado momento si un sujeto "actúa". Por el contrario corresponde indagar y precisar en qué dirección lo hace. Expresa el catedrático español que *"... En realidad sólo es razonable plantearse aquella cuestión ante algo más determinado: un proceso que, por atacar a un bien jurídico, parece susceptible de realizar un tipo. Sólo respecto a un hecho así individualizado adquiere pleno sentido en derecho penal la pregunta acerca de si reviste o no carácter de acción..."* (12).

Este punto sensible ha sido tratado por Claus Roxin al profundizar el límite entre comisión y omisión remarcando que una conducta de hacer y una conducta de dejar (no hacer) pueden verificarse muy fácilmente en el plano o terreno empírico. Siguiendo a Karl Engisch, destaca que en virtud de una concepción natural el hacer es

comprendido como un gasto de energía en una dirección determinada, mientras que el no hacer consiste en un no gasto de dicha energía en cierta dirección. Así concluye: "quien interviene activamente en un suceso, "hace" algo; y quien deja las cosas a su curso "deja" (no hace) algo" (13). Sin embargo, sostiene que la cuestión se vuelve compleja cuando nos enfrentamos a la esfera del comportamiento punible. Si bien el hacer o no hacer son "fenómenos prejurídicos" su ordenación en delitos de comisión o de omisión trasluce un problema normativo.

El tema no es otro que el examen de los tipos legales orientado a lo que Karl Engisch ha denominado "mundo exterior" psíquico, distinta de la explicación causal respecto a la relación existente entre conducta y resultado de todos los procesos que se evidencian en el espacio. En este ámbito Engisch, precisamente alude a procesos como la instigación y complicidad psíquica y también a procesos del autor principal. Por ello advierte: "El concepto de condición elaborado por nosotros, según el cual una conducta es causa de un resultado cuando este resultado está ligado a la conducta por una serie de modificaciones ajustadas a leyes, se refirió provisionalmente sólo a la conducta en el sentido del actuar positivo, es decir, del empleo de energía en determinada dirección especialmente de la ejecución de un movimiento corporal de determinada clase. Pero en el concepto de conducta se incluye también el omitir 'como algo que no se hace', el no empleo de energía en determinada dirección, especialmente como no ejecución de un movimiento corporal de determinada clase" (14).

Un brevísimo racconto resulta conveniente. La necesidad de una regulación legal ante los deli-

(11) TC0003 LP 13786, RSD-333-6 S 20-6-2006, Juez MAHIQUES (MA). Causa 3349, del Registro de Sala III. Mag. Votantes: Borinsky-Mahiques-Ursi. Sitio web: [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar).

(12) SILVA SANCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 162.

(13) ROXIN, Claus. Problemas básicos del Derecho Penal. Ed. Reus, S.A.. Madrid. 1976. p. 226. En dicha obra, ya aludía al tema que nos ocupa diciendo: "Así, por ejemplo, GRÜNWARD y ARMIN KAUFMANN afirman con diversas fundamentaciones, pero coincidiendo en el resultado, que los delitos impropios de omisión no se pueden subsumir en el tipo de los delitos de comisión sino en un tipo, autónomo y no escrito, del imperativo al garante".

(14) ENGISCH, Karl. La causalidad como elemento de los tipos penales. Traducción de la Edición Alemana de Tübingen, 1931, por Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2008, p. 61. Colección Claves del Derecho Penal. Dirección: Francisco Muñoz Conde - Eugenio Raúl Zaffaroni.



tos de omisión impropia es evidente y el punto álgido radica en cómo hacerlo. Aquí sin duda lo dogmático cobra un singular protagonismo pues la dogmática siempre fue, en algún sentido, suministro o fuente de la tarea legislativa.

Se trata de determinar un criterio o parámetro que permita afirmar que no evitar o impedir un resultado es equivalente a producirlo. Tal el caso frecuentemente recurrido en la doctrina de la madre que omite alimentar a su hijo, no impidiendo que éste muera de hambre o bien la cónyuge que abandona a su esposo inválido e incapaz de alimentarse per se, ejemplos en los cuales la aplicación de la pena prevista para la omisión de auxilio del art. 106 del Código Penal Argentino aparecería como injusta. Ciertamente es que dichos casos presentan un plus o hábito de ilicitud semejante a la del homicidio razón por la que la doctrina debe argumentar en pos de transparentar serias diferencias que en sí son valorativas (15). Se da paso entonces al problema teórico de cómo concretar esta diferenciación.

Como ya se dijo, en una primera fase se comprendió que ninguna dificultad se corroboraba al establecer una equivalencia entre producir (hacer) un resultado e impedirlo (no hacer) dado en que la omisión podía ser una causa del resultado. Sin embargo, desde el enfoque de la causalidad, es obvio que no es lo mismo causar que no impedir, es decir, matar no es igual a no evitar morir.

Además, la causalidad de la omisión no agotaba toda la problemática porque no toda omisión de evitar un resultado era relevante jurídicopenalmente, de modo que sólo aquellas que suponían un cierto deber de actuar deberían resultar típicas. En otros términos, fue necesario establecer una salvedad trascendente para el Derecho Penal: que no toda omisión consiste en un injusto penal -y por tanto merecedor de pena-.

Surgieron luego las conocidas "teoría formal de las fuentes del deber" que reconoce su origen en Feuerbach y, posteriormente, "la teoría de la causalidad de la acción ejecutada en lugar de la omitida" de Luden, pasibles de diferentes críticas y ambas rechazadas debido a la falta de soluciones razonables ante casos concretos. La primera,

por su acotado margen de aplicación (16), la segunda, toda vez que al suprimir la otra acción con base en la teoría de la condición, el resultado se hubiera producido de todos modos.

Posteriormente, la reprobación a la teoría formal de las fuentes del deber dio paso a un nuevo concepto superador de cierta estrechez que radicaba en los "deberes legales". Así se aceptó la noción de un "deber de actuar" mucho más amplio que no se fundaba de modo exclusivo, por ejemplo, en una ley o en un contrato. Este nuevo enfoque, el de la especial relación del omitente con el bien jurídico acuñó la noción de garante, precisamente, por su singular posición frente a la protección del Derecho Penal del bien jurídico y, como consecuencia, se produjo una apertura a los denominados deberes sociales -distinto a los morales-.

#### V. Omisiones no consagradas de modo expreso

En lo atinente a uno de los problemas centrales apuntados en el extracto del presente, se advierten nítidamente dos posturas disímiles. En una, se enrolan aquellos que controvierten dicha constitucionalidad con respaldo en el mentado principio de legalidad. Postulan, en pocas palabras, la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia, dado en la razón de su falta o ausencia de escritura. Pero esta corriente doctrinaria se bifurca, a su vez, dependiendo del subprincipio que se comprenda vulnerado.

El otro extremo, se asienta en la constitucionalidad de esta clase de figuras delictivas que recurre a una elaboración hermenéutica de las normas penales que no se limita a las causaciones sino que se extiende a las omisiones de evitar ciertos resultados, de personas que se encuentran -respecto del bien jurídico tutelado- en fase de cumplir un mandato especial.

Esto es lo que la doctrina concibe como la posición de garante. Aquel sujeto activo a quien es posible formularle la imputación objetiva pues este tiene la responsabilidad jurídicamente im-

(15) BACIGALUPO, Enrique. Op.cit., p. 540.

(16) Es interesante el caso al que remite el catedrático español. El Tribunal Supremo Austríaco de 1934 rechazó la condena por homicidio del novio que no impidió el suicidio de la novia pues el supuesto "deber" no nació de la ley ni del contrato. Op.cit., p. 544.

puesta de desarrollar una conducta para evitar la consecuencia. Lógicamente, los inconvenientes aparecen cuando se intenta delimitar de qué modo se conforma la obligación de asegurar o amparar el bien.

Se controvierte este tipo de puniciones toda vez que a través de una interpretación se castiga a quien omite salvaguardar el bien jurídico lesionado, poniendo en riesgo el principio de legalidad. Y, en nuestro medio, con mayores fundamentos, si una pauta general como la establecida en el Código Penal Alemán, que podría en todo caso vencer la objeción al verse como uno de los modos de extensión del tipo y de la pena correlativamente prevista, no se halla presente.

Como se dice que la norma alemana tiene por objeto el amparo de las garantías individuales, al tiempo de exigir la correspondencia entre la realización del tipo, a través de un hacer y un no hacer, debe constatarse que el sujeto tenga el deber de actuar, entendido como el deber de responder jurídicamente de que el resultado no ocurra.

Este presupuesto es el que denota la naturaleza de la obligación cuya imposición sólo surgiría del Derecho. Dicho así, únicamente podría incriminarse un comportamiento determinado siempre que fuera posible ubicar la norma legal que exija asegurar que no se produzca el resultado y que pueda llevarse a cabo la equiparación (vrg., matar y no evitar la muerte).

En líneas generales y siguiendo el ejemplo, en Argentina, parte de la doctrina postula la corriente de la verificación de la correspondencia entre las conductas de matar y no impedir el resultado muerte, para poder aplicar una sanción penal en el segundo caso, derivado del texto del art. 18 de la Constitución Nacional. Y esto así, por la sencilla razón que el Código Penal refiere al "que matare a otro", descripción típica que no puede ser lisa y llanamente equivalente a no evitar la muerte. Por ello se demanda un deber especial de actuar dado por la posición de garante.

Pareciera entonces que el enfrentamiento de las garantías individuales y cierto margen de discrecionalidad jurisdiccional para realizar una interpretación extensiva en estos casos (asunción de la tutela del bien), es crucial para determinar la imputación objetiva de una muerte. Pero si en

definitiva queda en cabeza de los jueces delimitar el contenido de dicha equivalencia en cada caso, se estaría frente a una pauta consuetudinaria que violaría la prohibición de recurrir a la interpretación analógica.

## VI. Argumentos sobre la violación de los subprincipios de *lex scripta* y de *lex certa*

Si el principio de legalidad -como se dijo- implica que la ley sea previa, escrita, cierta y estricta, cierto es que tales subprincipios se encuentran intrínsecamente relacionados de modo que el desarrollo de uno nos vinculará y conducirá hacia otro y, en su caso, la trasgresión de uno de ellos supondrá eventualmente la de los restantes.

En lo que aquí respecta, el análisis de la "expresión escrita" del delito de omisión impropia concurrirá de la mano del concepto de *lex praevia*. Mariano Silvestroni, sintetiza claramente la cuestión al abordar el concepto y sentido constitucional del *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Expresa al respecto: "No hay delito, no hay pena, sin ley previa. El delito no es un concepto natural, material o social. El delito es un producto legal, porque nace de la ley, porque antes de la ley no existe [...] La Ley es *escrita* cuando no emana de usos, prácticas o cánones sociales, sino que se encuentra plasmada en un documento, mediante un uso lingüístico inamovible" (17). De allí que del principio de legalidad y subprincipio de ley escrita se derive la prohibición de analogía y la postura de la inconstitucionalidad de parte de la doctrina, precisamente, porque dichas figuras no están expresamente escritas en la ley y por ende son atentatorias del principio constitucional de legalidad.

Al precisar acerca de las dificultades que surgen de modo prístino en este campo Silvestroni señala "Lo cierto es que cuando se habla de delitos impropios de omisión se hace referencia a omisiones que: generalmente no se encuentran tipificadas en forma expresa; sólo pueden ser cometidas por quienes se encuentran en posición de garante respecto del bien jurídico tutelado [...] En relación a la omisión impropia se presenta la más grave violación de la garantía de la legalidad.

(17) SILVESTRONI, Mariano H. Teoría Constitucional del Delito. 2ª Ed. Actualizada. Ed. Del Puerto. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2007. p. 169.



Ello ocurre especialmente en códigos como los de la Argentina que no prevén una fórmula general que regule la misión. El problema se presenta porque casi todos los tipos penales describen acciones y no se refieren a las omisiones, razón por la cual en ciertos delitos de resultado (en general respecto de los más graves) se pretende cubrir la laguna de punibilidad mediante construcciones teóricas destinadas a explicar por qué el no evitar el resultado típico, equivale a causarlo bajo determinadas circunstancias (denomino a esta posición *teoría de la equiparación*)" (18).

En síntesis, no sería viable acudir al razonamiento de considerar típica la conducta de no evitar un resultado valiéndose de la llamada posición de garante pues constituye una interpretación extensiva del tipo penal, siendo lisa y llanamente un reconocimiento de la analogía.

Pero centrando el examen en aquellos autores que asientan su postura en la trasgresión al principio de legalidad en sus variantes de ley previa y ley escrita, se encuentran autores con una singular perspectiva. Aquellos que postulan la inconstitucionalidad de esta clase de delitos por menoscabo al subprincipio de ley cierta como Zaffaroni, Alagia y Slokar, en nuestro país. Estos sostienen que los delitos de comisión por omisión vulneran este principio al no estar expresamente previstos en el código sustantivo. De ello se sigue que al no contener el Código Penal una norma reguladora en tal sentido, sólo quedarían a salvaguarda de la tacha de inconstitucionalidad las figuras omisivas consagradas de modo expreso en la parte especial.

Respecto a los argumentos de los juristas que enarbolan la "posición de garante" se desprende que los delitos de omisión impropia son en sí producto de una creación dogmática mediante la cual se equipara la no realización de una acción determinada (mandada) con un hacer que causa el resultado. No obstante, sólo aquellas omisiones de ciertas personas (sujetos activos) que se encuentran afectadas por una especial relación con el bien jurídico afectado son efectivamente equiparables, contexto en el cual surge dicha teoría. Es decir, exclusivamente los garantes deberán responder por no observar una norma de mandato cuando podrían haberlo hecho y toda

vez que se cumplan al tiempo los demás presupuestos de la omisión impropia. Aquí es donde la temática se torna imprecisa.

En este ítem Zaffaroni, Alagia y Slokar concluyen: "Incuestionablemente 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. Esta *equivalencia* (*Gleichstellung*, igual lugar) es buscada de muchas maneras. Si bien tiene la ventaja de restringir la inadmisibile 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" (19).

En síntesis, tras referirse a las diversas fuentes del deber de actuar y reconocer los esfuerzos de los doctrinarios contemporáneos por justificar la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en distintas legislaciones, resultan categóricos al señalar que "es innegable que estos códigos por lo menos están violando la exigencia de estricta legalidad" (20). De allí que al referirse a este tipo de figuras (los pretendidos tipos omisivos no escritos) aludan a que operarían como *falsete*.

Es que, generada una particularísima relación de un sujeto con el bien jurídico protegido derivado de estar en situación de garante, no aparecen claros los presupuestos o requisitos exigidos para que tal situación se verifique. En precisión, no surge claro de la dogmática penal quiénes son o quienes no son garantes en determinados casos en concreto.

Otros autores como Sancinetti sostienen que el conflicto de constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión no surgiría a partir de la falta de escritura sino haciendo pie en que la afectación del principio en estudio se desprende de la imprecisión del concepto de garante.

(19) ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., Derecho Penal. Parte General. Ed. Ediar. Buenos Aires, 200. p. 551.

(20) Op. cit., p. 552.

(18) SILVESTRONI, Mariano H.. Op. cit., pp. 276, 277.

También en Alemania -que ha adscripto a la cláusula de equivalencia- este fundamento ha sido invocado por Hans Welzel, quien de manera categórica ha afirmado: "El principio de legalidad experimental, en estos casos, una profunda limitación: sólo la conducta del autor está legalmente determinada y no las características objetivas de autor" (21).

Respecto al tópico Stratenwerth expresa: "La constitucionalidad de la sanción de tales delitos ofrece, por tanto, serios reparos que no se eliminan a través de la regulación imprecisa [...] Tampoco reduce las objeciones constitucionales la circunstancia que hayan fracasado hasta ahora todos los intentos para precisar en mayor medida la regulación legal: el hecho de que ciertos comportamientos considerados como merecedores de pena tuvieran que permanecer impunes si hubiese que renunciar a los procedimientos utilizados hasta ahora por inadmisibles, no justificará ninguna lesión del principio fundamental del Estado de Derecho, mucho más cuando la falta de límites claros en la ley determina que, en la práctica, se tienda a dar a la punibilidad de los delitos impropios de omisión una extensión intolerable" (22).

Por ende, esta postura sería plausible diseñar normas en la parte especial del Código Penal que precisen en los casos de delitos por omisión impropia cuándo efectivamente se está en posición de garante y quién se encuentra en dicha posición de la manera más exhaustiva y crítica posible.

### VII. Sobre una "cláusula de equiparación"

Delineado hasta aquí el problema pareciera que este quedaría zanjado ante una eventual cláusula de equivalencia o equiparación para los delitos de omisión impropia, consagrada en la parte general del Código Penal, al modo del Código Penal Alemán (p. 13), del Código Penal Español (art. 11), del de Austria (art. 2) o del de Portugal (art. 10), entre otros. De esta forma se concreta el sistema de equivalencia entre la acción y la omisión, respaldándose la segunda en

base a un tipo prohibitivo en tanto se observe el deber de actuar derivado de la posición de garante y la correspondencia de la omisión respecto a la modalidad de comisión activa (método de *numerus apertus*).

En nuestro medio, Donna, por ejemplo, adhiere a la vigencia de una cláusula de conversión, la cual debería a su juicio incorporarse en la parte general del Código Penal (23). El texto de la fórmula propuesta rezaba: "*Artículo 39: Cuando la ley conmina penalmente la producción de un resultado también es punible quien omite evitarlo: 1º Si en razón de un deber jurídico especial estuviera obligado a evitar que el resultado se produjere; o 2º Hubiera creado un peligro grave e inminente de producción del resultado. En ambos casos la omisión será punible siempre que equivalga a la comisión activa del hecho. La pena podrá reducirse en la forma prevista para la tentativa*". Entendemos que aquí tal falta de claridad es evidente y desencadena el menoscabo del principio de legalidad. En efecto, si la exigencia de la ley cierta tiene por destinatarios tanto al Congreso de la Nación como a los Tribunales, tal generalización se torna inadmisibles porque sencillamente el ciudadano no sabe específicamente qué debe hacer u omitir en cada caso. Tampoco el órgano jurisdiccional pues, ante la falta de determinación legal no puede reconocer fácilmente si corresponde aplicar una pena (24).

Zaffaroni, Alagia y Slokar, por su parte subrayan que existiendo tipos omisivos escritos realmente no se entiende las razones o fundamentos para incorporar una cláusula semejante que admita la elaboración analógica para dar lugar a otros tipos de igual carácter que no han sido expresamente previstos por el legislador.

(23) En GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión". Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2003. Colección: Autores de Derecho Penal. Edgardo A. Donna, en el prólogo a dicha obra.

(24) BACIGALUPO en lo atinente a la *lex certa*, afirma: "La teoría admite también como compatible con el principio de legalidad un cierto grado de generalización del texto legal; no es necesario, para dar cumplimiento a la exigencia de determinación legal, que la ley se mantenga en un casuismo estricto. Sin embargo, el grado de generalización admisible reconoce límites a partir del momento en que la disposición legal se convierte en una cláusula general". Op. cit. p.127.-

(21) WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, 2ª Ed. Actualizada. Traducción de la 11ª Ed. Alemana por J. Bustos Ramírez y Yañez Pérez, Jurídica de Chile. Santiago. 1976. p. 188.

(22) STRATENWERT, Günter. Op. cit. p. 293.



Esta parte de la doctrina sostiene precisamente que el legislador ha desarrollado su labor exitosamente al consagrar de manera expresa el delito de omisión impropia en defensa del bien jurídico máspreciado, la vida (art. 106, C.P.) y aún, en torno a delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional (arts. 144, 4º; 227; 235, 2º, 239, 249 y 259, C.P.).

Así Rusconi afirma: "Parece claro que ninguna norma de derecho sustantivo penal, puede permitir cierta relativización de las exigencias de la garantía constitucional del principio de legalidad. En ese caso, también la norma de conversión es, en sí misma, una lesión constitucional" (25).

En igual sentido, Silvestroni enfatiza que "la teoría de la equiparación no puede ser admitida en el marco de una teoría del delito respetuosa del principio de legalidad" (26).

Recordando, entonces, que el código sustantivo argentino no cuenta con una fórmula de conversión general, su inclusión sería inconstitucional en función a la prohibición de la analogía *in malam partem*.

En este punto Rusconi, al preguntarse respecto a los desafíos jurídico-penales más relevantes de nuestro tiempo, ya anticipó que la evaluación externa de la Teoría del Delito -que se propone en cuanto al sistema de imputación- parte de una hipótesis de trabajo puntual: "la sensación de que en estos ciclos de diversos análisis externos de la teoría del delito ha quedado fuertemente desdibujada la relación entre el sistema de imputación y el sistema de garantías constitucionales que surgen de los más alto de los ordenamientos nacionales y de los principios de protección individual que se originan en el sistema internacional o regional de protección de los derechos humanos fundamentales" (27).

Esta posición sobre el tema reflejaría claramente que desde la faz constitucional no sería necesario insertar una cláusula de tipo general para las omisiones por comisión.

### VIII. Algunas conclusiones

Desde la reforma constitucional de 1994 se han incorporado una serie de Tratados Internacionales a los cuales se les ha otorgado igual jerarquía que la Carta Magna, siendo éstos fuente de remisión permanente para integrar y complementar el sistema normativo vigente en nuestra República. Más, lo medular de aquella innovación lo constituyó el avance hacia el hombre como centro de preocupación del Derecho. Es decir, se dio paso a una transformación que se focalizó (acentuó) en la persona (*pro homine*), en sus necesidades de consumo, en su relación con el ambiente, calidad de vida, libertad informativa, defensa del patrimonio genético, plasmando los derechos fundamentales (28) de tercera generación, luego de los referidos a la libertad y los derechos sociales. Se verificó así una nueva etapa donde distintos campos del Derecho (Civil, Comercial, Penal, Procesal, Administrativo, Laboral, Tributario) comenzaron un "retorno" hacia la Ley Suprema como soporte ordenador de normas.

Si se comparte el concepto que la Teoría del Delito no es otra cosa que la herramienta, desde lo político criminal, para limitar la actividad punitiva estatal a partir de las garantías constitucionales cabría concluir que por mayores intentos que se han efectuado en cuanto a fundamentar la constitucionalidad de los delitos de omisión por comisión sin consagración concreta, se constata una inconsistencia clave -con pie en la contradicción- cuando la mirada se centra desde la Constitución Nacional.

Las postura que sustenta la constitucionalidad de este tipo de delitos no previstos expresamente, defiende el principio de legalidad primero y se relativiza (se flexibiliza) luego. Se dan sólidos fundamentos y argumentos en pos del mentado principio y de sus subprincipios, apartándose seguidamente del mismo, intentando validar una creación dogmática como la posición de garante, figura que, a todo evento, se traduce en la apli-

(25) RUSCONI, Maximiliano. Op. cit. p. 406.

(26) SILVESTRONI, Mariano H. Op. cit., p. 277.

(27) RUSCONI, Maximiliano - KIERSZENBAUM, Mariano. Teoría del Delito y Garantías Constitucionales. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2009 (Monografías. Derecho Penal; 25).

(28) Fundamentales por dos motivos. Porque no están relacionados sólo a una categoría de titulares y porque poseen un carácter fundante, circunstancia que a su vez implica un doble aspecto: dan vida a una serie de reglas y conforman el bloque de constitucionalidad (cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2006).



cación de la analogía -*in malam partem*- vedada por el Derecho Penal.

No se desconoce la necesidad de que junto a la legislación de normas prohibitivas corresponda, en determinadas circunstancias, hacer lo propio mediante normas de mandato, pero resulta in cuestionable que dichas cláusulas de deber de actuar se efectúen de manera rigurosa conforme al principio constitucional de legalidad, tópico que en la legislación argentina se observa ha sido plasmado con acierto por el legislador.

Luego, si se conviene que el tipo penal se circunscribe a describir la causación de un resultado no es posible aceptar como típica su no evitación a través de la equiparación (incluso valiéndose de la posición de garante como supuesto límite a la tipicidad) por derivar en un razonamiento analógico. En el ejemplo típico, decir que matar equivale a no evitar la muerte, constituye una interpretación extensiva del tipo. Ello así, la llamada posición de garante no limita la tipicidad, por el contrario, la extiende.

El rótulo de "posición de garante", en el estado actual de la legislación penal argentina, para aquellos supuestos que no se encuentren contemplados expresamente en la ley penal no puede resultar un requisito para la imposición de una pena. La supuesta obligación jurídica

construida a partir de su incumplimiento con respaldo en una "ley extrapenal" -deber de actuar especial- pone sin duda en crisis el principio sobre el cual se erige la constitución de un Estado de Derecho.

Pareciera claro, entonces, que desde la perspectiva de la Constitución Nacional, la legalidad no podría flexibilizarse ni suplirse con cláusulas de equiparación que en definitiva admitan la analogía *in malam partem*, fórmulas que incluso no se advierten como necesarias a la luz de lo hecho legislativamente -como se dijo- en torno a los delitos de omisión impropia. Las previsiones del art. 106 del C.P. acuñan de modo expreso la modalidad omisiva del homicidio.

Concebir lo contrario importa conculcar los estamentos del Estado de Derecho Constitucional pues, al decir de Roxin "un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal".

De tal modo, el Derecho Penal al tiempo de disponer de medidas para la prevención y represión del delito, detentando para ello de los instrumentos más incisivos para su realización, debe trazar los límites del *ius puniendi* estatal en franca defensa de los derechos de los individuos. En dicha labor, la Carta Magna debe ser el horizonte, siempre presente. ♦