

## **ABSTRACT**

Recientemente la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, se expidió en el marco de la causa n° 11.684 seguida a Omar Emir CHABAN y otros s/ recurso de casación (más conocida como la “causa Cromañón”). Ese fallo tuvo su origen en la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, casi dos años atrás, en la causa n° 2517, seguida a Omar Emir CHABAN y otros en orden al delito de estrago doloso seguido de muerte. En ambas oportunidades se trataron un sinnúmero de cuestiones, no sólo relativas a la parte general, sino también procesal del derecho penal.

Sólo nos limitamos a hacer un resumen jurídico de las posturas asumidas acerca de la omisión impropia, tanto en la etapa de juicio, como en la revisora.

Previo a ello, vale la pena exponer brevemente los hechos investigados –si bien son de público conocimiento- que motivaron las mencionadas resoluciones.

El 30 de diciembre de 2004 en el boliche “República Cromañón”, durante un recital en vivo del grupo musical “Callejeros”, uno o más sujetos detonaron un artefacto de artefacto –comúnmente denominado “candela”- apuntando hacia arriba, cuyas ráfagas de fuego alcanzaron la media sombra que se encontraba tendida en el techo del local, ocasionando un foco ígneo. Como consecuencia, se desprendió un humo denso y oscuro nocivo para la salud, que ocasionó el deceso de 193 personas y lesiones a otras 1.432.

El 19 de agosto de 2009 el tribunal de juicio se expidió al respecto. Se dedicaron a hacer un análisis pormenorizado de la complejidad de los hechos investigados, las bases de su construcción, la constitucionalidad de la misma, la interpretación del verbo típico del artículo 186 del Código Penal, entre otro tanto de cuestiones inherentes a la problemática a tratar.

Los magistrados dejaron en claro que si bien participan de la concepción dominante de la comisión por omisión, rechazan la postura mayoritaria, concordando sólo con la visión más restringida.

Basaron su postura en la teoría formal de las fuentes (creada por Feuerbach), siendo las primeras encontradas: la ley, el contrato y las que devienen de un actuar peligroso.

Del autor Luis Gracia Martín, tomaron el concepto de dominio social del hecho, es decir, un sujeto asume el dominio de los factores causales en la dirección de la lesión del bien jurídico, confiriéndose una posición que le permite disponer la lesión del bien sea de una manera activa u omisiva. A su vez, ese dominio debe verificarse en una situación determinada. Se analiza el desvalor de acción y omisión y, también, el desvalor de resultado, concluyendo que los primeros son idénticos.

El tribunal sostuvo que al reprimirse matar a otro no sólo debe castigarse a quien dirige su acción (entiéndase como proceso físico causal) tendiente a dar muerte a otra persona, sino que debe establecerse qué conductas u omisiones encuadran en la prohibición del art. 79 C.P. Al ser esta la tarea del intérprete, debe valerse de la dogmática, ya que será la que brinda los elementos para determinar cuándo una omisión u acción es merecedora de reproche y en qué medida.

Al referirse al bien jurídico tutelado en el art. 186 C.P., la seguridad pública, dicen que puede ser lesionado de manera activa como omisiva. Es decir, cuando su actuar se adecua a lo prohibido o cuando quien tiene el control de la situación concreta de riesgo, omite llevar a cabo las acciones evitadoras de peligro típico.

El tribunal analizó cuál o cuáles son las omisiones penalmente relevantes, para poder imputar a los co-organizadores (Chaban y Argañaraz) la figura mencionada a título de omisión impropia. Destacaron, que los factores causales que comportaban la

existencia de la situación típica como primer elemento del delito fueron los siguientes: el uso de elementos de pirotecnia dentro del local; la existencia en el techo de material inflamable; el exceso abrumador de concurrentes al espectáculo y finalmente la situación de los medios de salida, particularmente, el caso del portón denominado “alternativo”. Estudiaron, minuciosamente, cada punto enunciado.

Con relación a la posición de garante específica de Chaban y Argañaraz, sostuvieron que ambos asumieron el control del desarrollo del evento, con sustanciación en distintas circunstancias que fueron llevando a cabo el día del hecho, como ser la advertencia de Chaban hacia el público y, con relación a Argañaraz, dando directivas sobre los medios de salida, recorrer el lugar y ubicarse en el sector de las boleterías.

Al abordar el aspecto subjetivo, establecen la diferencia entre dolo de peligro y de lesión, concluyendo que la figura involucrada es de peligro concreto. Entonces, los co-organizadores tenían el conocimiento de los factores de riesgo mencionados con anterioridad y se les representó de manera actualizada, todo ellos al momento del hecho.

A su vez el tribunal de juicio admitió la participación en la comisión por omisión. Tal es el caso del subcomisario Carlos Rubén Díaz, que como no poseía una posición de garante específica, descartan que pueda responder como coautor. Ahora bien, los magistrados afirmaron que Díaz fue el encargado de remover todos los obstáculos que hubieran impedido la apertura del local “República Cromañón” dado la cantidad de irregularidades que llevaban a su clausura, aumentando notablemente el riesgo de peligro de lesión del bien jurídico tutelado, por eso resultó partícipe necesario. El 20 de abril de 2011 la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por los doctores Eduardo R. Riggi, Liliana E. Catucci y Ángela E. Ledesma – nombrados en orden de votación en el acuerdo-, casó la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24. El primero –quien lideró el acuerdo- analizó la comisión por omisión, en la misma línea que el a quo, con cita de otra doctrina y jurisprudencia; la segunda en votar, no hizo análisis alguno acerca del tema que es objeto de este trabajo; y la tercera la analizó desde los parámetros establecidos por el a quo acerca de cuando se está en un supuesto de comisión por omisión, pero no sentó su postura personal al respecto.

Consideramos que el primero de los fallos reseñados resulta muy interesante para leer (más allá de compartirse o no lo resuelto), dado que abarca los argumentos de la doctrina nacional e internacional acerca de la omisión impropia, incluso analiza las opiniones de algunos autores, de gran trascendencia, que se expiden en contra.

Actualmente la discusión principal de la teoría de la comisión por omisión esta dada en determinar si esa construcción se adecua con lo establecido por el principio de legalidad. Es decir, si la equiparación de las omisiones a las acciones, en aquellos delitos que sólo tipifican estas últimas (Ej.: Art. 79 –homicidio- del C.P.), viola o no la prescripción constitucional de que la conducta u omisión debe estar tipificada con anterioridad al hecho y de manera clara, detalladas, precisa y cierta.

La doctrina mayoritaria se expide a favor de la constitucionalidad de la omisión impropia. Sin embargo, hay una minoría que considera lo contrario, que no se respeta el principio de legalidad.

Más allá de la postura personal, lo que se intenta primordialmente con este trabajo es llamar a la reflexión, para que al analizar la legalidad de una construcción teórica, se lleve a cabo en miras de un derecho penal contenedor, reduccionista del poder punitivo y, por sobre todas las cosas, que respete y se adecuen al ordenamiento constitucional y a las normas de orden internacional, más precisamente de derechos humanos que tienen su misma jerarquía.