

TEMA:

PROBLEMÁTICA DE LA OMISIÓN IMPROPIA

TÍTULO DE LA PONENCIA:

LA OMISIÓN IMPROPIA BAJO EL PRISMA CONSTITUCIONAL

AUTOR:

ALEJANDRO H. FERRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

TEL. 4783-8673/15-6178-2814

DLIO. CIUDAD DE LA PAZ 853 P. 2
C.P. 1426

Alejandro.ferro@pjn.gov.ar

SINTESIS DE LA PONENCIA

Pretendo demostrar, en esta ponencia, que el delito de omisión impropia satisface el mandato constitucional, por respetar el principio de legalidad, en sus formas de *lex certa*, *lex stricta*, *lex scripta* y *lex praevia*.

Es que, a juzgar por los efectos producidos, existe equivalencia entre la omisión de evitar un resultado y su realización mediante una acción positiva. Ambas tienen la misma virtualidad y por consiguiente, responden a idéntico poder de dominio, para generar mutación sobre un cierto estado de cosas.

De modo que, cuando se describe en un tipo penal un determinado comportamiento (por caso, “matar”), no parece que pueda reducirse a la puesta en ejecución (mediante acción positiva) del proceso causal que devino en el resultado.

Desde luego, la muerte (para seguir el ejemplo) bien pudiera ser alcanzada por la realización de una acción encaminada a ello, pero también por una simple omisión que busque o persiga el mismo propósito. Así, las dos alternativas quedan comprendidas en el tipo penal, por llevar al mismo desenlace –entendido éste como afectación o puesta en peligro de un bien jurídico– que es en definitiva lo que se pretende penalizar.

De lo que se trata, entonces, es de adjudicarle a otro –a partir de una mirada integral que contemple la más pura finalidad o significación social de los comportamientos que prohíben los tipos penales– la transformación producida, independientemente del modo en que pudo haberse llegado a ella, esto es, por acción u omisión.

Con este enfoque, que identifica el sentido de acción con el de omisión desde una interpretación normativa, queda desplazada la tesis según la cual el delito de omisión impropia afecta el principio de legalidad penal, ya que se encuentra previsto en la ley, en cada una de las figuras delictuales de la parte especial (*lex scripta*) y por consiguiente, respeta las exigencias de prohibición de analogía (*lex stricta*) e irretroactividad de la ley penal (*lex praevia*).

Quienes comulgan con esta misma doctrina, piensan además, que, de no ser aceptados, se generarían grandes lagunas de punibilidad que dejarían sin sanción comportamientos con un contenido de injusto cuanto menos reprochable desde lo ético (vaya como ejemplo, la muerte por inanición de un lactante atribuible a la madre que omitió amamantarlo). Otros autores, en cambio, a la par de rechazar la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia, proponen el juzgamiento de estos casos, a la luz del artículo 106 del Código Penal.

Con todo, la solución que brindan no persuade correcta, por dejar fuera del campo de punición ciertas conductas que también la reclaman. En efecto, la alternativa que ofrecen no cubre las omisiones culposas por resultar incompatibles con la estructura subjetiva del delito de abandono de personas (que, como es sabido, requiere dolo y no admite la culpa). De manera que la madre que, por negligencia, deja de alimentar a su hijo y le causa la muerte, no podrá ser perseguida penalmente, por no ajustarse su proceder a la figura prevista en el artículo 106 del Código Penal.

Y tampoco el caso, de seguirse el pensamiento de estos autores, que no son otros que los mismos que adjudican a la acción de “matar” un sentido estrictamente positivo, debiera encontrar sanción en el artículo 84 (homicidio culposo). Es que esta norma, aún cuando prevé como modalidad la “imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes” en la realización del resultado muerte, también lo expresa en un quehacer activo, esto es, el de “causar a otro la muerte”, en el que, por consiguiente, no quedaría incluida la omisión.

Quienes mantengan una misma y coherente línea de razonamiento en el sentido de que la descripción de la acción que contienen estos tipos penales (79 y 84 del Código Penal) responde a un comportamiento eminentemente positivo, deberán, inexorablemente, cuestionar también de inconstitucional la omisión culposa, ya que no se encontraría abarcada por ninguna figura penal. Y ello porque la estructura a la que reportan su naturaleza (omisión) no se compadecería –si se sigue siempre el mismo sentido del análisis– con las conductas de “matar” y “causar la muerte” que objetivamente representarían solo un “hacer”.

Sin embargo, existe un sector minoritario de la doctrina que, al tiempo en que rechaza la constitucionalidad del delito de omisión impropia en su forma dolosa por falta de previsión legal (por manifestarse escépticos a la equiparación de la acción con la omisión), proclama la validez de los delitos omisivos cometidos en su modalidad culposa. Se basan para ello en que la expresión “negligencia o inobservancia de reglamentos” resultaría comprensiva de las omisiones.

Pero a poco que se detenga en la redacción que el legislador le ha dado tanto al artículo 79 como al 84 del Código Penal, podrá observarse que ambos prevén la realización del resultado muerte a través de un comportamiento activo (matar y causar la muerte).

Desde esa lógica, mal podría entonces tolerarse la constitucionalidad del delito de omisión culposa y serle negada a aquellos que la admiten exclusivamente a nivel del dolo, en la forma impropia. Es que se estaría echando mano a una misma argumentación de modo antojadizo, para darle crédito solo a una posición, sin reparar en que es perfectamente extensible a la otra.

En buen romance, no convence apropiado que, aunque las formas culposas y dolosas se encuentren expresadas en el Código Penal con la descripción de un mismo comportamiento (por caso, matar y causar la muerte), luego se concluya que solo una de ellas (la culposa) contemple a la omisión. Si se apoya, por estos argumentos, la constitucionalidad de la omisión culposa, no se avizora óbice para que se lo haga también en los casos de omisiones dolosas.

Finalmente, se tratará la crítica que, a los delitos de omisión impropia, le efectúa Zaffaroni, no por el problema atribuible al subprincipio de *lex scripta* y de los que de él derivan, sino por el de la imprecisión de las teorías sobre la posición de garante.

Aún cuando fuera cierta esta observación, no parece que el artículo 106 del Código Penal, que consagra un caso claro de omisión propia (la de auxilio) satisfaga lo que este autor le exige. Veamos.

La norma reprime la conducta de quien pusiere en peligro la vida o la salud de otro “sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado”. Pero tampoco aquí se define con precisión el grupo de probables autores, situación que obliga, pues, a recurrir a otras normas (por caso, la civil, para determinar las obligaciones de los padres para con los hijos y verificar a la postre a quién le cabe la responsabilidad de mantener y cuidar que exige la figura legal) para completar el tipo. Y este es, precisamente, el mecanismo que Zaffaroni desaconseja por violación al principio de legalidad.

Si se implantara entonces como válida esta posición, cabría deducir la inconstitucionalidad de los delitos de omisión escritos en los que, a fin de ponderar la responsabilidad del autor por un especial deber de garantía, debe hacerse remisión, por tratarse de tipos abiertos, a otras leyes para completar el círculo de autores.