

## Abstract Ponencia

### Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

El presente trabajo no tiene pretensiones de originalidad, pero sí por único objetivo realizar algunas consideraciones críticas respecto de aquellos tipos penales impropios de omisión, no escritos, que se deducen de los tipos penales activos escritos, con la finalidad de establecer si tal modo de composición de tipos penales es compatible con el principio de legalidad.

Para ello, se parte de tres consideraciones centrales: 1- los operadores del sistema penal no deberían apartarse de la realidad fáctica, como delimitador esencial de la averiguación de la responsabilidad penal; 2- la dogmática penal y sus instrumentos son indispensables para establecer una sistemática limitadora del poder punitivo estatal; y 3- las interpretaciones y formulaciones dogmáticas de la teoría del delito no deben franquear las limitaciones constitucionales de un Estado democrático y constitucional de derecho; esto es, deben ser instrumentos auxiliares de las limitaciones constitucionales, pero nunca una herramienta mediante la cual se justifique avanzar sobre dichas restricciones.

Los tipos omisivos impropios no escritos son aquellos que se deducen de los tipos comisivos activos, en base a los cuales se pretende que un sujeto pueda concretar esos tipos penales activos mediante un no hacer que le es exigido en una determinada circunstancia.

Si tal situación está descripta en la ley penal de modo claro, específico y en forma detallada no existe problema alguno de tipicidad legal (a modo de ejemplo, nos permitimos citar los artículos 106 y 107 del CP).

El problema surge cuando se pretende construir una obligación de actuar que no forma parte del programa de criminalización primaria, sino que, antes bien, se lo infiere de los tipos penales activos. Para ello, se sostiene que, por la posición de garante que ocupa, a quien no realiza la conducta debida se le puede atribuir la comisión del tipo doloso activo de que se trate, aún si la conducta omisiva no se encuentra tipificada.

De tal modo, se equipara la realización de una conducta determinada con la no realización, manteniendo idéntica consecuencia punitiva

Consecuentemente, a un norma que prohíbe actuar de un determinado modo (no matarás) se le hace decir que impone una determinada conducta (evitarás la muerte), con la consecuencia de incrementar el ámbito de aplicación del poder punitivo de un modo irracional y se soslaya la función limitadora que debe cumplir el derecho penal.

Una de las aristas del problema, entonces, es que se está atribuyendo a un tipo penal activo doloso un contenido que no tiene; quien no evita causar la muerte, no mata o, por lo menos, no lo hace de un modo equivalente a quien realiza una actividad positiva tendiente a terminar con la vida de una persona.

Se produce, de tal manera, una construcción analógica de ley penal, mediante la recurrencia a conceptos derivados de otras ramas del derecho y con el objeto de evitar lagunas de punibilidad.

Es, en este punto, en el que debe prevalecer la limitación de la realidad a la par de la restricción que impone la Constitución Nacional porque la interpretación dogmática de la ley no puede ir más allá de los hechos.

Al respecto, cabe destacar que la interpretación progresiva de las garantías constitucionales y su constante evolución -como concepto inacabado-, nos obliga a analizar la definición del

principio de legalidad desde una perspectiva actual y correlativa con un Estado constitucional y democrático de derecho, en el cual la herramienta que manejan los juristas sea utilizada como limitación al poder punitivo estatal.

Recordemos en este punto que las implicancias del *nullum crimen...* son: (a) Establece que fuera de las conductas criminalizadas, el resto será un ámbito de libertad. (b) El Estado es la única fuente de producción del programa de criminalización primaria, que debido al sistema republicano de gobierno se encuentra en cabeza del Poder Legislativo Nacional y de las respectivas legislaturas locales en el ámbito de su competencia. (c) El procedimiento requerido para ello debe ser la sanción de una ley; función que no puede ser delegada a otros poderes, ni concedida al Poder Ejecutivo fuera de su actividad de reglamentación normativa; y debe ser conformado de la forma más precisa posible (máxima taxatividad legal). (d) Las imprecisiones, o los vacíos legales, no pueden ser completados por interpretación jurisdiccional, conforme la aplicación de la máxima taxatividad interpretativa y prohibición de la analogía. (e) La prohibición de la aplicación de la ley *ex post facto*. (f) Las conductas pasibles de pena deben estar acuñadas en tipos penales. (g) Consecuentemente, las sanciones penales deben ser proporcionales al tipo en cuestión.

Por lo tanto, una ley penal adecuadamente entendida, debe ser estricta y clara, esto es, en idioma comprensible, pública y compilada en un único libro para que sea conocida por todos.

Con ello, surge otra de las aristas del problema, relativa a la interpretación restrictiva de las normas que habilitan poder punitivo, que a veces se arriesga a caer en postulados analógicos mediante las cuales se les asigna un alcance semántico a las palabras que conforman el tipo con un sentido más amplio de criminalización. Esto es lo que precisamente ocurre cuando se interpreta “no matar” como equivalente a “debes evitar la muerte”.

La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos permite sostener que no resulta posible considerar de manera equivalente una conducta activa a una omisiva impropia no escrita. La redacción de los pactos, cuya violación podría acarrear responsabilidad internacional del Estado Argentino, es contundente en tal sentido y forma parte del mandato constitucional (arts. 31 y 75, inc. 22, CN). Así, la pretensión de punir toda omisión reconoce como requisito esencial su incorporación al programa de criminalización primaria.

En efecto, desde el momento en que la interpretación de una garantía constitucional alcanza un nivel de aplicación más limitador del poder punitivo, ese poder contenedor no puede involucionar y, por ello, su avance solo puede derivar en una realización progresiva. Esto es, el reconocimiento ya logrado es un estándar mínimo sobre el cual se debe avanzar en beneficio del justiciable.

La problemática aquí señalada no es novedosa. La equiparación de acciones y omisiones impropias llevó originariamente a la creación de las limitaciones del deber de actuar, como limitador de dicha igualdad, toda vez que los autores de la dogmática tradicional percibieron la dificultad que representaba extender el ámbito de prohibición de dicha manera.

El doloroso camino que ha llevado a la evolución de los derechos humanos impide continuar con interpretaciones cuyo riesgo ya ha sido contrastado por la historia.

El horizonte, en nuestra opinión, está en entender que si se establece, como requisito de legalidad, la definición de la omisión por parte la tipicidad penal no es posible eludir dicho requerimiento mediante interpretaciones genéricas, analógicas y sustraídas del imperio del mandato constitucional.

Por lo tanto, conforme a la limitación moderna del poder punitivo, prevista en los tratados de derechos humanos, que incorporan la necesidad del concepto de omisión como regla de legalidad,

## **Abstract Ponencia**

### **Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.**

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

se concluirá que este tipo de construcción de tipos penales impropios de omisión (no escritos) no pueden ser aceptados, ni siquiera mediante la incorporación de una cláusula de equivalencia.