

XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina.

Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi*
Rosario, Junio de 2011.

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

1- Introducción.

El presente trabajo no tiene pretensiones de originalidad, pero sí tiene por único objetivo realizar -de modo liminar- algunas consideraciones críticas respecto de aquellos tipos penales impropios de omisión, no escritos, que se deducen de los tipos penales activos escritos.

A tal efecto, debe aclararse que se partirá de un análisis a la luz de la normativa constitucional -y de los tratados internacionales de Derechos Humanos que la integran- (arts. 18, 19, 75 -inc. 22- CN y concordantes) que, en nuestra opinión, constituyen una limitación infranqueable para la creación de la legislación de derecho común infra-constitucional (arts. 31 y 75 -inc. 12- CN), así como para su interpretación.

Por lo tanto, la finalidad de este estudio es establecer si tal modo de composición de tipos penales -o su construcción doctrinaria- es compatible con el principio de legalidad receptado en la normativa constitucional referida.

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 penal¹; (2) la dogmática penal y sus instrumentos son indispensables para establecer una sistemática limitadora del poder punitivo estatal²; 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 derecho³; esto es, deben ser instrumentos auxiliares de las limitaciones constitucionales, pero nunca una herramienta mediante la cual se justifique avanzar sobre dichas restricciones.

Es por todo ello que la presente toma de posición sólo tiene la intención de ser un breve análisis de algunas aristas del problema y no un detallado tratamiento de sus aspectos filosóficos.

2- El planteo del problema y los límites de la realidad que nos rodea.

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.

Es decir, en determinadas ocasiones, para el Estado hay ciertas conductas que es mejor que los hombres no realicen. Se trata de tipos comisivos activos, los cuales prevén que si un individuo actúa, de modo tal que esa actividad positiva contraría la norma que se encuentra antepuesta al tipo, será castigado. Así, quien mata (art. 79 CP), mediante esa conducta no acata la norma “no matar”, antepuesta al tipo penal. De este modo, se encuentra claramente establecido que para que una persona sea considerada autor de homicidio debe haber cumplido con la acción prevista, conforme los estratos de la teoría del delito.

Sin embargo, existen otros supuestos en los cuales para el legislador una persona debe actuar -en caso de producirse alguna circunstancia específica- de determinada manera. En tal caso, se insta la realización de una conducta esperada que, de no cumplirse, también será merecedora de castigo.

Para estos casos, entonces, la norma antepuesta al tipo penal no se conforma solamente con una prohibición, sino que se trata de un mandato; supongamos en el ejemplo ya dado, en lugar de “no

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

matarás”, la norma antepuesta se convierte en “debes evitar la muerte” y, de esta manera, el tipo penal amplía su ámbito de prohibición.

Si tal situación está descripta en la ley penal de modo claro, específico y en forma detallada no existe problema alguno de tipicidad legal⁴ (a modo de ejemplo, nos permitimos citar los artículos 106 y 107 del CP).

Al respecto, por su claridad: “...En la parte especial existen numerosos tipos de impropios delitos de omisión, paralelos a los tipos activos correspondientes y con su círculo de autores delimitado (en posición de garante). Los ejemplos que usualmente se esgrimen para evitar de construir analógicamente los tipos, apelan a una supuesta injusticia notoria, a que llevaría la posición correcta desde la perspectiva constitucional. El más clásico ejemplo siempre recurrido es el de la madre que deja de alimentar al niño para que muera. Esta afirmación es dudosa incluso en los textos que tienen la cláusula de equivalencia, cuando en función de la cláusula de correspondencia se reconoce que dejar morir tiene un contenido injusto menor que matar, lo que, por otra parte, no solo responde a un valor social innegable, sino que desde el punto de vista jurídico, no puede asignarse igual desvalor al que pone en funcionamiento la causalidad dirigida a producir el resultado, que a quien solo se limita a no interrumpirla. En consecuencia, tanto desde la intuición del profano como desde la valoración jurídica, no puede afirmarse que sea exactamente lo mismo dejar morir que ahogar a la criatura. En la ley argentina vigente, el caso encuadra en el art. 106 calificado por el parentesco conforme el artículo 107 CP”⁵.

Ahora bien, el problema surge cuando se pretende construir una obligación de actuar que no forma parte del programa de criminalización primaria⁶, sino que, antes bien, se lo infiere de los tipos penales activos⁷. 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 irracional⁸ y se soslaya la función limitadora que debe cumplir el derecho penal.

La situación se refleja en calificada jurisprudencia: “...en tanto la mayoría de esos delitos 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. La lesión a la legalidad surge palmaria. El error, en clave realista, consiste en suponer que no impedir es igual a causar (omisión como causa del resultado) cuando de la nada, nada surge y no hay equivalencia causal entre causar y omitir. Va de suyo que no matar no es lo mismo que cuidar la vida ajena y sólo desde un normativismo extremo puede admitirse una identificación plena entre actuar y omitir. Pero el derecho debe reconocer un límite óntico y reparar que con el puro normativismo se le abren al poder punitivo todas las realidades que el poder puede construir. Luego, el principio de reserva de ley y de certeza llevan a privilegiar el enunciado prohibitivo y sólo por excepción a admitir el imperativo y dado que no existe equivalencia, ni correspondencia, entre acción y

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

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...”⁹.

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 persona¹⁰.

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 punibilidad¹¹.

En tal sentido se ha dicho: “...el problema fundamental de estos delitos cuando no están regulados en la ley, como sucede en el derecho argentino es que su tipicidad está basada en operaciones analógicas en cuya virtud se procuran establecer presupuestos bajo los cuales la no evitación de un resultado puede equipararse a su producción. Siempre se consideró que mientras estos delitos no se incorporen al Código Penal argentino, sea mediante provisiones expresas en la parte especial o consagrando una norma genérica en la parte general, resulta muy problemática superar la objeción constitucional vinculada a la violación del principio de legalidad”¹².

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. En tal sentido, “...resulta groseramente contrario al sentido común afirmar que es exactamente lo mismo abandonar (a consecuencia de lo cual resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima) que causar lesiones, cuando es evidente que se trata de supuestos de hecho distintos y que, por otra parte, no existe cláusula legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca que no evitar un resultado típico equivalga a causarlo...”¹³.

En razón de ello, consideramos que no es posible avalar la construcción de un mundo virtual mediante el cual -por las necesidades que sean- se alucine que algo es de una manera que nunca fue¹⁴.

3- El principio de legalidad.

A modo de anticipo, siguiendo el camino marcado por el Dr. Sebastián Soler¹⁵ y por el Dr. Guillermo J. Ouviaña¹⁶, es conveniente proponer una interpretación dogmática y actual del principio de legalidad.

Al respecto, cabe destacar que la interpretación progresiva de las garantías constitucionales y su constante evolución -como concepto inacabado-¹⁷, 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.

En efecto, el principio de legalidad, acuñado históricamente en la expresión latina *nullun crimen, nulla poena sine praevia lege*, no ha sido inmutable, ni es un concepto inmóvil; antes bien, se ha desarrollado de disímiles modos y con diferentes extensiones en diversas situaciones y legislaciones.

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

El objetivo político del principio es la limitación del poder arbitrario del Estado, en resguardo de la libertad individual. Ahora bien, se ha visto a lo largo de la historia del poder punitivo que, para ignorar el principio de legalidad, no es indispensable su supresión, sino que puede ser dejado de lado de múltiples formas (vgr. interpretación analógica y/o extensiva de la norma de que se trate).

En atención a que el principio de legalidad es una limitación que hace a la esencia del derecho penal, desde una perspectiva limitadora del poder punitivo es necesario que el programa de criminalización primaria -elaborada por el legislador- tenga un mandato de certeza de modo anticipado, que sea lo más claro y preciso posible.

Esta fue la perspectiva que inspiró el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal del año 2006: "...en orden al sistema del hecho punible se ha establecido expresamente, de manera precisa y compatible con el principio de legalidad y su derivado de culpabilidad, que solo son punibles las acciones u omisiones dolosas descriptas en la ley a menos que también se disponga pena para las culposas. De ello derivan dos consecuencias: (a) delitos omisivos –en especial, los llamados delitos impropios de omisión- solo tipificación en la parte especial habilita la punición con fundamento en el principio de legalidad que exige la máxima taxatividad (págs. 58/59)... Por otra parte, atento a la necesidad del estricto respeto del principio de legalidad, se ha procedido a incluir expresamente los delitos omisivos impropios. Ello significa que se habilita la imputación penal, atribución de responsabilidad y consecuente aplicación de pena, en los casos en que la omisión impropia tenga respaldo típico en la parte especial. De este modo, en congruencia con lo ya expuesto al fundamentar la parte general, siguiendo el criterio de que la única omisión punible es la expresamente tipificada (pág 75)...". Así, se incorporó al referido proyecto el artículo 33: "Hechos dolosos y culposos. Solo son punibles las acciones u omisiones dolosas descriptas en la ley a menos que también se disponga pena para las culposas"¹⁸.

De tal forma, la habilitación del poder punitivo, que significa selectividad criminalizante, será menos irracional y, por otra parte, dará lugar a un conocimiento efectivo sobre cuál es el ámbito de libertad del que se dispone sin que allí pueda haber intervención punitiva.

Recordemos en este punto que la implicancias del *nullun crimen...* son¹⁹: (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*²⁰. (f) Las conductas pasibles de pena deben estar acuñadas en tipos penales²¹. (g) Consecuentemente, las sanciones penales deben ser proporcionales al tipo en cuestión.

En este orden de ideas, debe señalarse la importancia de Beccaria -destacado entre otros autores- para el derecho penal moderno; su influencia es conocida por todos y ha sido una fuente de inspiración para el derecho penal liberal. Esa concepción -como punto de partida- representa el comienzo de una construcción del saber penal como limitador del poder punitivo.

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

Así, entre otras definiciones que llegan a nuestros días, se ha establecido que la ley es un instrumento que debe procurar el bienestar general de una sociedad y que sólo ese instrumento legal puede ser utilizado para la aplicación de una pena. Tal criterio fue adoptado con la finalidad de evitar la incertidumbre de la comunidad expuesta a la suprema arbitrariedad punitiva, vigente en los tiempos del autor citado.

Esa es la trascendencia que ha tenido la ficción del contrato social como fuente de la limitación de violencia del Estado, con fundamento en el respeto por la voluntad de quienes le han cedido el monopolio de la fuerza. Aún desde una perspectiva crítica vinculada a la intencionalidad legitimadora de dicha valoración, no puede ignorarse un ineludible progreso de tales ideas.

La normativa legal sólo puede ser sancionada por quien representa la voluntad social; de tal modo, los jueces no pueden establecer sanciones por su propia voluntad y la doctrina no puede desvirtuar su sentido mediante teorías que no encuentran receptación en un sistema jurídico como el nuestro. Las normas legales son, entonces, de carácter general para todos los integrantes de la sociedad, garantizándose la división de poderes.

Tan es así, que se estableció que la ley debía ser dirigida a quienes tienen mayor y menor conocimiento, es decir, a todos los integrantes de la sociedad que se encuentran vinculados por el contrato social. De ello se deriva la trascendencia de que la ley sea escrita, con la finalidad de limitar la discrecionalidad de la actividad punitiva.

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.

Por último, es de gran relevancia, respecto del tema que nos ocupa, reafirmar que la pretensión de prohibición de todas las actividades delictivas mediante su incorporación a la normativa penal no evita la realización de esas actividades, sino que resulta en la criminalización nuevas conductas²².

4-Una interpretación de los tipos penales acorde a la Constitución Nacional.

Como ya hemos dicho, la ley penal debe ser sancionada por la autoridad legislativa, en este caso el Congreso de la Nación, de modo tal de establecer una recopilación normativa de los preceptos (definiciones) que son amenazados con pena para el caso de su comisión.²³

Tales normas deben ser sancionadas conforme a los mecanismos establecidos constitucionalmente. A su vez, deben respetar los mandatos de certeza, claridad y taxatividad que derivan de la ley fundamental, así como también de los tratados internacionales de derechos humanos que la integran²⁴.

Con ello, surge otra de las aristas del problema, relativa a la interpretación restrictiva de las normas que habilitan poder punitivo que ha sido receptada por la actual conformación de nuestra CSJN: "...el principio de legalidad, artículo 18 de la Constitución Nacional, exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerda al ser humano frente al poder estatal..."²⁵. Asimismo, en lo que aquí interesa, también ha dicho el Alto Tribunal Federal: "El principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15:1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

nace de la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido, y que además se establezcan las penas a aplicar...”.²⁶

Entonces, es conveniente estar atentos a los riesgos que implica la interpretación de los tipos penales; pues deriva en el riesgo de 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”.

En este sentido, se ha sostenido: “El criterio de interpretación semánticamente más restrictiva debe defenderse en la actualidad, donde parece ser uno de los principales instrumentos de contener el formidable avance de la tipificación irresponsable”²⁷.

La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos (conf. citas 25 y 26) 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, como ya hemos anticipado, 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.

Al respecto, es dable recordar que “... Esta progresión reductora no puede quedar librada a las coyunturas del poder, porque en un estado totalitario el discurso penal sería correcto si se limitase a impedir la tortura y habilitase el resto del poder punitivo. Por el contrario, la progresión reductora debe ser racional e impulsar la propia conciencia jurídica universal, basándose en lo más reductor del derecho penal comparado para extenderlo. Esta racionalidad reductora, que le permita al discurso huir de la coyunturalización fáctica que con facilidad se convierte en racionalización, se alcanza con su dialéctica interna, como única introducción discursiva de la polarización entre derecho penal y poder punitivo (o, lo que es lo mismo, estado de derecho y estado de policía)... En la realidad, observamos diferentes grados de realización de los principios; en el plano teórico, debe incorporarse el dato para partir de esos niveles de realización e impulsar su avance. Esto lleva a considerarlos reglas de realización progresiva o principios inacabados (unfinished). El grado de incompletividad de su observancia es parejo al de defecto realizador del estado de derecho; el progreso de sus standards de realización será paralelo al poder jurídico y a la reducción de la violencia de las restantes agencias del poder punitivo...”²⁸.

Asimismo, y en igual sentido, sostiene el Dr. Javier A. De Luca: “...una ley que no prevé expresamente la atribución de una consecuencia punitiva a quien omita el cumplimiento de un deber (esto ocurre en el ser, situación que nada tiene que ver con la comprobación de que la omisión no es pretípica), no habilita la imputación penal mediante el razonamiento de que esa inacción es igual a la acción productora del mismo resultado. En tal caso no existe ley penal que imponga el deber de evitar

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

ese resultado, con prescindencia de lo que cada uno de nosotros pensemos sobre esa laguna de punibilidad. No se trata de una imposibilidad normativa, se trata de que esa normativización no se concretó en una ley (arts. 18 y 19 CN)...”²⁹.

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 igualación, toda vez que los autores de la dogmática tradicional percibieron la dificultad que representaba extender el ámbito de prohibición de dicha manera. A tal nivel que, finalmente, puede ser mencionado como uno de los ejemplos que llevó a la reducción del principio de legalidad por parte del derecho penal autoritario del nacional-socialismo.

Así, originariamente explicaba el Dr. Righi: “...el propósito de sistematizar estos delitos, abriendo un abanico de fuentes del deber, con el propósito de la mayor cantidad de hipótesis que ofrece la realidad, para evitar la impunidad hasta dónde fuera posible, provocó un progresivo deslizamiento que alejó al sistema de la legalidad, tornándolo impreciso e inseguro... la imputación de delitos concebidos como supuestos de incriminación penal no contempladas expresamente en la ley, la imprecisión en la definición de la índole y cantidad de las fuentes del deber, la admisión de la costumbre como fuente del Derecho, y la exigencia de una mayor discrecionalidad judicial en la consideración del caso particular, permitieron poner en tela de juicio las bases de un modelo liberal de atribución de responsabilidad penal...”³⁰.

El doloroso camino que ha llevado a la evolución de los derechos humanos -y su estado de desarrollo actual- 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, 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 equivalencia³¹.

De lo contrario, la apelación a este tipo de formulaciones inconstitucionales es, en nuestra opinión, un modo de aspirar a implementar un poder punitivo con pretensiones de evitación de todas las supuestas lagunas de punición que pudieran existir. Tal criterio se aparta del formato fragmentario del derecho penal, entendido como un sistema discontinuo de ilicitudes (arts. 18, 19 y concordantes de la CN).

Así, se sostuvo: “...En efecto, según la tesis más corriente en cuanto a la posición de garante como base limitadora de la construcción analógica, se sostiene que el deber de actuar derivado de la ley misma se erige en deber de garantía cuando imponga el cuidado de una persona, como es el padre para los hijos, pero no cuando se trate de un deber legal general como es el de ayuda. La pretensión de acudir a supuestos deberes generales de solidaridad a partir de tipos penales no escritos no sólo implica una etización que retrocede en varios siglos a la confusión entre moral y derecho sino que sugiere, a contrario de las enseñanzas de Sebastián Soler, que el derecho penal no admite lagunas y lejos de un sistema discontinuo de ilicitudes debe considerarse como un sistema continuo...”³².

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

El riesgo de tal situación es la instalación de un Estado autoritario que exacerbe la selectividad del poder punitivo mediante la aplicación de estos impropios delitos de omisión.

5-Conclusiones.

Luego de este desarrollo de la problemática, referida a los delitos de omisión impropios no escritos y su vinculación con el principio de legalidad, nos permitimos afirmar que de acuerdo a la manera en que está sustentado nuestro sistema jurídico resulta imposible equiparar conductas activas a omisivas.

Por ello es que no son aplicables, en nuestra opinión, construcciones dogmáticas que faciliten la disminución del contenido del principio de legalidad, lo cual es independiente de la interpretación que se tenga sobre el fin de la pena y la función de las normas. En efecto, ninguna estructura teórica puede contraponerse tanto a la Constitución Nacional como a los pactos internacionales que la integran, que son fulminantes y no dejan resquicio de duda.

La interpretación progresiva de las garantías constitucionales y su constante evolución obliga a adoptar una 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 y no al revés.

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.

Evidentemente, existen comportamientos humanos, relevados en tipos penales como conductas relativas a un “hacer” o a un “no hacer debido”, que nunca dejan de ser prohibitivos. Sobre esto último, lo distinguido para el legislador es el valor axiológico de lo esperado por la norma, donde la tipicidad surge cuando se la describe en el ordenamiento jurídico, en el supuesto de haberse podido demostrar la capacidad de aquel sujeto de realizar esa acción determinada.

La redacción de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución imponen como mandato de legalidad la definición de las conductas omisivas pasibles de pena, lo cual permite sostener que no resulta posible considerar de manera equivalente una conducta activa a una omisiva impropia no escrita. Negarlo, es decir, pretender punir una conducta omisiva mediante equivalencias podría acarrear responsabilidad internacional del Estado Argentino, con lo cual la tarea queda en manos del legislador, como cuestión de política criminal, pero nunca en aquellos que deban aplicar el derecho o interpretarlo.

Bibliografía:

- BONESANA, Cesare, Marqués de Beccaria, “De los Delitos y de las Penas”, con el comentario de Voltaire, Alianza Editorial, novena reimposición, Madrid, España, 1996.
- CARRARA, Francesco, “Programa de Derecho Criminal”, editorial Temis, Bogotá, Tomo VII -volumen V-, ed. Temis, Bogotá, 2002.

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

- DE LUCA, Javier Augusto, “Omisión impropia, legalidad y congruencia” -artículo- (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.1318 “Antognazza, María Alexandra s/ p.s.a. abandono de persona calificado”, del 11 de diciembre de 2007), publicado en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Lexis Nexis, Buenos Aires, N° 5/08, mayo de 2008, pág. 743.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, sexta edición, editorial Trotta, 2004.
- GULLCO, Hernán Víctor, “Principios de la Parte General del Derecho Penal. Jurisprudencia Comentada”, segunda edición, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009
- HEGGLIN, María Florencia, “Principio de ejecución y desistimiento en los delitos de comisión por omisión” -artículo- El Dial DC12BF, publicado en el Suplemento de Derecho Penal, consulta on line, 8 de Marzo de 2010.
- NINO, Carlos Santiago, “Da lo mismo omitir que actuar (acerca de la valoración moral de los delitos de omisión)” -artículo- publicado en “Los Escritos de Carlos Santiago Nino, Fundamentos de Derecho Penal”, editorial Gedisa, 2007.
- OUVIÑA, Guillermo J., “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, publicado en Enciclopedia Jurídica Omeba.
- RIGHI, Esteban, “Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito” -artículo -
- SANCINETTI, Marcelo, “La relación entre el delito de ‘Abandono de persona’ y el ‘homicidio por omisión’. Comentario al fallo: ‘Travi Basauldo, Lorenzo Juan de Dios Pedro’ de la Sala I de la CNCP, causa n° 4888, Reg. n° 6270, rta. 21/10/2003”, publicado en: “Jurisprudencia de Casación Penal 1”, Patricia Ziffer (dirección), Editorial Hammurabi, 2009, pág. 247/361.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El delito de Omisión”, editorial B de F, segunda edición actualizada, segunda reimpression, Montevideo-Buenos Aires, 2010.
- SOLER, Sebastián, “Fe en el derecho y otros ensayos” -artículo-, publicado por el Instituto Argentino de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1956.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia”, editorial Marcial Pons, 2009.
- ZAFFARONI, E. Raúl, “En torno a la cuestión penal”, ed. BdF, 2005.
- ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W., “Derecho Penal, Parte General”, editorial Ediar, 2003
- ZAFFARONI, E. Raúl, “Estructura Básica del Derecho Penal”, editorial Ediar, 2009.

Notas de pie de página:

* **María Ángeles Ramos**, abogada UMSA, funcionaria del Poder Judicial de la Nación y auxiliar de segunda del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA; **Sebastián Zanazzi**, abogado UBA, funcionario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y jefe de trabajos prácticos interino del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la de la Facultad de Derecho de la UBA. Asociados a la Asociación de Profesores de Derecho Penal.

¹ Así Francesco Carrara, en su “Programa de Derecho Criminal”, expresó: “...ni los jueces ni los legisladores pueden ir más allá de la realidad de los hechos...” (tomo VII -volumen V-, párrafo 2559, pág. 107). En igual sentido, “...ninguna disciplina particular puede usurpar la función de la ontología, pretendiendo la aprehensión de los entes como realidad en sí. Tal pretensión conduce al autoritarismo: el culto a lo dado como realidad en sí es una suerte de verdad revelada por el sentido común que, como tal, resulta inmodificable. Algo sustancialmente distinto es aceptar que todo saber incorpora datos del mundo, pero que siempre los selecciona desde una intencionalidad (un para qué saber), lo que no es lo mismo que pretender inventarlos a discreción... Cuando el derecho penal debe elaborar conceptos, no puede desconocer que aun cuando no lo haga teleológicamente, éstos cumplen una función política y, por ende, no le resta otra alternativa que orientarlos políticamente, so pena de construir conceptos perversos. Para no caer en la perversidad deber eludir las tendencias a inventar lo que en el mundo no existe, como así también a pretender que lo que existe lo limita más allá de la necesidad....” (conf. Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro W., “Derecho Penal Parte General”, editorial Ediar, 2003, págs. 4 y 386/387, entre otras).

² “...el derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho...” (conf. Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro W., op. cit., pág. 5).

³ En esa posición se destaca la postura de la Dra. María Teresa Rodríguez Montañés, desarrollada en el curso “Límites Constitucionales del Derecho Penal”, realizado por la Carrera de Posgrado en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA y el Centro de Formación Judicial del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires en el mes de septiembre de 2010. Asimismo, respecto de la evolución de los conceptos de la teoría del delito: “... **La función pragmática (enseñanza y decisión) potenció el desarrollo teórico del delito, porque ella misma cobró particular importancia cuando la tarea**

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

fue encomendada a agencias burocratizadas y verticalizadas, a las que se accedía después de un largo entrenamiento académico, y que eran propias de un estado legal de derecho, pero no de un estado constitucional de derecho, pues no ejercían el control de constitucionalidad de las leyes ni entrenaban para ello...” (conf. Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro W., op. cit., pág. 374; el destacado nos pertenece).

⁴ En tal sentido, “... es que para la ley penal argentina no es lo mismo causar lesiones que no evitar que éstas se produzcan, aunque exista un deber de hacerlo...” (conf. De Luca, Javier Augusto en “Omisión impropia, legalidad y congruencia”, comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.1318 “Antognazza, María Alexandra s/ p.s.a. abandono de persona calificado”, del 11 de diciembre de 2007, publicado en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Lexis Nexis, Buenos Aires, N° 5/08, mayo de 2008, pág. 743.

⁵ Conf. Zaffaroni, E. Raúl, “En torno a la cuestión penal”, ed. BdF, 2005, págs. 215 y siguientes.

⁶ Para sintetizar la posición que se contrapone a la sostenida en esta ponencia: “...todos los delitos son concebidos como basados en deberes incumplidos o infringidos por los ciudadanos, sea de su propia organización, de su rol, institucionales, o como quiera llamárselos. Y así, se puede sostener que en las tipicidades operan en un mismo haz mandatos y prohibiciones - acción u omisión equivalen-...”, conf. op. cit. en la nota 4.

⁷ El profesor Javier Augusto De Luca deja claramente planteado este interrogante: “...¿es posible en la Argentina imputar un delito de comisión o activo a un sujeto que no realizó una acción, sino que pese a poder obrar, se limitó a dejar (omisión) que el resultado típico se produjera?...”, op. cit. en la nota 4.

⁸ Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro W., op. cit., editorial Ediar, 2003, pág. 581.

⁹ Conf. voto del Dr. Erbetta en los autos “A, W.A. y otra s/ homicidio calificado”, SC Prov. de Santa Fe, Rta. 15/12/2009; considerando 5° en adelante, consulta on line:<http://www.justiciasantafe.gov.ar/portal/index.php/esl/Legislacion-y-Jurisprudencia/Jurisprudencia/Jurisprudencia-Destacada/Corte-Suprema-de-Justicia/Ano-2009>, Reg.: A y S t 234 p 378-398.

¹⁰ La posición contraria en Carlos Santiago Nino: “Da lo mismo omitir que actuar (acerca de la valoración moral de los delitos de omisión)” -artículo-, publicado en “Los Escritos de Carlos Santiago Nino. Fundamentos de Derecho Penal”; editorial Gedisa, 2007, págs. 205/230.

¹¹ “Es inadmisibles que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber que emerge de otras leyes, como puede ser la civil...”, Zaffaroni, E. Raúl, “En torno a la cuestión penal”, ed. BdF, 2005, pág. 215.

¹² Conf. Righi, Esteban, “Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito” -artículo- publicado en “Nueva Doctrina Penal”, Tomo A, Ediciones Del Puerto, 2001, págs. 97/111.

¹³ Conf. voto en disidencia de los jueces Lorenzetti, Zaffaroni y Maqueda en Fallos: 330:4945.

¹⁴ Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro W., op. cit., editorial Ediar, 2003, pág. 571/572: “...Desde el punto de vista del derecho en general, es posible observar que un orden jurídico que impone acciones es más solidario que otro que se limita a prohibirlas. Esta afirmación válida para el derecho en general... Lejos de reflejar un orden jurídico más solidario, mostraría una realidad en la que se ejercería poder punitivo casi exclusivamente sobre los que menores posibilidades tienen de solidarizarse, y eludirían esos imperativos los que realmente podrían modificar las relaciones sociales de manera significativa”.

¹⁵ Soler, Sebastián, “Fe en el derecho y otros ensayos” -artículo-, publicado por el Instituto Argentino de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1956.

¹⁶ “...Está permitido hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por el Estado mediante una ley que con anterioridad al hecho cometido describa típicamente las conductas delictivas y especifique sus respectivas sanciones...”, conf. Ouviaña, Guillermo J., “Nullun crimen, nulla poena sine praevia lege”, publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba.

¹⁷ Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro W., op. cit., pág. 111.

¹⁸ Conf. “Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación”, ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 16 (presentación a cargo de Luigi Ferrajoli), apartado 6°.

¹⁹ Conf. Ouviaña, Guillermo J., op. cit. y también Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, op. cit., págs. 111 y sgtes.

²⁰ No ingresaremos aquí al tratamiento de la cuestión del juzgamiento de los delitos de lesa humanidad, por exceder el marco de esta presentación y cuyo estudio ha sido abordado suficientemente por la CSJN y la doctrina especializada.

²¹ Conf. Ouviaña, Guillermo J., op. cit.: “...Por lo tanto, consideramos que en esta reformulación debe exigirse que la ley previa describa las conductas que prohíbe acuñando tipos. La regla de la descripción típica encuentra su base dogmática -no explicitada, pero conforme con el sentido integral del texto constitucional- en el segundo apartado del artículo 19, **puesto que la obligación de hacer requiere un mandato previo de la ley y la privación de bienes una prohibición legal.** La

Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos.

María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi

orden y la prohibición no pueden ser formuladas genéricamente por la ley porque si ello ocurriera, no sólo se violaría el mencionado artículo sino que se estaría frente a la alteración de un 'principio' constitucional por vía de reglamentación, situación ya prevista en el artículo 28...".

²² Conf. Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, "De los Delitos y de las Penas", con el comentario de Voltaire, Alianza Editorial, novena reimpresión, Madrid, España, 1996, págs. 33/34.

²³ Conf. arts. 18 y 19 CN "...ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe...".

²⁴ Conf. PIDCyP, artículo 15 (1) "**Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...**(2) Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona **por actos u omisiones** que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional; CADH, Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad **Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.** Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello" (el destacado nos pertenece). En un sentido similar, art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

²⁵ CSJN, Fallos: 331:858 (considerando 6° in fine). En igual sentido, disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, en los autos "Valerga, Oscar Alfredo y otros s/infr. ley 23.771", letra V, n° 160, tomo XLI –REX-, rta. 28/08/2007.

²⁶ Conf. dictamen de la Procuración General, al que remitió la CSJN en Fallos 327:2258.

²⁷ Zaffaroni-Alagia-Slokar, op. cit., pág. 119.

²⁸ Conf. "Derecho Penal Parte General", Zaffaroni, ER; Alagia, A y Slokar, AW, Ediar, Buenos Aires, 2003, págs. 93/94, 111 y 126.

²⁹ Op. Cit. nota 4.

³⁰ Conf. Righi, Esteban en "Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito" -artículo -, publicado en Nueva Doctrina Penal, 2001 Tomo A, Ediciones Del Puerto, pág. 97/111.

³¹ "En la ley argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía in malam partem." Zaffaroni-Alagia-Slokar, op. cit., pág. 581.

³² conf. voto del Dr. Erbetta en los autos "A, W.A. y otra s/ homicidio calificado", SC Prov. de Santa Fe, Rta. 15/12/2009, Reg.: A y S t 234 p 378-398; considerando 5° en adelante, consulta efectuada on line:<http://www.justiciasantafe.gov.ar/portal/index.php/esl/Legislacion-y-Jurisprudencia/Jurisprudencia/Jurisprudencia-Destacada/Corte-Suprema-de-Justicia/Ano-2009>