

## **Influencia de la garantías en la Teoría del Delito: Principio de Legalidad**

Para el trabajo que presento en esta ocasión, voy a abordar el tema de las garantías, más específicamente del principio de legalidad, y su influencia en relación a la Teoría del Delito.

Elijo esta categoría, ya que considero que las garantías son esenciales para todo sujeto en cualquier momento. En la actualidad, son comunes los cuestionamientos a los Derechos Humanos y las garantías constitucionales, basados en argumentos de intolerancia generada, entre otras cosas, por la inseguridad e ineficiencia del aparato de justicia. Desde mi punto de vista, esta postura es manifiestamente errónea y denota una solución intuitiva de los diversos sectores que, ingenuamente se posicionan únicamente del lado de la víctima, dejando de lado la posibilidad de que en cualquier momento, pueden ser ellos los victimarios. Y en ese caso, ¿quiénes serán los primeros en reclamar límites al poder punitivo del Estado? Claramente van a ser, los mismos que previamente exigían que no se apliquen sobre otros imputados. Esto se puede percibir fácilmente en las causas que trascienden públicamente y son el centro de atención de los medios de comunicación, que dicho sea de paso, a modo de crítica al sistema judicial actual, considero intolerable que se avasallen los derechos y garantías de aquellos acusados, a los cuales se les impone una pena de prisión, sin condena previa. Como bien sabemos, el Poder Judicial debería ser independiente, al adoptar la forma de gobierno republicana, mas lo que ocurre denota la baja calidad institucional y la carencia de seguridad jurídica que existe en nuestro país.

A modo de introducción, considero trascendental aclarar primero ¿a qué nos referimos cuando hablamos de garantías?

Podemos afirmar que son garantías, aquellos instrumentos del principio de mínima intervención que facilitan dimensionar al Derecho Penal como una alternativa de economía social de violencia<sup>1</sup>. O sea, protegen y amparan los

---

<sup>1</sup> RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal, Parte General*, 3° Ed, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, p. 129.

derechos fundamentales de una persona contra cualquier exceso, abuso o arbitrariedad proveniente de un particular o de la autoridad pública<sup>2</sup>.

Sobre esta cuestión, no podemos dejar de mencionar la postura de Luigi Ferrajoli quien sostiene que todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto<sup>3</sup>. En otras palabras, es una especie de desconfianza en la satisfacción o el respeto espontáneo de los derechos en el ejercicio legítimo del poder.<sup>4</sup>

Bacigalupo nos aclara, “los derechos fundamentales tienen una eficacia directa, y su validez como derecho vigente de manera inmediata se apoya, justamente, en la idea de su garantía”<sup>5</sup>. Ergo, es viable sostener que su vigencia, su respeto y su garantía constituyen una cuestión esencial de la legitimidad constitucional del Estado.

De esto se desprende la inevitable influencia que tienen en el recorrido que debe realizar el Juez penal cuando debe subsumir una conducta particular, en la normativa vigente, a través del sistema del hecho punible, para poder darle una resolución al caso que se le plantea.

Una vez plasmada esta noción de garantía, de nuestra Constitución Nacional también surge el principio de legalidad de su artículo 18, el cual establece que no se puede penar a nadie sin juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso.

Esto se complementa con la reserva de ley regulada por el Art. 19 que recita: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”

A través de Frister podemos ver que el Art. 18 está redactado de manera casi idéntica al de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania,

---

<sup>2</sup> BADENI, Gregorio, *Nuevos Derechos y Garantías Constitucionales*, Ad Hoc, 1995, p. 18.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4º Ed. Trotta, 2004, pp. 15-37.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Garantías constitucionales*, en Revista Argentina de Derecho Constitucional, EDIAR, Buenos Aires, 200, vol.1 n°2, p. 41

<sup>5</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, Hammurabi, 1999, p. 14.

que en su Art. 103 expresa: “Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto”<sup>6</sup>.

Este concepto que vemos casi copiado en distintos cuerpos normativos, es la consecuencia de la frase en latín “nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia” (No hay delito, no hay sanción, sin ley previa), creada por el reconocido criminólogo alemán Anselm von Feuerbach.

Por otra parte, nuestra Constitución Nacional recepta los tratados internacionales de Derechos Humanos, a través del Art. 75 inc. 22, del cual destacamos la C.A.D.H. que en su Art. 9 manifiesta: “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”.

Pues, como podemos observar, se trata de una exigencia básica de seguridad jurídica en el Estado de Derecho, que tiene tres consecuencias visibles, que serán ampliadas más adelante: La necesidad de una ley escrita, que esa ley sea previa y que se defina en forma precisa el mandato o la prohibición.

Para concluir con la introducción, es menester tener en claro a qué apunta la existencia de la Teoría del Delito en el mundo del Derecho Penal. En principio todos sabemos que nos determina cuando una acción va a configurar un delito. Esto es, en los casos que sea típica, antijurídica, culpable y punible, mas quedarnos con esto sería algo insuficiente.

La definición más certera, a mi entender, es la de Frister, que la define como un sistema de construcción dogmática que aspira a ser una herramienta para alejar a las personas de las soluciones intuitivas<sup>7</sup>. Esa separación del pensamiento ansioso que nos brinda la teoría del hecho punible nos exige. para resolver el caso, encuadrar o subsumir una acción en una norma. Para que esto ocurra, la conducta debe reunir todos los elementos descriptivos del tipo penal. Esto es la parte objetiva de la tipicidad donde: a) Debe haber un

---

<sup>6</sup> FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, 1º Ed., trad. de Sancinetti Marcelo, Hammurabi, 2011, p. 89.

<sup>7</sup> FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, cit. pp. 147-158.

sujeto activo, que realice la acción típica; b) Debe realizar una acción; c) Debe existir un resultado; d) Debe haber un sujeto pasivo, es la persona que sufre el daño de algún bien jurídico.<sup>8</sup>

Estos cuatro puntos deben estar presentes en toda normativa penal, además de la sanción o pena que le correspondería como consecuencia jurídica al autor o partícipe, dependiendo del caso en particular.

De lo expresado, podemos inferir la relación de la tipicidad objetiva con la prohibición de analogía (Exigencia *Lex Stricta*). Es esencial que la ley penal sea precisa, o sea, toda acción que pueda ser amenazada con pena debe estar incluida con claridad en esa norma. No es posible extender el alcance de una norma penal a una acción similar, no contenida en ella.

No obstante, una excepción a la regla es la construcción analógica *in bonam parte*, dicho de otro modo, no está alcanzada por esta exigencia del mandato de certeza cuando sea más beneficiosa para el reo.

Otra conexión posible con la tipicidad surge de la creación de un riesgo no permitido (Crear un peligro relevante para un bien jurídico a través de un acción disvaliosa) y de que ese riesgo no permitido se concrete en el resultado (Disvalor en el resultado). Esto es lo que compone la Teoría de la Imputación Objetiva, que es un instrumento formado por tres juicios de imputación<sup>9</sup> (Filtros) para corroborar si una conducta es imputable objetivamente o no al autor. El célebre jurista Frisch interpreta la imputación objetiva como una versión “continuada y evolucionada” de la teoría de la adecuación o de la relevancia<sup>10</sup>.

Siguiendo con esta línea, podemos concluir que, si lo que determina el riesgo no permitido es, concretamente una norma, lo que se debe hacer es, para imputar objetivamente ese resultado, lograr primero identificar el tipo penal

---

<sup>8</sup> RUSCONI, Maximiliano; KIERSZENBAUM, Mariano, *Elementos de la parte general del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 67

<sup>9</sup> RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal, Parte General*, cit. pp. 395-454.

<sup>10</sup> FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, trad. de Ivó Coca Vila, Atelier, Barcelona, 2015, p. 15.

al que corresponde esa conducta<sup>11</sup>. Ej: Un Homicidio con el Art. 79 del Código Penal de la Nación.

Cabe aclarar que no todo riesgo puede estar regulado por el Derecho Penal. Por eso, decimos que son riesgos relevantes, ya que al haber peligro en todo lo que hacemos (Ej: Conducir un automóvil), el Derecho Penal no puede evitar todo riesgo posible, entonces solo se centra en los riesgos adicionales a los socialmente aceptados.

Claro está, que aquí encontramos otro punto de conexión con el principio de legalidad, ya que la norma debe ser absolutamente clara y precisa, como se mencionó anteriormente, al determinar cuál es ese riesgo no permitido, a través de un mandato o de una prohibición (*Lex Certa*).<sup>12</sup>

Este precepto es también conocido como “mandamiento de seguridad jurídica”<sup>13</sup>. Bacigalupo señala que el principio de legalidad impone sus exigencias no solo al juez que aplica la ley, sino también al parlamento que la dicta. O sea, le indica al legislador que formule leyes con la máxima precisión posible sobre la descripción típica<sup>14</sup>, sin que sean vagas o ambiguas, para evitar que el Juez incurra en sentencias arbitrarias.

Lo cierto es que este error lo podemos ver en distintas leyes vigentes, que en muchas ocasiones están dificultadas a la hora de poder individualizar con exactitud cuál es el bien jurídico que el tipo penal está protegiendo, o que es lo que pretende proteger. Pues de aquí surge la extrema necesidad de que los legisladores sean diligentes a la hora de construir normas penales.

---

<sup>11</sup> RUSCONI, Maximiliano; KIERSZENBAUM, Mariano, *Elementos de la parte general del derecho penal*, cit., pp. 73-80.

<sup>12</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Causalidad, riesgo e imputación, 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 503-527.

<sup>13</sup> JÄGER, Christian, *Problemas fundamentales del derecho penal*, trad. al castellano a cargo de Enrique Díaz-Aranda, en Jager, Christian: *Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal*, Fabian Di Placido, Buenos Aires, 2003, p. 33.

<sup>14</sup> La Corte IDH ha tenido oportunidad de analizar el mandato de certeza con relación a los tipos penales de calumnias e injurias en el fallo “Kimel”. Allí, con citas de otros precedentes (Caso “Castillo Petruzzi y otros”, parr. 121, y caso “Lori Berenson”, parr. 125), afirmó que “... en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

Un claro ejemplo es el delito de enriquecimiento ilícito que está tipificado en nuestro Código Penal en el Art. 268 (1-2-3). Se trata de un delito claramente indeterminado en cuanto al tipo objetivo y violatorio del principio de legalidad. Establece el Art. 268 (2): "...no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño."

Ahora bien, lo primero que nos podemos preguntar es, ¿cuál es el comportamiento prohibido? Lo que señala el artículo es un incremento patrimonial, o sea una diferencia, que se exterioriza como un aumento entre un momento y otro, lo cual, *per se*, no tiene lesividad, ni relevancia jurídica, por lo que este delito no debería ser imputable objetivamente al autor.

Además, que sea un enriquecimiento patrimonial apreciable o desproporcionado, es un parámetro explícitamente impreciso, que queda librado totalmente a la discrecionalidad del Juez, sin ningún tipo de límite.

Otro caso similar en nuestra legislación lo tenemos en el delito de asociación ilícita, figura residual que surge del Art. 210 de nuestro Código Penal que dispone: "el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación". Este artículo también denota, al día de hoy, la persistencia de numerosas dificultades para delimitar su ámbito de protección, verificar la concurrencia de los requisitos típicos que habilitan su aplicación y determinar la forma en que estas figuras concurren con los delitos cometidos por la asociación.

Estas imprecisiones han permitido que la figura sea utilizada en forma abusiva y ha llevado a algunos a afirmar que se trata de "un saco roto donde van a parar casos que no superan la mera complicidad en uno o varios hechos"<sup>15</sup> o de un recurso frecuentemente empleado para obstaculizar excarcelaciones que, de otra forma, serían indudablemente procedentes.

---

<sup>15</sup> CANTARO, Alejandro S., Artículos 210 y 210 bis, en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 9, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 340.

A su vez, la figura de asociación ilícita ha sido objeto de distintas objeciones constitucionales vinculadas a su vaguedad, la indeterminación del bien jurídico cuya lesión penaliza<sup>16</sup> y la afectación del principio de reserva que surge del art. 19 de la Constitución Nacional por tratarse de una anticipación punitiva, que no requiere de acciones lesivas en perjuicio de terceros.

Zaffaroni, Alagia y Slokar, por caso, afirman que se trata de un tipo de constitucionalidad harto dudosa por constituir una ampliación del ámbito de la prohibición que “no puede sortearse sino en violación al principio de lesividad, y sin que a su respecto quepan legitimaciones basadas en el peligro para todos los derechos y libertades que la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad”<sup>17</sup>.

Por último, Sancinetti, en otras palabras explica que la fórmula legal del artículo 268 (2) del Código Penal intenta tender un puente salvador a la imposibilidad de probar conductas tales como el cohecho, las exacciones, las negociaciones incompatibles, el peculado, el abuso de autoridad, etc., recurriendo a ellas de modo elíptico mediante el verbo “enriquecerse” sin ningún límite de tipicidad<sup>18</sup>. Esto constituye una clara violación al Estado de Derecho.

En definitiva, todas las posturas reseñadas presentan puntos de contacto y dan cuenta de una extensión del ámbito de lo prohibido que, en nuestro medio, ha reeditado las discusiones vinculadas al alcance del Art. 19 CN, donde confluyen los principios de exteriorización y el de carácter público<sup>19</sup>

Continuando con el análisis de la tipicidad, el principio de legalidad, implica, asimismo, la ilegitimidad de la costumbre y cualquier otra fuente que no sea escrita, como fuente del Derecho Penal. Esto trae aparejado la imposibilidad del Estado de manipular el poder punitivo, así como también de

---

<sup>16</sup> DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal parte especial*, Tomo III, Rubinzal–Culzoni, Santa Fé, Argentina, 2001, Pág. 392.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA Alejandro Y SLOKAR A., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2002, Buenos Aires, p. 811.

<sup>18</sup> SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – Art. 268 Inc. 2 C.P. - Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*, 3° Ed., Ad Hoc., Buenos Aires, 1994, pp. 94-112.

<sup>19</sup> MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 71

aplicar penas arbitrarias. En otras palabras, no hay delito si no hay ley que lo contenga, por lo tanto debe existir un tipo penal que exprese los requisitos para que se configure el delito.

Cabe destacar que, la ley como fuente, debe serlo también en sentido formal, o sea, emanada por el Poder Legislativo (En la Argentina, solo Nacional conforme con el Art. 75 inc. 12 de la CN), bajo las formas establecidas constitucionalmente, excluyendo reglamentos, decretos, ordenanzas, etc.<sup>20</sup>

Sin perjuicio de lo expresado, se debe tener en cuenta que la exclusión de la costumbre afecta tanto a las manifestaciones positivas como a la creación de delitos, pero no a las normas que solo provocan cierta limitación de la actuación del Derecho Penal.

Un ejemplo claro es el de la categoría conceptual de la adecuación social (Se encuentra dentro de la etapa de Corrección del juicio de imputación objetiva), que determina que ciertas conductas que formalmente se adecuan a algún tipo penal, no son típicas por ser socialmente aceptadas y difundidas<sup>21</sup>. El principio de insignificancia o el riesgo permitido<sup>22</sup>, son manifestaciones claras del derecho consuetudinario, pero no pueden ser tomadas como violatorias del principio de legalidad.

Ahora sí, saliendo de la categoría de tipicidad, podemos encontrar relaciones en el siguiente estamento: antijuridicidad. Más precisamente, en el aspecto objetivo de las causas de justificación, donde lo que debemos hacer es, al igual que en la tipicidad, confirmar la presencia de todos los requisitos (Varían según el permiso) respecto de los cuales, el legislador hace depender el funcionamiento de la norma permisiva.

Estos permisos condicionan la extensión de las normas imperativas, y al igual que en la tipicidad, vemos que aquí también se requiere de la presencia de una norma escrita y específica, no análoga, que con precisión permita la conducta prohibida en determinados casos.

---

<sup>20</sup> NUÑEZ, Ricardo, Manual de Derecho Penal. Parte General, 4° Ed. actualizada, Editora Córdoba, 1999, pp. 61-69.

<sup>21</sup> JESCHEK, Hans; WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte General*, trad. de la 5° Edición, renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 269

<sup>22</sup> RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal, Parte General*, cit. p. 445-454

El principio de legalidad, también es clave en otra etapa de la Teoría del Delito. Esta vez me refiero a la culpabilidad, ya que la creación de una norma aspira a emitir pautas de conducta, o sea busca asegurar expectativas de comportamiento, ergo la única forma de motivarse en una norma es que resulte comprensible.<sup>23</sup>

Para esto también resulta útil el ejemplo del enriquecimiento ilícito. ¿Cómo motivarse en no enriquecerse desproporcionadamente? Esto parecería ser algo absurdo, ya que en el hipotético caso de que un funcionario público gane la lotería, va a tener un claro aumento de su patrimonio, y no por eso va a constituir un delito.

Se puede percibir también una clara relación con la prohibición del efecto retroactivo de las leyes (Exigencia de *Lex Praevia*), esto hace referencia a que rigen solo para actos cometidos después de su sanción. Pues justamente, la ley penal tiende a motivar la conducta a los ciudadanos hacia el ordenamiento jurídico y por eso, tienen el derecho de saber en el momento de su acción si tal o cual conducta está alcanzada por una prohibición o si existe algún deber de realizar una acción cuya omisión constituye un ilícito<sup>24</sup>. Por lo tanto, el ciudadano tiene que haber podido actuar de modo distinto del acto ilícito realizado para poder ser sancionado. No obstante, esta prohibición de retroactividad no alcanza a las leyes que sean más favorables al reo.

Hasta aquí, se ha tratado la influencia del principio de legalidad en relación a los tipos comisivos activos, los cuales prevén que si un individuo actúa, de modo tal que esa actividad positiva contraria la norma que se encuentra antepuesta al tipo, será castigado. Empero, es importante también destacar qué sucede en los casos en los que existe una omisión del autor.

Como ya sabemos, cuando la situación está descripta en la ley penal de modo claro, específico y en forma detallada, no existe problema alguno de

---

<sup>23</sup> STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal Parte General I: El Hecho Punible*, 4ª Ed., trad. Marcelo Sancinetti, pp. 272 y ss.

<sup>24</sup> BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo; ECHANO ASALDUA, Juan Ignacio, *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp. 512-518.

tipicidad legal<sup>25</sup>. El problema surge en los casos donde 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. Una posible respuesta es equiparar la realización de una conducta determinada con la no realización manteniendo idéntica consecuencia punitiva<sup>26</sup>.

Consecuentemente, a una 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<sup>27</sup> y se soslaya la función limitadora que debe cumplir el derecho penal.

Al respecto, señala Zaffaroni: “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”<sup>28</sup>. Esto no es así en el Código Penal Alemán que en su parágrafo 13 dispone: “Quien omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción”.

Si pensamos, como solución, trasladarla a nuestro sistema legal, hay que tener en cuenta que no es lo mismo hablar de Derecho Penal, y por ende de sus garantías y principios, desde una realidad como la europea, que hacerlo desde este lado del mundo, por más puntos en comunes que se puedan encontrar. Tanto las reglas jurídicas, como los principios, requieren siempre la

---

<sup>25</sup> 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, No 5/08, mayo de 2008, pág. 743.

<sup>26</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, Ediar, 1° Ed., 2009, p. 125.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W., *Derecho Penal Parte General*, Ediar, 2003, p. 581.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, A., SLOKAR, A. W., *Derecho Penal Parte General*. cit., p. 582.

fuerza motriz que surge de la estructura socioeconómica y política en la cual se insertan<sup>29</sup>.

Como podemos observar en el párrafo 13, varias consecuencias negativas, para los derechos individuales, derivan de una concepción como esa, que se desarrolla con prescindencia de que no hay ley alguna que la respalde. Para más, la idea de la posición de garante va extendiendo su ámbito hasta poner en crisis el principio básico penal, según el cual nadie va a responde por el comportamiento antijurídico de un tercero<sup>30</sup>.

De este modo, la doctrina penal contemporánea, reemplaza el concepto tradicional de autoría (La ejecución del acto típico) por la idea de atribución derivada de hallarse en posición de garante<sup>31</sup>. Por ejemplo, no solo es autor del homicidio quien mata a otro, sino que también mata quien, sin ejercer la violencia necesaria para quitar la vida, infringe el deber que tiene impuesto como integrante de la comunidad, de garantizar la indemnidad del bien jurídico vida ajena.

Por otro lado, siguiendo la línea de Zaffaroni, es factible afirmar que en la parte especial de nuestro Código 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<sup>32</sup>.

Sobre este mismo tema, el ilustre Righi expresa que la equiparación de acciones y omisiones impropias llevó originariamente a la creación de las

---

<sup>29</sup> SOTOMAYOR, Acosta, *¿Derecho Penal liberal o Derecho Penal critico en Colombia?*, en Francisco Carrara (Homenaje en el centenario de su muerte), Bogotá, Temis, 1988, p. 258.

<sup>30</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, *Limites de los delitos de comisión por omisión, en Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje a Claus Roxin, Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 37.

<sup>31</sup> V. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La responsabilidad penal del medico por omisión*, en *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, edición de Santiago Mir Puig, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, PPU, Barcelona, 1988, p. 125.

<sup>32</sup> Conf. ZAFFARONI, E. Raúl, *En torno a la cuestión penal*, ed. BdF, 2005, págs. 215 y siguientes.

limitaciones del deber de actuar, como limitador de dicha igualación<sup>33</sup>, ya que se percibió la dificultad que representaba extender el ámbito de prohibición de dicha manera (Clara violación al principio de legalidad).

No obstante, 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 equivalencia<sup>34</sup>.

Entonces, para cerrar el tema, la realidad es que no existe la menor claridad en torno a los límites que separan a la omisión de la comisión. Si bien no existe una solución concreta desde nuestro ordenamiento jurídico, cada autor toma una postura para resolver diferentes casos, y consecuentemente, dan sus fundamentos para sostener sus ideas.

Por eso es que hay que ser cauteloso y diligente frente al riesgo de ampliar la punibilidad por vía de criterios sumamente vagos de equiparación del tratamiento de una omisión, como si infringiera una norma prohibitiva, o sea, como si fuera realmente una comisión. Desde este punto de vista, los delitos impropios de omisión constituyen un difícil banco de prueba para el principio de legalidad con relación a la prohibición de analogía<sup>35</sup>.

Para concluir el trabajo, a través de Donna, expondré el alcance del principio de legalidad aplicado a un caso práctico de fines del Siglo XX: En Agosto de 1881, en Buenos Aires, la asociación delictiva conocida como “Los Caballeros de la Noche”<sup>36</sup>, habían profanado un cadáver y exigido un monto elevado de dinero rescate a través de una carta. En caso de no obtenerlo, iban a ultrajar los restos y hacerlos cenizas, para luego arrojarlos “a los cuatro

---

<sup>33</sup> RIGHI, Esteban, *Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito*, artículo publicado en Nueva Doctrina Penal, 2001 Tomo A, Ediciones Del Puerto, p. 97-111.

<sup>34</sup> TERRAGNI, Marco Antonio, *Delitos de Omisión y Posición de Garante en Derecho Penal*, 1° Edición, Rubinza-Culzoni, Santa Fe, 2011, pp. 219-243.

<sup>35</sup> ZIFFER, Patricia S., *Summa Penal. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Tomo I, Abeledo Perrot, 2013, p. 201.

<sup>36</sup> DONNA, Edgardo Alberto, *Casos y Fallos de Derecho Penal*, Rubinzal, 2000, pp. 59-65.

vientos”. Los autores y partícipes del acto fueron aprehendidos, pero se generó un interesante debate jurídico.

La acusación del fiscal estaba basada en que la violación de sepulcros era un delito previsto y penado por todas las legislaciones antiguas y modernas, pero la realidad es que estaba tipificado en el Proyecto de Código Penal y suprimido en el Código Penal vigente de Buenos Aires (El cual se aplicaba a nivel nacional en virtud de la necesidad del momento).

Tanto el Juez como el fiscal, al encontrar probado un hecho escandalosamente inmoral y condenado por la conciencia pública, consideraban que no podía dejarse impune, por lo que lo calificaron de robo, interpretando analógicamente. No los juzgan por el delito de amenaza, que sí estaba vigente, ya que implicaba un mes de arresto, cuando ya los procesados habían cumplido más de dos años en prisión.

Finalmente, en Cámara, se sostuvo que se ha cometido el delito de amenaza y coacción por escrito por un mal que no constituye un verdadero delito según la legislación vigente. Por otro lado, el Código Penal establece: “...no sean castigados otros actos u omisiones, que los que la ley con anterioridad haya calificado de crimines o delitos” y que tiene su base en el Art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto nadie puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso.

Respecto del Código Penal, no constituye un delito la violación de sepulturas, ni la profanación de cadáveres, por lo que han quedado sin sanción penal. Señala correctamente el fallo que resuelve la cuestión: “Los jueces tienen que contenerse en su esfera de acción, sin trasgredir la ley, por más cierto que sea que hechos de su género entran en la categoría de las acciones punibles, según la legislación de países más desarrollados. No se puede aceptar la autoridad de estas leyes en esta rama del Derecho, por ende se declara compurgada la pena en que han incurrido los procesados con la prisión que llevan sufrida”.

Se trata de un caso donde se resuelven las controversias a la luz al principio de legalidad, tutelando indispensablemente la exigencia del ámbito

Fabián Parlakian  
DNI: 38.358.978

penal de que la descripción de las acciones amenazadas con pena esté contenida en la ley<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> JAEN VALLEJO, Manuel, *La justicia penal ante los nuevos retos de la actualidad*, FCU, Montevideo, 2001, pp. 23 y ss.