

La composición de tipos penales omisivos impropios, y su incompatibilidad con el principio de reserva

Natacha Annovelli

RESUMEN: En ocasiones, la posición de garante nos enfrenta a someternos al juzgamiento de conductas que no fueron previstas por el legislador como “actos típicos”. De este modo, pareciera ser que podemos ser condenados, aun cuando ello vaya en detrimento del principio de reserva, consagrado en nuestra Constitución Nacional. De este modo, pretendo plantear la inconstitucionalidad de los tipos penales de omisión impropia.

PALABRAS CLAVE: Omisión impropia – principio de reserva – principio de legalidad – inconstitucionalidad – posición de garante

“No debemos permitir que las abstracciones nos alejen de la realidad social”.

Claus Roxin.

Desde una mirada dogmática, existe una evidente incompatibilidad entre la construcción por analogía de los tipos penales omisivos impropios, y el principio de legalidad. Dicha incompatibilidad no ameritaría *per se* análisis jurídico alguno, de no ser porque acarrea consigo la inconstitucionalidad de dicha construcción legal.

Como punto de partida para desengranar la cuestión que nos convoca en la presente lectura, partimos de la idea de que la omisión en materia de derecho penal puede ser de dos tipos: propia e impropia.

La que aquí nos importa -la omisión impropia- es aquella en donde, siguiendo a Eugenio Zaffaroni, el sujeto activo del delito es un autor calificado, que se encuentra en una situación circunstanciada y particular respecto del bien jurídico tutelado, a lo que se denomina, *posición de garante*.

Dicha posición, coloca al sujeto activo en el deber de conservar o salvar al bien jurídico que la norma pretende proteger.

La primera característica que proponen los delitos de omisión impropia, es que se puede construir el tipo omisivo impropio no escrito por analogía con los tipos penales escritos, agotando el contenido prohibido de estos últimos.

Para que resulte más gráfico, podemos ver que nuestro código penal tipifica en su artículo 79 la conducta de matar (art. 79 CP: Se aplicará reclusión o prisión...al que matare a otro...), pues bien, es éste un claro ejemplo de un tipo comisivo escrito y, siguiendo el principio de legalidad donde todo lo que no está prohibido está permitido, sabemos que lo prohibido es realizar la conducta de matar.

Ahora, si una madre deja morir a su hijo recién nacido, por ejemplo, dejando de alimentarlo, y ocupa el tiempo que debiera estar dedicando a proveerle alimentos a aquel, a realizar cualquier otra conducta distinta a ello, como podría ser, leyendo un libro, se construye un tipo penal de dicha conducta (leer), por analogía con la conducta que sí se encuentra escrita en el mencionado art. 79 (matar), en base a que, con la conducta por parte del sujeto activo de leer un libro, omitiendo durante el tiempo dedicado a la lectura, la provisión de alimentos a su pequeño hijo, de la que la preservación de su vida es garante, se agota el contenido prohibido del tipo escrito, matar.

Sin embargo, no existe norma alguna que tipifique la lectura de un libro.

Como vemos, los tipos omisivos impropios no escritos devienen de una deducción de los tipos comisivos activos, toda vez que la ley parte de la premisa de que un sujeto puede realizar un tipo penal activo, omitiendo hacer determinada conducta que le es exigida por hallarse en posición de garante, en una determinada circunstancia.

Entonces, se entiende que, establecida una determinada posición de garante sobre un sujeto, si éste no realiza la conducta “debida”, y por ello se afectase el bien jurídico que la ley le obliga a “garantizar”, se le atribuye la comisión del tipo activo, aun cuando la conducta omisiva no estuviese tipificada.

Vale decir, que dicha construcción es de índole jurisprudencial, en tanto que será el juez, y no la ley, quien en determinada circunstancia equipare la omisión del sujeto activo, a una conducta comisiva y prohibida por la norma.

En palabras del Dr. Zaffaroni, *“en las omisiones, la no evitación equivale a producción; y la evitación a la no producción”*.¹

Antes de avanzar en la inconstitucionalidad de la construcción por analogía de los tipos penales de omisión impropia, es necesario delimitar qué entendemos por delitos de omisión impropia.

Para ello, citaré a alguno de los autores que, a mi entender, resultan de mayor envergadura en materia penal:

Refiriéndose al problema causal de los delitos impropios de omisión, explica el Dr. Welzel que *“...si existe un deber de garantía, entonces el omitente actúa conforme al tipo, en el sentido de un delito de comisión, si no evita el resultado. Él concreta el tipo de comisión a través del medio de la omisión. Establecer que alguien no ha evitado el resultado antijurídico por no realizar una acción, presupone el juicio de que la realización de la acción hubiera evitado el resultado. Solamente de tal acción que hubiera impedido el resultado. Como la contestación de esta pregunta previa no puede ser un juicio real, sino solamente un juicio de posibilidad (juicio causal hipotético), ella solo puede aportar valores de probabilidad. Para condenar por un delito de comisión a través de omisión, debe exigirse una probabilidad de impedir el resultado prácticamente al borde de la certidumbre. Una omisión puede haber acarreado, entonces, el resultado, solamente cuando la realización de la acción lo hubiera evitado con una probabilidad prácticamente al borde de la certidumbre.”*²

Kaufmann, discípulo de Welzel, refiere sobre el tema que nos ocupa que, *“se entiende, por tanto, por omisión la no realización de una acción, cuando existe la posibilidad concreta de realizarla. Quien deja que las cosas sigan su curso y no usa la posibilidad de una intervención, omite algo. Pero omitir no significa no hacer nada pasivamente, sino no realizar determinada actividad, jurídicamente exigida”*.³

¹ Zaffaroni, E. R., (2002), *Derecho Penal parte general*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Ediar, p. 410.

² Welzel, H. (1956), *Derecho Penal parte general*, Traducción del Alemán por el Dr. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Argentina, Ed. Roque Depalma, p.210.

³ Kaufmann, A, citado por Cuadrado Ruiz, M. A., en *La comisión por omisión como problema dogmático*, recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derechoabrir_pdf.phpid=ANUP-1997-

En definitiva, el ser humano para Kaufmann tiene capacidad de llevar conductas finales y, la omisión, será entonces la no puesta en marcha de su capacidad de acción final; es decir, la acción finalista no ejecutada, siendo la omisión impropia, la infracción al deber de garante.

Claus Roxin, explicando lo que se denomina el “concepto negativo de la acción”, cita a Herzberg y refiere que *“la acción del derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante (...) tanto el autor de una comisión como el de una omisión, exactamente igual ambos, no evitan algo... pero ambos lo hubieran podido evitar.”*⁴

Jakobs, entiende que los delitos de omisión impropia surgen al complementar los delitos de comisión con una variante omisiva de acuerdo al alcance determinado por el art. 13 incisos 1 StGB⁵.

Claro está, que dicho maestro es un jurista alemán y que, en tal territorio, como se verá más adelante, existe un tratamiento del instituto de la omisión, más completo y circunscripto normativamente, que el que existe en nuestro ordenamiento legal.

En palabras de Edgardo Donna, *“Una omisión es la no utilización de una regla o un grupo de reglas cuya aplicación es posible para el sujeto en la situación concreta.”*⁶

En efecto, debemos tener en cuenta que, para que exista comisión por omisión impropia, debe existir en la *cuestión criminal* concreta, un sujeto activo colocado en posición de garante, ya sea por la ley, ya sea por un contrato, por un hecho precedente que crea una situación de peligro, o por una especial relación de confianza, de la que se espera la evitación de determinados resultados lesivos de bienes jurídicamente protegidos, y debe dicho sujeto, no haber interrumpido el curso causal que pone en riesgo el bien jurídico cuya indemnidad debía garantizar, cuando pudo haberlo interrumpido.

10038700456_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_La_comisi
%F3n_por_omisi%F3n_como_problema_dogm%E1tico.

⁴ Roxin, C. (1996), *Derecho Penal parte general*, tomo I, Traducción del Alemán por Diego Manuel Luzón Peña, Buenos Aires, Argentina, Ed. Thomson Civitas, p. 247.

⁵ Jakobs, G. citado por Donna, E. A., en *Derecho Penal parte general*, tomo VI, Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 219 y ss.

⁶ Donna, E. A., (2010), *Derecho Penal parte general*, tomo VI, Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 191.

La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico.

De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa.⁷ Ahora bien, sin perjuicio de que entiendo que la figura de posición de garante amerita un desarrollo que, por cuestiones de brevedad, no es el que pretendo en este trabajo, lo mismo que ocurre con el concepto de omisión impropia, ocuparé el resto de mi atención en abocarme al tratamiento de la verificación de inconstitucionalidad en la construcción por analogía de tipos omisivos impropios.

Para ello, centraré el foco en determinados derechos y garantías constitucionales que considero relevantes a los fines de dicha verificación.

Conforme surge de la lectura y análisis de diversos textos en donde se desarrolla el tema que aquí abordo, puede verse con claridad que existe un gran problema en nuestro ordenamiento legal, en cuanto al principio de legalidad en la omisión impropia.

Distinto caso es el del ordenamiento penal español, que con la redacción del art. 11 ha dado respuesta a esta cuestión⁸, al igual que el ordenamiento legal alemán, que no solo soluciona el tema en el art. 13 de su Código Penal, sino que dicho texto ha sido la base utilizada por diversa doctrina para tratar la cuestión que aquí nos ocupa.⁹

⁷ García Martín L. (1999), La comisión por omisión en el Derecho Penal Español, Revista Nuevo Foro Penal edición nro. 61., recuperado de publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/3924/3194

⁸ Art. 11 Código Penal Español: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

⁹ Art. 13 Código Penal Alemán: “(1) Quien omita 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.”

Refiere el art. 18 de nuestra Constitución Nacional, dando vida a la garantía del debido proceso legal, que ningún habitante de la Nación puede ser juzgado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso; el mismo cuerpo legal, continúa prescribiendo en el siguiente artículo que ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, lo que se denomina “principio de reserva”.

Con ello, pareciera ser que el Estado se ha puesto un límite a sí mismo, en cuanto a su capacidad de juzgar a un habitante, por un hecho determinado. Cuanto menos, queda claro que para que ello ocurra, debe existir una ley que, en forma clara y precisa, nos diga que existe una determinada conducta que nos está prohibido realizar y que, pese a ello, se la ha realizado (luego, claro está, le seguirá en análisis de los demás estadios de la teoría del delito, es decir, se verificará que además de haber existido una conducta típica, esta sea antijurídica y culpable).

Asimismo, pareciera ser que también queda claro, que todo aquello que la ley no nos prohíbe realizar, se encuentra fuera del ámbito de control por parte del Estado, pues recordemos que el principio de reserva es, sin duda, el mayor límite al poder punitivo de éste, exigiendo cuatro requisitos para considerar válida una ley penal: que ésta sea previa, escrita, formal y estricta. Hasta aquí, podemos concluir que hay un límite al poder punitivo del estado “que exista una ley válida y violentada por la conducta de un habitante”.

Desde la doctrina, se ha dicho que *“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) 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...”* (Conf. dictamen de la Procuración General, al que se remitió la C.S.J.N. en fallos 327:2258.)

En esta línea de análisis, también debe mencionarse el art. 31 C.N.¹⁰, en el que no sólo se establece la supremacía de dicho cuerpo legal, y de los tratados

¹⁰ Art. 31 C.N. “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

internacionales a los cuales el Estado Argentino es parte conforme el art. 75. inc. 22, sino que además refiere la invalidez de cualquier norma que contraríe la ley suprema, en tanto que todas las normas dictadas en su consecuencia deben adecuarse a los principios, garantías y derechos que ella establece.

Dicho ello, podemos llegar a una primera conclusión y es que, en el afán de castigar a quien omitió garantizar la indemnidad de un determinado bien jurídico lesionado, se pone en jaque el principio de legalidad, ello, aún en ausencia de una norma legal que obligue a determinada persona a que no se produzca un determinado resultado, y que haga equiparable una comisión, a una omisión. Adoptando una postura netamente dogmática, no es válido conforme nuestro ordenamiento legal, entender que “el que matare a otro” es igual a “el que no impidiera la muerte de otro”.

Bajo este paradigma, Kaufmann, Schöne y, en nuestro país, Zaffaroni, sostienen la inconstitucionalidad de la composición de tipos penales de omisión impropia, cuya construcción por analogía, a su entender, se encuentra prohibida.

En definitiva, en la omisión impropia, lo que se prohíbe es, en determinada circunstancia y a determinada persona, la realización de cualquier conducta diferente de aquella que se ordena. Ahora, vale preguntarse qué norma es la que ordena, en determinada circunstancia y a determinada persona, la conducta que debe realizar.

Pensar en el instituto de la omisión impropia, implica invertir la manera sistemática en la que se piensa al derecho penal, en donde lo que se pena son conductas, taxativamente detalladas por la norma. Contrario a la sistematización en la que se estructura esta rama del derecho, y en especial, la teoría del delito, que como se sabe (aunque con lagunas diferencias según se adopte una postura finalista o una causalista), se exige como base para aplicar una pena, que haya una conducta, y que ésta sea típica, ocurre todo lo contrario en materia de omisión impropia, en tanto que, de algún modo, lo que se requiere en términos punitivos es que “no haya conducta”, entendiéndose por ello el movimiento voluntario (bastando solo eso desde un punto de vista causalista, o requiriendo además que haya una finalidad, si se toma una postura finalista), sin que siquiera esa “ausencia de conducta” se encuentre tipificada. Pues será el caso concreto en análisis el que, en definitiva, nos determine si hubo o no un hecho criminal, sin que el mismo tenga fundamento en una ley anterior al hecho del proceso.

Recordemos que, en la omisión impropia, no es la conducta del autor la que provoca el resultado lesivo de bienes jurídicamente tutelados, sino más bien, el proceso causal que lesiona el bien protegido transcurre paralelamente a la conducta omisiva de aquel; sin perjuicio de ello, cierto es que en este contexto, existe una capacidad de acción por parte del “garante” para interrumpir dicho curso causal, que no ha sido puesta en marcha por el mismo.

Claro está que tal omisión debe ser penada, no es ello lo que se cuestiona ni se pone en duda, la cuestión radica en que dicha pena, debe ser aplicada de manera coherente con los principios y garantías que se establecen en la ley suprema. Pues en vano podrían elaborarse posturas que justifiquen el poder punitivo ejercido por el Estado en este tipo de conductas omisivas impropias, si aún subsiste ausencia de una ley previa que sustente la pena, en detrimento de un adecuado control de constitucionalidad.

En síntesis, y a modo de conclusión, entiendo que no es labor de la doctrina ni la jurisprudencia la elaboración de teorías que pongan blanco sobre negro al claro ataque que existe en la punición por un delito encuadrado en la figura de omisión impropia, pues será tarea legislativa salvaguardar el tanpreciado principio de legalidad, brindando herramientas normativas coherentes con tal postulado constitucional.

Ello no implica avalar decisiones judiciales netamente dogmáticas, y alejadas de la necesidad moral de la sociedad ante un hecho criminal, sino simplemente, plantear la necesidad de un adecuado tratamiento normativo de este instituto, llenando espacios vacíos que hoy solo pueden rellenarse mediante construcciones analógicas prohibidas.

Pues más allá de cualquier necesidad, por cierto, lógica, de encontrar justicia ante un hecho criminal, indiscutible es que la complejidad del tema ante una ausencia legislativa de este tipo de injustos derivó en que sea la doctrina y la jurisprudencia, las que encuentren soluciones conceptuales que se adecuen a la teoría del delito.

La postura mayoritaria, entiende que la solución a esta cuestión se daría si existiese una cláusula general, tal como ocurre en la ya citada legislación alemana.

Sin embargo, y en cuanto a la adecuación de este instituto con el principio de legalidad, es Schöne quien, en su tesis doctoral, refiere que un castigo basado en un precepto legal no escrito, o escrito pero de manera indeterminada, va en contra del

mencionado principio. Pues siguiendo esta postura, aún en presencia de una cláusula general, no se deja de poner en crisis el principio de legalidad.

En definitiva, en un intento legislativo de corte netamente constitucional, entiendo que, aunque sea de difícil realización, en tanto que resultaría materialmente imposible tipificar tantas omisiones impropias como posibilidades de lesionar un bien jurídico tutelado de manera omisiva impropia exista, cierto es que se requiere una descripción típica para cada circunstancia concreta en que el Estado decidiese la necesidad de aplicar su poder punitivo, tal como ocurre con las conductas comisivas, para que dicha punibilidad sea conteste con el principio de legalidad y, en definitiva, con la ley suprema.

No debe perderse de vista que tal principio se debe a que el derecho penal es una rama del derecho público, por lo que sus normas deben adecuarse a los principios que surgen de la Constitución Nacional.

El propio Stratenwerth, refiere que *“el concepto de acción ha perdido en ese punto todo contenido de realidad: el entender el asesinato como no evitación evitable del hecho propio, como diferencia evitable de resultado, es convertir al delito en un puro producto de la abstracción”*.¹¹

Otra cuestión que debe analizarse aquí, es si un delito cometido por una conducta omisiva impropia merece la misma pena que aquella cometida por una conducta comisiva; claro está, como se vio hasta ahora, que las primeras de ellas se construyen analógicamente con las segundas, algo que hasta aquí, conforme lo razonado, deviene inconstitucional. Ahora bien, de aceptarse dicha analogía, no habría razón para equiparar conductas sin equiparar las penas que le corresponderán a las mismas. En definitiva, lo que se intenta es nada menos que el resguardo de determinado bien jurídico y, de lesionarse el mismo, entiendo que no existiría razón para diferenciar la punición. Pues haciendo un paralelismo, sería lo mismo que pensar que quien matare a otro utilizando un arma de fuego, merece más o menos pena que quien matare a otro utilizando un arma blanca.

Sin perjuicio de ello, cierto es que en cada caso concreto deberán analizarse los agravantes o atenuantes que pudiesen eventualmente recaer en el mismo.

¹¹STRATENWERTH, *Derecho penal*, . Recuperado de <http://posgradoubautrerios.blogspot.com.ar/2012/06/la-accion-como-elemento-base-del-delito.html>

Como palabras finales, quisiera apartarme de una línea de análisis netamente dogmática, para remitirme a un razonamiento del filósofo Aristóteles, cuando refiere que *“no deliberemos acerca de los fines a alcanzar, sino sobre los medios para alcanzar esos fines”*. Pues más allá de los medios que se utilicen, aun cuando los mismos sean omisivos, ante la presencia de un fin claramente injusto y debidamente probado, debe el Estado aplicar su poder punitivo.

Aunque claro está, que es el mismo Estado quien se encuentra en una deuda legislativa que se refleja en cada debate que los más destacados juristas han efectuado en torno al tema que aquí se ha tratado.