



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

“El problema constitucional de los tipos omisivos impropios no escritos en la legislación argentina.”

Tutor: Dr. Marcelo Trucco

Alumna: María Luisa Vignatti

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: Julio de 2014

Dedicatorias:**A mi familia**

Por su apoyo incondicional, por alentarme a lograr mi meta anhelada.

Agradecimientos:**A mi tutor**

El Dr. Marcelo Trucco quién me acompañó y orientó a lo largo de este trabajo.

A mis profesores

Por transitar junto a mí este camino, brindándome sus valiosos conocimientos.

Resumen:

El presente trabajo tratará el delito de omisión impropia, denominado también comisión por omisión, centrándose especialmente en los “delitos de omisión impropia no escritos”, y la discutida adaptación constitucional de éstas figuras a la luz del principio constitucional y convencional de legalidad.

Se comenzará con la introducción del trabajo, donde se mencionará el área al cual pertenece el tema de investigación como así también el problema del tema investigado y la hipótesis del mismo. Se marcará también la fundamentación personal respecto de la elección del tema y los objetivos perseguidos para elaborar el trabajo.

En el capítulo I, se expondrá la omisión en el derecho penal, desarrollando el concepto de “acción” con una breve introducción para luego proseguir con el tratamiento de la “omisión” y sus clases, analizando fundamentalmente los “delitos impropios de omisión”.

El capítulo II, abordará “la posición de garante”, como uno de los elementos que distinguen a los delitos de omisión impropia, aportando algunas de las distintas opiniones doctrinarias que buscaron establecerla.

Al tratar el capítulo III, se analizará la cuestionada constitucionalidad de la figura a través de las distintas opiniones de la doctrina, todo ello sin apartarnos del texto de la Constitución Nacional.

Por último, en el capítulo IV, se volcarán las conclusiones y propuestas.

Estado del Arte:

El tema de esta investigación es tratado por doctrinarios argentinos , expondré los pensamientos de dos de ellos en esta parte de la investigación.

Carlos Creus trata la problemática de los impropios delitos de omisión cuando ellos no están escritos, respecto del conflicto de los mismos con el Principio de Legalidad. Dice “Sin duda, lo que más preocupa a la doctrina contemporánea al tratar los delitos de comisión por omisión, es el hecho de que su reconocimiento puede colisionar con el principio de legalidad en cuanto se trata de tipos “no escritos” (son “tipos de interpretación”, Schmidhäuser): la ley pune al que mata, pero literalmente no pune al que no impide la muerte. Si por un lado se plantea esa objeción, por el otro, dejar de reconocerlos importaría poner al descubierto un amplio campo de permisividad al ataque del bien jurídico que el mismo tipo comisivo protege; en consecuencia, los tipos omisivos impropios aparecerían como el agotamiento necesario del contenido prohibitivo del tipo escrito.”¹ Como puede observarse a los fines de evitar una indebida extensión de punibilidad es necesario que esta clase de delitos esté tipificada como corresponde.

Zaffaroni, en su Tratado de Derecho Penal de 1981, trató también la cuestión sobre la constitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos y en ese momento, el ilustre doctrinario se pronunciaba por la constitucionalidad de los mismos, pero sin embargo aclaraba que “este aspecto de la omisión necesita una más profunda investigación, pues hay objeciones constitucionales que no quedan del todo respondidas, llegándose a afirmar que se trata de casos de creación judicial de derecho”.²

Actualmente, a raíz de la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos con el alcance de su art.75, inciso 22, la doctrina nacional fue evolucionando sobre el tema.

¹ Creus Carlos, “Derecho Penal-Parte General”. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1992, pág.181.

² Zaffaroni Eugenio Raúl, “Tratado de Derecho Penal, Parte General”. Buenos Aires. Edición Ediar, Tomo III, 1981, pág. 465.

Uno de los máximos exponentes es el doctor Eugenio Zaffaroni, que junto a Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, tratan la constitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos. Dicen "... En síntesis, la vía franca a la construcción analógica de tipos penales en esta materia no tiene otra explicación que una pretendida etización que retrocede en varios siglos, a la confusión entre moral y derecho: qui peut et n' empeche, peche, (quien pudiendo impedir no impide, peca,) pero no delinque, salvo que un tipo penal debidamente escrito lo establezca." ³ Estos autores cuestionan la constitucionalidad de la figura por la falta de escritura. Otro sector de la doctrina, lo hace respecto de la posición de garante.

Es por eso que algunas legislaciones procuraron incluir en sus códigos penales en qué casos y bajo qué circunstancias una persona reunía la "posición de garante".

En el código penal español, la posición de garante se encuentra definida en su Art. 11, que dice: "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." Como podrá observarse, el art. 11 del C.P. Español prevé tres fuentes que dan lugar a la posición de garante a saber: la ley, el contrato y el actuar precedente.

En Alemania, el parágrafo 13 del C.P, reza : "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..."

³ Zaffaroni Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, "Derecho Penal Parte General". 2ª. Ed. Buenos Aires. Editorial Ediar. 2002. Pág. 581.

En nuestro país, el legislador no incorporó al Código Penal cláusula general alguna que de validez constitucional a esta figura. Sin embargo, en la parte especial el legislador expresamente reconoce la aplicación de dicha figura. Señala Zaffaroni, que existen delitos de omisión impropia tipificados como los Art 106,144 4°, 227, 235 2° párrafo, 239,249. ⁴

⁴ *Ibíd*em, pág. 582.

Marco Teórico:

La ley penal al sancionar determinadas omisiones, lo hace:

a- Estableciendo mandatos cuyo incumplimiento tiene como consecuencia una sanción. Son los llamados delitos de omisión propia.

Dice Zaffaroni:” Hay tipos en que la estructura omisiva no se corresponde con una estructura activa, o sea que sólo aparecen en forma tal que la norma deducida es siempre imperativa.”⁵

En ellos autor puede ser cualquier sujeto que se halle en la situación típica y que incumpla el deber fijado en la norma.

b- Equiparando la acción con la omisión. Son los conocidos delitos impropios de omisión o llamados también comisión por omisión.

Vemos que en ellos no basta con incumplir el mandato de la norma, se requiere, además, que el sujeto no evite, estando obligado a hacerlo, la producción del resultado.⁶ Sus autores son calificados, ya que sólo pueden serlo aquellos que se encuentren en posición de garante respecto del bien jurídico tutelado.

Pero, el gran problema es que no todos los tipos omisivos impropios están expresamente escritos en el código, ante lo cual sostiene Zaffaroni que “el juez los debe completar, individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales de los que se hallan escritos.”⁷

Esto lleva a que ante la falta de regulación legal y la posibilidad de que haya hechos que queden impunes se recurra a la posición de garante a los fines de dar límites a la autoría en los delitos impropios de omisión.

⁵Ibídem, pág. 575.

⁶ Erbeta, Daniel, “Colección temas y problemas de derecho penal y criminología”. 1 Ed Rosario, ED. UNR, 2003, pág.19.

⁷Zaffaroni, Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, ob.cit, pág.577.

Calificada doctrina se pronunció definiendo la posición de garante: Bacigalupo, señala dos categorías, a) Posición de garante para la defensa de un determinado bien jurídico, y, b) Posición de garante para la vigilancia de una fuente determinada de peligro.⁸ Ambas se desarrollarán a lo largo del trabajo.

Para Zaffaroni, suele reconocerse “como fuente de la obligación de actuar, para la construcción analógica de los tipos de los impropios delitos de omisión, la ley, el contrato y la conducta anterior o precedente del sujeto.”⁹

Parte de la doctrina nacional es partidaria de la inconstitucionalidad de los tipos penales de omisión impropios no escritos, ya que los mismos colisionan con el principio de legalidad. Este principio está plasmado en el Art 18 de la Constitución Nacional y establece que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” , y, en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional, a saber, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art 11, ap. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica, Art9 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art15.

El principio de legalidad implica que la ley sea previa, escrita, cierta y estricta, por ende la vulneración de uno de ellos supone la trasgresión de los restantes.

Hay autores que consideran inconstitucionales a estas figuras porque estaría violando el subprincipio de *lex scripta* y el de *lex praevia* derivados del principio de legalidad. De este modo no admiten que las figuras penales redactadas en la parte especial del código aludan a supuestos de omisión impropia no escritos. Si tomamos como ejemplo el art 79, el mismo dice “...el que matare a otro...” por lo cual se estaría refiriendo a supuestos donde el autor realiza una acción causando la muerte, no así a la no evitación de ese resultado.

Otro sector cuestiona la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión por la falta de certeza en la posición de garante.

⁸Bacigalupo, Enrique, “Delitos impropios de omisión”. Buenos Aires. Ed. Pannedille. 1970. pág. 120 y sig

⁹ Zaffaroni, Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, ob.cit, pág 577.

A los fines de salvar la legalidad de dichas figuras, varias legislaciones han incluido cláusulas especiales de equivalencia que reconocen genéricamente la posibilidad de cometer por omisión, los delitos tipificados expresamente en la parte especial de sus respectivos códigos, como puede observarse en el Código Penal Español, art 11 y en el Código Penal Alemán, parágrafo 13, entre otros.

Al respecto, en la redacción del Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación, la Comisión al redactar el art33 expresamente dispone que “solo son punibles las acciones u omisiones dolosas descritas en la ley, a menos que también se disponga pena para las culposas...”¹⁰

Los autores del anteproyecto respetando el principio de legalidad incluyeron expresamente los delitos omisivos impropios y además establecen que sólo la tipificación de los mismos en la parte especial, habilita la punición.¹¹

De lo expuesto, surge claramente que conforme al anteproyecto de reforma, la única forma de responsabilizar por un injusto penal, o hecho ilícito –delito-, de comisión por omisión u omisión impropia, es mediante su tipificación en tal forma en la parte especial del código penal por el legislador de turno, no admitiéndose ninguna de las teorías de la omisión impropia que tratan de cerrar el tipo penal, mediante la posición de garante, y su deber o posibilidad de actuar, menos aún, que baste para ello con una cláusula en la parte general del código penal que asimile a los delitos de acción con los de omisión, como si se tratara de la misma conducta.

¹⁰ Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación,. Buenos Aires.Ed. Ediar. 2007, pág. 116.

¹¹ *Ibidem*, pág 75.

Introducción.

El tema objeto de este trabajo pertenece a la rama del Derecho Público y dentro de la misma al área del Derecho Penal y Derecho Constitucional.

La importancia del mismo, radica en analizar los delitos de omisión impropia, conocidos también como delitos de comisión por omisión, cuando los mismos no están escritos en la ley penal. Observamos que desde antaño se viene discutiendo sobre la legalidad de los mismos, ya que presentan algunos problemas de aceptación en cuanto al respeto y vigencia de los principios de culpabilidad y legalidad y su correlato en el principio de tipicidad y de máxima taxatividad.

El fin de este trabajo es establecer si estos delitos de omisión impropia no escritos son compatibles, o, no con el principio de legalidad. A nuestro modo de ver, no es un tema menor ya que cada día vemos con mayor frecuencia en la jurisprudencia argentina el uso de estos delitos, y, se han ampliado considerablemente los contornos de la figura del garante, ante lo cual para definir cuándo un sujeto se encuentra en posición de garante empiezan las discusiones, y es así, porque ninguna de las teorías logran una precisión sobre el tema, dejando un amplio margen de discrecionalidad.

Por lógica consecuencia de ello, ante la producción de acontecimientos que desde un punto de vista del principio de legalidad no quedarían atrapadas en injustos penales típicos ante la conmoción que quedaría por su falta de punición, por el reclamo masivo de cierto sector de la sociedad, de las víctimas o sus familiares, que peticona no solo la sanción de ciertas conductas, sino también que reclama una inclusión en figuras penales con mayores montos punitivos, como a diario se puede observar en nuestra sociedad, como han sido casos emblemáticos y de gran conmoción y trascendencia pública, que han dejado una huella grabada a fuego que no solo no podrían admitir ningún tipo de sanción penal, sino que se reclama el mayor peso de la ley en la sanción, pudiendo mencionar a título de ejemplo los casos ocurridos en República de Cromañon y el caso aeronáutico de la Empresa Lapa, los cuales fueron a juicio bajo las figuras agravadas, de delitos de Estragos Dolosos (Art. 186 del CP), con una construcción dogmática en la teoría de la comisión por omisión, con dolo eventual, siendo que terminaron por ante el superior tribunal de la causa, que es la Cámara Nacional de Casación Penal, con una figura que los contenía típicamente, en el tipo penal de la omisión, pero como delitos culposos (Art. 189 CP).

Todo ello, en primer término, no solo por el aumento del riesgo que resulta de vivir en una sociedad que a medida que avanza en su desarrollo experimenta mayor cantidad de peligros, los cuales deben ser permitidos o tolerados para poder seguir creciendo, como fuera el descubrimiento del automotor a título de ejemplo, que trajera aparejado como consecuencia, la sanción de delitos culposos cometidos en la conducción de vehículos automotores como fueron los casos de Homicidio Culposo y Lesiones Culposas (Art. 84 y 94 del CP).

En segundo término, por el papel preponderante que ha recobrado la víctima dentro del derecho penal, la cual fuera excluida por mucho tiempo, siendo considerada prácticamente como inexistente, a la cual el estado, le expropio el conflicto, se la quitó del lugar que debía ocupar, pudiendo reclamar solamente los daños y perjuicios ocasionados o la reparación del mismo, pero que no participara para nada del conflicto, y es esto último, como ha sido enfocado el tema en esta nueva época, ya que a la víctima se le ha reconocido un mayor papel dentro de la persecución penal, ya no a través de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, que fueron concebidas teniendo en miras a la persona que ha sido acusada en un proceso penal, sino por las normas del derecho común que han enfocado a la víctima con una participación a través de la figura del querellante, siendo ellas, partes en un proceso penal (Caso Santillán, Quiroga Edgardo, Del Olio de la CSJN, o caso Storchi de la Cámara Federal Sala I en lo Crim y Correc), quienes van no solo por una mayor punición, sino también por la construcción de figuras penales, o aplicación de teorías que aunque se aparten del principio de legalidad satisfagan sus apetencias, en algunos casos de una pseudo venganza o de justa retribución, o del reclamo de una tutela más efectiva en su favor, de allí que el derecho penal, no solo debe dar respuestas a los justos reclamos, sino que además, debe velar por el respeto de un principio de raigambre constitucional y convencional, como es el principio de legalidad y tipicidad.

Ante esta inquietud, nos surge como interrogante: ¿Se puede llegar a atribuir responsabilidad penal por un injusto activo a un sujeto que omite la realización de una acción cuando se encuentra en posición de garante y pese a tener capacidad de obrar se limitó a que trasunte el resultado típico, aunque la ley no contemple expresamente esa clase de delito?

Frente a este problema, nos planteamos la siguiente hipótesis: Para respetar y no vulnerar el principio de legalidad es necesario que esta clase de delitos estén tipificados

como tal expresamente en forma clara y precisa, por lo tanto es el legislador quien debe cerrar el tipo penal y no el juez.

Objetivos:

Como objetivos generales nos propusimos: a) Analizar el trato dado por la doctrina y la jurisprudencia a los tipos de omisión impropia no escritos y su constitucionalidad, b) Proponer la tipificación legal de los mismos.

En cuanto a los objetivos específicos, vamos a definir la omisión impropia, a interpretar la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como así también deducir la posición al respecto que sostiene la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe y como último objetivo nos planteamos analizar la normativa constitucional.

Metodología.

La estrategia metodológica que se empleará en el trabajo investigativo está basada en el análisis de calificada bibliografía especializada en el tema como así también, el trato dado por la jurisprudencia a nivel nacional y provincial a la cuestión planteada.

Capítulo I.

LA OMISIÓN EN EL SISTEMA PENAL.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La acción; Principales teorías. 2.a. La teoría causal de la acción. 2.b. Teoría finalista. 2.c. Teoría social de la acción. 2.d. Teoría negativa de la acción. 3. Acción y Omisión. 4. El delito de omisión propia. 4.a. Elementos del tipo objetivo. 4.b. Omisión de auxilio. Art 108 C.P. 5. El delito de omisión impropia. 5.a. Elementos que conforman el delito de omisión impropia. 6. El tipo subjetivo en los delitos de omisión. 7. El abandono de personas. Art. 106 C.P. 8. Jurisprudencia . 9. Conclusión.

1-Introducción.

Para comenzar con el tratamiento de la omisión, es necesario contemplar los conceptos de acción desarrollados por las distintas corrientes doctrinarias, a los fines de analizar las diferencias y similitudes entre acción y omisión, como así también las posturas de algunos doctrinarios que buscaron crear un supraconcepto que incluya tanto a la acción como a la omisión.

Seguidamente se expondrá el tratamiento del tipo omisivo en el derecho penal, su clasificación, el tratamiento de los mismos en el código penal y algunos de los fallos de nuestros tribunales relacionados al tema.

2 -La Acción: Principales Teorías.

2. a- La Teoría Causal de la Acción.

Teoría fundada por Von Liszt y Beling, exponentes de la Escuela Clásica alemana de Derecho Penal.

Von Liszt elabora un concepto de acción basado en el naturalismo, para él la acción es “ la realización de una mutación en el mundo exterior atribuible a una voluntad humana. A ésta mutación la llamamos resultado. Su realización es atribuible a la voluntad humana cuando resulta de un movimiento corporal de un hombre, querido o, lo que es lo mismo, arbitrario. De este modo, el concepto de acción se divide en dos partes: de un lado el movimiento corporal y del otro el resultado, ambos unidos por la relación de causa y efecto.”¹²

¹² Liszt, Lehrbuch, 1891, pág.128 citado en Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, ob.cit. pág 402.

El naturalismo explica el concepto a través de causa y efecto de causas; según esta concepción la acción era un movimiento corporal, causado por un impulso de la voluntad, movimiento que es causa de una modificación en el mundo exterior.

En éste concepto causal o naturalístico de acción es imposible concebir a la omisión ya que en ella falta el impulso de voluntad requerido y por ende no se pone en marcha el proceso causal.

Para Beling, acción es un comportamiento corporal voluntario consistente en un hacer – inervación muscular- o un no hacer – distensión muscular- que causa un resultado.¹³

Zaffaroni critica esta postura, para él “se hacía demasiado claro que ese concepto natural de acción era un invento que nada tenía que ver con la realidad de la acción máxime en cuanto a la concepción de la omisión como exteriorizada mediante una “distención muscular”. La madre que para matar a su bebé deja de alimentarlo para que muera de hambre y sed, no distendrá ningún músculo si a la hora en que debe darle alimento se dedicaba a practicar gimnasia.”¹⁴

La búsqueda del causalismo de fundamentar un supra concepto abarcativo de la acción y la omisión fue en vano, tal es así que Radbruch, otro de sus exponentes, rechazará la posibilidad de un concepto superior que abarque a ambos. Para este autor, a la acción le pertenecía: “la voluntad, el hecho y la causalidad entre ambos.” “...Radbruch niega no solamente la causalidad en el resultado sino, además, el nexo entre la voluntad y el hecho, por un lado, y en seguida, la esencialidad de la voluntad en la omisión.” O sea, “que no es necesaria en general una voluntad de omitir.”¹⁵

¹³ Frías Caballero, Jorge. “Teoría del delito”. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 1993, pág.198-199.

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio. “ Manual de Derecho Penal”, Parte General. Buenos Aires, 2001, pág. 346

¹⁵ Bacigalupo, Enrique, ob.cit, pág.55-56.

Mezger sostiene que la acción es una conducta guiada por la voluntad, dirigida a un fin. “El que actúa debe siempre querer algo, y el que omite, no querer algo.”¹⁶

2.b- Teoría Finalista.

Según la teoría finalista de la acción, elaborada por Welzel, la acción es el ejercicio de la actividad final. La dirección final de la acción, para este autor, comienza con la anticipación mental del fin, continúa con la elección de los medios para conseguirlo y culmina con la realización de la acción en el mundo real.¹⁷

Al introducir la finalidad en el concepto de acción, la consecuencia más relevante para esta corriente es que la culpabilidad, con sus dos aspectos dolo y culpa, como elementos de la voluntad, se vacía de contenido y así el dolo pasa a formar parte de la tipicidad.¹⁸ Y así incluye el dolo como elemento del tipo, quitándolo de la culpabilidad donde era situado por la corriente causalista.

En cuanto al delito culposo, Welzel señala que se encontraría predeterminado por la finalidad, al autor se le reprocha no haber empleado el debido cuidado, cuando podía y debía evitar el resultado lesivo de bienes jurídicos.

El finalismo caracterizó el delito imprudente como acción final, resaltando no ya el resultado ocurrido, sino el objetivo querido por el autor. A su vez, los finalistas intentaron crear un concepto unitario que abarque la acción y la omisión. Welzel considera que tanto la acción, como la omisión son subclases independientes dentro de la conducta humana, regidas por la voluntad final; para él, acción y omisión se comportan como A y no A, por lo cual es imposible crear un concepto único que englobe a ambas.

¹⁶ Mezger, Edmund, Derecho Penal, Parte General, Ed. Din, Trad. de la 6ta Ed. Alemana, 1955 por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1989 citado en Mass, José. “El Tipo Penal”. 1º ed, Buenos Aires, La Ley, 2011, pág. 268.

¹⁷ Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, pág.54, Ed. Jurídica de Chile, Trad. de Juan Ramírez, Santiago, 1976 citado en Mass, José, ibídem, pág 15.

¹⁸ Frías Caballero, Jorge, ob.cit. pág.199-202.

2.c- Teoría Social de la Acción.

Conforme esta teoría la acción es todo comportamiento humano socialmente relevante. Según Jescheck se debe entender por comportamiento “cuando exista una respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquel dispone por razón de su libertad.”¹⁹

Dicho comportamiento puede ser positivo o negativo – acción u omisión- dominado por la voluntad del agente y debe tener relevancia social.

Deber ser “humano” por ende se excluyen los actos de las personas jurídicas.

2.d – Teoría Negativa de la Acción.

Enunciada por Herzberg, quien pretende que el concepto básico de la teoría del delito sea la omisión. Se basa en el principio de evitabilidad por el cual un sujeto puede sufrir el reproche penal si pudo evitar lo evitable, además se le exige una posición de garante, obligándolo a evitar actos que pongan en peligro un bien jurídico determinado. Es por ello que para esta teoría “ el autor de una acción, como el de una omisión, exactamente igual ambos, no evitan “algo”, p.ej., el autor comisivo, en cuanto se hubiera retraído él mismo, y el autor omisivo, en cuanto hubiera interferido en el curso causal impidiendo el resultado.”²⁰

¹⁹ Jescheck, Hands, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Bosh, Trad. de Mir Pui y Muñoz Conde, pág 290-291, citado en Fissore, Gustavo. “La Omisión en el Derecho Penal”. Rosario Ed. Nova Tesis. 2004, pág.12.

²⁰ Jakobs, Günther, Derecho Penal, Parte General, pág 169, Trad. de Joaquin Contreras y José Gonzalez Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, citado en Mass José, ob.cit, pág 25.

3 – Acción y Omisión.

La diferencia entre el tipo activo y el omisivo radica en que en los delitos de acción, el agente actúa, mientras que en los de omisión no realiza la conducta ordenada en la norma.

En el tipo activo, la infracción del sujeto es precisamente hacer lo que le está prohibido, en cambio, en el tipo omisivo el autor desobedece un mandato de acción.

En cuanto a la causalidad, en el delito de acción se causa un resultado, en efecto, esto no sucede en los delitos omisivos, ya que quien omite, nada hace, no causa resultado alguno.

La distinción entre ambos, es muy discutida, y la solución se encuentra a nivel de la tipicidad.

En cuanto a la pena, el delito omisivo es menos disvalioso que el activo, si tomamos como ejemplo el homicidio (art.79), es necesario que el autor de la muerte de otro haga más cosas, tiene que vencer mayores resistencias que aquel que lo hace mediante una omisión. Esto justifica un reproche penal menor y una pena diferente.

4 – El Delito de Omisión Propia.

En este delito, el autor no ejecuta la conducta que le exige un tipo penal concreto, omite el mandato establecido por el tipo objetivo.

Es por ello que “cualquier” sujeto que se halle en la situación típica puede llegar a trasgredir el deber de actuar y por ende sufrir el reproche penal.

4.a – Elementos del tipo objetivo.

Primer elemento: el autor debe encontrarse en la situación que contempla la norma y que le impone el deber de actuar.

Segundo elemento: el incumplimiento del mandato. Según Bacigalupo, para que se cumpla este elemento se debe comparar la acción realizada por el obligado con la acción que le era impuesta en la situación generadora del deber.

El tercer elemento requerido para que se configure este delito es que el agente haya tenido plena capacidad de obrar.

Este delito está contemplado en nuestro código penal en el artículo 108.

4.b – Omisión de auxilio. Art 108 C.P.

Bajo el título Abandono de Personas, el código Penal trata dos figuras, que son las establecidas en el art 106 – abandono de personas- y en el art 108 – omisión de auxilio.

En esta parte de la investigación se tratará la figura contemplada en el art. 108.

El art.108 dice : “...el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad”.

En este caso, la ley contempla el deber de actuar, el sujeto debe encontrar perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera. Por lo cual, el sujeto activo puede ser cualquier persona que se encuentre frente a la situación típica, no se encuentra atado por una obligación respecto de quién está en peligro.

En cuanto al sujeto pasivo, la ley protege la integridad física cuando se trata de un menor de diez años, según Donna se encuentra perdido el menor que desconoce cómo llegar a su hogar o ubicar a su familia.

Respecto de la otra condición que debe reunir el sujeto pasivo, Creus dice que la persona está herida cuando sufrió un daño en el cuerpo que le impide

proveerse de los auxilios que necesita, se encuentra inválida cuando no puede valerse de su actividad física, para procurarse los auxilios, y está amenazada de un peligro cualquiera cuando los hechos de la naturaleza o actos del hombre amenazan su integridad física.²¹

En cuanto al sujeto activo, tiene la obligación de prestar el auxilio necesario a la víctima, y, en el caso de que no puede auxiliarla porque ello implica un riesgo grave para su vida o salud, subsidiariamente surge la obligación de dar aviso a la autoridad.

Creus sostiene que el sujeto cumple con el deber, cuando avisa, incluso puede hacerlo anónimamente, a la autoridad – cualquier persona que por su función está obligada a suministrar el auxilio o lograr que otros lo suministren- del peligro en que se encuentra la víctima; pero, es necesario que el aviso sea inmediato.²²

Al tratarse de un delito de peligro, el hecho se configura con la omisión, por ende no requiere resultado, en opinión de Creus, igualmente se consuma aunque la víctima haya sido auxiliada por un tercero que la encontró inmediatamente después de que el omitente no actuó, configurando la situación peligrosa.

5- El delito de Omisión Impropia.

En los delitos de omisión impropia, el agente que omite está obligado a realizar una determinada conducta en función de un deber especial, sino la realiza, deberá responder por la no evitación del resultado, de este modo ellos tienen una estructura que se equipara a la activa. Se los conoce también como “comisión por omisión” porque se hace algo, dejando de hacer.

La diferencia con los propios delitos de omisión radica en que en los impropios,

²¹ Creus, Carlos. “Derecho Penal”, Parte Especial, Tomo I, 6° ed, Buenos Aires. Ed. Astrea. 1999, pág 121.

²² *Ibidem*, pág.122.

los autores se hallan en posición de garante, por lo cual no pueden ser cometidos por cualquiera; solamente por aquellos que sean garantes del bien jurídico tutelado.

5.a – Elementos que conforman el delito de omisión impropia.

En cuanto a los elementos del tipo objetivo, varios autores observan los siguientes: a) una situación típica, generadora del deber de obrar, b) la no realización de la acción mandada, c) la capacidad física o material de actuar, d) la posición de garante, e) resultado típico, y, f) nexo de evitación.

6- El tipo subjetivo en los delitos de omisión.

Los delitos de omisión de auxilio y de abandono de personas, son figuras dolosas, por lo cual, el dolo requiere que el autor conozca que : a) está omitiendo la acción ordenada, b) la representación de la posibilidad de la conducta debida, c) que reconozca su capacidad de evitar la conducta debida y, d) la posición de garante en los impropios delitos de omisión.²³

7- El Abandono de Personas. Art. 106 C.P.

El código Penal contempla el abandono de personas, como se expuso ut supra, dentro de los delitos contra las personas, por ello, el bien jurídico tutelado es la vida o la salud de las mismas, ante lo cual, el delito se configura cuando el autor, ya sea por acción u omisión, pone en riesgo la vida o la salud del sujeto pasivo.

El art. 106, considera tres supuestos necesarios para la configuración del delito.

En el primero de ellos, dice el art. 106: “ El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo...”

²³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. “ Estructura Básica del Derecho Penal”. 1° ed, Buenos Aires. Ed Ediar. 2009, pág. 131-132.

A diferencia de los demás supuestos, en éste se requiere que el autor realice una acción colocando a la víctima en situación de desamparo, según Creus, lo hace cuando “ el agente la rodea de circunstancias que le obstaculizan o impiden obtener los auxilios que exige su condición, lo cual puede ocurrir por el traslado de la víctima a un lugar donde la prestación de esos auxilios se torna imposible (p.ej., a un sitio deshabitado), por su aislamiento de las comunicaciones necesarias (p.ej., privándola de medios de comunicación), o preservando el mantenimiento de esas condiciones, vigilando su cumplimiento (p.ej., vigilando que se mantenga el encierro sin auxilio).”²⁴

En cuanto al sujeto activo, en este primer supuesto, puede ser cualquier persona que al actuar dolosamente coloca al sujeto pasivo en situación de desamparo.

Respecto del segundo supuesto, el artículo dice: “... sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar...”

Como puede observarse, el legislador expresamente tipificó lo que se conoce como posición de garante, por lo tanto el sujeto activo no puede ser cualquier persona, sino aquellos que son garantes del bien jurídico protegido, ya sea que esa situación surja de la ley (p.ej., la obligación de los padres de cuidar y alimentar a sus hijos menores, art. 265 y 267 Cód. Civil), del contrato (p.ej., un guía contratado para una excursión) o de la conducta precedente del sujeto (Zaffaroni pone el ejemplo del automovilista que sin culpa, protagoniza un accidente y abandona a la víctima).

El último supuesto contemplado por la norma, dice. “...o a la que el mismo autor haya incapacitado...” Este supuesto es similar al primero, pero, la diferencia radica en que en el primer supuesto del art. 106, el autor puede ser cualquier persona que actúa con dolo, en cambio, en el tercer supuesto, sujeto activo sólo puede ser quien tenga la posición de garante; aquél que por su conducta precedente dolosa o culposa puso en peligro la vida o salud de la víctima.

²⁴ Creus, Carlos. “ Derecho Penal”. Parte Especial, ob.cit, pág 114-115.

8- Jurisprudencia .

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, resolvió procesar por el delito de abandono de persona, al médico y al personal de enfermeros , que se desempeñaban en la clínica Avril, por omitir higienizar y rotar al paciente que se encontraba sedado durante la intervención quirúrgica, el que presentaba escaras en su espalda.

El tribunal consideró que la falta de provisión de cuidados ocasionó un peligro concreto para la salud del paciente.²⁵

La Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, ordenó el procesamiento por el delito de abandono de persona agravado, al imputado por abandonar a su suerte a su madre enferma e indigente.

El tribunal, respecto de la posición de garante que ostentaba el omitente, ponderó la relación paterno-filial como fuente del deber de actuar y dijo que la posición de garante trae consigo la obligación de no provocar en los padres incapaces de valerse por sí mismos las consecuencias descriptas en el art. 106 del Cód. Penal.²⁶

Fallo Cabral:

El tribunal aplicó los arts. 106 y 107 del Cód. Penal a una pareja de concubinos, del caso resulta que la señora M.C, madre de la víctima- una menor de nueve meses de vida- conocía el riesgo de muerte que corría su hija, ante las sucesivas agresiones que le propinaba su concubino.

²⁵ C.N.Crim y Correc, Sala V, 11/04/2008, Miembros de la Clínica Avril citado en Almeyra, Miguel, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, 1º ed. Buenos Aires, La Ley, 2011, pág. 85.

²⁶ *Ibidem*, pág 85.

El tribunal consideró que la mujer omitió hacer cesar ese riesgo, pese a su obligación legal de proteger a su hija y la posibilidad de hacerlo. Además, tuvo por probado que la mujer puso en peligro la vida de su hija, incapaz de valerse por sí misma y a la que debía cuidar y mantener, abandonándola a su suerte y a consecuencia del abandono resultó la muerte de la niña.

Al aplicar los arts. 106 y 107, en relación al art.264, incs, 2° y 4° del Cód. Civil, la posición de garante aquí, surge de la ley civil, que regula la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos, que nace de los deberes impuestos por la patria potestad.

Fallo Maguicha.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió el recurso de casación caratulado “M,W s/ Recurso de Casación”, del que resulta que el Tribunal Oral en lo Criminal N°15 de la Capital Federal, condenó a A.P, R.C y W.M , como autores penalmente responsables del delito de homicidio culposo, del que resultó víctima el ingeniero F.M.G.

El hecho que el tribunal tuvo por probado sucedió el 20 de diciembre de 1994, cuando la víctima cayó en un pozo efectuado por una de las cuadrillas de operarios de una empresa contratista de EDESUR.S.A.

La cuadrilla, integrada por los imputados, efectuó el pozo a los fines de reparar

una fuga eléctrica. Cuando las labores terminaron, A.P, el capataz, se dirige a un edificio cercano para restablecer la electricidad, y les ordenó a W.M y R.C , que vigilen la fosa. Como sobrevino una fuerte tormenta, W.M y R.C fueron hacia la esquina para protegerse de la lluvia, en ese momento la lluvia tapó el pozo y el ingeniero que transitaba por el lugar cayó en la fosa, recibiendo una descarga eléctrica que le causara la muerte.

El juez entendió que A.P , es responsable por no tomar las medidas de seguridad correspondientes que le mandaba la ordenanza municipal.

Respecto de W.M y R.C, consideró que actuaron negligentemente, al no acatar la orden del capataz y protegerse de la lluvia, en vez de atender el peligro que significaba el pozo.

Contra la sentencia, la defensa de W.M, interpuso recurso de casación, que fuera concedido.

Alega que se aplicó erróneamente la ley penal sustantiva y que no fueron observadas normas procesales prescriptas bajo pena de nulidad.

Para la defensa, W.M no se encontraba en posición de garante, ni por la ley, ni un contrato, ni por la conducta precedente. Alegó, que W.M, hacía pocos días que trabajaba para la empresa, que no tenía manejo de la electricidad y que su capataz no le suministró los elementos de seguridad para tapar o señalar el pozo. Además, señaló que era imprevisible para su defendido, que una persona cayera al pozo y muriera electrocutada.

El Ministerio Público Fiscal, rechazó la postura de la recurrente.

En su voto la Dra. Ana Capolupo de Durañona y Vedia, señaló que la recurrente en ningún momento basó su alegato en que W.M no se encontraba en posición de garante, sino que planteó tres cuestiones distintas de ella: 1) que si W.M se quedaba junto a la fosa era peligroso por la fuga eléctrica, 2) que su defendido no creó el riesgo, sino la empresa y 3) que era imprevisible para W.M la situación de peligro que significaba el pozo para terceros.

Por lo que corresponde declarar mal concedido el recurso en cuanto a este agravio.

En cuanto a la errónea aplicación del art.84 C.P, la defensa alega que W.M, no puede sufrir el reproche penal ya que no le era previsible la producción del resultado típico, que no se encontraba en posición de garante y que no creó el riesgo que causara la muerte del ingeniero.

Es en esta parte del voto, donde la jueza analiza la posición de garante, señala que el aquo imputó a W.M por la omisión de un hacer- no quedarse junto a la fosa cuidándola- y por ello analiza el agravio de la recurrente.

Sostiene que su posición es contraria a la de la recurrente, porque para ella, W.M estaba obligado a cuidar del pozo para que no sucedan resultados como el ocurrido en el presente caso, y, sin embargo no cumplió con su labor por negligente.

Considera que la obligación nace de la orden impuesta por el capataz, por lo cual W.M y R.C son los únicos responsables de controlar el riesgo.

Apoya su posición en numerosa doctrina, para afirmar que W.M estaba penalmente obligado a cumplir con su rol de garante respecto de los bienes jurídicos en peligro por el riesgo que se encontraba a su cuidado, ya que se

encuentra acreditado que W.M recibió la orden de su superior jerárquico- con quien tenía una relación contractual de índole laboral- en virtud de la cual, se lo colocaba al cuidado del pozo.

Estima que la omisión de cumplir con su deber de actuar, lo coloca en autor del delito de homicidio culposo porque si hubiese cumplido con su obligación, podría haberse evitado la muerte de F.M.G.

Resuelve declarando mal concedido el recurso en relación a la inobservancia de normas procesales y rechazarlo en cuanto a la errónea aplicación de la ley penal sustantiva alegada por la recurrente.²⁷

9- Conclusión.

Concluyendo este capítulo, hemos analizado las distintas teorías donde se ha observado que el problema del delito omisivo, es elaborar un concepto del mismo y, también, su ubicación sistemática en la teoría del delito.

La búsqueda de los causalistas en elaborar un supraconcepto fue en vano, ya que fueron incapaces de dar un concepto óptimo de la omisión, es por ello que han recibido críticas, ya que en la omisión es imposible asegurar la tensión muscular o nerviosa y en la cual la acción voluntaria del autor era una contención de aquella tensión. Por eso se dice, que la corriente causalista no encontró un elemento común para la acción y la omisión.

En cuanto a la teoría finalista, podemos deducir que en la omisión, falta el elemento esencial de la actividad final, esto es, la falta de dirección del proceso causal a través de impulsos voluntarios, además, en la omisión es indiferente la participación emocional del agente en el proceso que acontece ante él.

Tampoco pudieron englobar un concepto superior que contenga a ambas figuras, la teoría social de la acción, ni la teoría negativa de la acción. La primera obtuvo el rechazo casi unánime de la doctrina, porque la acción consiste en un hacer algo que existe previamente al tipo, en cambio, la omisión es un concepto negativo, un no hacer algo determinado que va a adquirir

²⁷C.N.C.P, Sala IV, in re: Maguicha, Walter Hugo s/ Recurso de Casación, causa n° 501, 17/06/97, registro n° 859, Fallos de la Cámara de Casación Penal, Año 1°, n° 1, pág.126.

relevancia social cuando se recurra a una norma para dar precisión a la acción esperada, por lo tanto este concepto de omisión carece de naturaleza pre-jurídica, como dijera Zaffaroni, toda omisión es esencialmente normativa.

Respecto de la segunda teoría, Herzberg parte del principio de evitabilidad y engloba por igual a la acción y a la omisión, por consiguiente para esta teoría tanto al autor omisivo como al activo, se le reprocha no evitar lo evitable y le reclama, además una posición de garante. Esta propuesta fue criticada por la mayoría de la doctrina, ya que, la misma no explica porque el autor de un delito activo será garante de la no producción del resultado, ni tampoco, porque el autor de un delito de omisión impropia solamente es garante en casos precisos.

Respecto de la clasificación de la omisión observamos que tanto la doctrina extranjera como la nacional la clasifican en delitos propios o de omisión simple, y en impropios o de comisión por omisión.

Los delitos propios de omisión se encuentran expresamente tipificados en la ley penal, como es el caso del art.108 C.P.

Los impropios tienden a evitar un resultado perteneciente a un delito de acción, y, ante la no evitación del mismo resultan equivalentes a ellos.

Conforme a esta clasificación los elementos del tipo objetivo de los delitos propios de omisión son tres: el incumplimiento del mandato impuesto por la norma, la situación típica que impone el deber de actuar y la plena capacidad o poder de obrar para realizar la acción ordenada por la norma jurídica.

En cuanto a los del delito de comisión por omisión, seis son sus elementos: la situación típica, no realizar la acción ordenada por la norma, la capacidad física o material de actuar, la posición de garante, resultado típico y nexo de evitación.

La posición de garante, es sin duda, la condición indispensable para la imputación por omisión impropia, por ello, se han elaborado teorías a los fines de precisarla, las mismas integrarán el objeto de investigación del próximo capítulo.

Capítulo II

LAS POSICIONES DE GARANTE.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Fuentes de la posición de garante. Distintas opiniones doctrinarias. 3. Las posiciones de garante contempladas en el Código Penal. 4. Jurisprudencia .5. Conclusión.

1-Introducción

Gran importancia se le asignará a este capítulo, donde se analizará la posición de garante, ya que al ser uno de los elementos que distinguen a los delitos impropios de omisión ha generado discusiones en la doctrina.

Se la cuestiona ya que presenta dificultades a la hora de precisar cuáles son las fuentes de dicha posición que van a generar el deber de actuar. En este capítulo veremos algunas opiniones de ilustres doctrinarios que intentaron dar una respuesta para establecer la posición de garante, la regulación en el código penal y algunos fallos jurisprudenciales relacionados con el tema.

2 – Fuentes de la Posición de Garante. Distintas opiniones doctrinarias.

Según los primeros autores que afirmaron la existencia de la posición de garante, los delitos se podrían cometer no sólo por acción sino también por omisión. Ellos, se basan en que la omisión de impedir el resultado injusto, se considera equivalente a causarlo cuando el sujeto que omite se encuentra obligado en virtud de una ley, un contrato o por su actuar precedente.

Esta concepción es conocida como la “Teoría Formal”, y, tuvo su origen en Feuerbach, sin embargo, fue muy criticada por la falta de precisión en las fuentes del deber de actuar, ya que no es clara en cuanto al contenido del deber jurídico, por lo cual, importaría un peligro ya que se podrían crear posiciones de garantía donde no las hay, o bien, dejar de lado aquellas situaciones en las cuales ciertamente surge dicho deber.

Todo ello, llevó a la doctrina a realizar un análisis distinto en cuanto a estas fuentes, tratando de brindar un fundamento preciso en cuanto a dicha posición de garantía. La “Teoría de las Funciones”, con su exponente Armin Kaufmann, clasifica las fuentes en dos grupos, por un lado, el omitente será garante del cuidado de un bien jurídico por los ataques que pueda sufrir, y, por el otro, el sujeto tiene a su cargo una fuente de peligro y será garante de todos los bienes jurídicos que puedan llegar a sufrir una lesión por esa fuente de peligro que tiene a su cargo.

Esta teoría, tampoco llenó las expectativas, algunos autores la critican porque el fundador de la misma no explica los fundamentos de cada grupo, por lo tanto, es

imposible instituir una fuente uniforme respecto a la vigilancia de cada fuente de peligro.

Stratenwerth, denomina a la posición de los garantes como “situaciones particulares de garantía”; respecto de las mismas, considera que al principio se contemplaban la ley y el contrato, pero, más tarde a éstas, se le sumó la acción precedente generadora de un riesgo y por último, las relaciones de comunidad especiales y el ámbito de dominio.

Pero, sin embargo considera que las mismas no indican de modo preciso los verdaderos presupuestos del deber de garante.²⁸

Respecto de la ley, sostiene el autor, que aun cuando el deber de actuar para proteger bienes jurídicos provenga de la ley, no siempre configura un deber de garantía, sino que es necesario indagar sobre la norma para ver si ella impone o no:

a) un deber específico o que obligue a neutralizar peligros para ciertas personas, como por ejemplo la responsabilidad de los padres para con sus hijos que surge en virtud de los deberes impuestos por la patria potestad de acuerdo a la ley civil.

b) o, un deber especial respecto a la vigilancia de una fuente de peligro, y pone como ejemplo al propietario de un automóvil, quién debe supervisar que el mismo se halle en óptimo estado para la circulación segura.

c) o, un deber de protección o vigilancia para los bienes jurídicos de terceros; en este caso cita como ejemplo a las fuerzas de seguridad, a funcionarios policiales, quiénes en ejercicio de sus funciones establecidas por ley, son garantes de la evitación de resultados dañosos respecto de los terceros.²⁹

En cuanto al contrato, afirma el autor, que una obligación contractual no es suficiente para configurar la posición de garantía, sino que es necesario que el acuerdo imponga un deber de cuidado o de vigilancia derivado de la confianza

²⁸ Stratenwerth, Günter, Derecho Penal, Parte General, El Hecho Punible, 4ta Ed., Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 2005, pág. 460

²⁹ *Ibidem*, pág. 460-462

depositada en que cumplirá la tarea asumida. A título de ejemplo cita al guía de montaña, enfermeros, y al profesor de deportes.³⁰

Otra de las fuentes es el actuar precedente o injerencia, se trata de la más discutida de las fuentes ya que la misma contempla casos muy variados.

En el actuar precedente, el sujeto activo está obligado a impedir que un peligro que él mismo inició, tenga por consecuencia un resultado prohibido por una norma penal.

El ejemplo que brinda el autor, es el caso de la persona que enciende fuego y debe apagarlo si cambia el viento y se encuentra en peligro la propiedad de un tercero.

El autor, también, habla de otras posibles causas-fuentes del deber de garantía; entre ellas: a) las relaciones especiales derivadas de la estrecha comunidad de vida, en este caso se debe tener en cuenta qué clases de relaciones de vida tienen por consecuencia el deber de actuar: el matrimonio, siempre que los cónyuges no se encuentren separados, la convivencia en relación idéntica al matrimonio, las relaciones de los padres e hijos, siempre que convivan y de abuelos frente a sus nietos, b) una comunidad de peligros asumida voluntariamente, por ejemplo una expedición donde las partes, en condición de garantes, están obligadas a auxiliarse, c) el ámbito de dominio del sujeto-custodia de una fuente de peligro y los deberes civiles generales de la seguridad en el tráfico jurídico-, se refiere al propietario o poseedor de cosas, establecimientos peligrosos, máquinas, obras de construcción, en estos casos la posición de garante se funda en la obligación de controlar los peligros que puedan generar a bienes jurídicos de terceros.³¹

Bacigalupo, divide en dos grupos³² a las fuentes de la posición de garante:

³⁰ *Ibidem*, págs.. 463-464.

³¹ *Ibidem*, págs. 469-473.

³² Bacigalupo, Enrique, *ob.cit.*, págs..120-124.

A) Posición de garante para el cuidado de un bien jurídico determinado.

En este caso, según el autor, el garante puede relacionarse con uno o varios bienes jurídicos que pueden pertenecer a un titular o a varios, pero, siempre se dará una vinculación entre el omitente y el titular del bien jurídico.

El garante está obligado por deberes de cuidado y protección, cuando:

1) el deber provenga del cuidado de personas enfermas, ancianos, necesitados, o, cuando lo sea en virtud de la protección del padre hacia el hijo, también entran en este supuesto, las relaciones contractuales, como el caso del guía que debe velar por las personas que realizan la excursión.

2) el deber de protección y cuidado esté fundado en una estrecha relación de vida, como son las relaciones que surgen del matrimonio o de la vida en común.

3) se traten de deberes de protección y cuidado que nacen para el funcionario público en virtud del ejercicio de sus funciones.

B) Posición de garante para la vigilancia de una fuente determinada de peligro.

En este supuesto, la posición de garante del omitente, está dada por la defensa de cualquier bien jurídico frente a los peligros que puedan acontecer de una fuente determinada:

1) sujetos que en el ejercicio de sus funciones tienen el deber de evitar o prevenir daños, como es el caso de bomberos, policías, o el guardabarreras a cargo del paso a nivel que cruza una calle céntrica de una ciudad o pueblo.

2) propietarios o poseedores de cosas riesgosas, que como garantes tienen el deber de evitar o controlar resultados dañinos, como es el caso de animales feroces por ejemplo.

3) los peligros que nacen de la injerencia, del hecho anterior del omitente, siempre que éste los pueda prever o evitar.

3-Las Posiciones de Garantes contempladas en el Código Penal.

En la parte especial de nuestro código penal encontramos tipos impropios de omisión, en los cuales el legislador expresamente los tipificó y delimitó, en ellos se puede observar la equivalencia de la omisión con la acción positiva, a continuación los analizaremos.

Art. 143 C.P: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo:

1° - El funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar.

Como puede observarse, el bien jurídico lesionado es la libertad, y, tratándose de un delito especial, no lo puede cometer cualquier persona, sino sólo aquellos que reúnan cualidades específicas; por lo cual, el sujeto activo es el funcionario público, quien se encuentra en posición de garante, que según Marco Terragni: “ Lo convierte en sujeto activo del delito de omisión impropia el hecho de que él tiene la responsabilidad, jurídicamente impuesta, de hacer lo posible para evitar la consecuencia.”³³

El sujeto pasivo, es aquella persona que se encuentra presa o detenida (condenado, procesado o de la cual se sospecha).

El inciso, se refiere a la detención indebida ya sea en prisión o detención y contempla dos supuestos, en el primero de ellos, el sujeto activo, tiene que ser un funcionario competente para decretar la libertad del sujeto pasivo y sin embargo no la ordena o no la dispone conforme lo ordenado por la ley (ej. Juez de la causa).

³³ Terragni, Marco Antonio, “Omisión Impropia y Posición de Garante”, Revista Jurídica Argentina, La Ley, 1997, pág. 1124.

Creus Carlos, contempla el caso del “funcionario que debe ejecutar la orden concreta y actual de llevar a cabo la soltura de una persona privada de su libertad que le ha impartido una autoridad competente (p.ej. el director de la cárcel de encausados que recibe una orden de libertad expedida en un incidente de libertad provisional,...)”³⁴

En el segundo, autor del delito será el funcionario público que debe ejecutar la orden de libertad y tenga a su cargo la custodia del sujeto pasivo. En este caso, la posición de garante surge de la ley que regula un ámbito de actuación determinado, por ejemplo las fuerzas de seguridad (jefe de turno, oficial a cargo, etc)³⁵

El inciso 2° del mencionado artículo, establece la prolongación indebida de la detención, cuando dice: “El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente.”

El delito se consuma cuando el funcionario omite colocar a la persona a disposición del juez competente vencido el plazo legal para hacerlo.

En su inciso 6°, el art.143 se refiere a la omisión por parte del funcionario competente de hacer cesar detenciones ilegales.

Dice el inciso: “El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver.”

El inciso contempla otro caso de omisión impropia, donde el garante es un funcionario competente que omite interrumpir la detención ilegal del sujeto pasivo, cometida por otro, o, bien omite comunicar sobre la ilegalidad de la detención a la autoridad que deba resolver.

³⁴ Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, ob.cit. pág. 290.

³⁵ Delgado , Federico, Seco Pon, Juan, Lanusse Noguera, Máximo, Artículos 143/ 144 quinto, en Baigún , David, Zaffaroni, Eugenio. “Código Penal y normas complementarias”. 1° ed. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 2008, pág. 316.

Señala Zaffaroni, que en nuestro código penal existen tipos impropios de omisión, paralelos al tipo activo correspondiente, con el círculo de autores delimitado, como lo son:

El Art. 144, cuarto:

Inciso 1: “se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de algunos de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello;..”

En este caso, el sujeto activo es el funcionario público, que tiene el deber de “velar por la seguridad e integridad física y psíquica de la persona privada de la libertad.”³⁶ Además, deber ser competente para poder disponer el cese de las torturas.

Podemos observar que el legislador previó la posición de garante, pero solamente para los casos de imposición de tortura; ante lo cual el autor responde cuando no evita a pesar de tener el poder de hecho de hacerlo, y, en su caso la pena es menor que la fijada en el artículo 144 Ter, porque no es lo mismo torturar que omitir evitar que se torture.

Inciso 3: “ Sufrirá la pena prevista en el inc.1° de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de algunos de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.”

En este supuesto, la omisión implica no instruir sumario o no denunciar el hecho y sujeto activo puede ser el juez competente para perseguir el delito o el juez que no es competente para instruir el sumario, y no denuncia el hecho al juez competente para instruirlo, dentro del plazo legal.

Lo que se critica a este inciso, es que el delito solo alcanza a los jueces, cuando

³⁶ *Ibidem*, pág. 385.

en realidad según las reformas procesales penales que se llevaron a cabo en el país, el único habilitado para promover la investigación es el Ministerio Público Fiscal, por lo tanto se dice que el tipo debería incluir a los representantes de dicho ministerio.

En el artículo 235, 2 do. párrafo, se sanciona a los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance. Es así, porque los funcionarios son garantes de orden constitucional.

En cuanto a los delitos contra la administración, el legislador en el artículo 249 del C.P. prevé la omisión del funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare o retardare algún acto de su oficio. La norma protege el normal desenvolvimiento de la administración y castiga el retardo en el cumplimiento de los actos propios de aquella.

4 – Jurisprudencia .

C.N.Casación Penal, Sala III:

En cuanto a los hechos, el Tribunal Oral en lo criminal N° 10, le imputó a A.M.Q.M el ingreso al parque Indoamericano, el 28 de noviembre de 2010, con su vehículo automotor, estando ello prohibido y haberlo estacionado dentro de dicho parque. Además, el imputado le permitió usar el vehículo a J.C.T.C, sabiendo que el mismo no poseía registro de conducir habilitante, quién dio arranque al vehículo marcha hacia atrás, embistiendo a M.G.F, I.R.M.L, R.E.G.M y K.G.R.G, hecho que provocó la muerte de la primera y lesiones en las demás.

El tribunal, absolvió a A.M.Q.M, por el delito de homicidio culposo, ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria del vehículo en concurso ideal con lesiones leves culposas por el que fuere acusado por el fiscal y por el querellante.

La parte querellante recurrió la sentencia absolutoria de A.MQ.M que autorizó la conducción del vehículo de su propiedad a J.C.T.C, quién estaba ebrio y no contaba con la autorización para conducir automotores, quién le dio arranque y causó el homicidio y las lesiones leves, porque el mismo es responsable por encontrarse en posición de

garante ya que tenía el deber de controlar la fuente de peligro, aspecto que fue materia de acusación pero que no fuera considerado en la sentencia absolutoria.

El querellante disiente con los votos de los jueces que integraron el tribunal de juicio, quiénes absolvieron por la falta de elementos que acrediten que A.M.Q.M autorizó a J.C.T.C a conducir su vehículo automotor, y, además porque los jueces consideraron que la inacción de A.M.Q.M fue al arranque sorpresivo del vehículo hacia atrás, que le impidió adoptar otro comportamiento distinto.

La Cámara debe examinar la conducta del coimputado J.C.T.C. Observa los argumentos aportados en el debate por la querrela, quién señaló “ que si al momento en que J.C.T.C giró la llave de encendido el Ford Fiesta, no estaba en cambio, no se hubiese movido y si hubiese estado en cambio, se hubiese movido medio o un metro como máximo.” Esta afirmación fue aceptada por la Cámara, pero desconocida por el tribunal de juicio, al avalar la versión dada por A.M.Q.M y J.C.T.C, que dijeron que se dio arranque al auto por error. Sin embargo, la Cámara consideró que esta versión no se condice con las declaraciones de los testigos, vertidas en la sentencia recurrida.

El testigo S.R.L, declaró que el auto se desplazó hacia atrás a gran velocidad y pudo escuchar el sonido de la aceleración.

I.R.M.L, coincidió en que el vehículo recorrió entre diez u once metros a gran velocidad. Y, F.M.L, señaló que el vehículo hizo entre siete y diez metros en curva, que lo vio pasar rápido y escuchó como aceleraba el motor.

La Cámara, consideró que estos elementos no fueron valorados por el tribunal y que los mismos acreditan la conducción del automotor por parte de J.C.T.C.

Luego, pasa a analizar la conducta de A.M.Q.M, y llega a la conclusión de que la conducta pasiva del mismo, durante el hecho, coincide con la de quién prestó la autorización para manejar su vehículo a un tercero. De no ser así, se hubiese comportado de otra manera, como apagar el motor o accionar el freno de mano.

Por ello, A.M.Q.M, violó el deber de cuidado exigido por la ley 24.449, art. 48 inciso b, por la autorización imprudente de la conducción de su vehículo automotor a quien no contaba con el registro correspondiente para ello, creando un riesgo que se concretó con la muerte y las lesiones de las víctimas que fueron atropelladas por el automotor conducido por J.C.T.C y autorizado para la conducción por A.M.Q.M.

Por estas evidencias, la Cámara lo encuentra autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo, agravado por la conducción imprudente del vehículo, en concurso ideal con el delito de lesiones culposas.³⁷

Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala IV:

Los hechos que motivaron el fallo fueron los siguientes: en la bañera del departamento de la locataria, fue encontrado sin vida la pareja de la misma. El fallecimiento fue producto de una intoxicación por monóxido de carbono, emanado por el calefón instalado en el baño, o, por una estufa que instalada en el ambiente.

Se constató que el calefón no fue instalado en forma reglamentaria y, que la estufa no era apta para ambientes que no cuentan con la debida ventilación.

En el año 2001, la empresa Metrogas, detectó una pérdida de gas en el edificio, ante lo cual cortó el suministro de gas y le notificó al hijastro de la propietaria, la deficiente instalación del calefón y de la estufa; indicándoles que debían reparar los mismos por un gasista matriculado. Pero sin embargo, las reparaciones no se hicieron y en el año 2005 alquilaron el departamento a la pareja de la víctima.

En el caso, estamos ante el posible delito de omisión impropia culposa, surge el deber de actuar por tener el hijastro de la propietaria conocimiento de que tanto la estufa como el calefón no estaban instalados correctamente, sino en forma antirreglamentaria y, por ello, pudo prever que se produzca un resultado lesivo. Como en el año 2001, tuvo conocimiento de ello al ser notificado por la empresa, a partir de ese momento nace la obligación de actuar por aquellos obligados a hacerlo. Pero, resulta que no fue acreditado en la causa que tanto la propietaria como su hijo hayan conocido la notificación.

Por lo tanto, la intimación formulada a los imputados, según el artículo 294 del Código

³⁷ C.N.Casación Penal, Sala III, 30 de agosto de 2013, Q.M.A.M s/Recurso de casación, causa n° 15.956, publicado en Revista El Derecho Penal, Doctrina y Jurisprudencia, n°10, Buenos Aires, 2013, págs.. 66-73.

Procesal Penal de la Nación, en cuanto a “haber alquilado un inmueble...”, no es ajustada al tipo del delito de omisión culposa, porque se les atribuyó un comportamiento positivo, como lo es el haber alquilado el departamento en las condiciones ya descriptas.

El reproche que se les efectúa, es la omisión culposa, no un hacer positivo, ante lo cual, la Sala considera que el derecho de defensa se ve afectado ya que falta la precisión de la omisión y de la conducta debida en función de la posición de garantía en la que se hallaban, impide contestar correctamente la imputación. Resuelve declarar la nulidad de las declaraciones indagatorias y de todo lo actuado.³⁸

Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 de la Capital Federal, causa n° 2517 E.O.Ch y otros s/ estrago doloso, 19 de agosto de 2009.

Hechos:

El 30 de diciembre de 2004, el explotador comercial del local República de Cromañon y los integrantes del grupo Callejeros, llevaron a cabo un recital en dicho local. Durante el desarrollo del mismo, un asistente del público prendió una bengala, la cual originó un grave incendio al impactar en el techo que estaba revestido por un material altamente inflamable. Este penoso suceso ocasionó la muerte de 193 personas y más de mil heridos.

En el caso, hubo varios procesados y condenados, como así también absueltos. Debido a la complejidad del mismo, solo nos explayaremos en las conductas del explotador comercial, grupo musical y del representante de los mismos.

El juez instructor procesó al explotador comercial del local bailable como autor del delito de homicidio simple de acuerdo a la prueba existente en autos, él tenía

³⁸ C.N.Crim y Correc, Sala IV, Romero Inés y otro, causa N° 33.246, 27/12/2007.

conocimiento que el local estaba habilitado para 1.031 personas, siendo que esa noche ingresaron casi 3.000 al evento, conocía además, que la puerta de salida de emergencia estaba cerrada, con candados por lo cual no cumplía el fin. Sabía que el material que cubría el techo era altamente inflamable y que los matafuegos no estaban en condiciones de cumplir con su función.

En cuanto a los miembros del grupo musical, el tribunal dictó su procesamiento por homicidio culposo, ya que los mismos promovían el uso de pirotecnia del público y sin embargo, no realizaron el debido control en cuanto al ingreso de la misma, a sabiendas que el local era cerrado.

El tribunal de Alzada, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, resolvió la situación de los imputados con un análisis distinto, si bien confirmó los procesamientos, modificó la calificación legal y procesó al explotador comercial como autor el delito de estrago doloso seguido de muerte y al grupo musical les atribuye el delito de estrago culposo (art.189, C.P).

Para la Cámara no se trata de un delito comisivo sino de omisión impropia, les reprocha haber realizado una conducta equivalente a la de generar el incendio.

El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 24, los condenó por el delito de estrago doloso, agravado por haber causado la muerte a 193 personas y lesiones a otras 1.432. (art.186, inc. 5. C.P) en concurso real con el delito de cohecho activo.

A los fines de fundar la responsabilidad del explotador comercial y del manager del grupo musical, el Tribunal se remitió al concepto que sobre el delito de omisión impropia sostienen autores como Donna, Gracia Martín, Welzel, Silva Sánchez, entre otros.

Para los jueces, tanto O.E.Ch, como D.A, se encontraban en una posición de garante específica, por ende, debieron asumir el dominio de la situación riesgosa. Señala el Tribunal, que en este caso, la posición de garante se fundamenta en el dominio social, que requiere el poder de decisión que la persona tiene sobre la situación del bien jurídico. De acuerdo a las pruebas, ambos imputados tenían el pleno dominio de la situación peligrosa, ya que se encontraban presentes en el lugar, controlaban el recital y, ante los hechos sucedidos antes del recital, donde ya se vislumbraba el uso de

pirotecnia, sabiendo que el techo era de material inflamable, el exceso de público y que la puerta de salida de emergencia estaba bloqueada, omitieron suspender el recital.

En cuanto a los miembros de la banda musical, al considerar el Tribunal que los mismos no eran garantes porque no había indicios ni elementos de prueba que brinden certeza de que ellos hayan realizado en concreto la tarea organizativa, fueron absueltos.

Al llegar la causa, al Tribunal superior que es la Cámara Nacional de Casación Penal, el explotador comercial fue condenado como autor del delito de incendio culposo agravado (ya que tuvo por acreditado que el incendio se produjo por su imprudencia, negligencia e inobservancia de los reglamentos y ordenanzas, causando la muerte de 193 personas más los heridos) en concurso real con el delito de cohecho activo.

El manager de la banda fue condenado como autor del delito de incendio culposo seguido de muerte; ya que se probó que no observó las ordenanzas que regían la actividad y por consecuencia aconteció el resultado fatal.

En cuanto al grupo musical, los mismos fueron condenados por el delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo.

5- Conclusión.

A lo largo del presente capítulo, hemos dado una breve reseña de algunos de los autores que a través de sus teorías intentaron dar una respuesta para las fuentes de la posición de garante. Acorde a los lineamientos tradicionales se incluyen los deberes derivados de la ley, aquellos que fueron establecidos en un contrato y los que fueron producidos por el actuar precedente del sujeto que haya creado una situación de peligro.

Otro sector de la doctrina divide en dos grupos a estas fuentes, por un lado existirá un deber de cuidado respecto de un bien jurídico determinado y, por el otro, deber de vigilancia de una fuente determinada de peligro.

Respecto de la jurisprudencia, hemos mencionado entre otros el emblemático caso de República de Cromañon, y la dogmática propuesta por los magistrados del Tribunal Oral en lo Criminal N° 24, encargados de juzgar la responsabilidad penal, en el

caso solo se mencionó al explotador comercial, manager de la banda y grupo musical, por ser lo que nos interesa. Dicha dogmática penal propuesta a juicio oral venía precedida por la confirmación del auto de procesamiento emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, que modificó el delito de homicidio culposo múltiple y lesiones culposas del juez a cargo de la investigación. Para condenar a los mencionados por el delito de estrago doloso agravado por el resultado muerte y absolver al grupo musical, los jueces acudieron a las distintas visiones doctrinarias, entre ellas las de Gracia Martín, quien se refiere a la posición de garante específica, por la cual el autor no solo tiene la obligación de evitar que se produzca el resultado, sino también el dominio efectivo del hecho con la posibilidad de suspender el curso lesivo del suceso desvalioso.

En la actualidad, la doctrina sigue empeñada en realizar clasificaciones de las fuentes a los fines de explicar esta obligación especial que recae en el garante, pero ninguna deja en claro cuando una persona está en posición de garantía. Y es esta falta de certeza, que lleva a un sector de ella a pregonar por la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia ya que la misma afecta el principio de Legalidad, menoscabando el sub principio de ley cierta.

Capítulo III

La cuestionada constitucionalidad de los delitos de omisión impropia no escritos .

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principio de Legalidad de los delitos y de las penas. 3. Omisión impropia y Principio de Legalidad de los delitos y las penas. 4. La discutida constitucionalidad del delito de omisión impropia no consagrado de modo expreso en el código penal. 4.a. Postura a favor de la inconstitucionalidad por no respetar el sub principio de lex scripta. 4.b. Posturas a favor de la inconstitucionalidad por no respetar el sub principio de lex certa. 4.c. Cláusula de Equivalencia. 4.d. Posturas a favor de la aplicación de figuras penales a través de la interpretación normativa. 5. Jurisprudencia. 6. Conclusión.

1 – Introducción.

Después del análisis del delito de omisión que precede al presente capítulo, nos urge encontrar una conexión entre el principio constitucional y convencional de legalidad y el delito de omisión impropia, a los fines de determinar si el mismo estaría violando, o, no este principio pilar del derecho penal constitucional.

Por lo tanto, a lo largo de este tercer capítulo se analizarán las distintas posturas que existen sobre el tema que rechazan la punición de esta clase de delitos, cuando las omisiones no se encuentran expresamente legisladas, como así también, aquellas que brindan una solución al tema a partir de incorporar una cláusula de equivalencia como sucede en otras legislaciones.

2 – Principio de Legalidad de los delitos y de las penas.

Este importante principio, se encuentra consagrado en nuestra Constitución Nacional, en el artículo 18, que dice:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso....”

También se plasmó en el artículo 19, cuando el segundo párrafo reza:

“...Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

La Constitución de la Provincia de Santa Fe lo contempla en su artículo 9:

“...Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso y de una típica definición de una acción y omisión culpable previamente establecidos por la ley, ni sacado del juez constituido con anterioridad por ésta, ni privado del derecho de defensa.”

Además, se encuentra sancionado en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como lo son:

. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11, ap. 2 :

“... Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional...”

. Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, artículo 9:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable...”

. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15, ap. 1:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...”

Este es un principio garante de la libertad personal frente a los abusos del poder, el artículo 18 de la Carta Magna, establece que los tipos penales deben establecerse por ley.

El mencionado principio se encuentra instrumentado a través de cuatro sub principios:

. *Nullum crimen, nulla poena sine lex scripta*, según el cual la ley formal es la única que determina los delitos y las penas.

El sub principio le exige al magistrado que las condenas sean respetuosas de la ley formal originada en el Poder Legislativo.

. *Nullum crimen, nulla poena sine lex certa*, que determina que el legislador al tipificar los delitos y las penas debe ser claro y preciso.

. *Nullum crimen, nulla poena sine lex praevia*, que establece la prohibición de la retroactividad de las leyes.

. *Nullum crimen, nulla poena sine lex stricta*, en virtud del cual se prohíbe la analogía como instrumento de creación de los delitos y penas de parte del magistrado.

Si nos enfocamos en estos sub principios mencionados, surge que no se puede reprochar una sanción penal a un sujeto sin que previamente a su accionar, esa conducta haya sido tipificada como delito con su pena correspondiente, por parte del legislador, de tal modo, los jueces no pueden dejar de observar lo dispuesto por la ley; sus sentencias deben ajustarse a ella en virtud del principio de legalidad.

3 – Omisión impropia y Principio de Legalidad de los delitos y de las penas.

En el punto anterior observamos que el principio de legalidad es rector del derecho penal, establecido en nuestra Carta Magna y en las Convenciones Internacionales que gozan de jerarquía constitucional, en virtud de los cuales, se prohíbe a los magistrados recurrir a la analogía para llenar las lagunas de punibilidad del legislador.

Ahora bien, el delito objeto de esta investigación, generó polémicas doctrinarias ya que en los delitos de comisión por omisión, al sujeto que no interviene activamente en la comisión de la lesión a un bien jurídico descrito en un tipo penal, se lo responsabiliza penalmente. En ese sentido, se discute la legalidad en esta clase de delitos.

Un caso testigo que la doctrina nos brinda como ejemplo, es el de la madre que deja de alimentar a su hijo y como consecuencia de esa omisión el niño muere; para Zaffaroni, en este caso el resultado no puede ser imputado para responsabilizarla penalmente de igual modo que cuando se realizó una acción (p.ej: ahogarlo, golpearlo, etc.), en opinión del ilustre catedrático: "... desde el punto de vista jurídico, no puede asignarse igual desvalor al que pone en funcionamiento una causalidad dirigida a producir el resultado, que a quién sólo se limita a no interrumpirla." ³⁹

En ese sentido, la autoría en la omisión impropia se torna problemática respecto del principio de legalidad. Por ello, la doctrina ha buscado soluciones a los fines de respetar la legalidad:

³⁹ Zaffaroni, Alagia, Slokar. Ob.cit. pág.582

La doctrina clásica consideraba que la responsabilidad penal del delito de comisión por omisión, no difería de la contemplada para los tipos activos, siempre que el omitente esté obligado por un deber jurídico a actuar para evitar el resultado lesivo del bien jurídico tutelado,⁴⁰ o, según Nuñez, se encuentre en posición de garante de ese bien jurídico protegido, según fuentes legales.

Al ir evolucionando, la doctrina consideró que era conveniente la regulación legal mediante una fórmula general, siguiendo este pensamiento en nuestro país existieron proyectos de modificación al código penal, por ejemplo:

. El Proyecto de Sebastián Soler, de 1960, que en su artículo 10 establecía:

“El que omite impedir un resultado, que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiese producido.

El deber de obrar incumbe a quién tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quién con su comportamiento precedente creó el riesgo y a quien asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado.”

Según Soler, “no debe dejarse a la doctrina la tarea de fijar los límites de la responsabilidad en los casos de delitos impropios de omisión.”⁴¹

. Proyecto de 1974, artículo 14:

“El que omitiera impedir el resultado de un hecho punible será sancionado con la pena prevista para su comisión si le incumbía el deber jurídico de cuidar que ese resultado no se produjera o cuando el riesgo que originara el resultado se hubiera creado con su comportamiento precedente.”

⁴⁰ Soler, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”. Tomo I. Buenos Aires. Ed. Tea. 1970. Pág. 295

⁴¹ Alberdi, Francisco. “Delitos de Comisión por Omisión”. Buenos Aires. Ed. Ghersi. 1978. Pág.34

. Proyecto de 1979, artículo 10 consignaba que:

“el deber de obrar incumbe a quien tenga una obligación especial de cuidado, protección o vigilancia derivada: a) de la ley; b) de un contrato; c) de una actuación precedente que comporte la asunción unilateral de alguna de aquellas obligaciones; d) de una actuación precedente que haya creado el riesgo inminente de que ocurriera el resultado.”

Estos proyectos buscaron establecer en la parte general del Código, una fórmula que determine las condiciones para la autoría en los casos de comisión por omisión, sin embargo no fueron sancionados por el Congreso Nacional.

Otras legislaciones, en aras de respetar la legalidad de la omisión impropia, incorporaron a sus códigos penales una cláusula general que contempla la posición de garante del bien jurídico; como por ejemplo:

. Ley penal Salvadoreña, artículo 20:

“El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiese producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado.

El deber jurídico de obrar incumbe a quién tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creó el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurrirá, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado”.

En Alemania, la cláusula fue contemplada en su Código Penal a través del parágrafo 13:

“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...”

El artículo 11 del Código Español, define a la posición de garante, y dice:

“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 existe 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.”

Es así como las legislaciones penales de estos países, tomados como ejemplo, han incorporado expresamente la cláusula general, en virtud de la cual, se equiparan conductas cometidas a través de una omisión, a conductas cometidas por una acción.

Lo que sucede con estas cláusulas, es que adolecen de claridad, ya que no especifican los delitos impropios de omisión que deban ser tipificados, ni tampoco determina la posición de garantía, ya que los presupuestos contemplados en las normas referidas, resultan ambiguos. Es por ello que el magistrado deba realizar una valoración de las conductas a los fines de evaluar la equivalencia entre los delitos de comisión por omisión y delitos de acción y sancionarlos con la pena aplicable a éstos últimos. Por eso, para un sector de la doctrina estas cláusulas no respetan el principio de legalidad ya que permiten la analogía.

En nuestro código penal no se encuentra contemplada una cláusula general que ampare legalmente este delito, pero, sin embargo contempla expresamente tipos de omisión impropia, a pesar de ello la mayoría de esos delitos no se encuentran consagrados de modo expreso en el código penal y se los admite, en ciertos casos, por vía de considerar equivalentes la omisión con la comisión. Es justamente en estos casos donde se cuestiona la constitucionalidad de los mismos.

En el punto siguiente se analizarán las distintas opiniones de doctrinarios respecto del problema constitucional de los tipos de omisión impropia no escritos en la ley penal.

4 – La discutida constitucionalidad del delito de omisión impropia no consagrado de modo expreso en el Código Penal.

La constitucionalidad de los delitos de omisión impropia se presenta como un tema arduo, debido a las contradicciones de los distintos doctrinarios, como así también de la jurisprudencia sobre el tema.

Es así como para un sector de la doctrina ellos son inconstitucionales por no respetar el principio de legalidad, para algunos porque ellos no se adecuan al sub principio de *lex scripta*, ya que no todos fueron receptados expresamente en la normativa penal; para otros, estarían violando el sub principio de *lex certa*, porque en los mismos no hay certeza al precisar la posición de garante.

En opinión de otro sector, es necesario incorporar una cláusula general en nuestro código penal que regule expresamente la punibilidad de estos delitos conforme lo establecen las normas que pertenecen a la parte especial referidas como delitos de comisión.

Y, están aquellos que pregonan que no es necesario incorporar cláusula alguna, ya que los verbos típicos contenidos en el articulado de la parte especial del código permiten su aplicación, ya que cuando la norma dice “ el que matare” no alude a una conducta activa, por lo tanto, estaría permitiendo su comisión por omisión.

Sentado ello, se observarán las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales al respecto.

4 . a – Postura a favor de la inconstitucionalidad por no respetar el sub principio de *lex scripta*.

Para los partidarios de esta postura, la falta de tipificación expresa de la omisión como modo comisivo, pone en crisis la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión ya que vulneran el principio de legalidad consagrado en la Carta Magna y

en los Tratados Internacionales que gozan de jerarquía constitucional, los cuales exigen que las omisiones se encuentren previamente tipificadas como presupuesto de la punibilidad.

El Dr. Javier De Luca opina que “el Principio de legalidad, de jerarquía constitucional, prescribe que los delitos y las penas, para ser aplicables a las personas deben estar previstos con anterioridad a su comisión en una ley del Congreso de la Nación, y que esta ley debe reunir determinadas características. Entre otras, las de escritura y de certeza. La conducta punible debe estar escrita con la mayor claridad posible... Y agrega...existen delitos redactados como de comisión o activos y otros como de omisión. Si estos últimos no existen en la ley positiva, no puede razonarse que los primeros admitan su “realización” por la segunda modalidad.”⁴²

Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar expresan que los delitos de omisión impropia no respetan el principio de legalidad cuando los mismos no se encuentran previstos en el código penal de modo expreso en la parte especial. Los mismos cuestionan la equivalencia entre los tipos comisivos y omisivos, y expresan que “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*.”⁴³

En este sentido, el Dr. Javier De Luca sostiene que “una ley que no prevé expresamente la atribución de una consecuencia punitiva a quien omita el cumplimiento de un deber... 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 ese resultado, con prescindencia de lo que cada uno de nosotros pensamos 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, C.N).”⁴⁴

⁴² De Luca, Javier Augusto. “Omisión Impropia, Legalidad y Congruencia”. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causa Antognazza, María Alexandra s/ abandono de persona calificado, del 27/12/2007. Publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Buenos Aires. Lexis Nexis. 2008. Pág 744.

⁴³ Zaffaroni, Alagia, Slokar. Ob.cit. Pág. 581

⁴⁴ De Luca, Javier Augusto. Ob.cit. Pág 749

Siguiendo este razonamiento, señala el Dr. Marco Terragni que la falta de correspondencia entre los comportamientos de matar y no hacer nada para evitar la muerte, vulnera el principio de legalidad ya que el código , en su artículo 79 alude “al que matare a otro”, por ello, la norma “no puede ser entendida literalmente como abarcando no impedir la muerte”.⁴⁵

Así el Dr. Carlos Edwards, distingue que esta clase de delitos “implican una palmaria violación al principio de legalidad en materia penal, cuando no están expresamente previstos en la ley punitiva.” Al respecto, dice, que los mismos son producto de la doctrina y que solamente su tipificación en la parte especial del Código habilita su aplicación y de este modo se respetaría el principio de legalidad.⁴⁶

En igual sentido, el Dr. Daniel Erbetta resalta el problema con el principio de legalidad cuando los delitos impropios de omisión no están escritos en la ley penal, ya que los mismos “deben completarse conforme a las pautas de los que se hallan escritos y para agotar el contenido de prohibición de los tipos activos de los que surge la equivalencia.”⁴⁷

4. b – Posturas a favor de la inconstitucionalidad por no respetar el sub principio de *lex certa*.

Los autores que sostienen esta postura pregonan la inconstitucionalidad de los delitos de comisión por omisión por la falta de certeza que hay en uno de sus elementos, en la posición de garante; ya que, las teorías al respecto no logran precisar con claridad la posición de garantía.

⁴⁵ Terragni, Marco Antonio. “Omisión Impropia y Posición de Garante”. Ob.cit. Pág. 1123

⁴⁶ Edwards, Carlos. “La Posición de Garante y el Ocaso del Principio de Legalidad”. Suplemento Especial La Ley. Buenos Aires. 2009. Pág 34

⁴⁷ Erbetta Daniel. Ob. Cit. Pág 20

Según Zaffaroni, Alagia y Slokar, los delitos de omisión impropia son pasibles de considerarse inconstitucionales ya no por la problemática del sub principio de ley escrita y previa, sino ya, porque las teorías existentes son imprecisas respecto de la posición de garantía. Opinan que: “Es inadmisibles que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber emergente de otras leyes, como puede ser la civil: el incumplimiento de un contrato no es materia del código penal, sino que constituye un injusto civil y nada autoriza a convertirlo en penal en ausencia de un tipo escrito; igualmente, la violación a un deber impuesto por el derecho de familia tiene sus sanciones reguladas en ese mismo derecho y, en ausencia de tipo legal, no es admisible la construcción judicial de un tipo para imponer una pena, ...”⁴⁸

Como los garantes deben responder penalmente por no ajustarse al mandato de una norma, cuando estaban en condiciones de hacerlos y siempre que se cumplan los demás elementos de la comisión por omisión, y, como las omisiones no causan, para equiparar las omisiones impropias con los delitos comisivos, dogmáticamente se atribuye la punición imputando un no hacer del mismo modo que un hacer.

Pero, la discusión se centra, en la falta de certeza a raíz de que las teorías no precisan con claridad dicha posición de garantía, por ello Zaffaroni, Alagia y Slokar, sostienen que: “Incuestionablemente la posición de garante presenta notorias ventajas frente a las tradicionales fuentes del deber de actuar, aunque nunca pudo ofrecer la certeza que prometía. La inseguridad se pone de manifiesto en la diversa metodología empleada para la determinación de la equivalencia de la omisión impropia con la acción. Esta equivalencia (Gleichstellung, igual lugar) es buscada de muchas maneras. Si bien tiene la ventaja de restringir la inadmisibles amplitud del mero deber de actuar que hacía abarcar a la tipicidad cualquier límite de antijuridicidad, no resuelve mucho, por efecto de sus propios límites inciertos.”⁴⁹

⁴⁸ Zaffaroni, Alagia, Slokar. Ob.cit. Pág. 581

⁴⁹ *Ibidem*. Pág 579-580

En su obra, luego de analizar las fuentes del deber de actuar y de respetar la opinión de sus colegas en cuanto sostienen que estos delitos respetan la legalidad penal, ellos concluyen que los tipos omisivos impropios deben ser tipificados ya que la conversión del tipo comisivo en omisivo con la dogmática de la posición de garantía resulta inconstitucional, ya que no hay claridad respecto de los requisitos exigidos para que se configure tal situación.

En consonancia, asegura el Dr. Vitale que en los delitos de comisión por omisión “ha sido la dogmática penal (y no la legislación) la que ha transgredido el principio de legalidad, a través de la equiparación por analogía in malam partem entre acción y omisión, a lo que se ha pretendido llegar por medio de la construcción extralegal de la “posición de garante”... por lo que se viene diciendo, el Derecho Penal de un Estado Constitucional de Derecho no debe admitir que, por vía de una interpretación extensiva de la ley penal, se reconozca la categoría de los delitos impropios de omisión en aquellos textos que no describen en forma expresa la posición de garante, por su falta de legitimidad constitucional, en razón de la violación que importan al principio de legalidad penal.”⁵⁰

Stratenwerth asevera que el conflicto de constitucionalidad de los delitos impropios de omisión surge de la imprecisión del concepto de garante, ya que “nunca se produjo una regulación de mayor exactitud de las posibles causas-fuente ni del alcance de los deberes de garantía.”⁵¹

El Dr. Edwards, al comentar el fallo Cromañon afirma que la posición de garante al no estar contemplada en la ley penal adolece de legalidad y respecto a este punto opina que “si bien el fallo reseñado exige no sólo una posición de garante “genérica” sino una “específica”, tanto una como otra no están contempladas en el digesto punitivo argentino, sino que resultan una creación doctrinaria sin consagración legal.”⁵²

⁵⁰ Vitale Gustavo. “Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal”, en “Teorías actuales en el Derecho Penal”. Ad Hoc.1998.Pág 83-84 citado en Edwards Carlos. “ La Posición de Garante y el Principio de Legalidad en Materia Penal”. Buenos Aires. La Ley. 2006. Págs. 309-310

⁵¹ Stratenwerth. Ob.cit. Pág 459

⁵² Edwards Carlos, Ob.cit. Pág 36

4.c – Cláusula de Equivalencia.

Hemos mencionado en el punto anterior, los diversos proyectos legislativos que a través de los años, se esforzaron por incorporar una cláusula de equivalencia o equiparación para los delitos de comisión por omisión, en la parte general del código penal.

La misma establecería de donde surgía el deber de actuar y permitía la equiparación de los delitos de comisión por omisión a los delitos comisivos. De este modo se buscó solucionar la legalidad de estos delitos, como sucedió en otras legislaciones como España, México, Alemania, Portugal, entre otros.

Sin embargo, nunca fue incorporada dicha cláusula al Código Penal Argentino, algunos autores como Zaffaroni, opinan que con gran acierto el legislador no incorporó expresamente la cláusula de equivalencia ya que a través de la misma se crea una posición de garante fríamente legislada, que traería como consecuencia una gran expansión de las omisiones, con el peligro de responsabilizar por el delito de omisión impropia en casos que no lo son.

Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que: “Habiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos.”⁵³

Por su parte, ellos confirman que el legislador consagró expresamente, la comisión por omisión, en aras de asegurar bienes jurídicos como la vida, poderes públicos y el orden institucional (Artículos 106, 144, 4º, 227, 235, 2º, 239 y 249 C.P).

Por otra parte, hay autores que consideran que estos delitos no serían inconstitucionales, pero, a pesar de ello, para impedir controversias sobre el tema, se pronuncian a favor de la incorporación de la cláusula en la parte general del

⁵³ Zaffaroni, Alagia, Slokar. Ob.cit. Pág 581

Código Penal.⁵⁴ El Dr. Donna también apoya esta postura.

Según Jeschek, estas cláusulas de equivalencia tendrían que ser más precisas en relación a la posición de garantía. Al remitirse al parágrafo 13 del Código Penal Alemán, expresa que para que haya certeza es necesario describir claramente aquellos casos que generan el deber de actuar del garante.⁵⁵

En cuanto a este tema, la Comisión que redactó el Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal del año 2006, no ha incorporado la cláusula de equivalencia, por el contrario, en el artículo 33 se dispuso expresamente que sólo serán punibles las acciones u omisiones descriptas en la ley. La Comisión terminó sus labores en diciembre de 2013, por lo cual en el nuevo Anteproyecto del Código Penal de la Nación, el delito de abandono, mantiene su estructura, en el proyecto, se parte de una posición de garante del sujeto activo. El nuevo texto no incorpora en la parte general del Código la cláusula de equivalencia que permite construir analógicamente tipos omisivos. La Comisión redactora considera que los delitos impropios de omisión deben legislarse.

Así quedó redactado el abandono.

Artículo 98:

1 – Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años el que pusiere en peligro la vida o la salud de una persona abandonándola a su suerte, cuando tuviera el deber de garantizarlas conforme a una prescripción legal, contrato, promesa, función pública, o por haber creado o causado el riesgo, desamparo o incapacidad de ésta.

2 - El máximo de la pena de prisión será de DIEZ (10) años, si resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

⁵⁴ Frías Caballero, Jorge. Ob.cit. Pág 206 y sig.

⁵⁵ Jeschek, Hans. Ob.cit. Pág 652

3 – Si resultare la muerte de la víctima, la pena será de CINCO (5) a QUINCE (15) años de prisión.

4 - El máximo y el mínimo de las penas establecidas en los incisos anteriores serán aumentados en un tercio (1/3) cuando el delito fuere cometido por las personas mencionadas en el apartado a) del inciso 1° del artículo 77.

5 - La pena será de SEIS (6) meses a TRES (3) años si el hecho fuere cometido por la madre en las circunstancias señaladas en el artículo 80 y resultare grave daño en la salud o muerte del niño. No produciéndose estos resultados, la madre no será punible.

4.d – Posturas a favor de la aplicación de figuras penales a través de la interpretación normativa.

Para los partidarios de esta corriente, es inútil incorporar la cláusula de equivalencia o conversión, pues, la misma no ha brindado la solución esperada en aquellas legislaciones que la contemplan. Según ellos, las normas contenidas en los tipos penales comprenden, según sus verbos típicos, las conductas comisivas como las omisivas (siempre que se encuentre obligado por una especial relación con el bien jurídico que deba proteger).

Al respecto, señala Silva Sánchez que los verbos típicos de los artículos de la parte especial del Código de fondo “tienen un sentido mucho más adscriptivo que descriptivo, y adquieren un significado de atribución de responsabilidad y no de descripción de la causalidad.”⁵⁶

En iguales términos se pronuncia el Dr. Sancinetti, para quien: “La razón por la cual se puede tratar a tales omisiones conforme a verbos que en principio describen

⁵⁶ Silva Sánchez, Jesús María. “El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales”. Barcelona. Bosch. 1997. Pág 52 citado en Ruffino Natalia. “Problemática de la Omisión Impropia”. Revista El Derecho Penal. N° 10. Buenos Aires. 2011. Pág 6

comportamientos activos no reside en aceptar para este caso un procedimiento analógico, como parece a primera vista, es decir, en violación al principio *nullum crimen sine lege*, bajo el aspecto de *lex stricta* (prohibición de la analogía). Se trata, en lugar de ello, de la cuestión de interpretación de hasta qué punto un texto que describe una acción, como “matar”, está referido también a la no evitación de la muerte para quien está obligado a evitar (matar, dejar morir). Dicho de otro modo: no está en juego la pura descripción de un suceso natural sino la adscripción de una responsabilidad, según un criterio normativo.”⁵⁷

Los partidarios de esta concepción, consideran que de este modo se respeta el principio de legalidad.

El Dr. Javier De Luca, al hablar sobre el proceso de adscripción, sostiene que éste término se utiliza para indicar que en una descripción legal entra tal o cual cosa, pudiendo ser una acción o una omisión. En su opinión “el procedimiento de adscripción, ya no tendrá limitación o atadura externa, dada desde afuera, sino que será nuestra interpretación de la ley la que seleccionará todo lo que sea menester para ser incluida en ella. No importará si se trata de acciones o de omisiones, porque eso lo decide el intérprete en el proceso de adscripción, es decir, de cargar algo a la norma.” Y agrega...” Nada indica que los tipos penales sean adscriptivos, porque ello significa considerarlos un cajón en el que entra todo lo que el intérprete con mayor o menor ingenio se le ocurre o puede poner. Ello conduce a la extensión del tipo penal.”⁵⁸

⁵⁷ Sancinetti, Marcelo. “Casos de Derecho Penal”. Tomo I. 3ª Ed reelaborada y ampliada. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 2005. Pág 293

⁵⁸ De Luca Javier. “ Que hacer con la Omisión”. XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal. Rosario. Junio de 2011. Págs 10 y 17, disponible en www.catedradelUCA.com.ar/materialdeconsulta/omision.html

5 - Jurisprudencia.

Caso Cromañon. Constitucionalidad de la comisión por omisión, según la dogmática de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 de Capital Federal.

En el caso, el Tribunal rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la comisión por omisión, efectuado por la defensa de los acusados.

Respecto de la inconstitucionalidad de estos delitos, el Tribunal concluye que existe una identidad estructural y valorativa entre la acción y omisión, por ende, estos delitos no son inconstitucionales, en palabra de los jueces:

Considerando:

11 – “La comisión por omisión no es inconstitucional cuando se muestra estructuralmente idéntica a la realización activa del tipo, por resultar directamente subsumible en los tipos activos de la parte especial, y si esto es así, el castigo de este reducido número de omisiones no requiere la existencia de ninguna cláusula de equivalencia.”⁵⁹

Caso Antognazza. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Este es otro caso donde se consideró la equiparación de la acción y la omisión.

Hechos:

La madre de una menor de edad, resultó condenada a seis años de prisión por el delito de abandono de persona calificado, por no haber alimentado ni hidratado a su hija

⁵⁹ Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 de la Capital Federal. Causa N° 2517, caratulada “ E.O.Ch y otros s/ Estrago doloso”. Dictada el 19/08/2009

este suceso provocó un cuadro de desnutrición y deshidratación en la niña. El Tribunal de Justicia de Chubut, al casar la sentencia de la Cámara I en lo Criminal de Trelew, modificó la calificación del delito, por la de lesiones graves calificadas por el vínculo y mantuvo la pena impuesta por la anterior instancia.

La defensa interpuso Recurso Extraordinario, que fue denegado. Esa denegatoria dio lugar a la Queja ante la Corte Suprema de Justicia Nacional.

El recurrente se agravia porque se vulneró el derecho de defensa de M.A.A, ya que el juez modificó el objeto procesal contenido en la acusación fiscal y en la sentencia del Tribunal Oral (abandono de persona calificado por el vínculo por lesiones graves calificadas).

Por voto de la mayoría, se desestimó el Recurso, ya que el mismo carecía de la fundamentación autónoma que exige el artículo 15 de la ley 48, por lo cual no se demuestra la vulneración constitucional invocada.

Sin embargo, según el voto en disidencia de los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, en el Considerando 8º, se aseguró que: "...esta modificación en la calificación legal no podría hacerse sin alterar la imputación fáctica, pues 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.”⁶⁰

El voto de la mayoría, si bien desestimó la Queja interpuesta, no consideró la cuestión de fondo. Pero, del voto en disidencia aparece manifiesta la inexistencia de una cláusula de equiparación que imponga la equivalencia entre actuar y omitir, como así también, surge el rechazo respecto de la identidad entre acción y omisión.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en causa Antognazza, María s/ abandono de persona calificado, del 11/12/2007, voto en disidencia de los Dres: Zaffaroni, Lorenzetti y Maqueda.

. Caso D.M.G ; F.C.A s/ Queja por Denegación del Recurso de Inconstitucionalidad- Homicidio calificado por el vínculo y por alevosía. Expte: C.S.J N° 413 AÑO 2003. Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe, 30 de junio de 2004.

En este caso, la Cámara de Apelaciones en lo Penal de la ciudad de Venado Tuerto confirmó la condena que la instancia inferior pronunció a C.A.F como autor del delito de homicidio calificado por el vínculo y por alevosía, a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas.

La defensa interpone recurso de inconstitucionalidad contra ese decisorio; se agravia respecto del juez natural y sobre la arbitrariedad normativa a consecuencia de la violación del Principio de Legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en el artículo 9 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe.

Señalando que a C.A.F se le reprocha penalmente por el delito de omisión impropia, cuando esta categoría jurídica no se encuentra tipificada en nuestro Código Penal y al carecer el mismo de una cláusula de equivalencia en la parte general, los mismos no estarían respetando el mandato de legalidad.

Y, agrega, "... desde el punto de vista axiológico y vinculado a la proporcionalidad de la pena, no es lo mismo matar que dejar morir, lo que incluso resulta dudoso de convalidar aún con una cláusula de equivalencia que lo prevea...Y, considera que ... el fundamento del voto mayoritario se logra luego de acudir a una interpretación analógica de la ley, lo que está vedado en nuestro derecho penal liberal al violentar el principio constitucional de legalidad."⁶¹

La Sala denegó el recurso de inconstitucionalidad, lo cual motivó la presentación directa ante la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe. Los Ministros pasan a analizar los agravios invocados, y, respecto del delito de omisión impropia acuden a diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales para avalarlo.

⁶¹ D.M.G ; C.A.F s/ Queja por Denegatoria del Recurso de Inconstitucionalidad, disponible en http://www.infojus.gob.ar/jurisprudencia/FA04090176-d_queja-santa_fe-2004.htm?7

Consideran que, "... el deber jurídico que emerge de la posición de garante le exige al autor un comportamiento activo para precaver el inminente riesgo... esta exigibilidad deriva del vínculo familiar que le une a la víctima como así también de la obligación inexcusable de protegerla frente al peligro grave, evidente e inminente en que estaba colocada." ⁶²

Respecto de este caso, la Corte abrió el recurso en forma parcial por arbitrariedad, nunca analizó el planteo realizado por la defensa relativo a la inconstitucionalidad de estos delitos, porque considera que "los cuestionamientos de la impugnante tienen un neto corte interpretativo respecto de preceptos de derecho común materia que por principio, y como reiteradamente lo tiene dicho esta Corte en consonancia con el criterio del más Alto Tribunal de la Nación, escapan a la órbita de los recursos extraordinarios, a menos que se demuestre arbitrariedad normativa, situación que, más allá de lo opinable, no adolece en la especie." ⁶³

. Caso A.W.A- Homicidio Agravado- sobre Recurso de Inconstitucionalidad. Expte N° 327, año 2008, Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, 15/12/2009.

En este caso el juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Melincué condenó a la señora D.D, por ser la autora penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo, a la pena de prisión perpetua, sin embargo, absolvió al señor A.W.A de la misma imputación; ya que se tuvo por probado en el proceso que la señora D.D fue la provocadora de la muerte de su hija recién nacida después del parto, luego que respirara por primera vez. El juez consideró que A.W.A, no conoció ese accionar de D.D ya que se encontraba durmiendo, y, además, que no se encontraba en posición de garante en relación a la recién nacida, ya que no era su padre biológico.

⁶² D.M.G; C.A.F s/ Queja por Denegatoria del Recurso de Inconstitucionalidad, ibídem

⁶³ D.M.G; C.A.F s/ Queja por Denegatoria del Recurso de Inconstitucionalidad, ibídem

El Fiscal recurre esa resolución y la Cámara de Apelación en lo Penal de Venado Tuerto, revocó la absolución de A.W.A y se lo condenó a la pena de prisión perpetua; por considerarlo coautor del delito de homicidio agravado. Los jueces consideraron, que si bien A.W.A “no impulsó activamente la cadena causal que acabó con el resultado conocido, igualmente había responsabilidad de su parte, pues se estaría ante un hecho omisivo, en el que el autor omitió la realización de una acción que habría podido evitar el resultado, cayendo su conducta en la categoría de omisión impropia.”

Luego de pronunciarse por la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión, se consideró a A.W.A responsable por su omisión impropia y que se encontraba en posición de garante respecto de la bebé, aunque no sea el padre biológico, por las obligaciones éticas que surgen de las “relaciones de solidaridad”, que requieren el cuidado y la protección de una persona incapaz de valerse.

La defensa, interpone la vía impugnativa regulada en la ley 7.055, Recurso de Inconstitucionalidad, ante la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, contra ese pronunciamiento. El primer agravio invocado, se funda en el artículo 1, inc.2 de dicha ley, afirmando que la Alzada no respetó el Principio de Legalidad penal y de Reserva (artículos 18 y 19 C.N) al considerar que A.W.A se encontraba en posición de garante y se lo condenó como coautor del delito de homicidio agravado, por medio de la figura de comisión por omisión, afirma el recurrente que la inconstitucionalidad de estos delitos no consagrados expresamente en la ley penal resulta evidente.

El segundo agravio se funda en que no es posible atribuir esa posición de garante, ya que se demostró que A.W.A no era el padre, y sin embargo se lo responsabilizó, aunque los deberes “éticos y solidarios” en que se fundó la construcción del tipo, no integran la ley penal. Además, de ello, afirma el recurrente que la sentencia impugnada incurrió también en arbitrariedad normativa ya que carece de motivación suficiente; porque no argumentó sobre la eventual participación penalmente relevante del imputado, “sino que sólo se limitó a evaluar supuestos mandatos de buena persona, que A.W.A había incumplido, lo que escapa al reproche penal.

El Recurso fue concedido parcialmente por la Corte de Justicia, Queja mediante, por la invocada arbitrariedad en la que habría incurrido la Cámara al revocar la absolución de A.W.A. Luego de dar sus argumentos, se revocó la resolución

impugnada y se dispuso la remisión de la causa al Tribunal que corresponda, para que éste dicte un nuevo fallo.

Lo destacable de la resolución, es el abordaje de la temática de los delitos de comisión por omisión por parte del Dr. Daniel Erbetta, quién en el punto 8 habla de la inconstitucionalidad de estos delitos.

Respecto de ello, el Ministro dice: “...entiendo que la elaboración de tipos omisivos no escritos a partir de estructuras típicas activas es inconstitucional, por implicar una violación al principio de legalidad estricta (art.18 C.N) como consecuencia de la aplicación analógica de la ley penal “in malam partem”.

...en tanto la mayoría de estos 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 la 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 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.”⁶⁴

⁶⁴ Conf. Voto del Dr. Erbetta en autos “A.W.A y otra s/ homicidio calificado”. S.C.Prov. Santa Fe. Rta. 15/12/ 2009; considerando 5° en adelante, disponible online : <http://justiciasantafe.gov.ar/portal/index.php/esl/legislación-y-jurisprudencia/jurisprudencia/jurisprudencia-destacada/corte-suprema-de-justicia/ano-2009>. Págs. 378-398

6– Conclusión.

A lo largo del presente capítulo hemos abordado el problema constitucional de los delitos omisivos en su modalidad impropia. Desarrollamos las distintas posturas doctrinarias que buscan dar un sólido argumento para legitimar la comisión por omisión; sin embargo, hasta el momento a nivel nacional ninguna de ellas prevaleció sobre las restantes, por ende, el debate sigue abierto.

También analizamos la situación en calificada jurisprudencia, donde los jueces consideraron la equiparación de la acción y la omisión, rechazando el planteo de inconstitucionalidad de la comisión por omisión y pronunciándose por la constitucionalidad de estos delitos.

En el caso Antognazza, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el voto de la mayoría no trató la cuestión de fondo, sin embargo, es del voto en disidencia donde surge el rechazo para la identidad entre acción y omisión.

Por su parte, en nuestra provincia de Santa Fe, la Corte Suprema pudo expedirse, pero no lo hizo, respecto de la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión en los casos mencionados ut supra, por considerarla una cuestión de derecho común, pero, es del caso A.W.A, con una nueva integración de la Corte, donde destacamos la opinión del Ministro Erbetta Daniel quién abordó el problema constitucional de los delitos de comisión por omisión, pronunciándose por la inconstitucionalidad de los mismos, siempre que no se encuentren tipificados, respetando de esta forma el principio de legalidad.

De lo expuesto, opinamos, que sería necesaria una solución al tema, ya que, en primer término al tratarse de tipos parcialmente escritos, dejan al juez la potestad de llenar los vacíos legales, constituyendo verdaderos delitos en blanco, violentando así el principio constitucional y convencional de legalidad y su correlato de tipicidad. En segundo término, si los examinamos desde el punto de vista del desvalor del resultado, los mismos consideran la equiparación de la acción y la omisión, ante lo cual implicaría reconocer la analogía *in malam partem*, prohibida en el derecho penal.

Por lo tanto, frente a estos delitos, no debemos apartarnos de la pirámide jurídica, cuando ellos no se encuentran previamente tipificados en nuestra ley penal, la aplicación de una pena para el delito de comisión por omisión, es inconstitucional por

no respetar el principio constitucional y convencional de legalidad – Art. 18 C.N- y el principio de reserva – Art. 19 C.N- .

Como se adelantara, este resulta un tema arduo, con posturas diversas y respetables; con argumentos de peso, a tal punto que en el año 2011 en la ciudad de Rosario, se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, un congreso de profesores de derecho penal, con la finalidad de abordar dicha problemática, pero, sin embargo, no arrojó coincidencias entre los distinguidos profesionales que efectuaron sus ponencias, sino, divergencias que ponen de manifiesto la problemática que aún continúa.

Capítulo IV

CONCLUSIONES FINALES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conclusión final. 3. Propuesta.

1. Introducción

A lo largo de la presente investigación, se abordó uno de los temas más arduos de discusión en los últimos tiempos debido a su problemática en materia penal, el delito de omisión impropia no consagrado expresamente en el Código Penal.

De acuerdo a los objetivos planteados, durante el transcurso de la misma, se trató una breve reseña sobre algunas de las teorías de la posición de garante, que buscaron dar una solución al tema, pero, que sin embargo no pudieron resolver la cuestión con la certeza esperada.

En el capítulo III, al destacar la problemática constitucional de estos delitos, se analizó las opiniones doctrinarias al respecto, todas ellas de gran peso y respeto, pero ya sea a nivel nacional o provincial, hasta la fecha no pudieron lograr aunar criterios sobre el tema para lograr la solución necesaria.

2. Conclusión final.

Luego del camino recorrido, puedo concluir que la nota diferencial característica de los delitos de comisión por omisión, radica en que al tener una estructura equivalente a la activa, sus autores se hallan en posición de garante respecto del bien jurídico tutelado, limitándose así el círculo de posibles autores, y, como la mayoría de estos delitos no están tipificados, se trata de tipos abiertos, donde el magistrado debe llenar las lagunas que dejó el legislador, individualizando las características de la autoría según los modelos legales previstos por la ley.

Como ya destacué, el código penal argentino no contempla la cláusula general, considero que ello es un gran acierto del legislador, pues, como expresaran el Dr. Zaffaroni, y Erbetta, de existir una cláusula de esta naturaleza, la misma sería inconstitucional frente a la prohibición de la analogía in malam partem, que extiende la punibilidad, además, existen tipos omisivos impropios tipificados en nuestro Código Penal, por ello, entendemos que es posible tipificarlos expresamente y de esta manera se respetaría el mandato de legalidad.

Por lo cual, de acuerdo a lo investigado, conforme al problema referido a los delitos de comisión por omisión no escritos y su conexión con el principio de legalidad, podría afirmar que de acuerdo a la forma en que está sustentado el sistema jurídico, no es posible equiparar conductas activas a conductas omisivas. Al hacer referencia ut supra, Argentina desde la reforma constitucional del año 1994, incorporó Tratados Internacionales a los cuales se les otorgó jerarquía constitucional por vía del Inciso 22 del Artículo 75 de la Carta Magna; siendo ellos fuente de remisión a los fines de integrar y complementar nuestro sistema normativo.

Acorde a la limitación moderna del poder punitivo, consagrada en esos Tratados Internacionales que expresamente plasmaron la necesidad de un concepto de omisión como status de legalidad, la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión no escritos, basados en la dogmática penal de la posición de garante y del deber de actuar cuando es factible, sostenida tanto por la doctrina nacional o internacional, no puede ser aceptada.

La posición que se comparte, a la que me remití con argumento de peso por la calidad de los autores mencionados y el prestigio que los mismos ostentan dentro de la doctrina nacional, no solo se fundamenta en su posición, sino también en el sentido de que si no se adoptara tal temática, podríamos ser pasibles de una responsabilidad y sanción por parte de la comunidad internacional por violentar los principios de legalidad y culpabilidad.

Cabe hacer mención que la República Argentina, tuvo antecedentes de violación al principio de legalidad (como sería para el caso de adoptar la teoría de la comisión por omisión no escrita) como lo fue uno de los casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, me refiero al caso *Kimel vs Argentina*.⁶⁵

⁶⁵ Kimel C. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 2 de mayo de 2008. Texto completo en Almeyra, Miguel Angel. "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho Penal, Parte Especial". Tomo II. 1° ed. Buenos Aires. La Ley. 2011.págs. 97-137.

En el mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos aceptó el compromiso de la República Argentina, quien reconoció ante la Comisión, entre otras cuestiones, que los delitos de calumnias e injurias como estaban redactados en el Código Penal Argentino, eran tipos penales que no respetaban el principio de legalidad, y, por ello, ordenó a la República Argentina que en un plazo razonable adecue su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el párrafo 63 de dicho fallo, la Corte Interamericana establece que los tipos penales deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa, para así satisfacer el principio de legalidad; y, señala que el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano.

3. Propuesta:

Por todo ello, como reflexión final, considero que sería necesaria una reforma al código penal, donde el legislador regule esta problemática del delito de comisión por omisión no tipificado, dotándolo de una normativa propia, donde expresamente señale la posición de garante, o sea, que sujetos se encuentran obligados por el deber de evitación, bajo que condiciones y cuando la no evitación del resultado equivale a su causación.

Aunque la tarea no es fácil debido a las distintas situaciones concretas que se pueden dar, si el poder legiferante respeta lo establecido por la Corte Interamericana y tipifica esta clase de delitos, limitándose a casos donde la equivalencia entre omisión y acción surja evidente, no solo le facilitaría la tarea al magistrado al momento de decidir sobre una posición de garantía y del deber de actuar en un caso concreto; sino que también estaría brindando una seguridad jurídica a todos los ciudadanos. De este modo, no se vulnera el principio de legalidad al definir las conductas omisivas que serían pasibles de una pena.

Con lo cual, es tarea del Poder Legislativo, como materia de política criminal, y, no potestad de aquellos que aplican o interpretan el derecho.

BIBLIOGRAFÍA

a)General

Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación. Buenos Aires. Ed. Ediar. 2007.

Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires. Ed. Astrea. 1992.

Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I. 6° Ed. Buenos Aires. Ed. Astrea. 1999.

Frías Caballero, Jorge. Teoría del delito. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 1993.

Mass, José. El Tipo Penal. 1° Ed. Buenos Aires. La Ley. 2011.

Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Buenos Aires. Ed. Tea. 1970.

Stratenwerth, Günter. Derecho Penal. Parte General. El Hecho Punible. 4ta Ed. Trad. De Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 2005.

Zaffaroni, Eugenio. Estructura Básica del Derecho Penal. 1° Ed. Buenos Aires. Ed. Ediar. 2009.

Zaffaroni, Eugenio. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires. Ed Ediar. 2001.

Zaffaroni, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Buenos Aires. Ed. Ediar. 1981.

Zaffaroni, Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. Derecho Penal. Parte General. 2da Ed. Buenos Aires. Ed. Ediar. 2002.

b) Especial.

Almeyra, Miguel Angel. Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I y II. 1° Ed. Buenos Aires. La Ley. 2011.

Bacigalupo, Enrique. Delitos Impropios de Omisión. Buenos Aires. Ed. Pannedille. 1970.

Baigún, David, Zaffaroni, Eugenio. Código Penal y Normas Complementarias. 1° Ed. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 2008.

De Luca, Javier Augusto. Omisión Impropia, Legalidad y Congruencia. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Buenos Aires. Lexis Nexis. 2008.

De Luca, Javier. Que hacer con la Omisión. Disponible en www.catedradeluca.com.ar/materialdeconsulta/omision.html

Edwards, Carlos. La Posición de Garante y el Ocaso del Principio de Legalidad. Suplemento especial La Ley. Buenos Aires. 2009.

Edwards, Carlos. La Posición de Garante y el Principio de Legalidad en Materia Penal. Buenos Aires. La Ley. 2006.

Erbetta, Daniel. Colección Temas y Problemas de Derecho Penal y Criminología. 1° Ed. Rosario. Ed. UNR. 2003.

Fissore, Gustavo. La Omisión en el Derecho Penal. Rosario. Ed. Nova Tesis. 2004.

Orts Alberdi, Francisco. Delitos de Comisión por Omisión. Buenos Aires. Ed. Gherzi. 1978.

Revista El Derecho Penal Doctrina y Jurisprudencia. N° 10. Buenos Aires. 2013

Ruffino, Natalia. Problemática de la Omisión Impropia. Revista El Derecho Penal. N° 10. Buenos Aires. 2011.

Sancinetti, Marcelo. Casos de Derecho Penal. Tomo I. 3° Ed. Reelaborada y ampliada. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 2005.

Terragni, Marco Antonio. Omisión Impropia y Posición de Garante. Revista Jurídica Argentina. La Ley. 1997.

ÍNDICE

Resumen.....	3
Estado del Arte.....	4
Marco Teórico.....	7
Introducción.....	10

CAPÍTULO I

LA OMISIÓN EN EL SISTEMA PENAL.

1. Introducción.....	14
2 . La acción. Principales teorías.....	14
2.a . La Teoría Causal de la Acción.....	14
2.b . Teoría Finalista.....	16
2.c. Teoría Social de la Acción.....	17
2.d . Teoría Negativa de la Acción.....	17
3. Acción y Omisión.....	18
4. El Delito de Omisión Propia.....	18
4.a. Elementos del Tipo Objetivo.....	19
4.b. Omisión de Auxilio. Art. 108. C.P.....	19
5. El Delito de Omisión Impropia.....	20

5.a. Elementos que Conforman el Delito de Omisión Impropia.....	21
6. El Tipo Subjetivo en los Delitos de Omisión.....	21
7. El Abandono de Personas. Art. 106.C.P.....	21
8. Jurisprudencia.....	23
9. Conclusión.....	26

CAPÍTULO II

LAS POSICIONES DE GARANTE.

1. Introducción.....	29
2. Fuentes de la Posición de Garante. Distintas opiniones doctrinarias..	29
3. Las Posiciones de garante contempladas en el Código Penal.....	33
4. Jurisprudencia.....	36
5. Conclusión.....	41

CAPÍTULO III

LA CUESTIONADA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA NO ESCRITOS.

1 . Introducción.....	44
2 . Principio de Legalidad de los Delitos y de las Penas.	44
3 . Omisión Impropia y Principio de Legalidad de los Delitos y de las Penas.....	46
4 . La Discutida Constitucionalidad del Delito de Omisión Impropia no consagrado de modo expreso en el Código Penal.....	50
4.a. Postura a favor de la inconstitucionalidad por no respetar el sub principio de Lex Scripta.....	50
4.b. Posturas a favor de la inconstitucionalidad por no respetar el sub principio de Lex Certa.....	52
4.c. Cláusula de Equivalencia.....	55
4.d. Posturas a favor de la aplicación de figuras penales a través de la interpretación normativa.....	57
5. Jurisprudencia.....	59
6. Conclusión.....	65

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES FINALES.

1. Introducción.....	68
2. Conclusión Final.....	68

BIBLIOGRAFÍA.

Bibliografía General.....	71
Bibliografía Especial.....	72