

ISSN 2238-1678

REVISTA DE CRIMINOLOGIA E CIÊNCIAS PENITENCIÁRIAS

Programa de Estudos em Criminologia e Ciências Penitenciárias
PROCRIM

São Paulo – Ano 3 – Número 02 – Junho / Julho / Agosto – 2013

LAS OMISIONES IMPROPIAS “NO ESCRITAS”, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA

EMANUEL GONZALO MORA



LAS OMISIONES IMPROPIAS “NO ESCRITAS”, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA

*Emanuel Gonzalo Mora*¹

¹ Prosecretario del Juzgado de Garantías nro. 1 del Dep.
Judicial de Quilmes. emanuelmorita@yahoo.com.ar.

SUMARIO: Planteo del problema- El principio de legalidad- Delitos impropios de omisión -El problema del proceso causal - Teoría de la imputación objetiva- Criterio de la dominabilidad del proceso causal- El verbo típico contenido en la estructura del tipo activo no implica analogía- Conclusiones.

Planteo del problema:

Pues bien, mediante el presente intentaré ensayar un criterio que nos permita, tanto a operadores jurídicos, como a letrados y catedráticos, elaborar una sencilla explicación al fenómeno que nos ocupa, problemático y polémico por cierto, referido a los delitos impropios de omisión, o de comisión por omisión si se prefiere, cuando los mismos parecen no estar escritos en la ley positiva.

Y digo “parecen” no por casualidad, sino porque considero que en ellos no se violenta el principio de *nullum crimen sine lege*, sino que todo radica en un conflicto interpretativo de corte gramatical, en lo que al verbo típico se refiere.

Grande es el aporte de Claus Roxin al respecto, ya que a partir del criterio de la imputación objetiva al tipo logramos, en mi entendimiento, resolver el conflicto.

A partir del enorme enunciado del maestro alemán, pretendo demostrar que en la omisión impropia existe tanto dominio de la causalidad como en el tipo activo, para finalmente, exponer que, a mi juicio, el tipo activo “escrito”, en la propia descripción de la acción, ya comprende al tipo omisivo “no escrito”.

Finalmente, entiendo que la tesis que defenderé mediante la presente hecha algo de luz al problema, en oportunidad de demostrar que, apoyándonos en la teoría de la imputación objetiva, lograremos afirmar que en la omisión “no escrita” existe tanto dominio del hecho como en el tipo activo doloso.

El principio de legalidad:

Pues bien, existe unánime consenso, conforme al principio incuestionable de *nullum crimen sine lege* que no existe delito sin ley previa que así lo determine.

Ello evita que el poder punitivo, entendido como el ejercicio de la coerción estatal que no persigue la reparación ni interrumpir un proceso lesivo en curso o inminente ⁽¹⁾ (definición de Zaffaroni) recaiga sobre cualquier individuo sin razón legal que lo habilite como tal.

No otra cosa expresa nuestra carta magna cuando ordena en su art. 18 que nadie será condenado por un delito que no esté previsto como tal en ley anterior al hecho del proceso. Sin entrar en el análisis histórico del origen contractualista o de derecho natural de la norma, lo cierto es que ella fija un claro límite al poder coercitivo estatal, al prohibir que un habitante de la Nación sea criminalizado sin una fuente legal escrita que expresamente prohíba la conducta lesiva.

La teoría agnóstica de Zaffaroni ostenta razón cuando enseña que el tipo penal cumple 2 funciones básicas: por una parte fija la conducta prohibida (habilitando poder punitivo), y por la otra establece un claro límite legal a este poder (otorgando capacidad de contención a las agencias judiciales), al vedar la analogía, ordenando que solo la conducta que encuadre en el supuesto legal recibirá el carácter de típica, quedando al margen de la punibilidad toda aquella acción que no encuadre en el tipo ⁽²⁾.

Ahora bien, ocurre que existen ciertos casos en donde el proceso causal juega una muy mala pasada, ya que existe una conducta que en sí misma no causa el resultado disvalioso, siendo que el mismo sobreviene a partir de un proceso causal escindido de la omisión del agente, pues allí se plantea el gran problema de interpretación que motiva el presente: aquella madre que, con el fin de matar a su hijo, no lo alimenta hasta que muera, limitándose a realizar cualquier acción, excepto la debida.

Vinculado al principio de estricta legalidad, cabe la pregunta si la madre debe ser penalizada por no amamantar al lactante, dándole paulatinamente muerte, o por realizar la conducta indebida en sentido estricto (por ej: leer revistas, mirar tv, etc), como no puede ser de otra manera, contestaremos que ella debe ser sancionada por matar a su hijo.

Aquí radica el eje de la cuestión, pues, por ej: el caso del art. 80 inc. 1 del C.P establece que el que “matara” a otro (sea ascendiente, descendiente o cónyuge) recibirá pena de prisión perpetua, el problema es que la inacción de la madre, en sí, es una ilusión, porque a nivel pretípico no existen omisiones, sino que todas ellas son acciones ⁽³⁾.

Es decir, la omisión es un concepto o noción normativa, porque la verdad es que en el plano ontológico todas son acciones, es decir, la madre no realiza una conducta de matar “no alimentando”, sino que lee revistas, mira tv, teje, se baña, etc, todas son acciones, deduciéndose la omisión a partir de la especial situación típica.

De igual forma, el art. 89 del C.P establece que quien “causare” en el otro un daño en el cuerpo o en la salud, recibe la pena del delito de lesiones leves, ahora: ¿qué pasa en el caso de una persona rica que está enferma, siendo atendida por un médico que resulta ser su envidioso vecino, el que, con el fin de lesionarla, no le dispensa tratamiento alguno, resultando agravado el cuadro que presentaba?, la inacción del galeno no “causa” las lesiones, sino que estas se agravan por un proceso causal independiente de su conducta.

Como se aprecia, la inacción del galeno o de la progenitora, en sí, no “causan” el resultado, por lo que si, según ciertos sectores de la doctrina, si aplicáramos el tipo activo

estaríamos cometiendo una aberración, por infringir el principio de estricta legalidad formal, interpretando analógicamente el tipo activo doloso. ⁽⁴⁾

De tal modo, expresa Zaffaroni que no existe razón alguna que le permita al juez penal aplicar, al caso omisivo, el tipo activo, puesto que no existe norma alguna que permita la aplicación analógica, lo cual es cierto, pero solo, a mi entender, en lo que hace a que está prohibida la analogía, volveremos sobre ello más adelante.

Ahora bien, ¿cómo se penaliza a la madre o al médico?, la realidad es que la conducta no causa en modo directo el resultado, sino que provoca modificaciones mundanas penalmente irrelevantes (por ej: si la madre lee revistas o mira tv en lugar de amamantar, su conducta causa su distracción, la emisión de rayos por la tv, el consumo de energía, etc, pero no así el deceso, que es un proceso causal independiente), ahora, no cabe duda que, en el caso de la madre, la misma deja de alimentarlo con fines homicidas, entonces, ¿cómo domina el proceso causal?, responderemos a ello en los puntos subsiguientes.

Delitos impropios de omisión:

Para continuar correctamente el análisis, debemos significar las características generales de los impropios tipos omisivos, a fin de posibilitar la cabal comprensión de la problemática en tratamiento.

Sabemos que los delitos activos se caracterizan por la descripción de la conducta prohibida (por ej: art. 79 del C.P: “matar”, art. 162: “apoderarse ilegítimamente de la cosa mueble ajena”, etc), enunciándose la norma en forma prohibitiva, mientras que los tipos omisivos, la norma es enunciada preceptivamente, describiendo la conducta debida, resultando prohibida cualquier acción que, en especiales circunstancias fácticas, resulte distinta a la conducta enunciada en forma preceptiva.

Por ello, los delitos omisivos son circunstanciados, pues ellos solo pueden ser cometidos en especiales ocasiones de hecho (por ej. El art. 108 del C.P, que requiere hallar a un incapaz de valerse por sí mismo, desamparado, ordenando su auxilio).

De tal modo, en las omisiones propias, el sujeto activo puede ser cualquier persona que se encuentre en la situación típica (prácticamente el único caso en la Argentina resulta ser la omisión de auxilio, prevista en el art. 108 del código de fondo), mientras que en las omisiones impropias, autor solo puede ser aquel que se encuentre en posesión de una especial cualidad: la posición de garante con respecto al bien jurídico a preservar.

En tal tesitura, el médico con relación al paciente, la madre con respecto al hijo, el guardavidas con referencia a los bañistas, etc, solo estos sujetos, poseedores de un especial deber de garantía con respecto al bien jurídico a resguardar, solo ellos y no otros, pueden resultar autores de delitos de comisión por omisión, siempre que tengan el deber de actuar en la situación descrita en el tipo preceptivo.

El gravísimo problema es que no todos los tipos omisivos impropios se encuentran expresamente escritos, sino que muchos se generarían jurisprudencialmente, aplicando por analogía el tipo activo.

Clásico es el ejemplo de la madre que no amamanta a su hijo, no causando la muerte mediante una acción, lo que impide, según cierta doctrina, la aplicación del art. 80 inc. 1 del digento sustantivo, ello desde que matar implicaría causar la muerte con un obrar positivo.

Lo propio ocurre con el médico que, en lugar de tratar adecuadamente a su paciente, en lugar de realizar la acción debida, permite que la enfermedad avance, generándose una lesión con un proceso causal independiente del hecho médico.

Todas estas circunstancias se relacionan con la forma en que se interpreta el proceso causal en la omisión, que seguidamente pasamos a evaluar.

El problema del proceso causal:

El conflicto interpretativo que genera el tipo omisivo impropio es que el hecho del autor no provoca el resultado, sino que el proceso causal corre paralelamente a la conducta omisiva del agente.

Así, tal como ejemplifica Zaffaroni, la madre que en lugar de amamantar a su hijo teje calcetines, su conducta “causa” calcetines, pero no así la muerte de su hijo, que sobreviene por un proceso causal independiente.

Ahora bien, entonces, ¿cómo se puede imputar el resultado al agente, si su conducta no causa el resultado típicamente relevante?, veamos.

En el tipo activo, no se generan dudas desde que la acción es la que causa el resultado: si disparo a un órgano vital de una persona, seguramente provocaré su muerte, existiendo un clarísimo nexo causal.

Ahora, el análisis en la omisión debe diferir, pues allí, en lo que hace al laxo plano causal (analizando la imputación objetiva a posteriori) no corresponde referirnos a un nexo causal, sino a un nexo de evitación.

Ello implicará un relacionamiento hipotético entre la conducta debida del agente y el resultado, no ya como causación del mismo, sino como su evitación.

Así, imaginaremos la acción debida conforme a la especial posición de garantía y evaluaremos si, habiéndose realizado la conducta debida, el resultado se hubiere evitado, con un amplio margen de probabilidad.

De tal forma, regresando al clásico ejemplo de la madre homicida, verificada la muerte del lactante por falta de alimentación, evaluaremos si, en el relacionamiento hipotético, la acción debida de la progenitora hubiere muy probablemente evitado el deceso.

En tal sentido, si ella hubiese cumplido con su deber de amamantamiento, el resultado muerte habría sido evitado, de lo que se colige que, si bien no existe relación de causalidad entre la inacción y el deceso, si existe una relación hipotética con el mismo, es decir, un nexo de evitación entre la conducta y el resultado.

Esto mismo es reconocido por el propio Eugenio Zaffaroni, cuando actualmente expone que existe dominio en la omisión, en el sentido que “el dolo omisivo se monta sobre la previsión de la causalidad” ⁽⁵⁾.

Ahora bien, lo cierto es que, es lisa y llana verdad, tendremos que reconocer que en los delitos de comisión por omisión no existe nexo de causalidad, por lo que necesitaremos de otros parámetros lógicamente mejor estructurados, donde el nexo de evitación complementa otro criterio de imputación.

Algo que debe resultar aclarado que el hecho de que no exista nexo de causalidad entre la conducta distinta a la debida y el resultado, en modo alguno debe ser entendido en el sentido de que no existe proceso causal alguno, ello es absurdo.

Es decir, una cosa es afirmar que el proceso causal no se genera en el actuar del agente, y otra muy distinta que no exista causalidad, por ello, en los tipos omisivos impropios existe un clarísimo proceso causal, solo que dicho proceso no es conectable con el obrar material del agente.

Pues bien, ante estos inconvenientes, la teoría de la imputación objetiva de Claus Roxin se muestra como el método adecuado a tales efectos, pasemos a analizar ello.

Teoría de la imputación objetiva:

Ahora bien, la enunciación de la teoría de la imputación al tipo objetivo formulada por el magistral autor alemán, Claus Roxin, ha solucionado un sin fin de inconvenientes interpretativos en lo que hace a la forma de encarar el proceso causal, proporcionando respuestas al caso de las omisiones.

Así, el maestro germano enseña que es posible hablar de nexo de causalidad sin que pueda afirmarse la imputación al tipo objetivo, cuando el riesgo no permitido generado por el autor no ha provocado el resultado ⁽⁶⁾.

Ejemplifica Roxin el caso de quien dispara contra una persona, poniendo en peligro su vida, pero dicho estado de riesgo no genera el resultado muerte, desde que la víctima muere por un incendio en el hospital donde fue socorrida.

Así, aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones (*condictio sine qua non*), es claro que existe nexo de causalidad física entre la acción de disparar y la muerte, desde que

si suprimimos la conducta de la primer lesión, la víctima no hubiera sido llevada al nosocomio, donde pereció en el incendio.

Ahora bien, Roxin revolucionó el criterio de la imputación al tipo objetivo, cuando explicó que, aunque causal, dicho resultado no puede de imputarse objetivamente al agente, desde que el riesgo generado por el disparo no se ha traslucido en la efectiva muerte de la víctima, la que pereció producto de la asfixia o las quemaduras provocadas en el incendio, es decir, por una razón solo casual o fortuitamente conectada al disparo.⁽⁷⁾

De tal forma y a grandes rasgos, esboza su tesis Roxin afirmando que existe imputación objetiva solo si se dan los siguientes requisitos⁽⁸⁾:

- 1.- Que el hecho del agente genere un riesgo prohibido para el bien jurídico.
- 2.- Que, por lógica, ese riesgo no se encuentre permitido, y en su caso, que no se vulneren significativamente sus límites jurídicos.
- 3.- Que ese riesgo no permitido se realice efectivamente en el resultado, es decir, que lo genere.

Pues bien, a la luz de la teoría de la imputación objetiva, graficando con el caso de la madre que no amamanta a su hijo, es claro que su inacción, entendida normativamente como falta de realización de la conducta debida, pues claramente genera un riesgo relevante para el bien jurídico que tiene el deber de preservar, siendo evidente que ese riesgo no está permitido (siendo prohibido por contrario al régimen de la patria potestad), mientras que ese riesgo prohibido finaliza realizándose en el resultado muerte.

En tal sentido, existe un indudable dominio del hecho, aún en el caso del homicidio cometido por omisión, ello desde que el agente ostenta el sí y el cómo de su realización, desde que claramente domina el proceso causal a su arbitrio (de hecho, le basta solo realizar la conducta debida para impedir el resultado típico), existiendo previsibilidad del resultado y conociendo efectivamente que la generación del riesgo no permitido desembocará en el mismo, lo que se trasluce en la comisión del verbo típico.

Como se aprecia, se produce una auténtica paradoja jurídica, puesto que estaremos ante un caso de imputación objetiva sin relación de causalidad, en el sentido de que la acción indebida no provoca el resultado, sino otras mutaciones del mundo penalmente irrelevantes, mas es claro que coloca en un riesgo relevante al bien jurídico, siendo que dicho riesgo finaliza concretándose en el resultado. Como se percibe, existe imputación objetiva sin nexo de causalidad.

Ahora, dable es fundamental, explicar de qué modo el autor domina el proceso causal, lo que paso seguidamente a exponer.

Criterio de la dominabilidad del proceso causal:

Pues bien, la conducta omisiva es tan dolosa como la activa, en razón de que, tal como reconoce Zaffaroni, el dolo se monta sobre la previsión de la causalidad, dirigiéndola.

Así, el maestro argentino aclara que existe causalidad sin causación ⁽⁹⁾, sin receptor así la teoría de la imputación objetiva en su estructura de la teoría del delito.

Conforme a lo expuesto, partiendo del criterio de la teoría de la imputación objetiva, es claro que aquél que se haya en una especial posición de garantía con relación al bien jurídico, teniendo el deber de preservarlo, pues con su inactividad típica genera un riesgo típicamente relevante, en el sentido de que la no realización de la acción debida provoca un estado de peligro para el ente a proteger.

Regresando al caso del médico que omite realizar los tratamientos adecuados con el fin de que su paciente enferme aún más, pues es evidente que, hallándose en posición de garante con respecto a la salud, pues pone en peligro al bien jurídico que está obligado a preservar.

Como se aprecia, le es previsible al agente que el proceso causal, el que continúa momento a momento, no se detendrá hasta que él mismo realice la conducta debida.

Pues bien, como la interrupción de la causalidad depende de su sola acción, pues es evidente que el agente domina el proceso causal a su arbitrio.

Así, el médico que deja ir a su paciente sin ordenar la internación, por ejemplo, evidentemente pone en peligro el bien jurídico, siéndole imputable objetivamente la afectación de la salud del paciente, desde que el resultado (lesiones) se produce a raíz de la propia puesta en peligro.

Lo propio ocurre con el caso de la madre que tiene el fin de asesinar a su hijo no alimentándolo, domina el hecho (y el proceso causal consecuente) desde que la simple realización de la conducta debida interrumpe la causalidad.

De tal modo, como la interrupción de la puesta en peligro depende puramente de la conducta del autor, al que le basta simplemente con la realización de la acción debida, teniendo conocimiento, en la previsibilidad de la causalidad, que su inacción provocará el resultado típico, en el sentido que el peligro no permitido, parafraseando a Roxin, se “realizara” en el resultado, pues es claro que el autor tiene pleno dominio del proceso causal, siéndole imputable conforme a los postulados de la teoría de la imputación objetiva.

Ahora bien, entiendo que con ello hemos resuelto el grave problema existente con respecto a la imputabilidad del proceso causal, pero continuamos padeciendo otro grave conflicto, ya vinculado al principio de legalidad, en el sentido de cuál debe ser el criterio imperante en aquellos casos en donde la conducta omisiva parece no estar escrita en el texto de la ley, como en el ejemplo del médico y la madre, lo que trataremos acto seguido.

El verbo típico contenido en la estructura del tipo activo no implica analogía:

Al respecto, existen discrepancias en lo que hace a la presunta construcción judicial de estos tipos, lo que justifica que Zaffaroni haga agudas observaciones en lo que respecta a la prohibición de la aplicación analógica del tipo activo.

Partiendo del caso de la madre que, con el fin de matar a su hijo, se limita a dejar de amamantarlo, ciertos sectores de la doctrina entienden que la formación interpretativa, pretorianamente, del tipo viene a completar el contenido prohibitivo de la conducta, ello en

razón de que la omisión de la progenitora homicida equivale al tipo activo, realizándose, así, una suerte de complementación judicial del contenido del tipo activo.

La doctrina que sostiene ello explica que, de lo contrario, la madre quedaría exenta, o, en su caso, recibiría una pena menor.

Ciertamente y tal como se expuso infra, asiste total razón al ilustre Eugenio Zaffaroni, en cuanto a que una solución como esta implica, necesariamente, una interpretación analógica del tipo activo doloso (en el caso, art. 79 del digesto fondal), lo cual está vedado en nuestro ordenamiento penal vigente.

Ahora bien y apartándome de la opinión de Zaffaroni ⁽¹⁰⁾, quien encuadra la acción de la madre en el art. 107 del C.P, es claro, al menos a mi modesto criterio, que su acción no podrá ser subsumida como abandono de persona seguida de muerte calificado por el vínculo (arts. 106 in fine y 107 del C.P), ello desde que el dolo de homicidio es claro, es decir, la progenitora no tiene simplemente la voluntad de “abandonar a su suerte” al incapaz, sino que desea darle efectiva muerte, solo que no de un modo directo, sino seleccionando medios omisivos, en el caso, dejar de amamantarlo.

En tal sentido, la progenitora no dirige su causalidad simplemente a abandonar a su hijo, sino, lisa y llanamente, a matarlo, eligiendo como medio la interrupción de los alimentos.

Como se aprecia, el dolo directo homicida (en el caso de que la madre desea el fallecimiento de su hijo), no puede trasladarse al tipo de los arts. 106 y 107 del sustantivo, dado la voluntad de la autora va muchísimo más allá del designio de abandonar a su hijo, porque quiere matarlo.

Ahora bien, considerando dicha realidad, mal puede considerarse que, en caso de muerte del bebé, la madre deba ser absuelta por atipicidad, simplemente porque el art. 80 inc. 1 del C.P se refiere al que “matarse” en lo que parece ser un tipo activo, cuando existe una notoria imputación objetiva del resultado a la conducta de la agente.

De tal forma y como expuse al principio, la cuestión se relaciona con un conflicto de interpretación gramatical del verbo típico, lo que concluirá que, como veremos, los tipos activos, en su verbo, ya comprenden a los delitos de comisión por omisión, grafiquemos con algunos ejemplos.

El homicidio simple, cuando refiere que realiza la acción típica quien “matara a otro”, no necesariamente está circunscribiendo la cuestión puramente a los tipos activos, sino que también comprende a las omisiones impropias, en efecto, bien mata a su hijo la madre que lo apuñala en el pecho, como también aquella que interrumpe su alimentación.

Ello desde que, a la luz de la teoría de la imputación objetiva, tanto la conducta prohibida (apuñalar) como la acción distinta a la debida (omisión de prestar alimentos), ambas provocan un estado de peligro no permitido para el bien jurídico vida humana, siendo que dicho riesgo típicamente relevante desemboca en el resultado típico.

Así las cosas, el verbo típico “matar” se refiere a quien lo hace dominando el proceso causal, sea mediante una acción, o a partir de una omisión.

Por ello, no es del todo cierto que, desde esta perspectiva, el art. 79 del C.P sea puramente activo, dado que, por los motivos expuestos, considero que el mismo ya comprende al tipo omisivo impropio.

Pues bien, es tan final la acción como la omisión, desde que en ambas existe previsión de la causalidad, solo difiriendo la selección de los medios que el autor lleva a cabo.

Lo mismo ocurre con el caso de las lesiones (art. 89 del C.P), aquí, en verbo típico es “causar”, el que bien podría ser interpretado como “lesionar”, solo que la ley elige el primer término gramatical para evitar una tautología, lo que no ocurre con el homicidio, dado que en el mismo también se “causa” una muerte.

Como se aprecia, el verbo típico está reconocido en la ley, pero ello no implica que la tipicidad pueda condicionar a la conducta, primer estamento de la teoría del delito, donde,

como expresa magistralmente Zaffaroni, la conducta es el sustantivo, mientras que la tipicidad es uno de sus tres adjetivos.

Con esto quiero significar que, en definitiva, la cuestión vinculada a la presunta integración analógica en las omisiones impropias “no escritas” se resuelve ya en la fase de la conducta, dado es en ella donde el agente tiene la idea criminal, toma la decisión y selecciona los medios para cometer el delito.

Es decir, en las omisiones impropias se seleccionan medios pasivos, omisivos, en el sentido de no realizar la acción debida, pero en modo alguno, tal como ha quedado demostrado irrefutablemente, implica que no exista dominabilidad del hecho, la que existe indiscutiblemente.

Existe tanto dominio del proceso causal en la omisión como en la comisión, solo varían la selección de los medios, los que se dan en la fase de la conducta.

Por ello, tanto “mata” a otro quien dispara a su cabeza, como quien, debiendo salvarle, realiza cualquier acción, menos la salvadora.

Como se aprecia, el verbo típico escrito tanto puede ser realizado activamente (tipo activo doloso) como omisivamente (omisión impropia).

Por estas razones, la madre que no amamanta a su hijo con el fin de matarle comete el delito de homicidio calificado, tanto como aquella que lo ahoga en la bañera, desde que ambas dominan el proceso causal, generando un riesgo no permitido, el cual provoca el resultado.

En tal sentido, si agudizamos la interpretación del verbo típico, notaremos que él no remite necesariamente a una comisión, sino que bien puede dominarse el proceso causal a través de una omisión.

Por ello, entiendo que, aplicando la teoría de la imputación objetiva, arribamos a un principio axiomático interesante: desde que el agente puede poner en un riesgo típicamente relevante al bien jurídico, dominando el proceso causal, bien puede serle imputable el mismo, sea que lo domine mediante una acción o por una omisión.

Por dichas razones, siendo que el verbo típico remite al dominio del proceso causal, el cual puede ser realizado por acción o por omisión, entiendo que el principio de estricta legalidad no resulta vulnerado, dado no implica una aplicación analógica, en virtud de que el verbo típico comprende tanto a la acción como a la omisión.

Conclusiones:

Pues bien, es mi convicción que la teoría de la imputación objetiva formulada por el brillante Claus Roxin ha revolucionado la teoría del delito.

En tal sentido, aplicando sus fundamentos, he arribado a la certeza que, siguiendo los lineamientos de la imputación al tipo objetivo, siempre que el agente genere un riesgo relevante no permitido, y que ese peligro se realice en el resultado, pues en todos esos casos, el agente tendrá pleno dominio del hecho, y con el del proceso causal respectivo.

Conforme se expuso in extenso, aquella omisión que coloque en peligro prohibido al bien jurídico cuyo deber es salvar o resguardar, existiendo previsibilidad y dolo en el autor, indudablemente le otorga plena dominabilidad del proceso causal, difiriendo con el tipo activo solo en lo que hace a la selección de los medios para arribar al fin delictivo.

En tal sentido, las denominadas omisiones impropias no escritas, o tipos omisivos impropios no escritos, no deben entenderse, en definitiva, como “no escritos”, sino como contenidos en el tipo general, en el cual el verbo típico tanto puede ser realizado activamente, como omisivamente, dado en ambos casos se domina el proceso causal.

En síntesis, el llamado “tipo activo” ya comprende al hoy conocido como “tipo omisivo no escrito”, desde que el verbo típico no se refiere a la comisión o a la omisión, sino a quien lo realice dominando el proceso causal, sea por acción o por omisión, que es muy distinto.

Esta interpretación dogmática, torna innecesaria la integración analógica, desde que el verbo típico, entendido como dominio de la causalidad, conforme a la teoría de la imputación objetiva, ya comprende ambas formas de realizar el verbo: la acción y la omisión.

BIBLIOGRAFIA:

- “DERECHO PENAL: PARTE GENERAL”, tomo I, de Claus Roxin, Ed. Civitas, 1ra edición, 1997.
- “MANUAL DE DERECHO PENAL”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, editorial Ediar, 1986, Buenos Aires.
- “ESTRUCTURA BASICA DEL DERECHO PENAL”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, editorial Ediar, primera edición, 2009, Buenos Aires.
- “DERECHO PENAL: PARTE GENERAL”, de Carlos Creus, editorial Astrea, tercera edición, 1992, Buenos Aires.
- “DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL”, de Carlos Creus, tomos I y II, editorial Astrea, Buenos Aires.
- “CODIGO PENAL DE LA NACION Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA”, de Horacio J. Romero Villanueva, 4ta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

Notas:

- 1) “Estructura básica del derecho penal”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, ed. Ediar, 1ra edición, 2009, pág. 16.
- 2) Obra citada, pág. 73.
- 3) Obra citada, pág. 125.
- 4) Obra citada, pág. 130, cuando Zaffaroni expresa que. *“El C.P no contiene ninguna autorización para que los jueces construyan tipos penales (analogía integradora violatoria del principio de legalidad). Se sostiene que igualmente se deben construir esos tipos. Se ejemplifica con el caso de la madre que no amamanta al bebé para que muera. Se dice que el contenido ilícito es equivalente a la conducta activa de homicidio y que como la madre se halla en posición de garante, este tipo omisivo impropio construido por los jueces no hace más que agotar el contenido ilícito del tipo activo. Se sostiene que de otro modo se dejaría impune una conducta criminal o se la penaría con una pena insignificante. Si así fuese, sin duda se trataría de una omisión del legislador. Pero tampoco es cierto en la ley vigente: según el C.P (107) la pena por ese delito podía alcanzar los 20 años de prisión.”*.
- 5) Obra citada, pág. 131, cuando expresa que: *“lo que interesa al dolo es que haya conducción de la causalidad, control de esta, dirección hacia el resultado”*.
- 6) “Derecho Penal, parte general”, tomo I, de Claus Roxin, Ed. Civitas, 1ra edición, 1997.
- 7) Obra citada, pág. 373, cuando Claus Roxin expresa que: *“La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión casual con el mismo. Aquí se cuentan sobre todo los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa, pero después acaba provocando el resultado... un ejemplo de ello nos lo da el caso demostrativo (nm. 37, 39) en que la víctima de una tentativa de homicidio no muere en el propio atentado, sino en un incendio en el hospital”*.
- 8) Roxin, obra en cita, pág. 362 a 402.
- 9) “Estructura básica del derecho penal”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, ed. Ediar, 1ra edición, 2009, pág. 127: *“en el tipo activo la norma prohíbe poner en funcionamiento el proceso causal (causación del resultado ofensivo), en tanto que en el tipo omisivo se prescribe interferir (se ordena la injerencia) en el proceso causal para evitar el resultado (evitación del resultado ofensivo)”*.
- 10) Zaffaroni, obra citada, pág. 130.