

# GONZALO JAVIER MOLINA

Abogado por la Universidad Nacional del Nordeste. Especialista en Derecho Penal por la misma Universidad. Magíster en Magistratura por la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional del Litoral. Profesor por concurso de las materias: Derecho Penal (Parte general) y Derecho Penal (Parte especial) en la Facultad de Derecho (UNNE). Defensor Público Oficial de 1ª y 2ª instancia ante los Tribunales Federales de Resistencia. Fue Defensor Oficial y Secretario de distintos tribunales en el Poder Judicial de la Provincia de Chaco

## DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

**RUBINZAL - CULZONI EDITORES**

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires  
Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe

# ÍNDICE SUMARIO

Prólogo, por NELSON R. PESSOA y DANIEL H. DOMÍNGUEZ HENAÍN . . . . . 9

## PRIMERA PARTE CONFIGURACIÓN DE LA OMISIÓN IMPROPIA

### I. INTRODUCCIÓN

1. Objeto de estudio de la investigación: la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia . . . . . 15

### II. DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN: SU ESTADO ACTUAL

1. Introducción . . . . . 22  
2. Razón de existencia de las figuras omisivas . . . . . 26  
3. La relación de la omisión con una norma penal (inexistencia de omisiones pretípicas) . . . . . 28  
4. Clases de omisión: *propia* e *impropia* . . . . . 29  
5. La necesidad de exponer el diagrama de los delitos de omisión con sus respectivos elementos objetivos . . . . . 33

### III. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

A. La omisión propia. Tipicidad objetiva . . . . . 33  
1. Situación típica generadora de un deber de actuar . . . . . 34  
551

1.1. Casos problemáticos en el elemento situación típica . . . . .	36
a) La autopuesta en peligro por parte de la propia víctima, o su negativa a recibir ayuda. . . . .	36
b) Hechos justificados. . . . .	40
1.2. Dos planos de análisis: los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. . . . .	40
2. La no realización de la acción mandada . . . . .	43
3. Posibilidad física o material de realizar la acción debida . . . . .	46
3.1. Capacidades generales o individuales . . . . .	49
3.2. Casos problemáticos: la obligación de ayudar a más de una persona . . . . .	50
3.3. Momento de la capacidad de acción. . . . .	56
B. La omisión impropia. Tipo objetivo . . . . .	59
4. La producción del resultado típico . . . . .	60
5. Nexo de evitación . . . . .	61
5.1. Cuestión problemática: el grado de concreción . . . . .	64
5.2. La denominada "cláusula de equivalencia" como elemento de los delitos de omisión impropia . . . . .	69
6. Posición de garante . . . . .	71

SEGUNDA PARTE

**AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR FALTA DE ESCRITURA (LEY ESCRITA)**

I. INTRODUCCIÓN

.....	77
-------	----

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA. DISTINTOS ARGUMENTOS EN LA DOGMÁTICA PENAL

.....	78
-------	----

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

1. Su consagración en la Constitución Nacional. . . . .	85
2. Antecedentes y alcances del principio de legalidad . . . . .	86

3. Derivados del principio de legalidad (subprincipios) . . . . .	90
3.1. Ley previa . . . . .	91
3.2. Ley escrita . . . . .	92
3.3. Ley estricta . . . . .	95
3.4. Ley cierta . . . . .	95

IV. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA POR SU FALTA DE ESCRITURA

.....	98
1. Opiniones a favor de la inconstitucionalidad de los delitos impropios de omisión por su falta de previsión expresa en el Código Penal . . . . .	99
1.1. La doctrina penal argentina . . . . .	99
1.2. En el Derecho Comparado . . . . .	113
2. Autores de la doctrina penal que aceptan la constitucionalidad de estas figuras penales, pero que sugieren la incorporación de la cláusula de equiparación, para evitar discusiones. Exposición. . . . .	115
2.1. En la doctrina penal argentina . . . . .	116
2.2. En la doctrina española. . . . .	119
3. Autores que admiten sin reparos la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia, pese a no estar expresamente escritos en el Código Penal . . . . .	120
3.1. En la doctrina argentina . . . . .	120
3.2. En el Derecho Comparado . . . . .	125
4. Toma de posición . . . . .	128
5. El argumento histórico en ayuda de nuestra interpretación . . . . .	131
6. Objeciones de Eugenio Zaffaroni y de Mariano Silvestroni . . . . .	133
6.1. Primera objeción de Zaffaroni . . . . .	134
6.1.1. Argumentación . . . . .	134
6.1.2. Primera respuesta a la objeción de Zaffaroni . . . . .	136
6.1.3. La discusión sobre las omisiones culposas . . . . .	140
6.1.4. Segunda respuesta a Zaffaroni . . . . .	150
6.2. Las objeciones de Mariano Silvestroni . . . . .	155
6.2.1. Argumentación . . . . .	156
6.2.2. Respuestas a las objeciones de este autor . . . . .	159

7. Reflexiones sobre la omisión impropia y la ley escrita .....	167
8. Conclusiones parciales .....	174

### TERCERA PARTE

#### AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR FALTA DE CERTEZA (LEY CIERTA) (EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA)

##### I. ACLARACIONES PREVIAS

.....	179
-------	-----

##### II. TEORÍA FORMAL DE LAS FUENTES GENERADORAS DE POSICIÓN DE GARANTE

.....	181
1. El aporte inicial de Anselm v. Feuerbach y su evolución .....	182
2. La teoría formal en la doctrina penal argentina .....	185
3. La influencia de la teoría formal en la jurisprudencia argentina y en los proyectos de modificación al Código Penal .....	208
4. La doctrina penal alemana y la teoría formal .....	210
5. En el Derecho Penal español .....	213
6. Críticas a la teoría formal .....	215
6.1. Primera fuente generadora: la ley .....	216
6.1.1. Su amplitud .....	216
6.1.2. Su estrechez .....	225
6.2. Segunda fuente generadora: El contrato .....	230
6.2.1. El comienzo voluntario de un salvamento (y su interrupción) .....	237
6.3. El hecho precedente como tercera fuente de garantía .....	242
6.4. Crítica de la incoherencia con la teoría formal (falta de previsión legal-formal) .....	248
7. El problema de la injerencia como fuente generadora de posición de garante después de la teoría formal .....	249
8. Una extensión de la teoría formal: la incorporación de los "deberes morales" derivados de la convivencia .....	251
8.1. Exposición de la propuesta .....	251
8.2. Crítica .....	258

9. Intentos posteriores a la teoría formal .....	262
9.1. Exposición de las teorías de Vogt-Bohm .....	262
9.2. Crítica a estas teorías .....	265

##### III. TEORÍA DE LAS FUNCIONES

1. Exposición de la tesis de Armin Kaufmann .....	266
2. La doctrina penal argentina y la teoría de las funciones .....	270
3. La teoría de las funciones en la jurisprudencia .....	279
4. La teoría de las funciones en la doctrina alemana y en la española ...	281
5. Crítica a la teoría de las funciones de Armin Kaufmann .....	285

##### IV. OTROS INTENTOS EN ALEMANIA PARA FUNDAMENTAR LA POSICIÓN DE GARANTE

1. La teoría material de los grupos colectivos de Henkel .....	291
1.1. Exposición .....	291
1.2. Crítica .....	293
2. El método fenomenológico de Androulakis .....	294
2.1. Exposición .....	294
2.2. Crítica .....	296
3. El neocausalismo de Wolff .....	298
3.1. Exposición .....	298
3.2. Crítica .....	299
4. El método dualista de Rudolphi .....	300
4.1. Exposición .....	300
4.2. Crítica .....	303
5. La tesis de Pfeleiderer (método tópico). Exposición y crítica .....	307
6. La teoría de Welp. Exposición y crítica .....	309
7. El método normativo-sociológico de Bärwinkel .....	309
7.1. Exposición .....	309
7.2. Crítica .....	311

##### V. LAS TEORÍAS DE SCHÜNEMANN Y JAKOBS COMO ÚLTIMAS PROPUESTAS PARA SOLUCIONAR EL PROBLEMA

1. La tesis de Schünemann (El dominio sobre el fundamento del resultado) .....	312
--	-----

1.1. Exposición de la teoría de Schünemann.....	312
1.2. Crítica.....	318
2. El criterio de Jakobs.....	322
2.1. Exposición de la teoría de Jakobs.....	322
2.2. Impacto de la tesis de Jakobs en el Derecho Penal argentino....	316
2.3. Críticas a la teoría de Jakobs.....	331

VI. OTROS INTENTOS DE CREAR UNA  
FÓRMULA PARA DELIMITAR LA POSICIÓN  
DE GARANTE. TEORÍAS ESPAÑOLAS

.....	335
1. Teoría de Gimbernat Ordeig.....	336
1.1. Exposición.....	336
1.2. Crítica.....	339
2. La propuesta de Huerta Tocildo.....	341
2.1. Exposición.....	341
2.2. Propuesta concreta de Huerta Tocildo: la incorporación de las figuras omisivas a la Parte especial (sistema de <i>numerus clausus</i> ).....	344
2.3. Crítica. Problemas en el Código Penal argentino.....	346
3. La tesis de Silva Sánchez.....	349
3.1. Exposición.....	349
3.2. Crítica a la propuesta de Silva Sánchez.....	355
4. La propuesta de clasificación de Lascurain Sánchez y su crítica.....	356
5. Propuesta de Gracia Martín.....	361
5.1. Exposición.....	361
5.2. Crítica.....	364
5.3. La doctrina de Gracia Martín en la jurisprudencia argentina (caso "Cromañón").....	366

VII. OTRAS PROPUESTAS EN LATINOAMÉRICA E ITALIA

1. La tesis de Novoa Monreal.....	373
2. Propuesta de Perdomo Torres.....	375
3. Propuesta de Meini.....	376
4. Propuesta de Ferrando Mantovani (Italia).....	377

VIII. LA POSICIÓN DE GARANTE POR EL  
HECHO PRECEDENTE (INJERENCIA)

1. Introducción.....	379
2. El criterio para delimitar el hecho precedente: La doctrina penal argentina.....	381
3. El hecho precedente en la doctrina penal alemana.....	385
4. Autores que no aceptan la injerencia como fuente de posición de garantía.....	393
5. La discusión en la doctrina española.....	396
5.1. Exposición general.....	396
5.2. La tesis de Silva Sánchez sobre el hecho precedente.....	397
5.3. Tesis de Lascurain Sánchez.....	403
5.4. Otros autores en España que se refieren a las características del hecho precedente, además de la causalidad.....	407
6. En búsqueda del criterio correcto para definir la injerencia como fuente generadora de posición de garantía.....	409
6.1. Crítica a la causalidad como criterio definidor de la injerencia.....	409
6.2. La diferencia con la mera relación de causalidad como criterio para definir la tipicidad objetiva en los delitos activos.....	411
7. ¿Hecho precedente ilícito como determinante de la injerencia?.....	413
8. La teoría de la imputación objetiva como solución para delimitar los supuestos de injerencia. Posiciones de Claus Roxin y Günter Jakobs.....	415
8.1. Propuesta de Claus Roxin.....	415
8.2. La tesis de Jakobs sobre el hecho precedente.....	423
8.2.1. Crítica a la tesis de Jakobs.....	426
9. Conducta precedente que al momento de realizarse no está catalogada como antijurídica.....	428
9.1. El problema del caso "Lederspray". Exposición.....	428
9.2. El caso "Lederspray".....	429
10. Conclusiones provisionales sobre la injerencia.....	437
11. La posición de garante por el hecho precedente y los supuestos de incremento del riesgo.....	440
12. Resumen: la caótica situación de la injerencia.....	446

CUARTA PARTE  
**AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD  
 POR FALTA DE CERTEZA (LEY CIERTA)  
 (DEFINICIÓN DEL PROBLEMA)**

I. RESUMEN Y CRÍTICA DEL ESTADO ACTUAL  
 SOBRE LAS TEORÍAS DEL GARANTE

1. El alto grado de imprecisión de las teorías .....	451
2. ¿Afectación al principio de legalidad – <i>lex certa</i> – por la imprecisión de las teorías de garante? .....	458
2.1. El problema en la doctrina alemana .....	458
2.2. La discusión fuera del Derecho Penal alemán .....	461
2.3. El reconocimiento de la doctrina penal argentina .....	464
3. La solución por vía de incorporación de una cláusula general en los códigos penales .....	469
3.1. La fórmula del Código Penal alemán .....	470
3.2. La fórmula del Código Penal español .....	473
3.3. La fórmula del Código Penal colombiano .....	477
3.4. Fórmulas utilizadas en otros códigos penales .....	485

II. EL PROBLEMA DE LA IMPRECISIÓN EN  
 OTROS INSTITUTOS DEL DERECHO PENAL

1. El intento de salvamento de la doctrina penal .....	489
2. Crítica. Diferencias con la imprecisión de otros institutos .....	493

III. LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA  
 ACUDIENDO AL “DERECHO CONSUECUDINARIO”

.....	495
-------	-----

IV. EL DILEMA POR LA AFECTACIÓN AL  
 MANDATO DE DETERMINACIÓN

1. Consideración de las consecuencias en el sistema penal argentino .....	496
2. El caso puntual del artículo 106 del Código Penal y la falta de precisión en las posiciones de garantía .....	498

V. EN BUSCA DE LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

1. ¿Determinabilidad absoluta o determinabilidad “suficiente” de las teorías, para superar el planteo de inconstitucionalidad? .....	502
2. Propuesta de solución: consideración de los principios constitucionales (interpretación acorde a la Constitución) .....	507
3. Un último criterio limitador: la consideración del error sobre la posición de garante .....	513
4. Reflexiones finales .....	520

VI. AFECTACIÓN A LA LEY CIERTA. CONCLUSIONES

.....	522
BIBLIOGRAFÍA .....	527