

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 provisorias 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