Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA" DE GONZALO J. MOLINA

Carla SALVATORI*

Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2015
Fecha de aceptación: 16 de noviembre de 2015

MOLINA, Gonzalo, *Delitos de Omisión Impropia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, 560 pp.

I. ¿En busca de un cierre a una antigua discusión?

La tesis doctoral de Gonzalo J. MOLINA analiza un tema que mantiene una directa y fluida relación con las apreciaciones sobre la dogmática de los delitos omisivos y que, aunque muy tratado, recién en esta ocasión constituye de manera exclusiva el objeto de una obra de mayor envergadura.[1]

* Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura "Elementos de Derecho penal y procesal penal", cátedra del Prof. Dr. Dr. *h.c.* Marcelo A. SANCINETTI (UBA). Contacto: carla.salvatori@hotmail.com.

[1] El autor ha tratado este tema, y otros aledaños, en distintos artículos de doctrina. Así: "El delito de abandono de personas en el Anteproyecto de Código Penal argentino", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, AbeledorPerrot, n.º 3, 2015, pp. 475-481; "El criterio de distinción entre los delitos activos y omisivos en el derecho penal argentino", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, AbeledorPerrot, n.º 5, 2014, pp. 903-923; "Delito de omisión de auxilio ¿Un delito de peligro desvinculado totalmente del resultado?", en *X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y de Derecho Humanos de la Nación, 2013, pp. 211-226; "Delitos de omisión impropia: los fundamentos éticos como fuente de posición de garante", en *La Ley Litoral*, año 14, n.º 5, 2010, pp. 477-486; "La constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el Código Penal argentino", en *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n.º II, 2009, pp. 597-645; "El delito de abandono de personas en el Código Penal Argentino: su relación (como delito de peligro) con los delitos de lesión", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, AbeledorPerrot, n.º 11, 2006, pp. 2085-2095; "La teoría de la imputación objetiva como criterio de solución a viejos problemas en el Código Penal Argentino: aplicación de la teoría en el ámbito de la injerencia, el estado de

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este contexto, el de una temática tan trabajada como la de la inadecuación constitucional de los delitos impropios de omisión, puede resultar difícil imaginar cuál es el giro novedoso que aún se puede encontrar. En efecto, al relatar la sucesión de ideas y eventos que lo llevaron a definir el objeto de la tesis doctoral tal como ahora nos lo presenta, MOLINA explica que se propuso enfocar su investigación en la eventual inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia pero *no a causa de la falta de escritura*, sino debido a la *falta de determinación suficiente del círculo de autores posibles*. Al avanzar en este camino, no obstante, el mismo autor reconoce que resultó evidente que incluso esta propuesta ya había sido trabajada por otros autores. Fue así que, ante este escenario y buscando mantener la originalidad que debía caracterizar a la propuesta, en lugar de modificarla, optó por profundizar el camino elegido y agotar la discusión contrastando cada teoría sobre los fundamentos de la posición de garante con su tesis sobre la afectación al mandato de certeza. De esta manera, llegamos a la propuesta inicial de la obra que, en palabras del autor, consiste en "demostrar la hipótesis [la afectación al mandato de certeza] analizando cada una de las teorías que se presentaron en la ciencia del Derecho Penal para fundamentar la posición de garante", ya que "[s]olamente confrontando la hipótesis con cada una de esas teorías, podía llegarse a la conclusión a la que llegaban —aparentemente— en forma apresurada esos autores [aquellos que ya habían señalado los problemas que podrían presentarse]".[2]

Empero, y esta es la razón que motiva el título de este apartado —cuya respuesta esbozaremos al final del comentario—, la obra no se limita a este aspecto de la discusión. En su lugar, es posible observar una vocación de abarcar las múltiples aristas referidas a la alegada inconstitucionalidad de la punición de los delitos de omisión impropia. Esta empresa, ciertamente ambiciosa, engloba, entonces, tanto el tratamiento de aquellos argumentos dirigidos a cuestionar la falta de escritura —aspecto que el autor no considera finalmente como un verdadero problema constitucional— como de aquellos que hacen foco en la falta de certeza respecto del círculo de

necesidad justificante y el abandono de personas", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, AbeledorPerrot, n.º 1, 2006, pp. 9-19.
Asimismo, más allá de todos aquellos tratados y manuales de parte general que han desarrollado esta temática —cuya enumeración no resulta posible y, probablemente, carezca de utilidad hacerlo en este comentario si se considera justamente lo logrado en la obra de MOLINA—, merecen mención ciertos artículos que en nuestro ámbito, y en este tema, se han vuelto referencias obligadas. Así: NINO, "¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión)", en *La Ley*, 1979-C, pp. 801 ss.; SANCINETTI, "La relación entre el delito de abandono de persona y el homicidio por omisión", en ZIFFER (dir.), *Jurisprudencia de casación penal, Tomo I*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009; ZAFFARONI, "Qui peut et n'empêche, pèche pero no delinque (Acerca de la inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos)", en *En torno de la cuestión penal*, Montevideo, BdeF, 2005, pp. 215-228.

[2] MOLINA, *Delitos de Omisión Impropia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 19.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

autores posibles —donde el autor, como se indicó, pretende realizar un aporte a la discusión vigente—.

En cuanto a este último aspecto, el hilo argumental que sigue el autor puede ser dividido en dos partes. En primer lugar, acepta la idea de que "si se objeta la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia no escritos, también los escritos deberían considerarse inconstitucionales. Si el argumento es la falta de precisión del elemento posición de garante, y estas figuras también se constituyen con ese elemento, entonces la conclusión lógica debía ser que éstas tampoco podrían aplicarse en nuestro Derecho".[3] MOLINA toma la crítica sobre la indeterminación del círculo de autores posibles en delitos impropios de omisión y, a partir de la observación de SANCINETTI,[4] sostiene que es extrapolable a aquellos delitos previstos en la legislación vigente que requieren una posición de garante, como el caso del abandono de persona.[5] La aceptación de este punto de partida, aunque no define por sí misma la cuestión, tendrá influencia en el segundo tramo de su trabajo —el de la toma de posición—. En efecto, las consecuencias político criminales que acarrearía entonces una declaración de inconstitucionalidad por afectación al mandato de certeza, contribuyen a que el autor busque opciones interpretativas que eviten este recurso. Así, sugiere: "el principio de legalidad en su forma de *lex certa* podría permitir la aplicación en nuestro Derecho de estas figuras penales, aunque limitando extremadamente el círculo de posibles autores, con basamento en el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, y el principio *pro homine* como directrices que coadyuven en esta difícil tarea".[6]

En los párrafos siguientes se presentará con mayor profundidad el tema elegido por MOLINA y ciertas características que atraviesan su obra (apartado II), para luego analizar en detalle los argumentos y contrargumentos presentados por el autor respecto de la eventual inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia, tanto por su falta de escritura (III) como por su falta de precisión en lo que respecto al círculo posible de autores (IV). Finalmente, se

[3] Ídem, p. 21.
[4] SANCINETTI, *supra* nota 1, p. 275, nota 31.
[5] El autor toma el artículo 106 del Código Penal argentino como el caso paradigmático a causa de la redacción del tipo penal y su similitud con los presupuestos de la posición de garante según la teoría de fuentes formales: "a la que deba mantener o cuidar" sería equiparable a las figuras de ley y contrato y "a la que el mismo autor haya incapacitado" a la de hecho precedente. No obstante, la afirmación es precisada por MOLINA luego, al señalar que una declaración de inconstitucionalidad no sería extensible a otros supuestos donde sí habría mayor precisión, como, por hipótesis, el caso de "funcionario público" (MOLINA, *supra* nota 2, pp. 501-502).
[6] Ídem, p. 21.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

expondrá la solución propuesta por el autor (V) y se evaluará cuál es la respuesta adecuada a la pregunta que encabeza el presente apartado (VI).

II. Alcances de la discusión e influencias

A la pregunta primera sobre el margen de universalización del tema elegido, cabe un breve comentario. Por la naturaleza de la temática, inevitablemente, el trabajo de MOLINA se enmarca en el principio de legalidad conforme nuestro derecho constitucional y nuestra tradición jurídica. Pese a ello, en la medida en que, salvo matices interpretativos, el entendimiento de la "legalidad" no presenta características que lo diferencien en lo fundamental del resto de los países de tradición continental europea,[7] el objeto de estudio seleccionado no supondría por sí mismo que los resultados de la investigación versen exclusivamente sobre el derecho argentino. En efecto, se trata de una discusión extrapolable a otros ámbitos y que se ha reproducido en otros países.

Sin embargo, aunque el tema, entonces, no imponga necesariamente una mirada localista y admita un margen amplio de generalización, cabe observar que las consideraciones vertidas en la obra sí son realizadas desde la óptica de las características propias del Derecho penal argentino. Esto trae como consecuencia que, en ciertos pasajes, no resulte claro si la discusión se encuentra planteada en términos de *lege ferenda* o si bien, por el contrario, la legislación vigente en nuestro país funciona como un presupuesto ineludible. En consecuencia, pese a trabajar permanentemente con autores extranjeros y con las experiencias legislativas de otros países, a veces se entremezclan consideraciones de *lege lata* y de *lege ferenda*, y el criticar ciertas opiniones desde un excesivo apego a la concreta configuración del Código Penal argentino conduce a descartar posiciones valiosas en

[7] Dadas las particularidades del sistema anglosajón, que a diferencia del derecho continental no cuenta con el principio de legalidad entre sus principios fundantes, quizás resulte incorrecto no dedicarle una mención aparte. No obstante, al respecto sostiene FLETCHER: "[e]s verdad que el *nulla poena sine lege* no es un principio constitucional explícitamente reconocido en los Estados Unidos. Pero el deber de advertencia de la eventual responsabilidad penal deriva del debido proceso" ("Criminal Omissions: Some Perspectives", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 24, n.º 4, 1976, p. 707), por lo que tampoco se constatarán luego diferencias sustanciales.
Por otro lado, a pesar de lo afirmado, dentro de los países de tradición jurídica continental, se verificarán diferencias propias según el devenir de cada país. Así, mientras algunos países transitan debates análogos al nuestro —como es el caso de España o Alemania—, en el sistema francés, un hito jurisprudencial de comienzos del siglo XX ("Monnier", Cámara de Apelaciones de Poitiers, 20 de noviembre de 1901) marcó el rumbo que seguiría la jurisprudencia al hacer una interpretación de los verbos típicos como descriptivos de procesos causales, lo que provocó el surgimiento de una profusa legislación de delitos omisivos.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el marco de la discusión, cuando —justamente— una opción plausible al debate planteado, si se diera en el ámbito de la dogmática pura, sería modificar la legislación existente.[8]

Más allá de esta observación, debe decirse que el trabajo sobre autores tanto argentinos como extranjeros convierte a la obra en un aporte fundamental a la discusión ya por la sistematización de doctrina que realiza. Esta tarea, que podría creerse simple si se piensa en clasificar las posiciones en dos grupos antagónicos —constitucionalidad de los delitos de omisión impropia vs. inconstitucionalidad—, resulta más compleja cuando se empiezan a distinguir los matices en cada posición y la diversificación de los argumentos de uno y otro lado. En este punto, la tesis intenta no sólo recopilar opiniones, sino dar cuenta de estas diferencias, lo que logra acabadamente.

Por supuesto, al tratarse de un repaso exhaustivo de las posiciones argentinas y, cuando menos, amplio de posiciones extranjeras, esto lleva ínsito el problema de que una revisión tal, naturalmente deriva en la agrupación y contraposición de autores con diversos grados de calidad argumental, cuya identificación quedará en manos del avezado lector.

Sin embargo, como se dijo, es considerable la contribución que realiza a la obra, que consiste en el orden aportado a un debate donde las pretensiones de "diálogo" entre los distintos argumentos esgrimidos se ven frustradas por la ausencia de bases compartidas y por los malentendidos producto de, como señala el autor, vaguedades conceptuales —en esencia, la falta de claridad al momento de especificar las razones por las cuales el principio de legalidad se vería afectado—.

III. Estructura y repaso de la obra

Antes de comenzar con en el análisis principal, el autor dedica la primera de las cuatro partes en las que se estructura la obra, a realizar una introducción sobre los delitos de omisión a través de

[8] A modo de ejemplo, el autor, luego de elogiar la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, la descarta como una opción viable con la afirmación de que "el principal problema que tiene esta propuesta es el texto legal vigente en el sistema penal argentino". La razón que propone consiste en que "[e]n España quizás sea posible actualmente aplicar la concepción de SILVA, teniendo en cuenta que además de la cláusula de equiparación (art. 11), se ha legislado expresamente la omisión de socorro agravada. En el Código Penal argentino, en cambio no existe esa figura agravada de omisión de auxilio, y ni siquiera existe la cláusula de equiparación" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 355). En igual sentido, al presentar la teoría de SCHÜNEMANN, sostiene que "una crítica muy fuerte que se puede hacer a esta teoría es que no considera como un supuesto de posición de garantía los casos de hecho precedente (…) Esta solución tal vez sea convincente en sistemas penales como el español que tienen expresamente consagrada la punición de la omisión de socorro agravada. Sin embargo, en el sistema penal argentino, no se podría imponer más sanción que la prevista en el artículo 108 del Código Penal (omisión de auxilio), lo que sería altamente insatisfactorio" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 321).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un análisis de sus elementos constitutivos. Esta introducción es útil desde una perspectiva enfocada en la didáctica y necesaria para un posterior desarrollo de la obra en la que autor y lector compartan un bagaje de conceptos y un lenguaje que permita un mejor entendimiento —por ejemplo, disipando dudas sobre qué se entenderá por omisión propia o impropia—.[9] Esta presentación se limita al tipo objetivo de los delitos de omisión, y excluye así otros puntos conflictivos de su dogmática.[10] La restricción es pertinente en tanto el problema analizado en la tesis se circunscribe a elementos ubicados en aquel estadio.[11]

1. Inexistencia de afectación al subprincipio de *lex scripta*: el aspecto clásico de la discusión

La segunda parte de la obra está dedicada al análisis de la eventual afectación al principio de legalidad que supondría la falta de escritura de los delitos de omisión impropia. La cuestión en este punto versará sobre si es posible —desde la óptica constitucional argentina— subsumir un comportamiento omisivo en un tipo penal cuya descripción refiere a un verbo activo.

El autor, luego de presentar el objeto de la discusión y una descripción del principio de legalidad, y antes del desarrollo detallado de las distintas posturas, resume los dos argumentos centrales esgrimidos de uno y otro lado. Esta síntesis ya pone en evidencia la fuerza en la argumentación de quienes sostienen la constitucionalidad —o la debilidad en este punto de la posición contraria—: mientras el primer grupo señala la incorrecta interpretación que supondría limitar el alcance del verbo típico a aquellos procesos "causales" —como bien aclara MOLINA, empleando a estos fines la teoría de la equivalencia—, la respuesta de quienes sostienen la

[9] De entre los significados atribuidos a los términos, MOLINA opta por definir los "delitos impropios de omisión" o, usado indistintamente, las "omisiones impropias" como aquellas donde "no basta con el simple incumplimiento de la acción debida, sino que es necesario relacionar ese 'no hacer' con la producción de un resultado típico previsto en la ley como disvalioso" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 59).

[10] Por ejemplo, no se detiene el autor en si los delitos omisivos merecen un tratamiento análogo a los comisivos en lo referido al tipo subjetivo. Sobre esto y las consecuentes repercusiones que esto podría tener en la tentativa, en la presente publicación: DONNES, "La tentativa en el delito de omisión y la posibilidad de diferenciar distintas etapas al igual que en el delito comisivo".

[11] Pese a esto, dentro de la presentación del tipo objetivo de los delitos de omisión, el autor presenta ciertos conflictos que suelen suscitarse en este terreno aunque estos no guarden relación directa con el objeto del trabajo. Así, es posible encontrar breves presentaciones de conflictos tales como, a modo de ejemplo, la autopuesta en peligro por parte de la propia víctima (MOLINA, *supra* nota 2, p. 36), las capacidades generales o individuales (p. 49) o los supuestos donde existe un deber de asistir a más de una persona (p.50).

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

inconstitucionalidad, en lugar de rebatir por qué una interpretación adscriptiva del verbo típico sería inapropiada, insiste sobre la supuesta falta de escritura.

Aquí, el autor clasifica las posiciones en tres grandes grupos: aquellos que abogan por su inconstitucionalidad, por su constitucionalidad, y quienes, pese a encontrarse más cerca de este último punto de vista, entienden que la incorporación de una cláusula de equivalencia sería conveniente.

A lo largo de esta exposición se realiza un perfecto contrapunto entre los argumentos ya existentes, cuyas conclusiones sobre los delitos impropios de omisión oscilan de un lado al otro del límite entre una interpretación admitida y una analogía *in malam partem*. La obra resulta, como se adelantó, un repaso útil y bien logrado de las posiciones existentes en doctrina nacional. Se observan también numerosas referencias a la doctrina extranjera que, no obstante, y lógicamente, ya no tienen vocación de ser exhaustivas.

Luego, continúa con la toma de posición que, como se adelantó, será en el sentido de que no existe conflicto alguno con el mandato constitucional de ley escrita. En este punto, MOLINA se alinea con SILVA SÁNCHEZ[12] respecto del error que supone una interpretación atada al causalismo. Pone a prueba estas consideraciones desde las objeciones opuestas por SCHÜNEMANN, pero finalmente concluye que "[e]ntender que los verbos típicos se refieren a acciones y omisiones no surge ya solamente del entendimiento del 'lenguaje común' como lo llama SCHÜNEMANN, sino —y lo que es más importante en esta cuestión— de la interpretación de las figuras penales que exige una visión desde el normativismo".[13]

Finalmente, antes de cerrar el capítulo, el autor destaca dos argumentos que valora especialmente por su aparente efectividad y elabora una respuesta específica para cada uno de ellos. De este modo, da respuesta a las críticas hechas por ZAFFARONI Y SILVESTRONI, respecto de la capacidad del art. 106 y de otros delitos del Código Penal para construir un sistema que dé respuestas satisfactorias desde la óptica de la justicia ante una eventual imposibilidad de admitir la punición de omisiones por delitos descriptos de modo activo. Entre estas dos presenteaciones, el autor analiza la diferencia que traza GULLCO entre los delitos dolosos e imprudentes —

[12] En este segmento, trabaja con lo desarrollado por SILVA SÁNCHEZ en, principalmente, "La comisión por omisión y el nuevo Código Penal español", en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
[13] MOLINA, *supra* nota 2, p. 130.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

admitiendo la punición de conductas omisivas en los últimos pero no así en los primeros— y le reprocha que "no es válido sostener un argumento puramente lingüístico para llegar a esta conclusión".[14]

Para concluir que la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia por falta de escritura debe ser rechazada, entonces, el autor ancla su postura en una crítica al apego al concepto de "causación" a la hora de determinar la responsabilidad penal y señala, con ejemplos, cómo en otros institutos apartarse de este tipo de apreciaciones naturalistas no pareciera significar conflicto alguno.[15]

2. Afectación al subprincipio de *lex certa*: el aspecto más novedoso de la discusión

La tercera y cuarta parte constituyen el terreno fértil donde se desarrolla la propuesta de la tesis. En la primera sección se plantea el problema para, luego, proponer una solución en la siguiente.

Así, en un comienzo el objetivo consiste principalmente en presentar las distintas teorías que han buscado definir los alcances de los supuestos que fundamentan posiciones de garantía. Antes de analizar cada una de ellas, el autor adelanta que, con el fin de evaluarlas, tendrá en cuenta dos parámetros: el principio de legalidad en su aspecto *lex certa*, que "sólo se verá satisfecho cuando veamos una teoría que sirva para identificar con certeza en todos los casos de omisión impropia, quiénes serían exactamente los eventuales autores de ese delito",[16] y un principio axiológico, según la justicia de las soluciones a las que se arribaría.[17]

Sentadas estas bases, comienza el análisis con la teoría formal de las fuentes. Con este fin, identifica cada una de ellas —la ley, el contrato y el hecho precedente—, para realizar luego un repaso de los autores que la han adoptado a la hora de exponer la responsabilidad por delitos

[14] Ídem, p. 141.
[15] Ídem, p. 172. Al respecto, otra crítica en SANCINETTI, *supra* nota 1, pp. 291 ss.
[16] MOLINA, *supra* nota 2, p. 181. Es aquí que aparecen los primeros indicios de si acaso se trata de un estándar más alto que el exigido en otros aspectos. Este tema será retomado luego en el apartado V.
[17] Es así que, ya en este momento de la obra, se vislumbra una tensión que atravesará principalmente el capítulo final, marcada por la potencial conflictividad entre estos dos criterios. En efecto, en los términos en los que es planteado el análisis, desde el prisma constitucional, el principio de legalidad debería funcionar como un límite infranqueable, independientemente de la injusticia que esa solución suponga en el caso concreto. Las consideraciones referidas a este conflicto serán retomadas luego en el apartado VI.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

omisivos y, por último, realizar su crítica desde los parámetros antes referidos. Este ejercicio es llevado a cabo principalmente a través de la construcción de casos límite donde existirían dudas sobre le existencia de una posición de garantía o, bien, objetando —en la mayoría de las ocasiones en función de opiniones ya vertidas, logrando esta suerte de "diálogo" entre autores— el fundamento elegido.

Este esquema se repite a lo largo de la vasta presentación de teorías. Entre tantas otras, y en una selección meramente ejemplificativa, es posible mencionar aquella reversión de la teoría formal que incorpora como cuarta fuente los deberes morales o derivados de la convivencia social,[18] la teoría de las funciones,[19] la propuesta de HUERTA TOCILDO,[20] la de SILVA SÁNCHEZ o aquella de GIMBERNAT ORDEIG.

En este marco, un apartado especial es dedicado a las teorías de SCHÜNEMANN y JAKOBS. En cuanto a la primera, MOLINA destaca su vocación de restringir los alcances de las posiciones de garantía en tanto esta sostiene que "las valoraciones meta-jurídico-penales no crean posiciones de garante jurídico-penales, sino que simplemente acotan el ámbito en que los deberes de garante jurídico-penales pueden existir"[21] y resume la búsqueda de SCHÜNEMANN de una equivalencia entre acción y omisión para admitir un caso concreto de comisión por omisión en que "el elemento común entre acción y omisión sería la relación existente entre el centro personal de dirección de la acción y el movimiento que ha causado el resultado".[22]

[18] MOLINA critica esta teoría por adolecer de una imprecisión que, a mi ver, no es tal, sino que el problema estará dado por el excesivo alcance de sus límites. De hecho, los ejemplos aportados por JIMÉNEZ DE ASÚA, uno de sus exponentes, a los fines de delimitar los alcances de esta cuarta fuente, dejan en claro que todas aquellas hipótesis de omisión de auxilio quedarían absorbidas por el homicidio por omisión. La "convivencia social" se correspondería, entonces, con el concepto de "solidaridad mínima". El problema, en consecuencia, no sería tanto la falta de precisión en sus límites, sino el excesivo alcance de estos y, como señala luego MOLINA, el conflicto está dado por el criterio de distinción, que objetivamente no tiene límites y debe entonces ser acotado por el tipo subjetivo para ajustarse a soluciones aceptables desde un principio axiológico.

[19] El problema de esta teoría, analizada desde el fin que guía la investigación de MOLINA, estará dado por la generalidad de su enunciación, que el mismo KAUFMANN reconocía como una clasificación que no solucionaría aquello que debía ser resuelto por la parte especial.

[20] Esta teoría merece una mención especial por tratarse de una guía para MOLINA cuyos presupuestos en gran medida adopta (MOLINA, *supra* nota 2, p. 20). La autora, ante la indeterminación que supondría una cláusula de conversión —incluso alguna que enumere de modo genérico determinados supuestos generales de posiciones de garantía— propone instaurar un sistema de *numerus clausus*. MOLINA, si bien comparte sus puntos de partida, se diferencia luego al entender que incluso esta medida no solucionaría los problemas del mandato de certeza (al respecto ver *infra* nota 35).

[21] Ídem, p. 313.

[22] Ídem, pp. 313-314.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, tampoco lo convence esta teoría. Al responder toma las críticas de HUERTA TOCILDO y PERDOMO TORRES, y esquematiza las objeciones en dos: por un lado, sostiene que "el criterio del dominio sobre la causa del resultado es extremadamente impreciso"[23] y, por otro, alega que la exclusión del hecho precedente como fundamento de una posición de garante llevaría a soluciones injustas.[24]

MOLINA hace aquí una conexión con la teoría de JAKOBS, a partir de la búsqueda de una base común de imputación para acciones y omisiones, que también este autor propone, aunque con dos fundamentos en lugar de uno: la competencia por organización en un determinado ámbito y la competencia por institución. Pese a reconocer que "la teoría de JAKOBS ha sido una de las que más se ajusta al principio de legalidad, y al criterio de justicia en cuanto a sus soluciones",[25] finalmente también es descartada. Con citas en HUERTA TOCILDO, GRACIA MARTÍN y SCHÜNEMANN, las objeciones son planteadas desde el parámetro de la legalidad, por considerar que el concepto de "competencia institucional" no es de fácil delimitación, y desde el principio de justicia, a través de una serie de ejemplos centrados en supuestos de matrimonios y parejas convivientes y sus consecuencias en cada caso.

Como cierre, el autor dedica un apartado exclusivo al análisis de la injerencia. La razón por la que el autor justifica esta decisión es la particular imprecisión que, a su juicio, revisten los alcances del "hecho precedente", problemáticos para todas las teorías. La afirmación hecha por MOLINA respecto de la imposibilidad de que exista siquiera un acuerdo claro respecto de la efectividad del hecho precedente para fundar una posición de garante, será de importancia luego para la conclusión que delinea el autor, como se verá en el apartado V, ya que sugiere que no existe supuesto alguno en el ámbito de la injerencia donde se verifique un grado mínimo aceptable de consenso.

A modo de cierre, cabe una observación: a lo largo del trabajo, en ciertos pasajes es posible encontrarse con que el autor, en más de un aspecto, propone soluciones de corte normativo,

[23] Ídem, p. 320.
[24] Sobre el razonamiento que lo lleva a esta afirmación y una objeción que se podría oponer: *supra* nota 8.
Además, en este caso resulta confusa cuál sería entonces la solución convincente para el autor. En efecto, aquí realiza una crítica fundada en la injusticia de las soluciones que arrojaría el sistema ante la exclusión de la injerencia. Sin embargo, el autor también señala la falta de precisión absoluta reinante respecto del "hecho precedente", de modo que se puede pensar que quien la reconociera como un fundamento, podría ser acreedor de una crítica en virtud del otro parámetro propuesto por MOLINA: el mandato de certeza.
[25] MOLINA, *supra* nota 2, p. 331.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

insinuando las desventajas implicadas en la opción contraria. De este modo, principalmente en lo relativo al concepto de causalidad, propone romper con las ataduras de índole naturalista y desarrollar así soluciones que aporten mayor previsibilidad y coherencia al sistema.

Sin embargo, esta voluntad de centrarse en la dimensión de significado de las conductas, no se mantiene estable a lo largo de toda la obra. Es así que, al llegar al capítulo a cuyo tratamiento está dedicado este apartado, estas consideraciones no llegan a conmover su análisis. En este punto, el tratamiento dado a la teoría de JAKOBS, por ejemplo, pese a representar la cristalización de las aspiraciones normativas en el concepto de rol social y los consiguientes *deberes de evitación,*[26] no se diferencia de aquel que reciben la teoría formal de las fuentes o la funcional: es descartada por no satisfacer el mandato constitucional de certeza.

Dicho esto, veamos entonces qué propone MOLINA.

IV. Una solución de hermenéutica

Luego de un extenso repaso por las teorías que intentan definir los supuestos donde existe una posición de garante, MOLINA señala cuál es, a su juicio, el problema real en los delitos de omisión impropia[27] y en qué consistiría la solución aceptable tanto desde el punto de vista del principio de legalidad como desde un principio de justicia.

Para el autor, las opciones son dos: o bien declarar la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia, o salvar su constitucionalidad "limitando al máximo su punición".[28]

Como solución, sostiene que "tendremos que partir de la idea general de que los delitos de omisión impropia son inconstitucionales en el Código Penal argentino por la falta de precisión de uno de sus elementos. A partir de allí, se podrán equiparar a los supuestos de comisión sólo aquellos casos de omisión de los cuales surja de manera indiscutible una posición de garantía, sólo

[26] Al respecto, en la presente publicación: CÓRDOBA, "Delitos de infracción de deber".
[27] El autor, finalmente, sostiene que el *conjunto de teorías y su variedad* impiden vislumbrar atisbo alguno de precisión (en este sentido, MOLINA, *supra* nota 2, p. 451). Ante esta afirmación, surge la duda de si la existencia de una teoría que definiera de manera precisa los supuestos fundantes de posiciones de garantía hubiera bastado para convencer al autor de una solución en este terreno, o si ya el camino recorrido por la doctrina penal y el estado actual de las opiniones —caótico, según MOLINA—, impiden pronunciarse por la existencia de certeza alguna y, de esta manera, el desarrollo de una teoría efectiva en dar una respuesta tampoco satisfaría, por lo tanto, el mandato constitucional.
[28] Ídem, p. 525.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los supuestos en los cuales difícilmente se pueda pensar en un garante más competente para evitar la producción del resultado típico".[29] Asimismo, completa la propuesta con un último criterio limitador relacionado con el tratamiento que merecen los potenciales errores, ya sea sobre elementos del tipo o sobre la obligación que los ata al bien jurídico. Explica MOLINA que "*debe darse un tratamiento especial, más flexible, incluso para los casos de error sobre los alcances de la posición de garantía*. Estos errores deberían tratarse de manera igual a los errores sobre la existencia misma de la posición de garantía".[30]

Para llegar a esta propuesta,[31] no obstante, el autor hace una concesión significativa. Acepta, primero, y sin mayores dificultades, que el argumento de la indeterminación por ser una característica intrínseca a más de un instituto del Derecho penal,[32] "trae algo de tranquilidad" pese a no solucionar el problema de la eventual inconstitucionalidad de la categoría. A continuación profundiza esta idea y pone de manifiesto que existen limitaciones ínsitas en el lenguaje que

[29] Ídem, pp. 511-512.

[30] Ídem, p. 517 (resaltado en el original).

[31] En cuanto a los motivos que llevan a MOLINA a inclinarse por esta propuesta general, como se adelantó al presentar los dos parámetros que selecciona el autor para evaluar las distintas teorías —el respeto al principio de legalidad y un principio axiológico—, la tensión generada entre estos dos criterios resulta de difícil resolución. En efecto, sería correcto reservar una declaración de inconstitucionalidad para aquellos casos donde no exista interpretación alguna que resulte aceptable desde la óptica constitucional —como doctrina y jurisprudencia han tenido oportunidad de señalar—, pero si el caso fuera este, consideraciones de política criminal no deberían afectar la decisión a tomar. En este sentido se pronuncia MOLINA en algunos pasajes de la obra (MOLINA, *supra* nota 2, p. 502). No obstante, al continuar con la lectura, ante la ausencia de argumentos claros y explícitos de por qué una interpretación restrictiva salvaría los problemas de falta de precisión, llama la atención el anteúltimo punto de las conclusiones donde se afirma que en el análisis de cuál decisión es conveniente tomar "deben tenerse en cuenta las consecuencias de política criminal" (p. 526), dejando abierto el fundamento último de su propuesta.

[32] Se trata de un argumento fuerte por su carácter consecuencialista que, por un lado, admite un ámbito de indeterminación, pero a la vez pone en evidencia que este resulta igual o equiparable a aquel que toleramos en otros aspectos de la parte general. MOLINA intenta combatir la premisa argumentativa de esta idea al desmerecer el grado de indeterminación que existiría respecto de otros institutos. Pero, en esta empresa, niega un paralelo tal entre la falta de precisión existente respecto del círculo de autores posibles en lo delitos impropios de omisión y los restantes institutos a través de una comparación sobre la base de dos parámetros cuya suficiencia puede cuestionarse: "la experiencia común de vida" y "el catálogo de teorías que podemos encontrar en la materia". El primero es utilizado al referirse a la imprudencia en una afirmación cuya constatación empírica sería de un resultado incierto: "[l]a experiencia común de vida es un parámetro con fuerte influencia en la determinación de qué conductas son imprudentes y cuáles no. Por ello, hay mayor acuerdo en definir las conductas violatorias a un deber de cuidado, que en la definición de cuándo una persona es garante de ciertos bienes jurídicos" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 494). El segundo parámetro podría cuestionarse teniendo en cuenta que la certeza de la ley debe evaluarse desde su letra. Pero si se siguiera la lógica del criterio propuesto por el autor, bastaría con la existencia de dos teorías contrapuestas para que la certeza de la ley ya se viera afectada. Que las opciones sean dos, tres o varias, no modificaría, si esto se quiere afirmar, la incertidumbre generada.
No obstante, más allá de estas observaciones, debe decirse que el hecho de que este contrargumento no alcance para rebatir las objeciones planteadas, de cualquier modo, no invalida la propuesta final del autor.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

impiden siquiera aspirar a una certeza absoluta. Es en este punto del análisis en el cual MOLINA se aferra al concepto de "determinabilidad suficiente", con especial apego al desarrollo de SCHÜNEMANN[33] y de STRTENWERTH.[34]

Frente a la estrictez que MOLINA emplea para descartar por imprecisos los criterios propuestos por otros autores, puede sorprender esa concesión que se introduce al final de su tesis. El problema quizás sea que el autor no define desde el comienzo cuál es el estándar aceptable de certeza y este pareciera sufrir una flexibilización a partir de las consideraciones a las que se hizo referencia en el párrafo anterior. En efecto, al comenzar, se introduce al análisis con una referencia que sugiere que aquél se situará más allá de lo que permite un lenguaje que recurre al uso de términos taxonómicos,[35] y esta percepción es confirmada en ciertos pasajes del repaso de las diversas teorías, rechazadas como soluciones plausibles por su falta de precisión de manera sistemática.[36] Sin embargo, en el último apartado,[37] el autor se vuelca sobre las consideraciones referidas a la imposibilidad de alcanzar una certeza absoluta y pareciera distender este estándar. Este punto de inflexión permite entrever cuáles serán las premisas de las que partirá para arribar a su propuesta final.

[33] SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (traducción a cargo de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2009 [1971], pp. 301-321. Si bien adopta esta idea, no debe olvidarse que en lo referido a la determinación de la posición de garante, las propuestas de SCHÜNEMANN también fueron rechazadas como soluciones plausibles.

[34] STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible* (traducción de la 4.ª ed. a cargo de Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, Hammurabi, 2008 [2000], p. 459.

[35] Conforme fue citado en el apartado IV, "sólo se verá satisfecho cuando veamos una teoría que sirva para identificar con certeza en todos los casos de omisión impropia, quiénes serían exactamente los eventuales autores de ese delito" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 181).

[36] En este sentido, el autor afirma: "[p]articularmente, sostengo que tampoco la instauración de un sistema de *numerus clausus* de delitos omisivos podría solucionar el problema de la afectación al principio de legalidad en su forma de ley cierta o estricta" (MOLINA, *supra* nota 2, p. 347) y explica esta observación señalando que aunque cada tipo penal contuviera una enumeración de las fuentes de la posición de garante, aún subsistiría este problema dado que "no sabemos con precisión —porque la ciencia penal no lo puede determinar— hasta dónde llega el concepto de ley, de contrato, de hecho precedente, o de relaciones de confianza especial" (p. 348). No obstante, sería posible pensar en una legislación con un sistema de *numerus clausus* que lograra romper con las fuentes propias de la teoría formal de las fuentes. Así, por ejemplo, el Código Penal francés establece quiénes serán responsables por las conductas descriptas. A modo ilustrativo, y para seguir con el ejemplo que MOLINA utiliza como caso prototípico, pueden mencionarse los artículos 227-15 y 227-16, los cuales penan con hasta siete años de prisión el privar de alimentos o de los cuidados necesarios para su salud a un menor de quince años, que se elevarán hasta treinta si las omisiones características de este delito conllevan la muerte, a "un ascendente o toda otra persona que ejerza la autoridad parental o que tenga autoridad sobre el menor".

[37] A partir de la p. 495 de la obra, es posible notar una flexibilización de los parámetros a través de un progresivo reconocimiento de la imposibilidad de convertir a la certeza absoluta en un objetivo a alcanzar.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. Consideraciones finales: una discusión aún abierta

La obra de MOLINA se encarga de hacer dialogar de manera fructífera a quienes han hecho sus aportes al debate sobre la adecuación constitucional de los delitos impropios de omisión. En este sentido, es una síntesis bien realizada de las opiniones contrapuestas y de aquellas que —a veces, sin notarlo— comparten más de lo que sus emisores creen.

Señala, con claridad, las confusiones generadas alrededor de los eventuales problemas constitucionales que podrían suponer los delitos de omisión impropios: las vagas referencias al principio de legalidad no distinguen entre los distintos aspectos de éste que podrían verse afectados. Entonces, se producen discusiones donde las bases mismas no son compartidas por los intervinientes. La obra, en este sentido, es digna de recomendación.

El lector, no obstante, no encontrará aquí una guía que permita definir la discusión. A la pregunta con la que se abre este comentario, la respuesta es negativa: la solución a la que llega MOLINA no aspira a dar un cierre al debate sobre las hipótesis que fundamentan una posición de garante, sino que, de manera más acotada, y como el autor lo anticipa, la propuesta final consiste en una solución teórica referida a los criterios hermenéuticos que permitirían sostener la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia, sin expedirse sobre cuáles serían aquellos supuestos en los que, en palabras del autor, "la posición de garantía se imponga irrecusablemente".[38]

En resumen, la obra pone orden en la discusión, para que hacia el futuro puedan resultar más fecundos los debates en torno a los supuestos que fundamentan las posiciones de garantía. Pero si, inmediatamente luego del vasto repaso de las teorías existentes, alguien se viera tentado a creer que "ya está todo dicho" sobre la temática, la conclusión a la que arriba el autor pone en evidencia que aún queda mucho camino por recorrer en la indagación por criterios dogmáticos fiables.

La obra de MOLINA es, sin lugar a dudas, un nuevo punto de partida que incentivará la búsqueda de teorías que aporten criterios para responder a la pregunta clave de cuándo estamos dispuestos a admitir que existe una posición de garante.

[38] MOLINA, *supra* nota 2, p. 526.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/