

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
Facultad de Ciencias Jurídicas
Más de 50 años enseñando Derecho
1957 - 2012

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

DOCTORADO EN

DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TEMA DE TESIS DOCTORAL: OMISIÓN JURÍDICO-PENAL Y
FINALIDAD. REPERCUSIONES EN LA OMISIÓN IMPROPIA.

DIRECTOR DE TESIS: DOCTOR EDGARDO ALBERTO DONNA.

DOCTORANDO: ABOGADO ALEJANDRO RODOLFO CILLERUELO.

BUENOS AIRES, MARZO DE 2012.

SINTESIS DEL TRABAJO

El presente trabajo fue dividido por cuestiones metodológicas en cinco capítulos, en donde se tratan los temas que siguen:

Capítulo I donde se explica, a modo de introducción la importancia jurídica de la investigación, su contexto histórico y la línea metodológica que se seguirá, sustentada en una visión de respeto por las estructuras de la realidad;

Capítulo II en el cual se destaca la importancia de la tesis de la acción final en la estructura analítica del delito; para luego dejar al descubierto que, en general, no se le dio igual tratamiento e importancia a la hora de hablar del ser omisivo, en especial en lo que respecta a la omisión impropia.

Así, intentando respetar las estructuras de la realidad se reelabora el concepto de omisión, en el cual se destaca, el fin como elemento que conceptualiza al ente y al mismo tiempo actúa como límite de la imputación posible. Se desmitifica que la importancia de la voluntad final resida pura y exclusivamente en conducir procesos causales, y se deja al descubierto la existencia de un dominio del agente sobre su propio cuerpo y de una situación fáctica peligrosa -fuente de responsabilidad para estos casos-, demostrando la inexistencia de una causalidad natural, como así también lo inadecuado de ver en ella la única fuente de responsabilidad por el resultado.

Finalmente, se aborda el dolo, donde se vuelve sobre la voluntad final, y el doble dominio –sobre el cuerpo y la situación fáctica peligrosa- como elementos de peso en esta concepción, desplazando así la idea impuesta por Kaufmann, de un cuasi dolo en estos supuestos.

Capítulo III dedicado a la fundamentación de la posición de garantía desde una perspectiva ontológica, que revela la existencia de un elemento objetivo – existencia de una situación fáctica peligrosa y una inminencia de perjuicio para un bien jurídico- y otro subjetivo –la finalidad de perjudicar y el dominio directo sobre el propio cuerpo y sobre la situación peligrosa-. Las consecuencias dogmáticas que esto acarrea es un respeto al carácter fragmentario del derecho penal, de mínima intervención y por ende, de restricción del ámbito punitivo estatal.

Luego se avanza sobre la necesidad o no de un tipo penal expreso, como parece reclamar un sector de la doctrina, o por el contrario es suficiente con los existentes, escogiendo éste último camino al tiempo que se resuelve el asunto vinculado al principio de legalidad penal, especialmente en lo referente a *lex scripta* y *lex stricta*.

Capítulo IV dedicado a la equivalencia y a demostrar cómo, en este aspecto la finalidad también juega un papel decisivo. Se demuestra la voluntad final como eje y el dominio de una situación de riesgo como síntesis entre actuar y omitir que justificaría plenamente la identidad que, a su vez se adelantó como el elemento catalizador para lograr la subsunción legal en el capítulo previo.

Capítulo V dedicado a las conclusiones, resume que aportes acarreo el método realista escogido y como aporta un restricción al ámbito punitivo.



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

ÍNDICE SUMARIO

CAPITULO PRIMERO

OMISIÓN IMPROPIA. ASEPECTOS HISTORICOS.

SU IMPORTANCIA.INTRODUCCIÓN.

I. ASPECTOS HISTÓRICOS. IMPORTANCIA DEL TEMA.	1
1. Derecho y moral.	1
2. Problemática actual.	3
3. Situación previa al causalismo.	4
4. El causalismo como punto de partida.	7
II. OBJETO Y MÉTODO DE ESTA INVESTIGACIÓN.	8
1. Programa.	8
2. Relación entre ciencia y objeto de estudio.	9

CAPITULO SEGUNDO

ACCIÓN Y FINALIDAD

SU RELEVANCIA.

I. LAS POSTURAS DOGMÁTICAS FRENTE A LA TEORÍA DE LA ACCIÓN.	13
1. Introducción.	13
2. El actuar humano. Diferentes concepciones. Su problemática.	14
a. La situación en el concepto causal.	14
a.1) Causalismo naturalista.	14
a.1.1) La concepción de von Liszt.	14
a.1.2) Postura de von Beling.	15
a. 2) Causalismo valorativo o neokantiano.	16
a.2.1) Visión de Edmund Mezger.	16
a.2.2) Sebastián Soler.	18
a.2.3) Visión de Fontán Balestra.	19
a.2.4) El aporte de Nuñez.	19
a.2.5) Carlos Creus.	20
a.2.6) El esquema de Jürgen Baumann.	21
a.3) Panorama general.	21
a.4) La crítica desde Welzel.	24
a.4.1) De orden filosófico.	24
a.4.2) De orden metodológico-dogmático.	24
a.4.3) Lo destacable del causalismo, para esta investigación.	26
b. La teoría social de la acción, como intento de superación.	26

b.1) Idea general.	26
b.2) Concepciones particulares.	28
b.2.1) Eberhard Schmidt.	28
b.2.2) Aporte de Wenner Maihoffer.	29
b.2.3) Posición de Jescheck y su continuación en Weigend.	29
b.2.4) La perspectiva de Johannes Wessels.	30
b.2.5) Lo criticable de la concepción social.	31
c. Las ventajas y soluciones que aportó la tesis finalista. Su vigencia hoy.	33
c.1) Las estructuras de la realidad delimitan el discurso.	33
c.2) Repercusiones trascendentes de la realidad en la construcción analítica.	34
c.3) La finalidad como piedra angular.	37
d. Los desarrollos posteriores.	38
d.1) La política criminal base argumental de la construcción dogmática.	38
d.2) Pensamiento de Claus Roxin.	39
d.3) Jakobs y la fidelidad al derecho.	40
d.4) Problemáticas del funcionalismo.	42
e. Primera conclusión parcial de la investigación.	44
II. LA SITUACIÓN EN EL ÁMBITO OMISIVO.	45
1. El contexto del problema.	45
2. La dogmática al cruce del asunto: omisión. a. La nada se hace <i>evidente</i> .	46
a.1) Panorama general.	47
a.2) La idea de la “espera” como solución posible, dentro del dogma causal.	48
a.3) Visión moderna de la “espera”: Roxin.	50
b. Consecuencias de la <i>evidencia</i> vía expectativa.	51
b.1) Segunda conclusión parcial.	53
c. Otras respuestas de la doctrina al problema omisivo.	56

d. Kaufmann y la capacidad de acción.	56
e. El asunto en la doctrina española: Cerezo Mir y Muñoz Conde.	59
e.1) La visión de Cerezo Mir.	59
e.2) Aportes de Muñoz Conde.	60
f. Otras propuestas de inexistencia ontológica de la omisión.	61
f.1) La perspectiva de Zaffaroni.	61
f.2) Postura de Righi.	63
g. Resultado de la panorámica.	65
g.2) Problemática de la capacidad de acción como elemento estructural.	65
g.2) Capacidad de acción y <i>nihil nihil fit</i> ¿conceptos solidarios?	67
3. La estructura ontológica de la omisión, desde la perspectiva de esta tesis.	69
a. El ser humano y su intervención en el mundo.	69
a.1) Voluntad-finalidad.	69
a.2) El ser humano como punto de partida.	71
a.3) Ser humano y omisión. Estructura.	73
a.4) Ontología: crisis y avance.	75
b. Entonces ¿La omisión es una acción?	76
b.1) Acción y omisión, lugares comunes.	76
b.2) La omisión solo es igual a sí misma.	78
b.3) Acción y omisión: concepto.	80
c. La conducta, ¿un concepto superior del sistema?	81
c.1) Concepto superior y necesidad. Breve panorámica.	81
c.2) Concepto superior y realidad.	82
c.3) Crítica al utilitarismo.	84
d. La conducta final paralela a la omisión. Su función.	86
d.1) Planteo de la problemática.	86

d.2) Nuestra postura y el hacer concomitante.	88
d.3) Hacer y hacer concomitante. Mitos y realidades.	89
d.4) Una vez más, la importancia del fin.	90
e. Capacidad de acción ¿Elemento ontológico o normativo?	
Su función en la omisión.	93
e.1) Usos y consecuencias de la capacidad de acción en la doctrina.	93
e.2) La ontología y sus consecuencias.	95
5. El aspecto causal en la omisión.	96
a. ¿Puede afirmarse que la omisión aquí concebida sea causal del resultado?	97
a.1) Planteo de von Liszt.	97
a.2) Rechazo de Mezger.	98
a.3) El aspecto causal en Kaufmann.	99
a.4) Postura crítica.	100
a.5) Realidad y valor.	102
a.6) En busca del punto crucial del problema.	103
a.7) El peso real del juicio en esta tesis.	104
b. Frente a la no causalidad de la omisión:	
¿existe la posibilidad que pueda hablarse de una omisión voluntaria y final?	105
b.1) Causalidad y dominio. Su problemática.	105
b.2) El sentido de finalidad puesto en crisis. Readecuación conceptual.	107
c. ¿Aún en esas condiciones, puede haber juicio de responsabilidad por el resultado?	110
c.1) Causalidad e imputación.	110
c.2) Omisión e imputación. Solución propia.	112
6. El dolo en la omisión.	114
a. Voluntad de realización y manejos causales.	114

b. El aporte de los profesores Gössel y Bacigalupo y las adiciones de esta tesis.	116
c. El concepto de dolo que emerge de esta investigación.	119
d. Otra vez sobre la voluntad y el manejo causal.	121
e. Recapitulando.	123

CAPITULO TERCERO

POSICIÓN DE GARANTÍA.

FUNDAMENTACIÓN, FINALIDAD

Y CONSECUENCIAS.



I. LA POSICIÓN DE GARANTÍA Y SU FUNDAMENTACIÓN EN LA DOGMÁTICA.	127
1. Introducción.	127
2. De la causalidad a la obligación de evitar el resultado.	
De lo formal a lo material.	128
a. El esquema causal y sus consecuencias.	128
b. El aporte de Kaufmann y su reelaboración doctrinaria.	129
c. Balance.	130
3. La posición de garantía desde la perspectiva de las fuentes formales.	130
a. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach: fundamentación y límites.	131
b. Reelaboración causalista.	133
b.1) Franz von Liszt.	133

b.2) Edmund Mezger.	134
b.3) Jürgen Baumann.	135
b.4) Sebastián Soler.	135
c. La problemática de las fuentes formales hoy.	136
c.1) La importancia del aporte "formal".	136
c.2) Lo criticable del sistema de fuentes formales.	139
4. La posición de garantía desde la perspectiva de las fuentes materiales.	142
a. Origen y sistema pensado por Armin Kaufmann.	142
b. Las fuentes materiales y sus funciones.	144
c. Crítica a la tesis de las funciones desarrollada por Armin Kaufmann.	146
5. La posición de garantía fundamentada de modo mixto.	
Fuente formal-material.	148
a. La independencia del sistema de fuentes.	148
b. Panorámica doctrinaria.	149
b.1) Maurach y Gössel.	149
b.2) Cerezo Mir.	152
b.3) Stratenwerth.	153
b.4) Jescheck y Weigend.	154
b.5) Problemática general.	155
6. Otras posturas. Jakobs, Schönemann.	156
a. Jakobs y los estándares de responsabilidad.	156
b. Postura de Schönemann. Dominio sobre el fundamento del resultado como punto de partida.	158
c. Problemática general de estas posturas.	162
7. Fundamentación ontológica de la posición de garantía.	163
a. <i>Excursus</i> respecto a la postura propia sobre la posición de garantía.	163



b. Haberse desentendido de la finalidad: el problema.	164
c. El impacto sobre el dolo.	166
d. Crítica fundamental a las distintas posturas dogmáticas.	167
e. La realidad nos habla.	170
e.1) Primer dato óptico.	170
e.2) Ley, contrato y actuar precedente ¿datos ópticos?	171
e.3) Segundo dato óptico.	172
8. El aspecto objetivo de la posición de garantía.	174
a. Visión previa.	174
b. Destacable aporte de Schünemann.	175
c. La situación de dominio como dato decisivo.	176
d. Casuística.	178
e. Otro supuesto.	180
f. Inminencia del perjuicio al bien jurídico y situación de dominio.	181
g. Algunos aspectos de la situación de dominio.	183
g.1) Importancia de la estructura de planificación humana.	183
g.2) Inicio y fin de la situación de dominio.	184
9. El aspecto subjetivo de la posición de garantía.	186
a. Su fundamento y límite.	186
b. El problema del autor.	188
10. Recapitulación y avance parcial de la investigación.	190
II. EL PROBLEMA DE LA LEGALIDAD EN LA OMISIÓN IMPROPIA.	193
1. Planteo del asunto.	193
2. Situación en la doctrina.	194
a. Doctrina alemana.	195
a.1) Hans Welzel.	195

a.2) Maurach y Gössel.	197
a.3) Jescheck y Weigend.	200
a.4) Günter Jakobs.	202
b. Doctrina española.	204
b.1) Santiago Mir Puig.	205
b.2) Enrique Bacigalupo.	206
b.3) José Cerezo Mir.	207
b.4) Susana Huerta Tocildo.	208
b.5) Jesús María Silva Sánchez.	209
c. Doctrina argentina.	209
c.1) Edgardo A. Donna.	210
c.2) Esteban Righi.	211
c.3) Raúl Zaffaroni.	212
3. Toma de posición.	213
a. Delimitación del objeto de conocimiento.	213
b. El disvalor como elemento determinante.	215
c. La problemática del juicio de subsunción.	216
d. El problema de la doctrina en la subsunción.	220
e. El infundado plus que se le exige a la omisión impropia.	221
f. Rechazo al argumento del margen punitivo.	222
g. La restricción de la punibilidad y la postura aquí sostenida.	224
h. Recapitulando.	227



CAPITULO CUARTO
EQUIVALENCIA, IDENTIDAD
Y FINALIDAD.
SU FUNDAMENTACIÓN.

I. LA EQUIPARACIÓN. SITUACIÓN EN LA DOCTRINA.	230
1. Delimitación del problema de la equiparación.	230
2. Desarrollo.	231
a. Devenir histórico de la equiparación.	231
b. Deber jurídico-formal como elemento catalizador entre hacer y omitir.	232
c. Implicancias dogmáticas de esta posición.	236
d. Teoría de la antijuridicidad <i>material</i> . Sauer y Kissin.	238
e. Crítica a la solución de la antijuridicidad material.	241
f. Las teorías <i>causales</i> como elemento determinante para la equiparación.	243
f.1) Doctrina de la acción <i>coetánea</i> como respuesta causal a la equiparación.	245
f.2) La equiparación causal entre acción y omisión hallada en la conducta <i>anterior</i> del omitente.	246
f.3) La interferencia como <i>ratio essendi</i> de la equiparación por vía causal.	247
g. La problemática de las teorías <i>causales</i> en la omisión.	249
h. La equiparación como un asunto de la <i>tipicidad</i> . Teoría del garante de Joahnnes Nagler.	252
i. Esta tesis y la posición de Nagler.	254
j. La postura de Armin Kaufmann.	256
k. Crítica a la propuesta de Kaufmann y las	

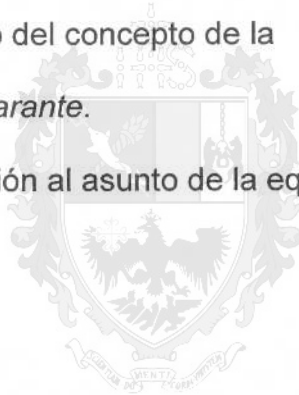
consecuencias que de ahí se derivan.	258
II. LA EQUIVALENCIA Y ESTA TESIS.	261
1. Importancia del tema.	261
2. Cuando hablamos de equivalencia ¿qué tiene que ser equivalente a qué?	264
3. ¿Puede ser un criterio de equivalencia la posición de garantía?	267
4. Nuestra concepción de la denominada <i>posición de garantía</i> y el asunto de la equiparación.	269
5. Equivalencia e identidad. Aspectos esenciales.	271
6. La identidad ¿puede ser un asunto ontológico?	272
a. Equivalencia y valor. Visión crítica.	272
b. Equiparación y realidad.	274
7. Voluntad final, dominio e identidad.	277
a. Disvalor y realidad.	277
b. Aspectos esenciales del dominio en la omisión.	280
c. Identidad de valor y fin.	281
8. Identidad y disvalor de resultado.	284
a. Esencia de lo injusto personal.	284
b. Disvalor de resultado. Su importancia.	286
9. Identidad y relación entre el disvalor general e individual.	
Lineamientos de mensuración.	290



CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN.

I. La importancia del método.	293
II. Las consecuencias generales del método.	294
III. Las consecuencias particulares del método.	297
1. Consecuencias sobre el concepto de omisión.	297
2. Consecuencias respecto del concepto de la denominada <i>posición de garante</i> .	299
3. Consecuencias en relación al asunto de la equiparación o identidad.	303
IV. Comentario final.	304



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

CAPITULO PRIMERO

OMISIÓN IMPROPIA. ASEPECTOS HISTORICOS. SU IMPORTANCIA. INTRODUCCIÓN.



SUMARIO: I. ASPECTOS HISTÓRICOS. IMPORTANCIA DEL TEMA. 1. Derecho y moral. 2. Problemática actual. 3. situación previa al causalismo. 4. El causalismo como punto de partida. II. OBJETO Y MÉTODO DE ESTA INVESTIGACIÓN. 1. Programa. 2. Relación entre ciencia y objeto de estudio.

UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

I. ASPECTOS HISTÓRICOS. IMPORTANCIA DEL TEMA.

1. Derecho y moral.

Desde tiempos remotos el hombre ha interactuado con el mundo que lo rodea, modificándolo para hacerlo menos adverso, buscando -conscientemente o no-, un constante avance, que fue dando por resultado, primero, el nucleamiento en pequeñas comunidades nómades, luego su asentamiento y proliferación, hasta llegar cada vez a modos más sofisticados de interacción, con ese mundo y con sus semejantes. Los conflictos derivados de tales cuestiones, se fueron resolviendo desde distintas perspectivas (luchas tribales, etc.), hasta que llegó en las sociedades *modernas*, a ser el derecho, el regulador de aquellos conflictos, y los operadores del Poder Judicial, los que administran y racionalizan las respuestas.

Fue desde la época de las leyes mosaicas, mediante las cuales se delinearon en gran medida las conductas delictivas que existen en términos generales en todos los códigos penales¹, lo cual puede explicar tal vez, esa constante confusión entre moral y derecho. De modo tal que al avanzar aquella al campo de éste, arrastró inevitablemente también todas sus verdades y consecuencias.

Justamente fue esa circunstancia la que dio lugar al debate entre el iusnaturalismo y el positivismo, llegando a sostener Kelsen² que al pretender aquellos encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se fundaba sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza, pero olvidando la disociación que existe entre el ser y el deber ser, sentenciando que *el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro*³.

¹ Robo, adulterio, falso testimonio, etc.

² Kelsen, Hans *Teoría Pura del Derecho –introducción a la ciencia del derecho-*, Ed. EUDEBA, Bs. As., 1960.

³ Ob cit. p.55.

Es desde tal posición que comienzan a tomar relevancia, poco a poco, acciones y omisiones como modos reprobables, moralmente primero y jurídicamente luego, de arribar a resultados no tolerables. Explica Zaffaroni⁴ que en materia de omisión el derecho anterior a la ilustración, siguió la tradición del viejo derecho canónico, que hacía responsables por la no evitación del crimen a quienes estando obligados por su condición y pudiendo hacerlo no lo impedían, aunque el grado de responsabilidad era menor⁵.

2. Problemática actual.

Pero no obstante ese devenir histórico, la discusión sobre los delitos omisivos, es temporalmente reciente, pero no por ello es poco lo que se ha venido discutiendo al respecto. Y lejos se encuentra la cuestión de hallarse pacífica, ya sea en doctrina, ya en jurisprudencia. Explica Juárez Tavares⁶ que una primera discusión giró en torno a la diferenciación de acción y omisión, pero fue la realidad misma del delito omisivo como tal, la que lentamente despertó mayor curiosidad de análisis, teniendo alguna regulación autónoma a partir del siglo XIX, ya que en los primeros tiempos el problema se limitaba al examen de casos concretos vinculados a homicidios, infanticidios y omisiones de socorro⁷.

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As., 2000.

⁵ Ídem, p. 552.

⁶ Juárez Estevam Xavier Tavares, *As Controvérsias em torno dos Crimes Omissivos*, Instituto Latino-Americano de Cooperación Penal, Rio de Janeiro, Brasil 1996.

⁷ Ob. cit. p. 12/13.

Así es que ya desde hace tiempo arduos son los debates que se generan, desde distintos ángulos, pues en rigor de verdad muchas son las aristas que el tema genera, y totalmente discutibles las soluciones que se proponen. Si bien es cierto que el derecho, como ciencia social, carece del rigor científico de verdad de las ciencias exactas, y por lo tanto todos sus postulados son rebatibles, el tema de los delitos omisivos es sin lugar a dudas, uno de los más controvertidos. A esos intensos debates se intenta aportar con este trabajo.

3. Situación previa al causalismo.

El análisis que se desarrollará, necesariamente debe tener un comienzo temporal, cuyo corte será, por inevitable, arbitrario. Esa parcialización que se hará al punto de partida en el trabajo obedece a la concreción que se busca aquí, para tener una perspectiva desde el punto de vista filosófico-dogmático, que posibilite la discusión que lleve al aporte y el consecuente progreso.

Sin perjuicio de ese recorte temporal, que tomará como punto de partida al dogma causal-naturalístico, lo cierto es que el problema de la omisión parece haber estado presente desde antes de esa postulación, conforme se esbozara. De esta forma, ya en el antiguo derecho danés se establecía que aquel que utilizara un caballo, con la costumbre de patear hacia atrás, sabiéndolo, y diera ocasión para ello, sería responsable de la misma manera que si él mismo hubiera pegado el golpe, para el supuesto en el cual alguien resultara lesionado⁸. En una clara

⁸ Nagler, Joahannes *Die Problematik der Begehung Unterlassen*, en "Gericht-Saal", n° 111, 1938, obtenido indirectamente de Bacigalupo, Enrique *Delitos impropios de omisión*, Ed. Panedille, Bs. As. 1970, p. 12, ahora también en *La renovación de la dogmática penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As. p. 242.

equiparación entre un actuar positivo con la omisión de evitar el resultado lesivo, con la finalidad de aplicar el mismo marco punitivo.

Con igual alcance en las fuentes germánicas y medievales se ha tratado el asunto para cuando los animales que se tienen en las casas provocan daños (ley Sax 13)⁹. En el derecho romano se tuvo el caso de un hombre que murió por la omisión de alimentarlo y por la no prosecución de un tratamiento médico¹⁰. Por su parte, la *Constituto Criminalia Carolina* equiparaba la no evitación de actos impúdicos por los padres y la esposa con la acción activa de ese delito –art. 122-¹¹.

Dentro de nuestro orden interno, el decreto del 31 de mayo de 1822 disponía que *“Todo individuo de quien se acredite que ha podido evitar con su asistencia un atentado o crimen, o que no lo ha hecho.... sufrirá una prisión de 24 horas”*¹². Que traducido en términos concretos no es otra cosa que una genérica obligación impuesta a los habitantes de evitar resultados dañinos. Pero el asunto llegaba más lejos aún dentro de esa normativa, ya que solicitada la asistencia del agente y *“... la rehusase, continúa, será puesto á disposición de la justicia ordinaria, para ser juzgado con arreglo á la gravedad del delito que se ha negado a evitar, y del*

⁹ ídem.

¹⁰ íb.

¹¹ íb.

¹² Tejedor, Carlos *Curso de Derecho Criminal, primera parte*, Bs. As. 1871, Librería de CL. M. Joly., p.

perjuicio que su negación haya producido en todo respecto."¹³. Otra vez, la equiparación para aplicar el mismo marco punitivo que el suceso no evitado.

Incluso han llegado a tener tentativas de instrumentación -rudimentarias por cierto- en el orden interno, como fue el caso del proyecto de Código Penal de 1881 elaborado por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García. En la sistemática de esa codificación se fijaba en el artículo 22, como *cómplices en tercer grado* a "*... los que viendo preparar o comenzar en su presencia la ejecución de un delito, o sabiendo que debe cometerse, no tratan de impedirlo, sea por una denuncia a la autoridad más próxima, sea por un aviso transmitido a la persona puesta en peligro, o que no pudiendo hacerlo por sí mismos no llamen y pidan auxilio de otras personas, o no empleen cualquier otro medio en su poder, susceptible de ser puesto en uso sin peligro para sí mismos o para un tercero*"¹⁴.

Aquél breve repaso permite ver que se intentaba la punición por mero deber de impedir, lo cual linda con una responsabilidad penal objetiva, que llega a la curiosa situación de punir al omitente incluso cuando no ha tenido comienzo de ejecución el hecho principal, que se veía obligado a impedir. Aunque Juárez Tavarez señala que en un primer momento quienes trataron los delitos omisivos no se

¹³ Inevitable, por su claridad y concreción, es la opinión de Tejedor respecto de este modo de ilicitud, en efecto el mismo sostenía que todo ello le parecía exagerado ya que a su entender "*La acción ó el silencio no ayudan ni provocan la perpetración. Si hay delito sería sui generis.*"; ob. cit., p. 34/35.

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Arnedo, Miguel Alfredo *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Tomo 2, p. 52, ED. AZ, Bs. As. 1996.

situaron en la delimitación del deber de impedir, sino como se indicó, en la de establecer una distinción entre acción y omisión¹⁵.

4. El causalismo como punto de partida.

Un importante quiebre en la discusión se produjo en el último tercio del siglo XIX, con los aportes del causalismo naturalista, que produce un viraje en el fundamento de la punibilidad de las omisiones, y se ingresa así, en una etapa de discusión jurídico-penal de la omisión¹⁶. Con la irrupción de la teoría causal de la acción en los términos propuestos por von Liszt, se encaminó el asunto de la omisión por ribetes que hasta ese momento no había circulado, luego se suma Mezger con una visión de impronta valorativa de la acción causal, y luego la teoría de la acción final propuesta por Welzel. A partir de allí, se fueron dando distintos aportes que intentaron traer una respuesta favorable al problema de los delitos omisivos, y en especial a los de omisión impropia. Pero, lo cierto es que aún hoy la cuestión, como se adelantó no es pacífica y sigue presentando múltiples inconvenientes.

El tema de la omisión impropia, demuestra su importancia, por el solo hecho de ver que hasta la actualidad la Ciencia Penal no ha encontrado una respuesta más o menos unánime y satisfactoria al asunto de la punición de aquellos casos. A lo cual se suma un aspecto de trascendencia, esto es, que se trata nada más ni nada menos que de penar a los seres humanos por sucesos *en aquél contexto de*

¹⁵ Ob. cit. p. 12/13.

¹⁶ Conforme, Silva Sánchez, Jesús-María "El delito de omisión –concepto y sistema-", Ed. BdeF, Bs. AS. 2003, p.3 y ss.

inestabilidad; y con el mismo marco punitivo que los delitos dolosos activos, aún cuando existe una marcada tendencia a negar el dolo para estos casos.

A lo cual hay que sumar, como bien lo señala el profesor Donna¹⁷ que hay una escasa producción de publicaciones sobre la materia en nuestro país, y la constante aplicación de la omisión impropia por parte de la jurisprudencia sin claridad en aspectos esenciales, como por ejemplo el asunto de la equivalencia, el criterio utilizado para la imputación del resultado, o la utilización de las fuentes formales en mayor medida, cuando doctrinariamente se las ha dejado casi de lado. Todos esos aspectos, en el contexto de una ausencia de regulación específica por parte de nuestra legislación, son razones de peso suficiente para llevar adelante una investigación sobre la problemática propuesta.

II. OBJETO Y MÉTODO DE ESTA INVESTIGACIÓN.

1. Programa.

La investigación a desarrollar tendrá como eje, en primer lugar la determinación del concepto de omisión, que tendrá que ser la base, para luego avanzar sobre los dos temas centrales en la temática de la omisión impropia, la llamada posición de garante y la equivalencia, intentando demostrar la injerencia que

¹⁷ Cfr. el Prólogo del profesor doctor Edgardo Alberto Donna al libro de Enrique Gimbernau Ordeig *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

tiene en la elaboración de estos dos últimos aspectos, la concepción del ente omisivo.

Para ese plan de trabajo la investigación llevará adelante un método respetuoso de las estructuras de la realidad. La dogmática penal, si bien es una herramienta de análisis jurídico, no puede ser un fin en sí mismo, ni tampoco un elemento desconectado del ámbito en el cual será aplicada. Esto nos lleva a la relación necesaria que debe existir entre la Ciencia Penal y la Filosofía, por cuanto como lo ha sostenido el profesor Hans Welzel¹⁸ los principios de formación de conceptos penales es ampliamente independiente del correspondiente contenido del ordenamiento legal vigente¹⁹. Y la formación de esos conceptos esenciales, en nuestro caso el concepto de omisión, debe guiarse por una metodología, la cual debe dejar en claro la relación entre el conocimiento y su objeto²⁰.

2. Relación entre ciencia y objeto de estudio.

Para lograr tales cometidos, intentaremos explicar el camino que seguirá el conocimiento hacia el objeto y señalar su estructura lógica. Entonces, desde esta perspectiva, ¿cuál será la relación entre conocimiento y objeto? A nuestro modo de ver la observación de las estructuras de la realidad es un elemento esencial, quedando atados en la construcción que se realice al objeto proveniente de ella. Por

¹⁸ Welzel, Hans *Derecho Penal y Filosofía* en Estudios de Derecho Penal, Maestros de Derecho Penal, 6, traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, ed. BdeF, 2003 Montevideo-Buenos Aires.

¹⁹ Ob. cit. p. 149.

²⁰ Ídem.

cuanto los objetos no son lo que a nosotros nos parece, los objetos son de un modo, y simplemente nosotros como observadores, accedemos al modo de ser del objeto.

De suerte tal, que nuestra investigación, deberá en un primer momento, determinar si la omisión tiene una estructura ontológica, acceder al modo de ser de la omisión, a su estructura, sus elementos constitutivos, y después ver si esos elementos poseen una repercusión sobre el resto de los estamentos mencionados – posición de garantía y equivalencia-, y que efectos positivos podemos obtener como consecuencia.

Se intentará recurrir a la casuística en la medida de lo imprescindible, como así también a las regulaciones legales, pues como se dijo la formación de los conceptos penales es independiente del correspondiente contenido de tales ordenamientos. Por ello, la investigación girará en torno de la concepción filosófica preestablecida y en base al método que de allí emerge, se sumirá en el análisis doctrinario de los conceptos de omisión, posición de garante y equiparación, para mediante la crítica de los mismos avanzar hacia la posición que la misma investigación va revelando como admisible en función del respeto por las estructuras lógico-objetivas.

CAPITULO SEGUNDO

ACCIÓN Y FINALIDAD SU RELEVANCIA.

SUMARIO: I. LAS POSTURAS DOGMÁTICAS FRENTE A LA TEORÍA DE LA ACCIÓN. 1. Introducción. 2. El actuar humano. Diferentes concepciones. Su problemática. a. La situación en el concepto causal. a.1) Causalismo naturalista. a.1.1) La concepción de von Liszt. a.1.2) Postura de von Beling. a. 2) Causalismo valorativo o neokantiano. a.2.1) Visión de Edmund Mezger. a.2.2) Sebastián Soler. a.2.3) Visión de Fontán Balestra. a.2.4) El aporte de Nuñez. a.2.5) Carlos Creus. a.2.6) El esquema de Jürgen Baumann. a.3) Panorama general. a.4) La crítica desde Welzel. a.4.1) De orden filosófico. a.4.2) De orden metodológico-dogmático. a.4.3) Lo destacable del causalismo, para esta investigación. b. La teoría social de la acción, como intento de superación. b.1) Idea general. b.2) Concepciones particulares. b.2.1) Eberhard Schmidt. b.2.2) Aporte de Wenner Maihoffer. b.2.3) Posición de Jescheck y su continuación en Weigend. b.2.4) La perspectiva de Johannes Wessels. b.2.5) Lo criticable de la concepción social. c. Las ventajas y soluciones que aportó la tesis finalista. Su vigencia hoy. c.1) Las estructuras de la realidad delimitan el discurso. c.2) Repercusiones trascendentes de la realidad en la construcción analítica. c.3) La finalidad como piedra angular. d. Los desarrollos posteriores. d.1) La política criminal base argumental de la construcción dogmática. d.2) Pensamiento de Claus Roxin. d.3) Jakobs y la fidelidad al derecho. d.4) Problemáticas del funcionalismo. e. Primera conclusión

parcial de la investigación. II. LA SITUACIÓN EN EL ÁMBITO OMISIVO. 1. El contexto del problema. 2. La dogmática al cruce del asunto: omisión. a. La nada se hace *evidente*. a.1) Panorama general. a.2) La idea de la “espera” como solución posible, dentro del dogma causal. a.3) Visión moderna de la “espera”: Roxin. b. Consecuencias de la *evidencia* vía expectativa. b.1) Segunda conclusión parcial. c. Otras respuestas de la doctrina al problema omisivo. d. Kaufmann y la capacidad de acción. e. El asunto en la doctrina española: Cerezo Mir y Muñoz Conde. e.1) La visión de Cerezo Mir. e.2) Aportes de Muñoz Conde. f. Otras propuestas de inexistencia ontológica de la omisión. f.1) La perspectiva de Zaffaroni. f.2) Postura de Righi. g. Resultado de la panorámica. g.2) Problemática de la capacidad de acción como elemento estructural. g.2) Capacidad de acción y *nihilo nihil fit* ¿conceptos solidarios? 3. La estructura ontológica de la omisión, desde la perspectiva de esta tesis. a. El ser humano y su intervención en el mundo. a.1) Voluntad-finalidad. a.2) El ser humano como punto de partida. a.3) Ser humano y omisión. Estructura. a.4) Ontología: crisis y avance. b. Entonces ¿La omisión es una acción? b.1) Acción y omisión, lugares comunes. b.2) La omisión solo es igual a sí misma. b.3) Acción y omisión: concepto. c. La conducta, ¿un concepto superior del sistema? c.1) Concepto superior y necesidad. Breve panorámica. c.2) Concepto superior y realidad. c.3) Crítica al utilitarismo. d. La conducta final paralela a la omisión. Su función. d.1) Planteo de la problemática. d.2) Nuestra postura y el hacer concomitante. d.3) Hacer y hacer concomitante. Mitos y realidades. d.4) Una vez más, la importancia del fin. e. Capacidad de acción ¿Elemento ontológico o normativo? Su función en la omisión. e.1) Usos y consecuencias de la capacidad de acción en la doctrina. e.2) La ontología y sus consecuencias. 5. El aspecto causal en la omisión. a. ¿Puede afirmarse que la omisión aquí concebida sea causal del resultado? a.1) Planteo de von Liszt. a.2) Rechazo de Mezger. a.3) El aspecto causal en Kaufmann. a.4) Postura crítica. a.5) Realidad y valor. a.6) En busca del punto crucial del problema. a.7) El peso real del juicio en esta tesis. b. Frente a la no causalidad de la omisión: ¿existe la posibilidad que pueda hablarse de una omisión voluntaria y final? b.1) Causalidad y dominio. Su problemática. b.2) El sentido de finalidad puesto en crisis. Readecuación conceptual. c. ¿Aún en esas condiciones, puede

haber juicio de responsabilidad por el resultado? c.1) Causalidad e imputación. c.2) Omisión e imputación. Solución propia. 6. El dolo en la omisión. a. Voluntad de realización y manejos causales. b. El aporte de los profesores Gössel y Bacigalupo y las adiciones de esta tesis. c. El concepto de dolo que emerge de esta investigación. d. Otra vez sobre la voluntad y el manejo causal. e. Recapitulando.

I. LAS POSTURAS DOGMÁTICAS FRENTE A LA TEORÍA DE LA ACCIÓN.

1. Introducción.

Fue la evolución dogmática la que ha presentado a la tesis final, desarrollada por Hans Welzel²¹, como una adecuada y racional respuesta al análisis del delito. Claramente, la teoría final, ha demostrado que sus aportes a la ciencia del derecho penal, son aún hoy valederos, y sigue presentándose frente a las restantes concepciones como una respuesta loable a la problemática a la cual se aplica. Si esto es así, debe ser demostrado y ello se intentará hacer en el desarrollo siguiente. Queda para más adelante el análisis de sí –y en qué medida- los desarrollos finalistas en el ámbito del delio omisivo se compadece con sus postulados centrales.

²¹ Welzel, Hans *Derecho Penal Alemán, parte general*, 11° edición, 4° edición castellana, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993, traducción del alemán de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez.

2. El actuar humano. Diferentes concepciones. Su problemática.

a. La situación en el concepto causal.

a.1) Causalismo naturalista.

a.1.1) La concepción de von Liszt.

La tesis causal adquiere su forma, y se desarrolla en Alemania con von Liszt²² y Beling²³, que dieron lugar al denominado sistema *clásico* del delito. Estos autores manejaban una estructura analítica objetivo-subjetiva, correspondiendo al primer concepto todo lo externo puesto en relación causal, y al último estrato, reservado a la culpabilidad, la relación dolosa o culposa con el hecho del autor. Los autores causalistas en general, siguieron, en mayor o en menor medida ese esquema.

Así por influencia de la física mecanicista, la acción era concebida como un hacer humano voluntario, sin tener, en ese nivel de análisis un peso gravitante la finalidad –en realidad no ocupaba lugar alguno allí-. La postura influenciada por aquella visión del mundo, tomaba a la acción como *productora de un mero proceso causal*.

²² Von Liszt, Franz *Tratado de Derecho Penal*, Tomo segundo, segunda edición, Madrid, Reus, 1927, traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña.

²³ Von Beling, Ernst *Esquema de Derecho penal, la doctrina del delito-tipo*, Colección Clásicos del Derecho, Bs. As. 2002, Librería "El Foro", traducido de la 11ª edición alemana, por Sebastián Soler.

La definición del concepto en tratamiento, por parte de von Liszt, fue la siguiente: "acto es la conducta voluntaria en el mundo exterior", mientras que "la volición que caracteriza la manifestación de la voluntad... se le puede definir físicamente como inervación"²⁴. Ese concepto se ajustaba para comprender también al fenómeno omisivo, por lo cual se afirmaba que "La manifestación de la voluntad puede consistir en la *realización* o en la *omisión* voluntarias de un *movimiento del cuerpo*"²⁵.

a.1.2) Postura de von Beling.

En ese aspecto las cosas no cambiaron demasiado en von Beling. Von Beling, presentaba una visión causalista de la teoría del delito, con la estratificación clásica en este tipo de discursos, aunque marcaba a la acción como un *presupuesto* de punibilidad. La acción era entendida por Beling como un "*comportamiento corporal voluntario*", consistente ya en un "hacer" (acción positiva), ello es, un movimiento corporal..., ya en un "no hacer" (omisión), ello es, distensión de los músculos"²⁶. Agregando que ese comportamiento corporal tiene dos fases, una externa u objetiva consistente en el dominio sobre el cuerpo, y la otra subjetiva o interna que era justamente la voluntad de hacer o no hacer.

²⁴ Ob. cit. p. 285/286.

²⁵ Von Liszt, op., cit., p. 285.

²⁶ Von Beling, ob. cit.