

La figura del progenitor afín, posición de garante y principio de legalidad

Derivaciones del art. 673 del Código Civil y Comercial de la Nación en el Derecho Penal y su aplicación temporal

Andrea M. Quincose Vilalta [1]

Introducción [\[arriba\]](#)

Los delitos de omisión impropia han suscitado durante años, debates doctrinarios que lejos están de agotarse. En particular en nuestro país, dada la falta de escritura de los mencionados tipos y la ausencia de cláusulas expresas de conversión o de equivalencia que permitan a los operadores jurídicos realizar la debida subsunción de una conducta en un tipo específico cometido en su modalidad omisiva. Nuestra legislación tampoco posee normas que determinen cuáles son las fuentes de la posición de garante, elemento objetivo vital para la configuración de los delitos de comisión por omisión, y por lo tanto, existe inseguridad al momento de la determinación de la autoría. La vulneración al principio de legalidad en sus variantes de ley escrita y de ley cierta, es el más fuerte argumento sostenido por parte de la doctrina para sostener la inconstitucionalidad de estos delitos.

Para fundamentar la colocación de los agentes omitentes en el rol de garantes, se ha recurrido a diferentes teorías que podían arrojar soluciones más o menos justas, siendo las dos principales la teoría formal objetiva y la teoría material o de las funciones, hallando ambas acogida en la jurisprudencia. El supuesto de la relación existente entre padrastros y madrastras, hoy llamados progenitores afines por la más aclamada doctrina en derecho de familia, y los hijos de sus parejas ha sido pasible de análisis y encontrado soluciones diversas según la teoría que se tome como punto de partida. No obstante, la reforma introducida por la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha venido a revolucionar no solo la rama del derecho a la que pertenece sino que también impacta en otras, como ser el derecho penal.

La ley civil de fondo, asigna a los allí definidos como “progenitores afines” un cúmulo de deberes que ante situaciones de urgencia, se traducen en el ámbito del Derecho Penal en la atribución de una posición de garante. A pesar de que hoy este vínculo se encuentre positivado, la identificación entre los motivos que hicieron necesaria la reforma civil y los fundamentos esbozados por catedráticos penalistas sumada a la falta de unanimidad jurisprudencial en la adhesión a una u otra teoría, dejan abierta la puerta a la adjudicación de este especialísimo rol a progenitores afines omitentes en hechos anteriores a la vigencia del Código. En algunos casos esto dependerá de cuál haya sido la tesis a la que cada tribunal adhirió o cuáles fueron sus decisiones en casos análogos, y de acuerdo a la doctrina del precedente judicial podrá plantearse la vulneración al principio de legalidad según exista o no correspondencia entre los argumentos vertidos al resolver cada caso.

Lejos de ofrecer soluciones magistrales, el presente trabajo pretende el planteo de cuestiones actuales con la finalidad de llamar la atención sobre ellas y así iniciar la búsqueda de soluciones que nos permitan la interpretación coherente y armónica de todas las disposiciones que conforman nuestro ordenamiento jurídico para la aplicación del derecho en su forma más justa.

I. Excursus sobre los delitos de Omisión Impropia y las fuentes de la Posición de Garante [\[arriba\]](#)

La idea de la posición de garante fue, de alguna manera, adelantada intuitivamente, mucho antes de su formulación dogmática expresa. Según Zaffaroni, resulta interesante consignar que la mayor parte de las omisiones con que ejemplificaba Muyard de Vouglans eran casos de omisión impropia: el siervo que no defiende al amo, el soldado que deja matar al capitán, el hermano que no revela la emboscada que otro hermano le tiende al padre común, etc. En el siglo pasado, uno de los autores que fue pionero en la introducción de la teoría penal alemana en Latinoamérica, Tobías Barreto, consideraba autores de homicidio a quien preparaba una botella con bebida para producirle vómitos a alguien y permitía que la ingiriese otro a quien sabía que podía causarle la muerte, y a quien hiere accidentalmente a alguien en una cacería y cuando reconoce en él a su enemigo lo abandona para que muera, viendo menos claro el caso de quien vive a la vera de un río en que hay un puente que amenaza ruina y no da aviso de ella al pasante que se accidenta.[2]

Para un desarrollo adecuado del tema, primero deberán exponerse sintéticamente una serie de conceptos base sobre la omisión en sí, diferenciándose la omisión simple de la omisión impropia -comisión por omisión o delitos omisivos equivalentes a la comisión activa del delito-; los elementos que integran la el tipo objetivo en ambos casos, y recién luego abordar lo atinente a las fuentes generadoras de posición de garante con el fin de delimitar correctamente el objeto de estudio y el rol que en el presente trabajo se pretende asignar a ciertos parientes afines, como ser los comúnmente llamados “padrastrós” y “madrastras”, técnicamente progenitores afines.

Los inconvenientes relativos a la falta de escritura de delitos de comisión por omisión, o la inexistencia de cláusulas de conversión en códigos como el nuestro, si bien existen y ocupan buena parte de las bibliotecas de Derecho Penal, escapan al tema en análisis de este trabajo.

1.- Esbozo sobre los Delitos de Omisión Simple e Impropia

Como técnica legislativa, la regulación de conductas puede darse a través de la individualización de aquellos comportamientos que los individuos tienen vedado realizar, o bien mediante la imposición bajo ciertas circunstancias de una determinada conducta tendiente a la preservación de un bien jurídico. En este orden de ideas, las primeras en tanto normas prohibitivas configurarían tipos activos, y las segundas al tratarse de normas imperativas, tipos omisivos.

Dentro de estos últimos, existe una diferenciación no formal que los divide en dos subgrupos: delitos de omisión propia, pura o simple y delitos de omisión impropia o de comisión por omisión. La pura omisión sería el contrapunto a los delitos activos de pura actividad, configurándose con la no realización de la conducta preceptuada por la norma independientemente de si a consecuencia de ello se materializa o no un resultado lesivo sobre el bien jurídico tutelado y su aspecto objetivo se integra de:

a) Una situación típica generadora del deber de actuar: Esta situación representará en todos los casos un peligro para el bien jurídico, y generalmente se encuentra descrita en la ley.

b) La realización de una conducta diferente a la debida: Debe compararse la acción desplegada por el obligado por la que requiere el cumplimiento del deber de actuar que sí se encuentra individualizado en el tipo, considerándose cumplida la acción mandada cuando el obligado haya intentado seriamente su realización.

c) La posibilidad material y técnica de realizar la acción impuesta: Referida a la persona individualizada que entra en consideración como autor en el caso concreto, pues solo la omisión de una acción que hubiera sido posible precisamente para éste puede tener “cualidad de injusto”. Ésta capacidad debe ser entendida de modo razonable, puesto que los presupuestos bajo los cuales ésta puede afirmarse es discutible. Lo acertado primero asegurar el conocimiento de la situación típica por parte del agente, deberán concurrir presupuestos externos como proximidad espacial y socorro apropiado para la realización de la acción, y que se disponga de las necesarias fuerzas propias (fuerzas físicas, conocimientos técnicos y facultades intelectuales). Por otra parte, el autor de una omisión debe poder representarse todos estos elementos, por lo que el análisis de la situación fáctica deberá realizarse “ex ante” a fin de comprobar que un observador inteligente se hubiera representado la acción ordenada como meta de su voluntad y a considerar suficientes las posibilidades externas.[3]

Por su parte, la omisión impropia se presenta dentro de los delitos comisivos como la versión omisiva de los delitos de resultado, puesto que lo que se sanciona es la no evitación de un resultado típico. A su vez, el tipo objetivo se completa agregando a los elementos previstos para la simple omisión, otros tres:

d) Resultado típico: De no producirse la lesión al bien jurídico penalmente protegido (por la razón de que se trate), no podrá considerarse consumado el delito en cuestión y podrán analizarse si concurren las condiciones necesarias para la configuración del mismo en grado de tentativa.

e) Nexos de evitación: En la medida en que las omisiones con son causales según el sector mayoritario de la doctrina, podría definirse este elemento como una causalidad hipotética de la acción omitida respecto de la evitación del resultado. Se dará cuando se compruebe que si el autor hubiera realizado la acción, habría sido causa de la no producción del resultado con una probabilidad rayana en la certeza según la doctrina dominante.[4]

f) Posición de garante: Solo algunas personas de un limitado círculo sobre quienes pese el deber de realizar una determinada conducta responderán de la misma forma que si hubieran causado el resultado típico. El deber jurídico se deriva de la posición de garante cuando el autor está obligado por su situación a conservar, cuidar, vigilar o defender al bien jurídico de manera especial (a garantizarlo). La posición de garante impone que del sujeto dependa la incolumidad del bien jurídico o el control de que el riesgo no se materialice en lesión.

Nuestra legislación penal, nada dice sobre cuáles son los presupuestos a partir de los cuales un individuo es colocado en este especialísimo rol, por lo que para quienes creen sorteado el obstáculo de la ausencia de una cláusula de conversión o de equivalencia y la falta de escritura de delitos omisivos impropios, éste sigue siendo el punto que más problemas trae al poner en tela de juicio la constitucionalidad de los mismos por verse vulnerado el principio de legalidad ante la indeterminación de los sujetos pasibles de ser considerados garantes de un determinado bien.

La problemática de la regulación de los delitos de omisión impropia que nos ocupa, versa sobre la necesidad de establecer criterios que determinen claramente en qué condiciones se puede afirmar que no evitar un resultado es equivalente a la producción activa del mismo.[5] O para mayor especificidad, cuándo la omisión de un determinado sujeto, por el rol que el mismo ocupa en un contexto determinado, será equivalente a la comisión de un delito en su forma activa. Es el caso del ejemplo harto conocido de la madre que no alimenta a su niño recién nacido, dejándolo morir de hambre: La imputación de cualquier delito distinto al homicidio resultaría injusto, o como mínimo, contraintuitivo.[6]

2.- Fuentes de la Posición de Garante: Categorías en las que pueden ser incluidos los Progenitores Afines

2.1.- Teoría Formal Objetiva

Anselm v. Feuerbach, al desarrollar originariamente esta teoría, postulaba que la omisión de impedir el resultado solo podía ser equivalente a su causación cuando el deber de actuar proviene de una ley (como emanación de la voluntad social) o un contrato (como emanación del principio de autonomía de las partes)[7]. El elenco de delitos omisivos quedaba entonces marcadamente limitado, acorde a una ideología de corte liberal que imponía la violación de un deber jurídico-formal de actuar como presupuesto necesario para la configuración de esta clase de delitos excepcionales.

La ley impondrá un deber de garantía cuando el sujeto tenga la obligación legal de cuidado de una persona, como es el padre para los hijos; pero no cuando se trate de un deber legal general como es el de conducirse en forma que no lesione bienes jurídicos y el general deber de solidaridad social que impone ciertas conductas elementalmente humanitarias. También es menester detenernos a averiguar cuándo el contrato es generador de una obligación de intensidad tal que coloque al sujeto en el deber de garante: La equiparación civilista de la obligación legal y de la emergente de contrato aquí no posee operatividad; y aunque así fuera, no sería ella suficiente porque como hemos visto, no toda obligación legal es constitutiva del deber de garantía.[8] El contrato sólo puede implicar la posición de garante cuando hay un particular deber de cuidado, vigilancia o protección que emerge de la confianza depositada.[9]

Casi 30 años después de la primera edición del Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts de Feuerbach en 1801, Stübel vino a completar esta teoría en 1828, adicionándole otra fuente de posición de garante: el actuar precedente del agente, tal que el peligro de producción del resultado fuera consecuencia de un hecho anterior del propio omitente. Son los casos conocidos como injerencia. Según este autor, este deber por el hecho precedente existe cuando una persona coloca a otra en una situación de la que no puede escapar con vida sin la ayuda de aquélla. Aunque no es alcanzado por el núcleo de este trabajo, es dable mencionar que esta fuente presenta un problema que divide a la doctrina: Se discute si el obrar precedente debe ser necesariamente ilícito o si incluso comportamientos conformes a derecho pueden colocar al autor en posición de garante.

2.1.1.- Aproximación a las Críticas a la Teoría Formal Objetiva

En su formulación original y aún con el agregado hecho por Stübel, esta teoría resultaba muy estrecha[10] o en algunos casos demasiado amplia, chocando contra el sentido de justicia cuando dejaba impunes casos como el de la tía que no alimentaba al sobrino, o cuando la nulidad formal del contrato eliminaba la obligación de aquel que asumía el cuidado de un determinado bien, o en casos en los que se atribuía responsabilidad penal a quienes se encontraban unidos por un vínculo formal como el matrimonio a pesar de estar separados de hecho.

Por ello debió ser ampliada para permitir soluciones adecuadas, extendiendo prudentemente los deberes a las estrechas comunidades de vida y prescindiendo de la noción de negocio jurídico civil para adoptar un criterio de libre aceptación del deber de cuidado. De este modo, no basta la mera existencia de una disposición legal o compromiso contractual para que el sujeto se convierta en garante; lo determinante es que el bien jurídico penalmente tutelado haya quedado prácticamente al cuidado en forma exclusiva del agente, que asume este rol voluntariamente. Cabe mencionar que estos mismos fundamentos, también sirvieron de base para la formulación de nuevas teorías que explican la atribución de la posición de garante.

A pesar de las críticas y dado el escaso desarrollo dogmático de nuestro país particularmente en el tratamiento y abordaje de los delitos de omisión, ésta teoría reclutó varios adeptos que recurrían a ella a la hora de fundamentar la posición de garante. Es el caso de autores como Eusebio Gómez, Luis Jiménez de Asúa, José Peco, Oderigo, Laje Anaya, (aunque no se referían a “fuentes generadoras de la posición de garante, probablemente por el estado de las ciencias jurídicas en ese momento), y posteriormente Sebastián Soler, Ricardo Levene (h), Manigot, Bernardo Varela, Ricardo Núñez, Fontán Balestra, Carlos Nino, y más recientemente Zaffaroni entre otros.[11] Incluso, los proyectos de reforma al Código Penal de 1960, 1973 y 1979 proponían la introducción de una cláusula de equiparación en la Parte general del Código, donde a su vez se señalara de acuerdo a la teoría formal objetiva cuáles serían las fuentes generadoras de posición de garante; mas como es sabido, ninguno de estos proyectos fue exitoso.

Ante la falta de una cláusula expresa en el Código Penal argentino que determine cuáles son las fuentes de la posición de garante, ésta teoría ha sido seguida en forma mayoritaria por los tribunales del país a la hora de fundamentar o excluir los especiales deberes de actuar de los agentes imputados por delitos en su modalidad de omisión impropia, a pesar de haber sido prácticamente abandonada por los doctrinarios dedicados al análisis del tema[12]. De este modo y al no preverse en el Código Civil de Vélez Sarsfield la existencia de ninguna responsabilidad especial en cabeza de padrastrós, madrastras y otros parientes afines, la omisión de estos sujetos era pura o simple arrojando en algunos casos soluciones verdaderamente injustas sin atender a la posibilidad de aplicar la Teoría de las Funciones que seguidamente se desarrolla. Hoy, tras la sanción y entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial el especial deber de los parientes por afinidad recibe un tratamiento expreso, por lo que la Teoría Formal Objetiva se encuentra conforme.

2.2.- Teoría Funcional de las Fuentes de Deber

Ésta teoría vino a desplazar a la teoría Formal Objetiva -al menos en lo que respecta a su seguimiento doctrinario y particularmente en Alemania, aún en Argentina cuenta con bastantes seguidores aunque ya minoritarios-. Fue Armin Kaufmann en su obra *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* quien realizara el primer tratamiento sistemático de los delitos omisivos y determinara que deben cumplirse dos

condiciones: primero la existencia de un mandato de evitar el resultado, y luego una relación especial y estrecha entre el obligado y el sujeto garantizado. Así definía la posición de garante, y esbozaba una clasificación de dos grandes grupos a los que la doctrina dotaría de mayor contenido: En esta moderna teoría funcional, la posición de garante se caracteriza según la función defensiva o protectora del omitente respecto a un determinado bien jurídico contra todos los ataques de los que pudiera ser blanco; y por otra parte, puede consistir en la vigilancia de una determinada fuente de peligro a cargo del agente, debiendo éste evitar la afectación de cualquier bien jurídico que pudiera ser amenazado por ella.

Dentro del primer grupo, nos encontramos con que cualquier persona puede ser considerada garante de cierto bien jurídico, si le es encomendada la protección del mismo de cualquier ataque del que pudiera ser blanco, sin importar de qué peligros se trate ni cuál sea su origen. Kaufmann menciona como ejemplos los supuestos de preceptos jurídicos y las obligaciones que tienen su origen en deberes contractuales.

Por otro lado, en el segundo grupo, es decir, cuando una persona tiene a su cargo el cuidado de una determinada fuente de peligro, ésta debe velar por todos los bienes jurídicos que pudieran ser objeto de afectación por parte de esa misma fuente de peligro. Los bienes jurídicos serán indeterminados como así también sus titulares, respondiendo el agente por cualquier lesión producida por la fuente de peligro que él debe cuidar. El autor ilustra este grupo con los casos de injerencia, los peligros que surgen en el ámbito social de dominio de la persona y de las relaciones de confianza especiales.

2.3.- Jakobs y el Criterio Institucional

Günther Jakobs plantea la necesidad ineludible de aprehender las conductas en su sentido social, y postula dos fundamentos para la imputación: La competencia por organización sobre un determinado ámbito y la competencia por institución, siendo los primeros delitos de dominio y los segundos delitos de infracción de deber.

Dentro de los primeros, la causa de imputación del resultado sería la extensión de ese ámbito organizativo propio a costa de otras personas a través de su dominio causal, dicho de otro modo, el agente debe gestionar de tal modo esa organización del ámbito propio de modo que no perjudique a terceros. Esto no es más que la identificación de la responsabilidad como sinalagma de la libertad. Dentro de este grupo la injerencia sería una de las fuentes más importantes, debiendo este actuar precedente ser antijurídico, o en su caso encuadrar dentro de lo que conocemos como estado de necesidad justificante agresivo.

En cuanto al último grupo, Jakobs señala que la imputación del resultado se produce porque el autor infringe un deber especial de vigilancia sobre un bien jurídico emanado de la idea de una solidaridad institucionalmente garantizada. En este grupo se sitúan una serie de omisiones impropias en las cuales se imputa el resultado no evitado al omitente pero no ya por la indebida extensión del ámbito organizativo propio a costa del ajeno (como sí ocurre en los delitos de dominio, la primera clasificación mencionada) sino por la existencia de una competencia institucional especial en relación con determinados bienes jurídicos, que crea una relación también especial entre el omitente y dichos bienes.[13] En este sector, Jakobs enumera la relación paterno-filial, las relaciones matrimoniales (las relaciones de concubinato y las uniones homosexuales son expresamente excluidas por este autor), la adopción y tutela, y las relaciones de confianza especial. Al referirse a estas últimas, sostiene que “Esta confianza se dirige a que otras personas, en los contactos

sociales, no se comporten contradictoriamente sin motivo plausible, es decir que, principalmente, definiciones de ciertas situaciones que dichas personas reclaman a su favor, también tengan efectos en contra suya”. [14] Finalmente, agrega dentro de este grupo como fuentes generadoras de posición de garante los casos de comunidades de peligro y deberes genuinamente estatales, categorías que al igual que las relaciones de confianza especial, resultan difíciles de precisar.

Ésta ha sido una de las principales críticas hechas a su teoría, a pesar de que se le reconoce el mérito de haberse ajustado bastante al principio de legalidad y criterios comunes de justicia. Las nociones de competencia organizativa resultan claras mas no así las de competencia institucional, puesto que al no encontrarse positivadas el contenido del deber y las características objetivas de autoría, los límites se tornan demasiado difusos.

2.4.- Oscuridades de las propuestas de Armin Kaufmann y Günther Jakobs

En lo que concierne al objeto del presente trabajo, cabría la posibilidad de encuadrar el accionar omisivo de progenitores afines en lo que Kaufmann y Jakobs, con alguna variación del lenguaje, denominan “relaciones de confianza especiales”, sin embargo este criterio resulta difuso, ¿a qué se refería exactamente cada autor al enunciar estos supuestos? La formulación de esta categoría peca de la suficiente vaguedad como para que a criterio del operador jurídico de que se trate y que deba juzgar el obrar de un omitente, haga ingresar o salir ciertos roles sociales en el ámbito de la posición de garante. ¿Cómo se caracteriza una “relación de confianza especial”? ¿Qué elementos deben estar presentes necesariamente para darse la estrechez del vínculo? El principio de legalidad en tanto exigencia de una *lex certa* se ve vulnerado por la imprecisión de ambas teorías, y no existe realismo verbal [15] que pueda salvarla de esta crítica.

A su vez, la exclusión expresa hecha por Jakobs de las relaciones de concubinato no parece obedecer a un criterio armónico si tenemos en consideración las demás consecuencias de la teoría por él formulada. La negativa de Jakobs se fundaría en la falta de una relación jurídicamente reconocida (en nuestro actual derecho y con las modificaciones introducidas al ordenamiento civil, estas relaciones sí gozan del debido reconocimiento) y solo será fuente generadora de posición de garante en la medida en que implique una “confianza especial; cabe preguntarse qué diferencia existe entre la configuración conjunta del mundo vital realizada en el matrimonio y aquella planificada en el ámbito de una relación de concubinato y sea cual fuere el sexo de ambas personas: Probablemente la única distinción que encontremos esté en los papeles y no en los hechos. Para defender esto, esboza una idea acerca del “monopolio matrimonial” como un límite que no debe destruirse, y funda la posición de garante de los cónyuges en el deber legal de convivencia por lo que los deberes cualificados del garante se mantendrán aunque estén separados de hecho. Esto redundaría en un retorno al formalismo tan criticado a la teoría formal objetiva, que tan injustas soluciones arrojaba. [16]

De esta manera, se puede ver que las críticas de las que es pasible la tesis de Jakobs no difieren de aquellas de las que son blanco todas las demás. En algunas de las categorías sus soluciones resultan de marcada injusticia, mientras que en otras como pueden ser las “relaciones de confianza” o las “comunidades de peligro” esta teoría peca de imprecisa.

No obstante, cabe aceptar que en la dinámica familiar moderna los vínculos que se generan entre la nueva pareja y los hijos del otro provenientes de una unión

anterior, sin duda pueden encuadrar (y para ello deberá atenderse al caso concreto) en los supuestos a los que ambas teorías y sus derivadas atribuyen la consecuencia de colocar en posición de garante al agente.

II. Disposiciones del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [\[arriba\]](#)

Las familias ensambladas y las distintas problemáticas en torno a ellas han sido pobremente tratadas por el derecho, y recién en los últimos años los juristas han enfocado su mirada -aunque no suficientemente- en los derechos y deberes que derivan de estas relaciones. En nuestro país, pese al acotado lugar que el ordenamiento había concedido a las necesidades y problemas que pueden plantearse en los hogares ensamblados, los mandatos constitucionales abrieron un amplio espacio para la labor legislativa y la posibilidad de afrontar mediante justas interpretaciones las cuestiones que se plantean en estos núcleos.

La Convención de los Derechos del Niño impone en su Art. 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Y ya desde la sanción de la ley programática de esta convención, la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, se receptó un concepto amplio de familia que abarcaba a los demás miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección.

A pesar de los avances progresivos en esta dirección desde la firma de la Convención y posterior sanción de la Ley 26.061, no fue sino hasta la reforma masiva al Código Civil y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que se pusieron en cabeza de los allí denominados “progenitores afines” una serie de deberes expresos con miras a la protección del niño en virtud de su interés superior.

De todo lo que representa este cambio legislativo tanto en las consecuencias concretas como en lo simbólico, solo se abordará la cuestión atinente al rol de los progenitores afines en lo relativo al cuidado y salvaguarda de los hijos afines y su impacto en el ámbito del derecho penal en cuanto a la posibilidad de arrogar a dichos progenitores la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. Toda cuestión relativa al derecho de familia en particular u otras de las muchas repercusiones en otras áreas del derecho que trajo esta reforma, escapa a los límites de esta investigación.

1.- El Parentesco por Afinidad

El Art. 672 del Código Civil y Comercial, define al progenitor afín como el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

El antiguo Código Civil presentaba normas generales que reconocían el vínculo entre el cónyuge y los parientes consanguíneos del otro y ciertos efectos, que se reproducen en el nuevo Código reformado y se extienden también a los convivientes del padre/madre del niño. Éste es uno de los principales cambios que trajo la reforma, puesto que ahora se observa un mecanismo de protección integral y un

reconocimiento pleno de relaciones familiares que ya se advertían en la realidad de la vida cotidiana, dándole un contexto jurídico que legitima estas relaciones a la vez que preserva la atmósfera afectiva del niño.[17]

La definición de la figura del progenitor afín se vincula a la convivencia efectiva y al cuidado personal del niño o adolescente por parte de la pareja conviviente, sea matrimonial o de hecho, de la persona con quien el niño posee un vínculo de filiación del cual deriva su responsabilidad parental de cuidado personal. La derivación de la responsabilidad a partir de la convivencia, tiene su fundamento en la comunidad de vida[18], las particulares relaciones de confianza y la estrechez en un vínculo que sitúa al niño bajo el ámbito de protección y cuidado de una persona que sin ser un pariente consanguíneo, ocupa un rol de gran entidad en su esfera vital. Debe aclararse y remarcar que de ningún modo la consagración y tratamiento legal de esta clase de relaciones redundan en una sustitución del padre o madre biológicos ni en una lesión a su autoridad e identidad parental, sino que se trata de una figura de referencia distinta.[19]

El rol del progenitor afín será complementario, puesto que lo que se busca es destacar la labor que este desempeña en el marco familiar en beneficio del niño o adolescente, para que se consolide la posición de los integrantes de la familia ensamblada mediante un sistema donde el papel de la voluntad se conjugue con la noción de responsabilidad y de este modo, con el interés superior del niño (principio consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y por lo tanto, integra el bloque constitucional argentino) como norte, ampliar el círculo que la ley reconoce y legitima como responsable su cuidado. Círculo que dicho sea de paso, en los hechos existe e integra lo que Armin Kaufmann y Günther Jakobs[20] por su lado y en su rama específica del derecho llamarían a grandes rasgos “relaciones especiales de confianza” al tratar las fuentes de posición de garante en los delitos de comisión por omisión.

2.- Los Deberes de los Progenitores Afines

Las obligaciones que asigna el nuevo ordenamiento jurídico al progenitor afín se encuentran enumerados en el Art. 673 del Código Civil y Comercial: “El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor.”

La reforma recoge el rol del progenitor afín en la vida del niño transformándolo en un deber, si bien de cooperación, en el ámbito doméstico con el cuidado del hijo de su pareja, tales como aquellas vinculadas a su cuidado y protección, su educación y salud. También se le impone el deber cotidiano de formar al niño, ya que la familia tiene como eje fundamental que el niño incorpore valores éticos, morales, espirituales, etc. que regirán su conducta y su vida, e impartirle hábitos y pautas de conducta para lograr su autosuficiencia en la sociedad.[21] Estas obligaciones si bien complementarias de las de los padres biológicos, no revisten un menor contenido vinculante sino que lo que se establece es una suerte de “orden de prelación de la autoridad”.

Todos los deberes allí enumerados -en forma meramente enunciativa- enaltecen la posición del progenitor afín en relación a su influencia en la vida del niño como apoyo del progenitor que lo tiene a su cargo, y puede extenderse cuando el progenitor que no ejerce el cuidado personal (tenencia, en el vocabulario del código

de Vélez Sarsfield) esté muerto o incapacitado, o no tenga contacto con el niño. Así redactado, el mencionado artículo asigna a los históricamente llamados padrastros/madrastras una serie de obligaciones, positivando una relación que ya existía en los hechos pero no gozaba de tutela jurídica.

Probablemente lo que más interese al derecho penal en relación a este trabajo, sea la última parte de la primera oración del Art. 673: "...y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia", que en la enumeración realizada por el artículo se encuentra precedida por la cópula verbal debe. Una interpretación armónica y coherente del ordenamiento positivo y de la doctrina que sirve como fuente y/o criterio orientador al derecho y los operadores jurídicos encargados de aplicarlo, obliga a afirmar que la situación típica generadora del deber de actuar prevista como uno de los elementos integrantes del tipo objetivo de los delitos de omisión, se trata indiscutiblemente de una "situación de urgencia" en los términos del Código Civil y Comercial.

En este marco, el progenitor aún se encuentra hoy en posición de garante respecto a los bienes jurídicos de los que es titular el hijo niño o adolescente de su pareja debiendo ser reconocido en este rol por los que adhieren a la teoría formal objetiva para determinar las fuentes de esta posición. No obstante, la reforma civil también ha venido a echar luz a la hora de esclarecer -al menos en este caso- quiénes se encuentran comprendidos en la categoría de "relaciones especiales de confianza" de la teoría funcional o del criterio institucional. Si el legislador civil hubiera querido simplemente ampliar el círculo de "protectores" de los niños y adolescentes, podría haber puesto en cabeza de cualquier miembro de la comunidad, especiales deberes de cuidado en todos los casos en los que pudiera resultar lesionado un menor en virtud del interés superior del niño, como ya hizo en la Ley 26.061 -aunque pueda ser entendido como una serie de deberes de solidaridad mínima de los que no emerge la posición de garante-.[22] Sin embargo, lo que el legislador hace es tomar un específico vínculo social y no otro, precisamente en virtud de la estrecha relación entre las personas que lo integran y por lo tanto, entre una persona y los bienes jurídicos de otra que se encuentra a su cargo dentro de su esfera de organización y a quien el primero debe proteger y cuidar. Posiblemente sin saberlo, el legislador civil ha tomado como fundamento para la selección de determinados actores que ejercerán una función de protección, precisamente la teoría de las funciones.

Los fundamentos éticos no pueden de forma alguna servir de base para sostener la posición de garante, y debe descartarse la idea de que lo que subyace en este caso se trata de una pauta etizante. Si el fundamento fuera ese, nada hubiera impedido al legislador civil atribuir responsabilidades especiales a los meros "novios" que tienen una relación ya sea ocasional o estable mas sin convivencia, pero aquí no se esgrime como ratio la existencia de deberes mínimos de solidaridad sino que se ponen ciertos deberes a cargo de aquellos que organizan y planifican su acontecer vital en forma conjunta, conviviendo bajo el mismo techo y asumen voluntariamente una serie de roles producto de esa decisión de llevar una vida en común.

En el estado actual de nuestro derecho, ni la teoría formal ni mucho menos la teoría funcional puede negar la existencia de un deber de protección cualificado de los progenitores afines para con los hijos de su pareja, ya sea que estén casados o unidos convivencialmente.

III. Aplicación Temporal de la Ley [\[arriba\]](#)

El principio de legalidad consagrado en el Art. 18 de nuestra Constitución Nacional y tratados internacionales que gozan de la misma jerarquía, en una de sus manifestaciones impone la prohibición de aplicar retroactivamente toda ley penal más gravosa o incriminante; siendo concordante con ello el Art. 2 del Código Penal al disponer la aplicación de la ley penal más benigna en caso de disimilitud entre el ordenamiento que rigiera al momento de la comisión del hecho y en el de el dictado del fallo, haciendo extensiva también la aplicación retroactiva de la ley que beneficie al reo en caso de que éste se encuentre cumpliendo una condena.

Éste alcance del principio de legalidad se encuentra fuera de toda discusión o cuestionamiento. Sin embargo, si se logra sortear el planteo acerca de la inconstitucionalidad de los delitos de comisión por omisión afirmando su existencia y la viabilidad y validez de su imputación, la inexistencia de una norma penal que determine quiénes deben ser considerados garantes en esta clase de delitos y cuál es la fuente de dicha posición, sigue generando planteos de toda índole.

En el caso de los progenitores afines, cabe formularse la pregunta de si resulta posible el uso del Art. 673 del Código Civil y Comercial -que como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, tiene relevancia penal- como fuente o como simple parámetro para atribuir el rol de garante a quienes han cometido delitos de omisión impropia antes de la entrada en vigencia de este Código el 1 de agosto del 2015. Según se adhiera a una teoría formal o a una material para la atribución de la posición de garante, la respuesta podrá diferir sustancialmente.

A pesar de los esfuerzos que puedan hacerse para identificar los argumentos y contraargumentos que podrían formularse en un sentido u otro para llegar a lo que cada operador juzgue como la solución que mejor satisfaga a los más elementales criterios de justicia, no se pretende aquí arribar a una conclusión categórica que dé por zanjada la discusión al respecto sino que este trabajo posee una meta mucho más modesta, como ser la identificación de algunos problemas y el esbozo de posibles criterios de solución.

1.- Un argumento desde la lógica formal para la aplicación de las teorías materiales a hechos anteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Han sido varios los tribunales que han adoptado la teoría de las funciones para fundamentar la posición de garante[23], aún con dudas acerca de la delimitación que esta teoría arroja al trabajar con algunas categorías. La reforma introducida con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, viene a esclarecer puntualmente la colocación de progenitores afines en el rol de garante -subsunción compleja para todas las categorías y fuentes, como fue desarrollado supra-; por lo que podría afirmarse sin caer en el llamado “fraude de etiqueta”, que la imputación como garante de estos agentes por hechos acaecidos en fechas anteriores al 1 de agosto de 2015 no configura una aplicación retroactiva de una ley más gravosa.

Si como se ha sostenido, las teorías materiales preceden e implícitamente -por identificación- dan fundamento al cúmulo de deberes impuestos por la nueva legislación civil, puede afirmarse que entre ambos existe una relación condicional de implicación simple en donde la teoría es el antecedente y la nueva ley su consecuente. Graficado, puede expresarse de esta manera:

T=Teoría L=Ley

$$T \Rightarrow L$$

Esto es así en tanto cual relación condicional que es, importa distinguir el orden en que aparecen sus componentes. La proposición que aparece a la izquierda del condicional (\Rightarrow) se llama antecedente y la que sigue a su derecha, será llamado consecuente. Sentado esto, puede definirse el condicional como la relación que resulta falsa cuando el antecedente es verdadero y el consecuente falso, y es verdadera en todos los demás casos.[24] Su tabla de verdad sería la siguiente:

T	L	$T \Rightarrow L$
V	V	V
F	V	V
V	F	F
F	F	V

Muchos filósofos pragmatistas, o de otra formación académica, se han apoyado en estos principios para sostener que si las consecuencias de una teoría científica - física, económica, o de cualquier origen- son verdaderas, entonces la teoría científica es verdadera. No importa que sus supuestos o fundamentos teóricos sean falsos o verdaderos.

Por ejemplo, Mario Bunge sostiene que: "Según Milton Friedman (1953) las premisas de una teoría no tienen por qué ser verdaderas, sólo importa que sus consecuencias sean realistas. Pues es sabido que cualquier falsedad implica innumerables proposiciones verdaderas o falsas"[25].

El mismo esquema vale para explicar cómo opera el principio de legalidad, tradicionalmente reconocido como uno de los descendientes más directos de la corriente filosófica ius positivista[26]. Para esta corriente en su vertiente más escéptica de los principios éticos, los antecedentes remotos o antecedentes causa carecen por completo de relevancia, por lo que la relación lógica incorpora una nueva variable al tiempo que excluye otra:

$$L = \text{Ley } S = \text{Sanción}$$

$$L \Rightarrow S$$

El razonamiento de implicación es idéntico, solo se produce una sustitución de variables dando como resultado un enunciado descriptivista. En este sentido, y para explicar adecuadamente la relación, debemos agregar que el antecedente como condición del consecuente puede ser necesario o suficiente. La verdad del antecedente es condición suficiente de la verdad del consecuente, en cambio el consecuente es condición necesaria para poder afirmar la verdad del antecedente.

No obstante, no todos los positivistas son escépticos en materia ética, por lo cual no todos recurren a definiciones puramente descriptivas sino que toman en cuenta propiedades valorativas, puesto que el fin último del derecho tiene como protagonista a la justicia[27]. Así si nos corremos del esquema positivista formal, tanto la teoría como la ley integran el conjunto de axiomas que hacen posible la

aplicación de la sanción. Si la teoría de las funciones ha de alguna manera fundamentado la modificación legislativa en los términos en que fue realizada, podemos decir que ambas integran el conjunto de axiomas que hacen posible la actual imputación a título de garante de los progenitores afines y la fórmula quedaría conformada de la siguiente manera:

T=Teoría L=Ley S=Sanción

$T \Rightarrow L \Rightarrow S$

Ante esta “cadena” condicional, la sanción o imputación del progenitor afín a título de garante en un delito de comisión por omisión, es consecuente tanto de la nueva ley como de la aplicación de la teoría de las funciones, ya esbozada y desarrollada mucho tiempo antes -más de medio siglo desde que la obra de Armin Kaufmann viera la luz por primera vez hasta nuestros días- de la entrada en vigencia del nuevo Código. En este orden de ideas, la aplicación de la sanción no es sino la aplicación del fundamento de la ley, es decir, de la teoría funcional:

$\text{Si } T \Rightarrow L \wedge L \Rightarrow S \Rightarrow T \Rightarrow S$

Dicho de otro modo, no existiría aplicación retroactiva de la ley sino la aplicación directa -como ya se hiciera en varios fallos dictados por distintos tribunales a lo largo y ancho del país- de la teoría material o de las funciones, siendo la actual ley civil un criterio esclarecedor sobre los alcances concretos de esta teoría para el caso de los progenitores afines.

Sin embargo, existirían una serie de inconvenientes para el caso de que el tribunal que deba resolver haya tenido como criterio firme su adhesión a la teoría formal objetiva de las fuentes de posición de garantía, o bien, haya resuelto anteriormente casos en los que un padrastro/madrastra haya sido imputado de un delito en su modalidad de omisión impropia y se lo haya considerado excluido de los alcances de la teoría de las funciones.

2.- Imposibilidad de aplicación según la teoría formal objetiva.

La teoría formal de las fuentes no dejaría ninguna posibilidad para el encuadre de la figura del progenitor afín en el rol de garante.

Ésta teoría, que adhiere al rigor más formal del principio de legalidad al punto de considerar en posición de garante a sujetos que materialmente no poseen ningún vínculo estrecho con el bien jurídico objeto de tutela penal por el mero hecho de la existencia de una disposición normativa que impone los deberes de cuidado -piénsese el caso de la pareja separada de hecho que sin embargo responde como garante del cónyuge, o de la tía que no lo hace a pesar de criar a su sobrino como si fuera su madre mas sin reconocimiento expreso de este vínculo por parte el ordenamiento jurídico-, no permite asignar el rol de garante dado que al momento del despliegue de la acción (omisiva) no existía norma alguna que colocara en cabeza del progenitor afín ningún deber especial de cuidado.

La única excepción estaría dada por aquellos casos en los que un tribunal hubiera asignado al progenitor afín el cuidado de los niños de su pareja. Aún antes de la reforma, existió jurisprudencia en este sentido, vgr.: La madre de dos niñas ingresa a una clínica con un cuadro de excitación motriz, amenazas, trastornos de conducta

y agresividad. Es acompañada por su pareja conviviente, quien refiere intento de suicidio por sobreingestión de psicofármacos, además de consumo de alcohol, marihuana y clonazepan. Las niñas quedan a cargo del padre afín y se fija un régimen de visitas para el padre biológico. De esta manera, señala la Asesora de Menores, al darle intervención y responsabilidades al padre afín, se permitió “encontrar una solución transitoria de guarda para las dos menores, quienes no tenían a su mamá - progenitora que ejercía la tenencia-, y no podían irse a vivir con su papá, en virtud de que el dictamen del cuerpo técnico no lo aconsejaba”[28].

No se trata de aplicación retroactiva, puesto que en casos como éste, el fundamento estaría dado por la imperatividad de las sentencias judiciales en tanto norma individual de observancia obligatoria por parte de aquellos individualizados en la misma, por ser la aplicación directa de una ley general hecha por un órgano competente. Se identificaría a la ley como fuente de la posición de garante.

3.- Cambio de pareceres: El problema en la doctrina del precedente.

Ronald Dworkin decía: “A un abogado se le enseña a analizar las leyes y las opiniones judiciales para extraer de esas fuentes oficiales la doctrina jurídica. Se le enseña a analizar situaciones fácticas complejas a fin de resumir con precisión los hechos esenciales. Y se le enseña a pensar en términos tácticos, a diseñar leyes e instituciones legales que produzcan determinados cambios sociales decididos de antemano.”[29] Aunque estas manifestaciones se hayan realizado analizando el sistema del common law, no es menos cierto que en el sistema continental que rige en nuestro país la jurisprudencia en general y en particular, los fallos emanados de órganos de alzada tienen el valor de sentar precedentes en tanto realizan una interpretación de las normas jurídicas.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho[30] - citando el caso *Moragne v. States Marine Lines*, de la Corte Suprema estadounidense- que existen razones de mucho peso que subyacen al principio de que los tribunales no deberían apartarse ligeramente de sus decisiones anteriores. Entre ellas se encuentran las conveniencias de que el derecho brinde una guía clara para la conducta de los individuos, de forma tal de poder planear sus asuntos, asegurados contra sorpresas desagradables; la importancia de promover una solución equitativa y rápida, eliminando la necesidad de volver a discutir todos los aspectos relevantes en todos los casos; y la necesidad de mantener la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales razonadas. Los motivos para rechazar cualquier regla establecida deben ser sopesados a la luz de estos factores.

También en el caso “Albornoz”[31], la CSJN sostiene haciendo alusión a “Tellez”[32] que las decisiones suyas que alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equipararse a cambios de ésta a fin de asegurar que la defensa en juicio sea una realidad en la República, porque de lo contrario se daría una grave violación sustancial al privilegio de igualdad ante la ley y al derecho de defensa.

El Código Penal argentino no se decanta por ninguna teoría que explique cuáles son las fuentes de la posición de garantía y esta tarea se ha encontrado en manos de los jueces con todas las implicancias y posibles planteos de inconstitucionalidad que ello conlleva. A esta circunstancia, se suma el agravante de que hasta el momento no ha existido un criterio unánime ni fallo emanado de un tribunal de alzada que imponga indiscutiblemente la adopción de una teoría u otra en la que fundar el rol de garante; lo que redundaría en la enorme inseguridad que conlleva la adopción de distintos criterios al arrojar soluciones diferentes -puesto que según el caso, como se ha visto,

la aplicación de una u otra teoría conduce a conclusiones distintas- que implican que una persona pueda ser considerada como autora de un delito de omisión impropia dependiendo del tribunal donde su causa haya tenido la buena o mala suerte de ser acogida. Los jueces no solo tendrían una potestad legislativa al cerrar tipos penales abiertos, sino que con un cambio de criterio podrían modificar sus tipos objetivos alterando los requisitos exigidos para atribuir a una u otra persona la calidad de autor.

A esta falta de seguridad, debe sumarse la que produciría el cambio de criterio de un tribunal que ha manifestado su adhesión a una teoría específica o que en el caso concreto que nos ocupa, haya negado la posibilidad de encuadrar la relación entre progenitores e hijos afines como uno de los supuestos de “especiales relaciones de confianza” de la teoría funcional. Respecto al cambio de criterios la Corte Suprema estadounidense -en fallo citado en “Montalvo” por nuestra CSJN- ha considerado que no existen razones importantes para mantener un precedente que se considera erróneo, cuando el posterior desarrollo jurisprudencial del tribunal ha convertido a aquél en una mera expresión aislada que no forma parte de la corriente doctrinaria dominante[33]. Y se ha considerado que corresponde apartarse de determinada jurisprudencia cuando las “lecciones de la experiencia” o las “cambiantes circunstancias históricas” han demostrado lo erróneo de la solución contenida allí[34].

En esta línea, una de las soluciones posibles en pos del respeto del principio de legalidad será: El tribunal deberá comprobar la existencia de causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio, y como en el tema en análisis abandonar la teoría formal objetiva para adherir a la teoría funcional redundando en un perjuicio para el reo -suponiendo que tal fuera el caso-, toda nueva pauta jurisprudencial deberá ser puesta en juego para casos ocurridos con posterioridad al nuevo precedente[35]. Solo de esa forma, podrá respetarse el principio de legalidad y se evitará la autocontradicción del propio tribunal.

No obstante, nada impediría atribución del rol de garante en estos casos por parte de tribunales que siguiendo la teoría de las funciones, no hayan negado el encuadre dentro de esta posición de progenitores afines en fallos anteriores que sentaran un precedente contradictorio.

Conclusiones [\[arriba\]](#)

La reforma del ordenamiento civil con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación ha venido a impactar en el derecho penal en el tratamiento de la posición de garante en delitos de comisión por omisión.

Al día de hoy, no caben dudas acerca de la atribución legal de deberes especiales a los progenitores afines, es decir parejas de una persona con hijos provenientes de uniones anteriores, que los colocaría en posición de garante respecto a los bienes jurídicos penalmente tutelados de los que son titulares esos niños. La especial relación entre ellos está dada por la convivencia y configuración común y voluntaria del proyecto vital entre los miembros de la familia ensamblada -circunstancia que excluye de la imputación a título de garante de delitos de omisión impropia a parejas no convivientes, a simples “novios”- tomada por el legislador civil para fundar la atribución de responsabilidades, es una positivación de la teoría de las funciones en una norma ajena al derecho penal, lo que impone una interpretación armónica de

las normas a fin de que nuestro ordenamiento jurídico funcione como un verdadero sistema normativo libre de contradicciones.

No obstante, el principio de legalidad que de por sí es puesto en jaque ante la falta de certeza respecto a las fuentes de las que emana la posición de garante y la falta de unanimidad de criterios jurisprudenciales para atribuirle, no debe ser doblemente vulnerado (en pos de esa armonización del sistema) por desconocimiento o inobservancia de los jueces de la circunstancia de que sus fallos sientan precedentes -en particular, en casos de cierres de tipos penales abiertos- que si bien pueden no ser generales, al menos sí lo serán para el propio órgano del que emanan las decisiones.

Urge entonces, la adopción de un criterio único que permita la aplicación homogénea de la ley en todo el país, individualizando cuáles serán las fuentes generadoras de posición de garante para así acercarnos cada vez más a un derecho penal que no solo brinde seguridad jurídica, sino que también se adecue a los tiempos y circunstancias sociales en que debe ser aplicado, homenajearlo realmente a la justicia como fin último del Derecho.

Bibliografía [\[arriba\]](#)

- BACIGALUPO Enrique, “Derecho Penal - Parte General”, Hamurabi, Buenos Aires, 2014.
- BUNGE Mario; “Economía y Filosofía”, Ed. Tecnos, Buenos Aires, 1982.
- COPI Irving, “Introducción a la Lógica”, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1995.
- DWORKIN Ronald, “Los derechos en serio”; Ed. Ariel Derecho, España, 1995.
- ECHAVE Delia, Et. Al, “Lógica, proposición y norma”, Colección Filosofía y Derecho, Ed. Astrea, 7º reimpresión, Buenos Aires, 2008.
- FULCHIRON, “L’autorité parentale dans les ‘secondes familles’” en “L’enfant, sa première et ses secondes familles”, Cour de Cassation 7 y 8 de febrero de 1997, “Petites affiches”, París, Francia, 1997.
- GROSMAN Cecilia, “La familia ensamblada: Aspectos psico-sociales y jurídicos” en “Tratado de Derecho de Familia”, T. I, Dir. KRASNOW, Ed. LaLey, Buenos Aires, 2015.
- IGNACIO Graciela, “Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines” en “Código Civil y Comercial Comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015.
- JESCHECK Hans, “Tratado de Derecho Penal - Parte General”, Ed. Comares, granada, 1993.
- MIR PUIG Santiago, “Derecho Penal - Parte General”, Ed. BdeF, 9º edición, Montevideo-Buenos Aires, 2012.
- MOLINA Gonzalo, “Delitos de Omisión Impropia”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

- NINO Carlos Santiago, “Introducción al Análisis del Derecho”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI Eugenio, “Tratado de Derecho Penal - Parte General”, T. III.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] ANDREA MARÍA QUINCOSE VILALTA

-Abogada: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

-Especialización en Derecho Penal: Universidad de la Cuenca del Plata. Cohorte 2015-2017 (En curso).

-Jefe de Trabajos Prácticos (Interino) - Derecho Penal I (Parte General) - Cátedra “A” - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

-E-mail: andreaquincosev@hotmail.com

[2] ZAFFARONI, Eugenio; “Tratado de Derecho Penal-Parte General”; T.III., Pág. 463.

[3] Cfr. JESCHECK Hans, “Tratado de Derecho Penal - Parte General”, Ed. Comares, Granada, 1993, Pág. 561.

[4] BACIGALUPO Enrique, “Derecho Penal-Parte General”, Hamurabi, Buenos Aires, 2014. Pág. 552.

[5] Acerca de la diferenciación entre omisión propia e impropia y los problemas para determinar la autoría: ZAFFARONI, Eugenio; “Tratado de Derecho Penal-Parte General”; T.III., Pág. 461: “En su aspecto, estructural, esta es la única diferencia que existe entre los tipos omisivos propios e impropios: en los propios el autor está determinado, pero en los impropios, “el que” del tipo activo paralelo no puede admitirse, porque la misma ley no los indica en las posiciones de garante que ella construye.”.

[6] BACIGALUPO Enrique, “Derecho Penal-Parte General”, Hamurabi, Buenos Aires, 2014. Pág. 542: “El sentimiento de justicia señala estos hechos con una carga de ilicitud semejante a la del homicidio y la doctrina debe reflejar estas diferencias valorativas.”

[7] FEUERBACH, Anselm; citado por MOLINA Gonzalo; “Delitos de Omisión Impropia”, Rubinzal Culzoni, Santa Fé; 2014; Pág. 182: “Hay un crimen omisivo [...] siempre que una persona tiene un derecho a la exteriorización efectiva de nuestra actividad. Dado que siempre la omisión surge de una obligación originaria del ciudadano, el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obligatoriedad de la comisión. Sin esto no puede haber ningún crimen por omisión”.

[8] ZAFFARONI, Eugenio; “Tratado de Derecho Penal-Parte General”; T.III.

[9] STRATENWERTH, citado por ZAFFARONI, Eugenio; “Tratado de Derecho Penal-Parte General”; T.III; Pág. 468.

[10] BACIGALUPO Enrique, “Derecho Penal-Parte General”, Hamurabi, Buenos Aires, 2014.

[11] Cfr. MOLINA Gonzalo; “Delitos de Omisión Impropia”, Rubinzal Culzoni, Santa Fé; 2014; Págs. 185-208.

[12] BACIGALUPO Enrique, “Derecho Penal-Parte General”, Hamurabi, Buenos Aires, 2014.

[13] MOLINA Gonzalo; “Delitos de Omisión Impropia”, Rubinzal Culzoni, Santa Fé;

2014.

[14] JAKOBS Günther, “Derecho Penal. Parte General”, citado por MOLINA Gonzalo; “Delitos de Omisión Impropia”, Rubinzal Culzoni, Santa Fé; 2014.

[15] La expresión “realismo verbal” es usada aquí en el sentido atribuido por NINO a las formulaciones de H. KANTOROWICZ; en NINO (1980), Págs. 12 y 249.

[16] SHÜNEMANN B., “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, en “Cuestiones básicas de Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio”; citado por MOLINA Gonzalo; “Delitos de Omisión Impropia”, Rubinzal Culzoni, Santa Fé; 2014; Pág. 334: “Ni siquiera Jakobs se puede sustraer de este curso lógico objetivo inevitable de la dicotomía de la posición de garante, aunque les otorgue un carácter ajeno a la realidad, por un lado, por medio de la competencia de organización (Organizationzuständigleit) y, por otro lado, a través de la competencia institucional. Consecuentemente con su punto de partida normativista, y recaiga así en parte en la obsoleta teoría del deber jurídico formal (formelle Rectspflichttheorie) -por ejemplo, cuando pretende deducir los deberes de garante por una mera existencia civil de un matrimonio sin tener en cuenta la comunidad de vida real determinante en realidad”.

[17] IGNACIO Graciela, “Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines” en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015.

[18] FULCHIRON, “L’autorité parentale dans les ‘secondes familles’” en “L’enfant, sa première et ses secondes familles”, Cour de Cassation 7 y 8 de febrero de 1997, “Petites affiches”, París, Francia, 1997.

[19] GROSMAN Cecilia, “La familia ensamblada: Aspectos psico-sociales y jurídicos” en “Tratado de Derecho de Familia”, T. I, Dir. KRASNOW, Ed. LaLey, Buenos Aires, 2015, Pág. 70.

[20] Si bien JAKOBS rechaza la posición de garante de concubinos entre sí y por consiguiente lo lógico sería afirmar que también lo hace en relación al conviviente para con los hijos del otro como derivaciones de los deberes impuestos por la ley en el matrimonio, sí acepta la atribución del rol en caso de que encuadren en su categoría “relaciones de confianza”.

[21] IGNACIO Graciela, “Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines” en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015. Comentario al Art. 673.

[22] La Ley 26.061 enumera en sus Arts. 6 y 7 una serie de deberes a cargo de la comunidad y del propio Estado: “Art. 6.- Participación comunitaria. La Comunidad, por motivos de solidaridad y en ejercicio de la democracia participativa, debe y tiene derecho a ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes”. “Art. 7.- Responsabilidad familiar. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurara las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos.//El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.//Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones sus responsabilidades y obligaciones.”

[23] Ejemplo de ello, criterio de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 5 para resolver el caso “República de Cromagnón”.

[24] ECHAVE Delia, Et. Al, “Lógica, proposición y norma”, Colección Filosofía y Derecho, Ed. Astrea, 7º reimpresión, Buenos Aires, 2008, Pág. 56.

[25] BUNGE Mario; “Economía y Filosofía”, Ed. Tecnos, Buenos Aires, 1982, Pág. 181.

[26] No obstante, Carlos NINO defiende la vinculación de este principio con los

principios de moral kantiana.

[27] Cfr. NINO Carlos Santiago, "Introducción al análisis del Derecho", 2da edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, Págs. 31-43.

[28] Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N°1 Departamental de La Plata, 30/4/2010.

[29] DWORKIN Ronald, "Los derechos en serio"; Ed. Ariel Derecho, España, 1995. Título original en inglés: "Taking Rights Seriously". Artículo. La Jurisprudencia. Pág. 44.

[30] Fallos 313:1333 (1990), Caso "Montalvo", voto en disidencia del juez Petracchi.

[31] Fallos 315:276 (1992)

[32] Fallos 308:552.

[33] Cfr. "North Dakota Pharmacy Bs. Vs. Snyder's Stores", 414 U.S. 156, Págs. 164-167.

[34] Cfr. Voto en disidencia del juez Brandeis in re "Burnet vs. Coronado Oil and Gas Co.", 285 U.S. 393, Págs. 405-408 y voto en disidencia del juez Stewart in re "Mitchell vs. W.W. Grant Co.", 416 U.S. 600, Págs. 634-635.

[35] "Holding" presente en el fallo "Tellez", CSJN, 308:552.