

SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA TEORIA
DEL DELITO DE OMISION

Prof. Dr. KARL HEINZ GOESSEL •

El explosivo desarrollo que en las últimas décadas ha experimentado la dogmática de los delitos de omisión, ha ido dejando paso a una evolución mucho más serena. Con lo cual ha llegado la hora de hacer halan- ce: ¿ha sido posible obtener conocimientos que nos lleven adelante? ¿Pueden considerarse resueltos los problemas hasta ahora existentes?, o bien ¿el desarrollo se ha limitado a una mera destrucción de fundamen- tos que hasta aquí habían sido considerados como seguros?

Estas son las preguntas a las que seguidamente dedicaremos nuestra atención y lo haremos en la estructura del delito de omisión. Pero empe- zaremos tomando en consideración una idea que tiene una especial im- portancia en la teoría general del delito: la idea de que toda pena tiene como presupuesto la lesión de una norma jurídica.

Permítanme ustedes recordar algo que nos hizo patente sobre todo Binding: el homicida contraviene ciertamente el orden jurídico, pero obra en perfecta coincidencia con el Derecho penal. Aquí parece radicar una contradicción: ¿cómo es posible cumplir la letra de una ley penal y, no obstante, transgredir el orden jurídico? Como es sabido, Binding nos muestra la solución de esta antinomia: el homicida cumple ciertamente la ley penal, pero viola con ello una regla o norma jurídica que se halla fuera de la ley penal: la ley penal describe una determinada acción contraria a la norma. Ciertamente, la existencia de la norma no puede ser demostrada en parte alguna sin dejar lugar a dudas. Tiene que tomarse

• Nació en 1932 en Rheinhausen, Alemania. Estudió en las Universidades de Colonia y Munich. Se especializó en Derecho Penal y Procesal Penal bajo la dirección del Prof. Dr. Reinhart Maurach, Universidad de Munich. Actualmente es Magistrado Judicial y Profesor Universitario de Derecho Penal y Procesal Penal. Desde 1979 es, además, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Erlangen, República Federal de Alemania. Desde 1973 es Juez Presidente en el Juzgado de Primera Instancia de Nürnberg/Fürth.

como mera hipótesis. Esto, ciertamente, es insuficiente; pero, con todo, un procedimiento corriente: cualquier ciencia, en sus fundamentos, presenta lugares inseguros, y precisa, ciertos supuestos básicos.

Si pensamos ahora que las leyes penales por una parte describen infracciones de una norma, y por otra, en su contenido, siempre comprenden la puesta en peligro o la lesión de determinados intereses y valores protegidos jurídicamente, como por ejemplo, vida, libertad y propiedad, entonces, podrá afirmarse en general que la norma protege bienes jurídicos, que se propone evitar el menoscabo de éstos.

Aparte de esta idea de la protección del bien jurídico, se ha de considerar que la norma, como regla jurídica, se dirige a los destinatarios del derecho. La norma no puede pretender evitar menoscabos de un bien jurídico sin más, como lo son los producidos mediante un rayo o el puro azar: tan sólo parece razonable pretender evitar menoscabos de un bien jurídico mediante un comportamiento humano controlable y, por consiguiente, susceptible de ser alcanzado por la llamada de la norma. Dicho brevemente: sólo son contrarios a la norma los menoscabos de un bien jurídico que han podido ser *evitables* por el comportamiento humano. Con esto, la norma puede ser concebida como mandato destinado a *evitar* determinados menoscabos de un bien jurídico: ¡respetaréis la vida humana!, ¡respetaréis la propiedad!, etcétera.

La descripción legal en una ley penal *convierte* una acción humana evitable, contraria a la norma y, que menoscaba un bien jurídico, en una acción *punible*, que también puede ser denominada "*hecho típico*". Y, así se hace evidente, el concepto del "tipo legal": éste describe como presupuesto de la pena una acción contraria a la norma, evitable y que lesiona un bien jurídico.

Partiendo de este fundamento de la teoría de las normas, es posible, pues, empezar nuestras consideraciones sobre el estado de la doctrina de los delitos de omisión.

— A —

La primera cuestión que aquí nos interesa es, naturalmente, la referente a la importancia penal de la omisión; y con ella, a la vez, la que se refiere a la determinación del concepto de omisión.

- | -

Permítanme comenzar con un ejemplo. Si un padre golpea de muerte a su hijo de tres años, el caso es evidente: ha aniquilado, en contra de la norma y puniblemente (§ parágrafo 212 StGB del Código penal alemán), una vida ajena. Pero el padre puede dejar que su Hijo, en el jardín, se acerque a una piscina y, que en ella caiga y se ahogue: en este caso el padre habría podido evitar la muerte de su hijo mediante una acción de salvamento. Por lo cual, parece obvio afirmar que el padre ha destruido el mismo bien jurídico, la vida, de forma evitable, por lo que también habrá actuado antinormativamente y de forma punible. Si reemplazamos en este ejemplo al padre por un vecino como visitante, o incluso por un ladrón, resulta por lo menos discutible si también estas personas han matado al niño, por el hecho de no practicar una acción de salvamento.

Para poder dar respuesta a esta pregunta, hemos de volver a nuestras observaciones sobre la teoría de la norma. Como ya hemos visto, en los tipos legales de las leyes penales, son declarados punibles ciertos menoscabos de un bien jurídico realizados contra la norma. Pero con esto, hemos considerado únicamente hasta ahora el *contenido* de la infracción de la norma y de los tipos legales punibles. Dando entrada al hecho contrario a la norma en la ley penal, también queda incluida y concretizada la *norma* misma. Pensamos lo siguiente: el mandato de respetar un bien jurídico, puede ser transgredido de dos formas: por una parte, mediante la realización de una acción que menoscabe el bien jurídico, y, por otra, también *omitiendo* una acción salvaguardadora del bien jurídico. La acción que menoscaba un bien jurídico está, con ello, *prohibida* por la norma “respetaréis la vida humana”, en tanto que, al revés, la acción que omite la salvaguarda de un bien jurídico está mandada. Es decir, que de la norma se derivan tanto prohibiciones como mandatos, se hace evidente que, con la inclusión del hecho contrario a la norma en el tipo legal, a la vez se concretiza la norma en una prohibición de medidas lesionantes de un bien jurídico y en precepto de medidas salvaguardadoras de un bien jurídico.

Ahora podemos contemplar con mayor precisión el caso del cual hemos partido. La norma concretizada en el § 212 StGB, prohíbe a cualquier persona matar a golpes a un niño de tres años. Pero, al revés, *no* puede mandarse a cualquier persona salvar de la muerte a un niño de tres años en una situación mortalmente peligrosa: porque, si no, no sólo quedaría obligado el ladrón, en el caso citado como ejemplo, a salvar al

niño, sino que todos los que nos hallamos en esta sala estaríamos obligados a salvar a todas las personas que en este instante se encuentran en peligro de muerte, en el mundo entero. Con esto, se hace plausible que *no* todas, sino sólo *determinadas personas* pueden transgredir la norma por omisión de una acción debida; aquí, por consiguiente, el presupuesto típico de la pena en una ley penal no sólo tiene que describir la acción preceptuada, sino asimismo el círculo de personas que está obligado a realizar dicha acción.

Claro que con esto no sabemos todavía si al dejar que el niño de tres años se ahogue tanto el padre como el ladrón son sancionables por homicidio. Pero una cosa sabemos ya: tenemos que distinguir con gran minuciosidad entre la *acción* que menoscaba el bien jurídico y la *omisión* consistente en no evitar tal menoscabo; mientras que, en el primer caso, resulta suficiente para la punibilidad la mera acción que menoscaba el bien jurídico, la penalidad por omisión, presupone la pertenencia a un círculo determinado de personas especialmente obligadas. Y esta necesidad conduce al primer y todavía hoy esencial problema: *la delimitación entre acción y omisión.*

— II —

En los casos mencionados de la muerte del niño, la delimitación de acción y omisión no supone, claro, grandes dificultades. En cambio, en una serie de casos que se han tornado en decisiones del Tribunal Supremo, tal delimitación se demostró en extremo complicada. Así se ha discutido si el conductor de un vehículo ocasiona la muerte de un ciclista por una acción positiva por haber adelantado al ciclista a una mínima distancia, lo cual originó su caída, o si, por el contrario, la muerte del ciclista se debió a que el conductor del vehículo omitió *atenerse* a la distancia prescrita. También se ha debatido si ha matado por acción u omisión el médico que, basado en las informaciones del marido, constata un diagnóstico inexacto sobre los dolores de vientre de una mujer, recomendando en consecuencia un inadecuado tratamiento, y omitiendo la visita solicitada a la enferma, quien luego muere desangrada (BGHSt. 7, 211).

En la actual discusión, se afirma en primer lugar que acción y omisión son tan próximas que no es posible establecer una delimitación exacta. Cuando tal delimitación se considera posible, se intenta obtener por

dos vías: en primer lugar, mediante una delimitación según elementos prejurídicos, ónticos, es decir, partiendo de la naturaleza de las cosas; en segundo lugar, por vía normativa, mediante una decisión valorativa. Por lo demás últimamente se intenta defender un concepto negativo de acción como “evitable no evitación”, que pretende aprehender la acción meramente como un caso especial de la omisión.

Tras esta panorámica, quisiera dirigir la atención a la pregunta de si acción y omisión resultan delimitables; la respuesta a esta pregunta influirá tanto en el enjuiciamiento del referido concepto negativo de la acción como en el de la afirmada imposibilidad de una exacta delimitación.

a) Los intentos de una delimitación *normativa* tratan de fijarse en el *objeto* o en el aspecto fundamental del reproche jurídico: si éste o su aspecto fundamental, se dirigen, por ejemplo, al hecho de adelantar con el vehículo al ciclista o al erróneo tratamiento del médico, entonces concurrirá una acción activa; en cambio, habría que suponer una omisión si el reproche o su aspecto esencial se dirige contra la *no* observancia de la distancia lateral, durante el adelantamiento, o bien, contra la visita *no* realizada del médico a la mujer. Pero a estas tentativas hay que oponer que no pueden hallar la buscada diferenciación de acción y omisión, porque en realidad la presuponen. ¡A fin de cuentas, lo primero que se ha de aclarar es si aquello contra lo que se dirige el reproche es una *acción* o una *omisión*!

A la misma acusación se exponen quienes en los casos de un comportamiento ambivalente, pretenden dar preferencia a la acción positiva o preguntan si un acto positivo resulta causal para el menoscabo de un bien jurídico: también aquí se ha de empezar por poner en claro si en un comportamiento ambivalente o en la causa del menoscabo de un bien jurídico es posible en fin de cuentas vislumbrar una acción. Tampoco ha encontrado partidarios la propuesta de traer a colación la interpretación *social* de lo sucedido como criterio decisorio de la delimitación: con razón se arguye contra esta propuesta que resulta demasiado imprecisa y que remite a un juicio basado en el mero sentimiento irracional.

b) Los métodos normativos de delimitación no han podido, pues, imponerse. Vamos ahora a considerar las posibilidades de una delimitación según criterios *prejurídicos*.

1.- Ya antaño, v. Liszt había definido la acción positiva como un movimiento *corporal voluntario*, y la omisión como la *no realización voluntaria* de un movimiento corporal; y *hacer* y *omitir* eran considerados como dos diferentes formas de la acción, por lo demás uniforme, definida

como *comportamiento voluntario* frente al mundo exterior (Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, edic. 21 y 22, 1919, ps. 116, 120, 126). De manera semejante, en la actualidad la acción es definida por una parte de la literatura como *aplicación de energía* en una determinada dirección, y la omisión como *no aplicación de energía* en una determinada dirección.

Pero esta interpretación presupone que acción y omisión han de entenderse como subformas de un concepto de acción y omisión. Y precisamente este presupuesto es *rechazado* desde Radbruch generalmente en la dogmática alemana. Acción y omisión son interpretadas como *contraposiciones*; Radbruch enseña: “de la misma manera que *no* es posible subordinar a un término genérico posición y negación, a y no-a, tampoco se pueden conciliar acción y omisión, ya se interprete la acción en sentido lato, como comportamiento humano o como sea” (Radbruch, *der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, p. 140).

Esta interpretación tiene todavía muchos adeptos; pero igualmente se mantiene a menudo la opinión contraria, que se remonta, ante todo, al concepto de acción, arriba expuesto de v. Liszt.

2.- En mi opinión, la decisión de esta debatida cuestión no es sólo necesaria, sino también *posible*. Que la *decisión* es necesaria, ya lo he expuesto: como la omisión punible, junto con el menoscabo evitable de un bien jurídico, exige un especial deber de evitar el menoscabo de un bien jurídico. Se ha de poner en claro en qué casos se debe exigir complementariamente esta condición previa de la punibilidad.

La posibilidad de esta necesaria separación surge, a mi parecer, del concepto final de la acción, que yo estimo pertinente, pero, sobre cuya justificación, no puedo aquí exponer mi juicio, a la vista de la discusión actual, que ya llena bibliotecas. Permítaseme en primer lugar recordar el concepto teórico normativo que nos sirve de base: contrarios a la norma y punibles son sólo aquellos menoscabos de un bien jurídico que han sido evitables mediante un comportamiento humano. Objeto de la norma, así como de las leyes penales, es, por consiguiente, un comportamiento humano, susceptible de ser conscientemente controlable, con respecto a la conservación o al perjuicio de un bien jurídico. Con esto, sólo puede ser punible un comportamiento humano *dominado* por la voluntad controladora y dirigido a una meta determinada; si acción y omisión deben ser separadas, ambas, contra Radbruch, tienen que ser diferentes manifestaciones de este concepto de acción.

Como hemos visto en el ejemplo propuesto sobre la muerte del niño, las infracciones de la norma pueden ser cometidas tanto *realizando*

acciones que menoscaban un bien jurídico, como *omitiendo* medidas para la conservación de un bien jurídico. La diferencia entre ambas maneras, tan solo podrá hallarse en dos ámbitos: o bien en el ámbito de los procesos psíquicos, o bien en el ámbito del comportamiento externo que aquéllos determinan. Consideremos ahora estos procesos: primero en el padre que maltrata a su hijo, y luego en personas que, consciente y voluntariamente, no hacen nada en contra de que un niño muera ahogado: en ambos casos, la finalidad de la muerte del niño es la misma, y el comportamiento es dirigido a alcanzar la tal meta: de un lado, por el desarrollo de la actividad corporal, perceptible por el mundo exterior, del padre que maltrata al hijo; de otro lado, por la omisión de cualquier actividad igualmente perceptible por el mundo exterior. O sea, que en el aspecto subjetivo interno reconocemos en ambos casos el mismo control del comportamiento, que tiene como meta la muerte del niño; pero, para conseguir tal meta, son empleados diferentes medios: por una parte, una actividad corporal externamente perceptible; por otra, la inactividad corporal. La diferencia entre hacer y omitir es, pues, posible en el ámbito del *comportamiento exterior*. Tanto el *hacer* como el *omitir* constituyen acciones; tan sólo se diferencian, por su forma, en si el pretendido menoscabo del bien jurídico se alcanza por una *actividad corporal*, o bien, por *inactividad corporal*.

Con esto, también pueden resolverse los casos anteriormente expuestos como ejemplos: el conductor que no ha observado la distancia lateral prescrita por la ley para adelantar al ciclista, ha ocasionado con *actividad corporal* (conducir, adelantar) la lesión del bien jurídico, la destrucción de la vida; pero lo mismo vale para el médico que con la actividad corporal de las prescripciones terapéuticas ha ocasionado la muerte: en ambos casos, pues, se ha de suponer homicidio por acción.

c) Con la comprobación de la posibilidad de delimitar acción y omisión, ya es imposible seguir la tesis de la imposibilidad de tal delimitación (así, por ejemplo, B. Arzt, JA 1980, 553, 555).

Una cierta importancia a este respecto ha adquirido recientemente la teoría del llamado "concepto negativo de la acción", que define como acción la *evitable no evitación* del menoscabo de un bien jurídico: expuesta en primer lugar por Herzberg (Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, p. 177), este concepto es aceptado en una reciente monografía desde un punto de partida psicoanalítico (Behrendt, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979, p. 177). No obstante, esta teoría no ha encontrado acogida hasta el presente, y con plena razón.

Considerándose de cerca, se muestra que esta interpretación no hace posible ningún nuevo conocimiento de la problemática de la acción y de

la omisión. Ahora, la evitable no evitación, y con ello la omisión, es colocada como término genérico, y la acción, es colocada como caso especial de la evitable no evitación, y con ello, como omisión. De esta manera, la omisión se convierte en el caso normal del comportamiento punible que infringe la norma; en consecuencia, se comporta de forma contraria a la norma, no todo aquél que ocasiona, pudiéndolo evitar, el menoscabo de un bien jurídico, sino *sólo* aquél que además esté especialmente obligado a evitar dicho menoscabo. No obstante, los casos tradicionalmente considerados como de lesión de un bien jurídico por *acción*, siguen siendo admitidos por estos autores: según ellos, se caracterizarían por el hecho de que el especial deber siempre exigible en tales casos se daría “per se” (Herzberg, p. 170, loc. cit.), o bien debido a un peligroso comportamiento previo (Behrendt, p. 185, loc. cit.). Empero, con esto tan sólo se da la *vuelta* a la manera de plantear la cuestión hasta ahora: mientras que hasta el presente se había preguntado en qué casos se da una omisión y, en consecuencia, ha de exigirse para la punibilidad una determinada posición de deber, ahora, a la inversa, se pregunta por la existencia de una acción y, con ello, por los casos en los que se puede suponer “per se” el exigido deber; pero, sin ofrecer una respuesta a esta pregunta, que es la única decisiva.

d) Con esto, quedamos en que el *hacer* y el *omitir* constituyen subformas de la acción final: en tanto que tratándose de la omisión, la inactividad corporal es empleada como medio para lograr la meta del hecho tratándose de la acción, la actividad corporal se torna como un medio.

— B —

Hasta aquí, sólo se ha tratado de la transgresión de la norma de una acción evitable de un bien jurídico por acción u omisión. Pero para la punibilidad de la omisión es de importancia decisiva, en qué casos, la omisión contraria a la norma se halla también comprendida por la ley penal.

— I —

a) En primer lugar, ello hay que deducirlo de las leyes penales mismas. Si en el tipo legal se describe el menoscabo de un bien jurídico por inactividad corporal, entonces, tenemos un delito de omisión: así, la

lesión del bien jurídico de la solidaridad humanitaria en el § 323 c StGB por no auxiliar a la víctima en caso de accidente, o de “peligro o necesidad comunes”. También el § 138 StGB constituye un delito de omisión: aquí, el perjuicio del bien jurídico de la administración de la justicia por la no denuncia de planes conocidos de determinados crímenes especialmente graves, es penado por la ley.

Los menoscabos de un bien jurídico, sin embargo, no sólo pueden ser realizados con la mera inactividad corporal. Supongamos que A se ha enterado del proyecto de una organización terrorista de secuestrar a un dirigente sindical. A no hace nada, perjudica el bien jurídico de la administración de justicia por la omisión de la correspondiente denuncia. Si, en cambio, escribe al amenazado tan a tiempo que éste pueda sustraerse al secuestro, obra de acuerdo con la norma e impunemente. Supongamos ahora que A hace saber a su amigo B este secreto, y le pide luego a B que eche al buzón más cercano la carta con la amonestación: en tal caso, B, con su operación activa, provocará la lesión del bien jurídico comprendido en el § 138 StGB, si destruye la carta. De la misma manera perjudica la solidaridad humana por acción aquél que, en un gran incendio, golpea hasta hacer inactiva a una persona dispuesta a prestar ayuda. Con esto, se pone de manifiesto lo siguiente: los delitos de omisión, también pueden ser realizados por acción; y estos casos son calificados con el término técnico de “omisión por comisión”. Esta opinión no es, ciertamente, compartida por la generalidad, pero cada vez se impone más, y con razón.

b) En la mayoría de los casos, los tipos legales jurídico-penales, describen menoscabos de un bien jurídico por acción, es decir, por actividad corporal; así, por ejemplo, “matar” en los delitos de homicidio. “Causar un perjuicio” en la propiedad en la estafa y “falsificar en la falsificación de documentos. El hecho de que tales lesiones de un bien jurídico, a la inversa, también pueden ser realizados por omisión, se muestra ya en el caso del infanticidio mencionado al principio: en Alemania, constituye unánime opinión. Para denominar estos casos, se emplea, como es sabido, el término “*comisión por omisión*”.

— II —

Antes de proseguir nuestras reflexiones, tenemos que enfrentarnos con la pregunta de *cómo* es, en realidad, posible que el menoscabo de un bien jurídico, que según la descripción típica, ha sido acarreada por

inactividad, sea también típica y punible en caso de ser ocasionada por una conducta activa; y, de la misma manera, cómo el menoscabo típico de un bien jurídico por acción, puede ser también realizado por omisión.

a) El motivo de este extraño fenómeno nos es ya conocido. Como hemos visto, si un comportamiento que, por ejemplo, infringe la norma: "respetaréis la vida humana", es declarado punible en un tipo legal, entonces, la norma queda con esto concretizada en una *prohibición* de medidas lesionadoras de un bien jurídico y en un *precepto* de medidas encaminadas a la protección del bien jurídico, "Matar" en el § 212 StGB significa, por tanto, no sólo *provocar* la muerte por acción, sino también *no evitar* la muerte con medidas de salvamento. Algo parecido cabe decir del § 323 StGB. "No prestar ayuda significa no sólo la propia inactividad, sino también *imposibilitar* la ayuda por acción.

b) La polémica, todavía acalorada, sobre la esencia de los *delitos* de comisión y de omisión se demuestra, pues, carente de importancia. Antaño, se suponía generalmente que los delitos de omisión comprendían violaciones típicas de un mandato, en tanto que los delitos de comisión contenían transgresiones típicas de una *prohibición*. Se creía al respecto que era posible deducir de la correspondiente descripción típica si había sido afectado un mandato o una prohibición: como *proprios* delitos de omisión los que declaraban punibles una no-acción; como propios delitos de comisión, los que declaraban bajo pena *una acción*, por ejemplo, matar.

El matar por omisión, por ejemplo, dejando que alguien se ahogue, era considerado como infracción de una *prohibición* y, por lo mismo, también se calificaba de delito de omisión *impropio*, ya que el auténtico delito de omisión debía ser caracterizado por la transgresión de un *mandato*.

Con esto, sin embargo, la cuestión *decisiva* de la diferenciación entre acción y omisión queda modificada en la cuestión, en sí insignificante, de la delimitación de los *integrantes* de la omisión y la comisión. Esto, ha ocasionado una amplia literatura tan sólo sobre la delimitación de los delitos de omisión y los delitos de comisión. Aunque sería muy interesante ofrecer una visión general de esta temática, sin embargo, no consigo vislumbrar una especial significación práctica, y esto mismo es también cada vez más claramente reconocido en la literatura alemana. Lo decisivo no es la susceptibilidad de delimitación de los *tipos legales* en delitos de comisión y de omisión, sino la de los de menoscabo de un bien jurídico *dentro de los tipos legales* en acciones u omisiones. Aquí, pues *dentro* del tipo legal, se ha de conceder que el tipo legal abarca acciones de omisión y comisión sólo en cuanto la transgresión de la norma ha sido concretizada como infracción de un mandato o de una prohibición.

Con esto, quiero ahora considerar de cerca la cuestión relativa a en qué casos debe exigirse el especial deber de adoptar medidas encaminadas a salvaguardar determinados bienes jurídicos.

Ya se ha dado una respuesta general: en todos los casos de omisión, es decir, en todos los casos en los que es realizado un menoscabo típico evitable de un acto jurídico con transgresión de la norma, debido a la inactividad corporal. Y tales casos nos son sobradamente conocidos, como, por una parte, aquéllos en los que el tipo legal de las leyes penales describen una determinada inactividad corporal, por ejemplo, no ayudar, no denunciar, como acción que menoscaba un bien jurídico: por otro lado, aquéllos en los que el efecto de menoscabo de un bien jurídico, descrito como actividad corporal, también puede ser ocasionado por inactividad corporal, es decir, los casos de la *comisión por omisión*. Con esto, quedan reconocidos los casos en los que, aparte del evitable menoscabo de un bien jurídico, es exigido, además, un deber de salvaguardar un bien jurídico como condición previa de la pena.

— III —

Hemos obtenido, pues, un nuevo resultado provisional: es importante la diferenciación entre *acción y omisión*, pero *no* entre *delitos* de comisión y de omisión. Sobre la delimitación entre acción y omisión, decide la aplicación de actividad corporal como medio de menoscabo de un bien jurídico. Hasta qué punto, acción y omisión son punibles, se decide por la concretización legal de la transgresión de la norma en el tipo legal, convirtiéndola en infracción de una *prohibición* o de un *mandato*.

Tras las anteriores consideraciones, estamos ya en condiciones de exponer sistemáticamente los presupuestos de la penalidad de la omisión, ordenados tradicionalmente según las características generales del delito. Por razones de tiempo, quisiera limitarme a los casos más esenciales de la comisión por omisión punible. Cuando el tipo legal describen expresamente una omisión —omisión pura— también determina ya en qué condiciones concurre la necesaria posición de deber. Pero ello no sólo para los casos de comisión por omisión, y ésta es la razón por la cual estos casos merecen nuestra especial atención.

Especialmente importante es el *tipo legal* de la comisión por omisión. Y así, surgen ante todo dos cuestiones: la de la causalidad y la de la especial posición de deber.

I. - Primeramente, quisiera fijarme en el problema de la causalidad. "De la nada, no puede resultar nada": este principio general de la causalidad se ha reflejado también, naturalmente, en el Derecho penal. Y así, no es de maravillar que se planteasen problemas casi insuperables en los delitos de resultado, en el ámbito de la comisión por omisión, por ejemplo, en el homicidio por omisión: ¿cómo es posible que de una omisión, concebida como la no existencia de una acción, pueda resultar algo, a saber, la muerte de una persona? La solución es conocida: se conforma con la causalidad hipotética: el padre ha matado a su hijo por omisión, si su hipotética acción de salvamento hubiera librado al niño de caerse al agua y, pues, de ahogarse.

Para la opinión aquí mantenida, esta problemática no se presenta siquiera: también la omisión ha sido concebida como acción, y así, en esta acción por omisión, existe un objeto que puede tener consecuencia. Según la teoría de la adecuación, que considero acertada, hay que comprobar únicamente si —según un pronóstico ulterior objetivo—, era posible *contar* con la producción del menoscabo del bien jurídico, es decir, la muerte del niño, al no producirse la acción de salvamento, es decir, si el padre no impedía al niño caer al agua.

II. - Nos ocuparemos por ello, a continuación de la problemática especial del sujeto de la comisión por omisión punible.

a) Mientras que el menoscabo evitable de un bien jurídico queda comprendido en la penalidad de la omisión, exactamente de la misma manera que en todos los demás delitos, tratándose de los autores por omisión, existen normas especiales. Pensemos lo siguiente: si A en Munich deja caer a su hijo en el agua, y ahogarse, la acción de salvamento de cualquier persona en cualquier lugar del mundo, también aquí en Mendoza, podría evitar esta lesión del bien jurídico. Esto muestra la diferencia fundamental con respecto a la autoría tratándose de la acción. En tanto que la norma puede exigir de *todos* no desplegar actividad corporal alguna para realizar el menoscabo de un bien jurídico, *no* es posible, a la inversa, que todos se sientan obligados por la norma a desplegar una actividad corporal para *evitar* el menoscabo de un bien jurídico. Esto, desde el punto de vista político-criminal, resultaría errado: según las certeras palabras de Naucke, en el caso contrario, cualquier persona, con competencia para todo, en calidad de policía privado sin límites, quedaría constituido en celador de toda suerte de bienes jurídicos . . . , con lo que

se alcanzaría un inaceptable tutelaje de todos los ciudadanos, el cual, ciertamente, es muy apreciado en sistemas políticos con una moral impuesta desde arriba, por ejemplo de tipo socialista, pero imposible de compaginarse con las sociedades pluralistas en sistemas políticos liberales.

1. - Por este motivo, la norma concretizada en precepto para actuar manteniendo el bien jurídico, tan sólo puede ser empleada en relación con quienes resultan autores idóneos, que de manera especial están llamados a salvaguardar el bien jurídico protegido por la norma; y este llamamiento especial característico del autor que también es denominado "posición de garante", constituye, en consecuencia, la característica del acto contrario a la norma y por lo mismo penado, perteneciendo con ello al tipo legal.

Citemos nuevamente como ejemplo al padre infanticida: desde luego, *no* revelo ningún secreto al señalar ya aquí —adelantándome a lo que se expondrá más tarde—, que el padre, por así decir de manera clásica, está llamado a velar por la vida y la salud de sus hijos. Precisamente el hecho de la paternidad convierte al padre en garante de la vida y salud de sus hijos; y esta realidad, como característica del autor, es a la vez elemento del menoscabo típico evitable y con infracción de la norma del bien jurídico.

2. - Con esto, es posible a la vez decidir una vieja cuestión polémica. Ciertamente resulta justa la afirmación de que tan *sólo* puede ser autor por omisión, quien tiene un especial deber de actuar; pero de esto no cabe deducir que este especial deber de actuar quede con ello convertido en característica del *delito*. Así como el deber de actuar se deriva de una norma jurídica que existe fuera de las leyes penales, del mismo modo, este deber existe también fuera del edificio del delito. El tipo legal describe ciertamente la infracción de la norma por parte de una persona especialmente obligada a salvaguardar un bien jurídico; los presupuestos de este deber especial del autor en los delitos de omisión constituyen, pues, parte del *tipo* legal, pero no, si el deber mismo que de aquellos presupuestos se deriva. De lo contrario, junto a la obligación misma también tendría que considerarse parte del tipo legal la capacidad de advertir el deber y de comportarse de acuerdo con él. Pero, por esta vía, la capacidad de culpabilidad descrita en el § 20 StGB sería constituida ya en característica del tipo legal y, por consiguiente, quedaría eliminada la diferenciación básica entre injusto y culpabilidad.

3. - En Alemania, un sector de la literatura afirma que los mencionados elementos de autoría de los delitos de omisión, deberían estar señalados por la ley: de lo contrario, se violaría el principio constitucional de determinación legal de los presupuestos de la pena.

Esta opinión, sin embargo, nos parece improcedente: pues los elementos de la autoría aquí exigidos en realidad limitan la punibilidad por omisión, que de otro modo concurriría para cualquier persona y, de acuerdo con la opinión general, el derecho consuetudinario que restringe la penalidad es constitucionalmente admisible.

b) Pero, por lo demás, el § 13 StGB ofrece ya una base jurídica suficiente para una correcta aprehensión de los autores idóneos de omisiones punibles. Precisamente este precepto, sin embargo, ha dado ocasión a animadas controversias, que se refieren sobre todo a las condiciones previas aquí fijadas para la omisión punible y a su correlación mutua. Estas controversias pueden superarse, no obstante, entendiendo el § 13 StGB como caracterización del *autor* de los delitos de omisión e interpretándolo, pues, a la luz de la teoría de la autoría.

1. - Con esto, ha de exigirse primeramente la existencia de todas las características generales de la autoría, que, como se sabe, son enumeradas de forma distinta, por las diversas teorías de la autoría que se defienden. Naturalmente, no es posible referirse aquí a todas estas teorías. Pero, a fin de no resultar excesivamente abstracto, desearía tener en cuenta la teoría del concepto de autor que, en mi modo de ver, parece especialmente atinada. De acuerdo con ella, como autor de la omisión punible debería ser considerado aquél que, según la teoría final-objetiva del autor, posee el dominio del hecho en lo que respecta al menoscabo concreto de un bien jurídico.

En consecuencia, *tan sólo* puede ser autor por omisión quien de hecho se hallaba en condiciones de llevar a efecto las medidas para salvaguardar el bien jurídico; y, por ende, queda eliminada ya la mayor parte de los habitantes del mundo como autores de un delito de homicidio, en el caso de que, en Munich no sea salvado un niño de tres años de morir ahogado.

2. - Aparte de la posesión del dominio del hecho, sólo puede ser autor por omisión, según el § 13 StGB, quien “está jurídicamente obligado” a que se evite el perjuicio del bien jurídico; y, con esto, se refiere aquí el legislador a la posición de deber de garante varias veces mencionada ya, precisamente para la salvaguarda de un bien jurídico. Pero antes de considerar esto más de cerca, quisiera citar el segundo requisito de la punibilidad nombrado en el § 13 StGB. el menoscabo de un bien jurídico por omisión tiene que *corresponder* a la provocada por una acción. Con esto, no se quiere decir, verbi gracia, que al faltar la “correspondencia” desaparezca el “estar obligado” y, por ende, la especial característica del autor de la posición de garante para el bien jurídico respec-

tivo. Con la “cláusula de la correspondencia” se quiere más bien aludir tan sólo a las modalidades de la acción si la ley describe concretamente la realización de un acto determinado, entonces, la omisión *no* puede ciertamente ser idéntica a esta descripción, pero desde luego sí resultar correspondiente a ella. El tipo legal de la estafa, por ejemplo, exige entre otras cosas un acto concreto: el autor tiene que provocar en su víctima un error. Si bien esto se realiza en general por medio de una operación activa, no obstante, también corresponde a ello el aprovechamiento de un error *ya existente en la víctima*. Por este motivo, tratándose de la cláusula de la correspondencia, se habla también de la llamada *equivalencia* de modalidades, referida al modo y manera como se realiza la acción que menoscaba un bien jurídico.

c) Por fin, me es posible considerar la cuestión que en los últimos veinte años ha sido preferentemente discutida en relación con la penalidad de la omisión: ¿cuáles son las circunstancias que obligan a una persona a evitar daños de determinados bienes jurídicos mediante una intervención activa?

1.- Tradicionalmente, han sido aceptados cuatro modos de posición de garante: por la ley, por asunción voluntaria, por comunidad de vida y de peligro y, finalmente, por una actuación precedente, la llamada *injerencia*.

Sobre estas posiciones de garante ha azotado en los últimos veinte años, un auténtico huracán literario. Tras haber *amainado* un poco el temporal, se manifiesta una especie de sistema de posiciones de garante que cada vez cuenta con más adeptos.

Las clases citadas de posiciones de garante que antes eran reconocidas como exclusivas, presentaban una considerable desventaja: se orientaban con excesiva unilateralidad a las posibles causas que hacen surgir tales posiciones de garante. En consecuencia, pasaban por alto con demasiada frecuencia el necesario nexo entre la posición de garante y el bien jurídico que respectivamente debía ser salvaguardado, y, por ejemplo, se derivaba de cualquier precepto legal una posición de garante, si bien quedaba por explicar por qué tal prescripción legal debía obligar precisamente a proteger el bien jurídico perjudicado: así el Tribunal Supremo Federal alemán a partir del deber de los esposos de vivir en comunidad conyugal (§ 1353 según el Código Civil), declara al marido obligado, por ejemplo, a impedir que su esposa incurra en la prostitución, así como en delitos de hurto y demás, incurriendo, de lo contrario, él mismo en ellos. Por lo tanto, es necesario determinar la posición de garante no sólo *formalmente*, según el motivo de su origen, sino, además, en cuanto a su

contenido, según su nexo con el bien jurídico respectivo; y así, cada vez se impone más una interpretación que yo quisiera calificar como teoría *material-formal* de la posición de garante.

La parte material o bien de contenido de esta teoría se remonta ante todo a las consideraciones fundamentales de *Armin Kaufmann* quien dio con el aspecto decisivo: la *relación* del autor por omisión con el bien jurídico que debe protegerse. Kaufmann advirtió que una persona puede estar, o bien “colocada en puestos destinados a proteger un bien jurídico perfectamente determinado contra toda clase de ataques, vengan de donde vengan”, o bien, puede estar llamada a “vigilar una determinada fuente de peligro, sin importar qué bienes jurídicos concretos están amenazados en concreto por dicha fuente de peligros” (Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, p. 283). Según esto, la posición de garante puede consistir, en cuanto al contenido, por una parte en una *posición de protección* de determinados bienes jurídicos, y, por otra parte, en una *posición de vigilancia* en relación con determinadas fuentes de peligros para bienes jurídicos indeterminados. Si esta formulación material se combina con las citadas causas formales de su origen, la teoría del garante permite una determinación suficiente exacta del autor, así como una delimitación idónea desde el punto de vista político-criminal de la punibilidad de la omisión. Vamos a exponer esto ahora más pormenorizadamente.

2.- Primero, séame permitido volver a la posición de garante formulada en la ley.

Como ejemplo, vamos a tomar la comunidad conyugal. Los preceptos aquí pertinentes del Código Civil alemán encomiendan a los cónyuges la protección de los bienes jurídicos del otro cónyuge respectivo; y así, el marido puede, por ejemplo, convertirse en asesino si no transporta o hace transportar inmediatamente a una adecuada clínica a su esposa gravemente herida en un accidente. Y, finalmente, es posible decidir el caso citado de entrada: sólo el padre del niño está legalmente obligado a evitar la muerte del niño, debido al derecho de guarda de la patria potestad de el Código Civil Alemán (§ 1-626 BGB), pero no el ladrón o un tercero, quienes sólo pueden incurrir en el delito según el § 323 StGB.

En cambio, no puede ser considerado como “fuente de peligro”, por ejemplo, el marido que debiera ser continuamente vigilado por la esposa o al revés: por lo tanto, *contra* algunas antiguas sentencias del tribunal supremo, la esposa, por ejemplo, no puede cometer una estafa por omisión, por el hecho de no haber impedido al marido obtener de un banco fraudulentamente un préstamo.

Naturalmente, la ley también puede obligar a vigilar las fuentes de peligro: así, por ejemplo, al responsable de las obras de construcción de una carretera, para que mantenga el buen estado de la misma, según la ley sobre las carreteras.

3. - Una posición de garante puede fundarse también en la asunción voluntaria.

Aquí, ha de pensarse en primer lugar en obligaciones de protección asumidas contractualmente, por ejemplo, los hospitales para con los enfermos, los kindergarten para con los niños pequeños. También pueden ser aceptadas contractualmente posiciones de vigilancia de fuentes de peligro, o bien, asumidas de cualquier modo voluntariamente, así, en el mantenimiento de ascensores o de instalaciones peligrosas.

4. - La comunidad de vida —o de peligro— puede también obligar a todos los miembros de la respectiva comunidad a proteger los bienes jurídicos de los demás miembros de la misma: así tratándose de comunidades cuasi-conyugales entre no casados, pero también tratándose de miembros de expediciones o en un grupo de náufragos. Posiciones de vigilancia de fuentes de peligro, podrán ser más raramente fundamentados de esta manera; pero podrá darse el caso, por ejemplo, cuando la respectiva asociación tenga, verbi gratia, como finalidad la curación o re-socialización de enfermos o criminales que constituyen un peligro público. Aquí, quien está al frente de un grupo semejante, podrá, por ejemplo cometer una lesión corporal por omisión, no impidiendo a un miembro del grupo que maltrate a otra persona.

5. - A pesar de todas las críticas, todavía hoy se admite que un comportamiento peligroso que ha precedido a un posterior menoscabo de un bien jurídico puede motivar una posición de garante. Esta especie de posición de garante, que también puede ser denominada “injerencia”, se puede caracterizar de forma muy acertada con las plásticas palabras de *Nagler*: quien provoca elementos peligrosos, tiene que controlarlos de manera que no ocasionen la lesión de un bien jurídico.

En consecuencia, puede acceder a una posición de protección de determinados bienes jurídicos, por ejemplo, quien hace depender de sí a otra persona, verbi gratia, proporcionándole drogas, así como el tabernero en relación con su clientela, cuando sigue proporcionándole bebidas alcohólicas a un borracho; si el tabernero no impide que el cliente totalmente ebrio pegue a otros clientes, comete una lesión corporal por omisión. El clásico ejemplo de las posiciones de garante por inferencia, sin embargo, es fundamentado por el ocasionamiento de situaciones de peligro. El hecho de que tal situación de peligro haya sido creada lícita

o ilícitamente, no puede ser decisivo en contra de la opinión de la jurisprudencia, sino exclusivamente el nexo con el respectivo bien jurídico. Así, por ejemplo, tan sólo importa, si la lesión de la salud de quien ha caído en una zanja abierta por un trabajador podía haber sido evitada por éstos mediante una correspondiente operación de salvamento; el que la zanja en cuestión haya sido abierta de acuerdo con las normas de las leyes sobre la construcción o el trabajo, o bien en plan del llamado “trabajo clandestino”, carece de importancia en cuanto a lo que aquí atañe; la jurisprudencia aquí contraria, no podrá resultar convincente, no sólo para mí, sino tampoco para los trabajadores concretamente heridos.

III.- Citemos brevemente un último problema que se plantea en el ámbito del tipo legal: un sector minoritario de la literatura sostiene la opinión de que no puede darse abstractamente un *dolo de omisión* (Un terlassungsvorsatz), porque la omisión carece de la calidad de acción; por consiguiente, tan sólo es posible exigir un “cuasi dolo”, consistente en conocer el dominio final del hecho. Sin embargo, esta opinión no ha sido seguida por la interpretación mayoritaria; a mi juicio, con toda razón, porque la omisión según las consideraciones hechas hasta aquí, posee indudablemente calidad de acción.

— D —

Con esto, he mencionado los aspectos en mi opinión más importantes en la actualidad tocante a la teoría de los delitos de omisión; por lo demás, no es necesario tratar sobre los actuales problemas en el ámbito de las otras características del delito, la antijuricidad y la culpabilidad. Naturalmente, existen aquí aún interesantes cuestiones, como, por ejemplo, el error sobre la posición de garante y el deber de ejecutar la acción omitida; pero ya de por sí el tiempo no nos permite referirnos a este campo, ya antiguo de la problemática, y más, habida cuenta de que no se vislumbran en la actualidad nuevas tendencias en su desarrollo.

Permítanme, sin embargo, tratar en un último apartado dos casos, en cuya solución adquieren una especial importancia los problemas de la punibilidad de la omisión que hoy tan ampliamente se discuten; en ellos, podrá acreditarse como eficiente la interpretación que me ha sido grato exponerles.

I.- Supongamos que una persona, A, está a punto de ahogarse en un río. B no sólo reconoce esta situación, sino también que desde la ori-

lla se acerca a un bote a A y lo puede salvar. B vuelve el bote a la orilla, A se ahoga.

En este caso, es discutible si B ha cometido un delito por haber omitido la ayuda en una desgracia, o bien, por homicidio doloso, o sea, según el § 323 o el 212 StGB.

a) El § 323 c StGB describe una lesión del bien jurídico de la solidaridad humana, a saber, por inactividad corporal. De todos modos, B ha desplegado una actividad corporal, que, sin embargo, ha impedido la ayuda para A. Con esto, conocemos la solución: B ha realizado por la vía de la omisión por comisión la acción típica del § 323 c StGB.

b) No obstante, este resultado en modo alguno es indiscutido. En este caso, algunos suponen homicidio según el § 212 StGB por acción, partiendo de que el acto de la acción homicida y la omisión de la ayuda por comisión se excluyen mutuamente. Ahora bien, recordando las lesiones del bien jurídico respectivamente comprendidas en los tipos legales de los párrafos 212 y 323 c StGB, es posible hallar una solución probablemente convincente; si bien, se confirmará el resultado de la interpretación general.

1.- Vamos a partir del fenómeno evidente de que el bien jurídico de la solidaridad humana constituye un bien jurídico independiente de la vida humana. En consecuencia, la norma en que se basa el párrafo 323 c StGB exige de B únicamente hacer imposible la acción que aquí impide la ayuda por omisión; pero en modo alguno salvar de la muerte a A.

2.- Pero no debemos detenernos aquí en el enjuiciamiento jurídico-penal. Con la vuelta del bote, B ha agravado considerablemente el peligro para la vida de A; y, en este sentido, ha creado un peligro complementario para A. Pero debido a esta acción, B se ha hecho garante para la vida de A; y ahora, queda obligado a practicar una acción de salvamento por la norma en que se basa el párrafo 212 StGB, totalmente independiente de la norma antes en relación con el párrafo 323 c StGB. Por el hecho de que B no salvó a A tras volver a la orilla el bote, B ha cometido un homicidio por omisión. Aquí se muestra que el homicidio por omisión no excluye, por ejemplo, la omisión de socorro, todo lo contrario, se yuxtaponen, y la problemática predominante aceptada de tipos legales mutuamente excluyentes se demuestra por ende, en realidad, como una cuestión de *concurso* de dos tipos realizados, sobre lo cual, sin embargo, no necesitamos insistir para la finalidad que aquí nos proponemos.

II.- En el segundo caso, vamos a suponer que otra persona, C, haya inducido a B para volver el bote a la orilla. En este supuesto, la dificultad se considera en una casi no posible delimitación entre autoría y participación en el delito de omisión; hay que tener en cuenta, sin embargo, que una minoría afirma que no es posible una participación en la omisión por acción.

1. - Empero, también aquí hace posible la interpretación aquí defendida: una solución relativamente sencilla. Resulta fácil comprender que C se ha hecho culpable jurídicamente por inducir a la denegación de ayuda según los párrafos 26, 323 c StGB.

2. - Pero con esta acción de inducción, C ha creado, en la misma medida que B, un peligro para la vida de A, con lo que se torna en garante de la vida de éste.

De esto, algunos coligen con demasiada precipitación que así C es también autor de un delito de homicidio, y, en consecuencia, ya con la aceptación de la posición de garante, se ha hecho imposible la participación en el delito de homicidio por omisión. Es decir, que con la aceptación de la posición de garante, queda excluida su participación.

Sin embargo, esta argumentación pasa por alto que la posición de garante tan sólo constituye *una* característica complementaria de la autoría; pero la autoría sólo puede aceptarse cuando, según hemos visto más arriba, se da en C la característica general del dominio del hecho. Con esto, se ha encontrado la solución: en cuanto a la omisión de socorro de A, también C tiene dominio del hecho, y realiza, además de la inducción a la denegación de auxilio, también el tipo legal del homicidio. En cambio, si para C no existiera ninguna posibilidad de salvamento, entonces, existe la imposibilidad de C en la acción homicida por omisión realizada por B, y dicha complicidad se halla en concubio con la citada inducción.

Y con esto, he llegado al punto final de mi intervención. Por su paciente atención, les expreso mi más cordial agradecimiento.

§ 13 Comisión por omisión

- (1) Quien omitiere evitar un resultado perteneciente al tipo delictivo de una ley penal, resultará penado por esta ley tan sólo si Jurídicamente estuviere obligado a responder que no se produzca tal resultado, y si la omisión correspondiere a la realización del tipo delictivo por una acción.
- (2) La pena podrá ser atenuada de acuerdo con el § 49 párr. 1.

§ 138 La no denuncia de delitos planeados

- (1) Quien llegare a conocer creiblemente el proyecto o la comisión:

1. de la preparación de una guerra agresiva (§ 80),
 2. de una alta traición en los casos de los §§81 a 83 párr. 1,
 3. de una traición o de un peligro para la seguridad exterior en los casos de los §§ 94 a 96, 97 a/o 100,
 4. de una falsificación de moneda o de valores en los casos de los §§ 146, 151 ó 152.
 5. de una trata de personas en los casos del § 181 núm. 2,
 6. de un asesinato, homicidio o genocidio (§§ 211, 212, 220a),
 7. de un delito contra la libertad personal en los casos de los §§ 231, 234a, 230a o 239b,
 8. de un robo o de un chantaje de lucro (§§ 249 a 251, 255) o
 9. de un delito contra la seguridad general en los casos de los §§ 303 a 303, 310b párr. 1 a 3, del § 311 párr. 1 a 3, del § 311a párr. 1 a 3, del § 311b, 312, 313, 315 párr. 3, del § 315b párr. 3, de los §§ 316a, 316c ó 319.
- a un tiempo en el que se pudiese aún evitar la realización o el resultado, y omitiere denunciarlo a tiempo a las autoridades o al amenazado, será castigado con pena restrictiva de la libertad de cinco años o con una multa.

§ 212 Homicidio

- (1) El que matare a un hombre sin ser asesino, será castigado como homicida con pena restrictiva de la libertad no inferior a cinco años.
- (2) En casos de especial gravedad, habrá de reconocerse la pena de cadena perpetua.
- § 323c Omisión de auxilio

El que en casos de accidente o peligro general o necesidad no prestare auxilio, siendo necesario y exigible según las circunstancias, especialmente si es posible sin considerable riesgo propio y sin Incumplimiento de otras obligaciones importantes, será castigado con pena restrictiva de la libertad de hasta un año o con una multa.